

## **CHAPITRE 2**

### **La Transnationalité administrative en matière de réglementation**

**Herwig C.H. HOFMANN(\*)**

Ce chapitre esquisse certains aspects et conséquences du phénomène de la déterritorialisation de l'élaboration des règles par l'exécutif. L'élaboration de règles par l'exécutif se caractérise par la création d'actes normatifs qui, bien que de nature législative dans une certaine mesure, ne suivent pas un processus législatif parlementaire formel. Au sein de structures telles qu'un État ou l'Union européenne (UE), les pouvoirs d'élaboration des règles de l'exécutif sont délégués par le législateur à des branches du pouvoir exécutif telles que les institutions et les organes administratifs nationaux. Cela inclut parfois des acteurs hybrides publics-privés. Dans de nombreux cas, les États et l'UE ont délégué des pouvoirs réglementaires à des organismes intergouvernementaux organisés principalement en vertu du droit international public. Cela conduit souvent à l'obligation d'appliquer le contenu des règles créées par les organismes internationaux au sein du système de droit interne. Il est également possible que l'élaboration de règles internationales exige la reconnaissance mutuelle des règles étrangères dans le système juridique national. Il s'agit donc à la fois de règles établies au niveau international, ou de reconnaissance mutuelle, et d'application de règles établies dans des juridictions étrangères. Cette combinaison de reconnaissance verticale et horizontale des règles, bien connue au sein de l'UE, s'étend également bien au-delà de l'Union. Ainsi, un phénomène important du droit public moderne est la perméabilité du lien entre l'élaboration des règles et la portée territoriale du droit d'une juridiction(1). Au sein de l'UE, cette imprégnation est prise en compte et réglementée par le cadre constitutionnel de l'UE, sous la forme des traités et des principes généraux du droit de l'Union. De même, au niveau des États, y compris les États membres de l'UE,

---

(\*) Herwig C. H. HOFMANN est Professeur de Droit européen et Droit Public Transnational, Directeur du Département de Droit à l'Université du Luxembourg, Faculté de Droit, d'Économie et des Finances.

(1) La portée du droit public d'une juridiction est généralement limitée, selon la notion traditionnelle de territorialité en droit international public, au territoire de cette juridiction.

des dispositions constitutionnelles sont en place pour donner un cadre juridique à ces effets. Mais au niveau du droit international public, un tel cadre juridique, cohérent et global, fait défaut. Par conséquent, de nombreuses questions restent ouvertes. Il s'agit notamment de savoir s'il existe des normes pour une telle réglementation transterritoriale, qui pourraient garantir la conformité avec les valeurs clés du droit public telles que l'État de droit, le respect des droits fondamentaux, les formes participatives de gouvernance et la responsabilité des acteurs<sup>(2)</sup>. De nombreux travaux de réflexion ont été développés dans le contexte de la littérature sur le « droit administratif mondial » qui cherche à comprendre le cadre réglementaire de la coopération administrative internationale ainsi que des organisations internationales actives dans des domaines traditionnellement considérés comme relevant du droit administratif<sup>(3)</sup>. Mais les discussions sur ces concepts sont également antérieures à cette ligne spécifique de débat dans la littérature académique.

De nombreux concepts plus traditionnels traitant des aspects du droit public qui transcendent la portée territoriale du droit public avaient déjà été remis en question dans le contexte de la discussion sur le droit transnational<sup>(4)</sup> – un terme qui est légèrement trompeur lorsqu'il s'agit de droit public<sup>(5)</sup>, puisque

(2) Voy. aussi spécifiquement pour la notion du droit public transterritoriale : H. C. H. HOFMANN, « Dealing with Trans-Territorial Executive Rule-Making », *Missouri Law Review*, vol. 78, 2013, pp. 423-442.

(3) Voy. par exemple, dans la littérature désormais conséquente sur le droit administratif mondial, les publications réunies dans les éditions spéciales de *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 200 ; *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005 ; *Global Jurist Advances*, vol. 6, n° 3, 2006 ; ainsi que *Institute for International Law and Justice*, NYU Law School, *Working Paper Series on Global Administrative Law*. Voy. également : C. HARLOW, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 187-214. Pour aller plus loin : B. KINGSBURY, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *International Law and Justice Working Papers*, n° 1, 2009 (<http://ssrn.com/abstract=1397308>) ; A. D. MITCHELL, J. FARNIK, « Global Administrative Law: Can it Bring Global Governance to Account? », *Federal Law Review*, vol. 37, 2009, pp. 237-261 ; S. CASSESE, « Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2009, pp. 663-694 ; B. S. CHIMI, « Co-option and resistance: Two faces of Global Administrative Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2009, pp. 799-827 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART et J. WEINER (dir.), « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Legal Problems*, vol. 68, 2005 ; C. BORIES, *Un droit administratif global*, Paris, Pedone, 2012 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « L'émergence du droit administratif global », *Revue Internationale de droit économique*, vol. XXVII, 2013 ; R. MAUREL, C. A. DUBREUIL, *Les sources du droit administratif global*, Paris, LexisNexis, 2021.

(4) Le terme a été introduit dans le débat juridique principal par P. JESSUP, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 136. Dans les années qui ont suivi, le débat sur l'élaboration de règles est resté dans un cadre de conflits de lois, sous le concept de la dichotomie entre le droit administratif international (en tant que droit national des conflits en matière administrative) et le droit international public régissant les organisations internationales.

(5) La notion de « transnational » semble en fait être née dans le contexte du « droit international » et en tant que contrepartie de celui-ci. Il s'agissait d'un développement ultérieur du « droit des nations », qui est en fait un « droit interétatique ». Ceci est bien présenté, par exemple, par : C. SCOTT, « "Transnational Law" as Proto-Concept: Three Conceptions », *Comparative Research in Law and Political Economy*

le lien entre le droit et son applicabilité n'est pas la « nation », étant donné que de nombreux États sont composés de plusieurs nations. En pratique, le point de contact le plus important définissant l'applicabilité du droit est la portée territoriale de son système juridique. C'est pourquoi, en se concentrant sur l'élaboration de règles par l'exécutif en dehors des États, ce chapitre utilise parfois le terme plus précis, mais moins courant de « transterritorial ». Quoi qu'il en soit, le transnational et le transterritorial ont en commun de s'intéresser spécifiquement aux questions qui « transgressent » la dichotomie traditionnellement assez stricte entre le national et l'international et une délimitation claire de ces sphères.

La réalité de ce droit public transnational « post-Westphalien » est qu'il ne permet plus de penser en termes de stricte dichotomie entre droit national et droit international. La réalité des procédures d'élaboration de règles qui transcendent les limites territoriales des juridictions s'apparente de plus en plus à un continuum dans lequel le purement national et le purement international (c'est-à-dire interétatique) sont les deux extrêmes. De nombreuses options d'exercice des pouvoirs publics se situent entre les deux – le domaine sur lequel se concentre cet article. Elles ont en commun avec le terme de gouvernance, souvent utilisé, mais un peu diffus, de joindre l'activité de réglementation publique et privée.

Les concepts et les conséquences de ce phénomène abordés dans ce chapitre sont principalement illustrés à l'aide d'exemples tirés du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Non seulement il s'agit probablement de la structure internationale la plus connue de nombreux lecteurs, mais elle offre également une riche palette d'exemples en raison de la complexité des thèmes abordés au sein de l'OMC et de la relative maturité de son ordre juridique. Le droit de l'OMC favorise les deux phénomènes d'élaboration de règles transnationales ou transterritorialisées : non seulement le droit de l'OMC fixe lui-même des règles auxquelles se conforment les États membres de l'OMC, mais il exige également de ses membres, dans certaines circonstances, qu'ils reconnaissent mutuellement leurs normes réglementaires<sup>(6)</sup> et qu'ils se conforment aux règles privées et

---

*Research Paper*, n° 33, 2009, p. 866, disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=1488245>. Il soutient toutefois que, « pratiquement tous les utilisateurs du discours sur le “droit transnational” le comprennent dans le sens de “transétatique” de sorte que, en tant que tel, d'un point de vue théorique, on peut soutenir que rien n'est perdu à maintenir cette convention » (version originale : « *pretty well all users of “transnational law” discourse understand this in the sense of “trans state” and, as such, from a theoretical perspective, it is arguable that nothing is lost to continue this convention* »). Toutefois, on pourrait également faire valoir que la recherche de la précision terminologique pourrait également contribuer à la clarté de la pensée conceptuelle.

(6) Voy. p. ex. l'obligation émanant de l'article 4.1 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) dans le cadre de l'accord de Marrakech de l'OMC instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'article 6 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) dans le cadre de l'accord de Marrakech de l'OMC instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

aux normes techniques communément acceptées(7), L'approche de cet article est donc à la fois descriptive, dans la mesure où il cherche à cartographier le phénomène, et normative, dans la mesure où il s'interroge sur ce qui pourrait être fait au vu de la réalité ainsi perçue. L'article ne se concentre pas sur ce qui devrait être traité dans la sphère nationale ou internationale.

### ***I. Qu'est-ce que l'élaboration de règles transnationales au-delà de l'UE ?***

L'élaboration de règles par l'exécutif se fait à de multiples niveaux, par des organisations internationales et supranationales, des organes gouvernementaux nationaux, ou par référence à des normes établies par des acteurs privés. Elle peut être créée en dehors d'un État, en dehors de l'Union européenne, mais elle peut aussi être le résultat de l'application extraterritoriale du droit national à des situations situées au-delà du territoire de l'État régulateur.

La déterritorialisation actuelle de l'élaboration des règles exécutives semble avoir commencé par une réglementation accrue des conditions des échanges et du commerce transfrontaliers. Au départ, cela s'est fait par le biais de traités internationaux tels que la Convention de l'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle ou la Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui exigeaient la reconnaissance mutuelle de la protection des droits de propriété intellectuelle accordés dans d'autres États parties à l'accord. Plus tard, des régimes conventionnels plus vastes, tels que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1948, ont vu le jour. Dans les années 90, période de croissance rapide des structures internationales, cet accord a été intégré à l'OMC. À bien des égards, la réglementation du commerce a entraîné un débordement de l'action réglementaire dans des domaines tels que, par exemple, la réglementation de la santé et de la sécurité, la réglementation des banques et des assurances, la réglementation des conditions de travail et la réglementation du travail, la fiscalité et la répartition des pouvoirs fiscaux, ainsi que la protection des investissements. Une autre source de transterritorialisation est née de la nécessité de réglementer les conséquences d'activités qui ne se limitent pas aux frontières politiques définies territorialement. La réglementation environnementale et, dans une certaine mesure, la réglementation de l'Internet en sont des exemples. Malgré les nombreuses différences entre les régimes réglementaires « transterritorialisés », ils ont généralement en commun d'avoir la capacité d'exercer une

---

(7) Voy. p. ex. l'obligation découlant de l'article 8 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) dans le cadre de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

influence considérable sur les pratiques administratives et les décisions nationales. Pour des raisons de clarté de présentation uniquement, l'exercice suivant de cartographie de l'élaboration de règles transterritoriales examinera d'abord l'élaboration unilatérale de règles qui transcendent les limites territoriales d'une juridiction avec un effet transterritorial *de jure* ou *de facto*. Il abordera ensuite l'élaboration de règles transterritoriales par les organisations internationales, la fixation de normes et l'élaboration de règles par la conditionnalité de l'aide financière par les banques internationales.

## II. L'élaboration de règles unilatérales ayant un effet transnational et transterritorial

L'applicabilité du droit public d'une juridiction dans une autre juridiction – est définie au niveau national dans le contexte de ce que l'on appelle le « droit administratif international ». Bien que ce droit soit essentiellement national, il doit se conformer aux principes du droit international public, en particulier à la doctrine des liens telle qu'elle a été développée à la suite de la décision *Nottebohm* de la CIJ – qui n'a toutefois pas été universellement approuvée(8). Cette doctrine accepte comme facteurs de rattachement le droit de réglementer des situations ayant un lien réel ou effectif avec les pouvoirs de l'État(9), telles que celles relatives à la territorialité, à la citoyenneté et au droit d'auto-organisation(10). Parmi ces trois facteurs, le principe de territorialité est celui qui est le plus souvent appliqué dans l'élaboration des règles administratives. Selon une lecture stricte de ce principe, les États (et les organisations supranationales telles que l'UE) ne peuvent pas prendre de mesures sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier. Formulé de manière positive, le principe permet à un État d'exercer des pouvoirs réglementaires unilatéralement pour toutes les questions liées au territoire, soit dans le contexte de la « territorialité subjective », qui fournit une base de compétence pour les actes qui ont leur origine dans un territoire étranger, mais qui ont été mis en œuvre ou menés à terme sur le territoire de l'État concerné, soit dans le contexte de la « territorialité objective », compris comme un facteur de rattachement dans

(8) CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 6 avril 1955, *Rec.*, 1955, p. 4.

(9) Dans l'affaire *Nottebohm*, la CIJ a utilisé l'expression « lien véritable », CIJ, *Rec.*, 1955, p. 4. Ce n'est pas un hasard si ces liens reflètent la définition à trois niveaux de l'État en droit international public : l'existence d'un territoire défini, d'une population stable et la possibilité d'exercer la puissance publique en organisant de manière autonome une forme de gouvernement.

(10) F. A. MANN, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 186, 1984, p. 9 ; F. A. MANN « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 111, 1964, p. 3 ; P. J. SLOT, E. GRABANDT, « Extraterritoriality and Jurisdiction », *Common Market Law Review*, vol. 23, 1986, p. 545.

les cas où l'activité concernée a son origine sur le territoire d'un État, mais est mise en œuvre ou menée à terme à l'étranger. Ainsi, les États ont appliqué leurs règles de manière extraterritoriale. Les exemples classiques sont l'application extraterritoriale des règles du droit de la concurrence<sup>(11)</sup>. Des formes plus récentes de compétence extraterritoriale touchent des activités qui, par nature, n'ont pas ou peu de contact physique avec le territoire d'une juridiction, comme le droit des médias, des télécommunications et de l'Internet.

Mais il existe une autre dimension au transterritorialisme de l'élaboration des règles par l'exécutif. Les traités de droit international public peuvent exiger la « reconnaissance mutuelle » des règles établies par d'autres États. Les règles de l'exécutif d'un État peuvent ainsi devenir applicables par transfert du droit d'une juridiction à celui d'une autre. Les systèmes de reconnaissance mutuelle volontaire qui ne sont pas fondés sur des obligations explicites dans les systèmes juridiques internationaux ou supranationaux comprennent la reconnaissance mutuelle des décisions d'octroi et de retrait des droits de citoyenneté et l'utilisation des permis de conduire d'autres juridictions. Les accords bilatéraux ou multilatéraux de libre-échange ou les traités d'union douanière contiennent souvent des obligations de reconnaissance mutuelle des normes réglementaires étrangères comme équivalentes aux normes nationales. Lorsque c'est le cas, un État ou une juridiction refusant d'accepter les approches réglementaires des autres devra prouver qu'il existe des préoccupations primordiales d'ordre public et l'existence d'une certaine forme d'approche proportionnée à la non-acceptation d'une règle. Les raisons possibles de la non-conformité avec le droit étranger sont prédéfinies dans le droit de l'OMC. Ces préoccupations d'ordre public comprennent généralement des questions de santé et de sécurité, de sécurité nationale et de protection de l'environnement<sup>(12)</sup>.

(11) En bref : K. M. MEESSEN, « Antitrust Jurisdiction under Customary International Law », *AJIL*, vol. 78, 1984, p. 783 ; sur l'application extraterritoriale du droit antitrust américain : *United States c. Alcoa*, 148 F.2<sup>d</sup> 416 (2<sup>e</sup> Cir. 1945), 12 mars 1945 ; sur l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence et le contrôle des concentrations, voy. Trib. UE, 25 mars 1999, *Gencor c. Commission*, aff. T-102/96, ECLI:EU:T:1999:65, §§ 90 et 92. Voy. également : P. BEHRENS, « The extraterritorial reach of EU competition law revisited – Discussion Paper n° 3/15 », Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, disponible sur : [https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2016/11/DP\\_3\\_16\\_Behrens.pdf](https://europa-kolleg-hamburg.de/wp-content/uploads/2016/11/DP_3_16_Behrens.pdf).

(12) Voy. p. ex. les affaires de l'organe de règlement des différends de l'OMC : CE – Mesures concernant la viande et les produits carnés (boeuf aux hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998 ; USA – Interdiction d'importation de certaines crevettes et produits à base de crevettes WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 ; CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Communication conjointe de l'Union européenne et des États-Unis WT/DS26/29, 17 avril 2014.

### III. L'élaboration de règles par les organisations internationales

De nombreuses organisations internationales se sont vu accorder des pouvoirs de réglementation et, dans certains cas, un pouvoir décisionnel casuistique. Ces pouvoirs sont conférés à des organisations internationales traditionnelles telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), déjà mentionnée. À première vue, l'OMC semble être une organisation internationale de type « classique », avec des règles applicables entre les États et un petit secrétariat général chargé d'administrer les dispositions du traité. Il s'agit toutefois d'une organisation hautement judiciarisée grâce à son système sophistiqué de règlement des différends. De manière moins visible, l'OMC a également mis en place des comités permanents qui établissent des textes interprétatifs pour les accords de l'OMC. Ces comités s'engagent essentiellement, par équivalence, dans l'élaboration de règles exécutives pour concrétiser davantage les dispositions plus générales des traités de l'OMC. Le comité des mesures sanitaires et phytosanitaires (comité SPS) de l'OMC, par exemple, publie des décisions sur les interprétations communes des articles du traité SPS(13). Le respect de ces décisions créera une compréhension *prima facie* du respect des obligations du traité. Néanmoins, ce mécanisme n'a gagné en pertinence dans la vie réelle qu'en raison du blocage du règlement des différends pendant les années de l'administration Trump aux États-Unis.

Un autre exemple d'élaboration de règles par une organisation de droit international public est l'Organisation internationale du travail (OIT), une organisation déjà créée en 1919, composée d'une Conférence générale des représentants des États membres, d'un Conseil d'administration représentant les gouvernements, les employeurs et les travailleurs, et d'un Bureau international du travail contrôlé par le Conseil d'administration de l'OIT. Lorsqu'elle propose des normes sous la forme de recommandations et de conventions, l'OIT agit *de facto* en tant que législateur pour les normes du travail et la protection des droits fondamentaux des travailleurs(14).

(13) Voy. p. ex. : Décision G/SPS/19 du comité SPS de l'OMC sur la mise en œuvre de l'article 4 de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, en vigueur depuis le 24 octobre 2001.

(14) Pour une liste des normes en vigueur, voy. <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12030:0::NO> Le respect de ces normes est contrôlé au moyen de rapports annuels des États membres de l'OIT (art. 22-23 de la Constitution de l'OIT) :

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTREE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTREE_ID:2453907:NO). La procédure de représentation en vertu de laquelle toute association industrielle de travailleurs ou d'employeurs peut présenter des réclamations au Bureau international du travail contre l'un des États membres (art. 24 de la Constitution de l'OIT), et une procédure de plainte en vertu de laquelle un membre de l'OIT peut déposer une plainte contre un autre (art. 26, 27, 28 et 33 de la Constitution de l'OIT).

Les organisations internationales qui exercent un pouvoir réglementaire ne doivent toutefois pas nécessairement être publiques. Il existe également des formes d'organisations hybrides publiques-privées au niveau transnational. Parmi les organisations hybrides publiques-privées engagées dans l'établissement de normes se trouve également l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), qui est chargée de prendre des décisions individuelles sur l'enregistrement des noms de domaine de premier niveau pour l'internet. Elle exerce donc aussi – implicitement – des pouvoirs de réglementation dans la distribution des domaines de premier niveau. L'ICANN, en tant qu'organisme privé, est liée aux organismes de droit international public par son système de règlement des différends. Les litiges relatifs aux noms de domaine Internet sont réglés au sein du forum du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI(15)), qui utilise à son tour les normes établies par l'ICANN comme critères pour ses décisions d'arbitrage.

Un autre exemple d'organisation hybride exerçant des fonctions de réglementation – du moins pour ceux qui choisissent d'exercer un sport spécifique dans le contexte du mouvement olympique international – est le Comité international olympique (CIO), qui est constitué de comités olympiques nationaux (CNO), chacun étant organisé soit comme une organisation privée, soit comme une organisation publique en vertu du droit de chaque État. À côté du CIO, les fédérations internationales de sports spécifiques sont organisées en fédérations internationales (comme la FIFA pour le football) ainsi qu'en sous-organisations régionales et nationales par sport (par exemple pour le football en Europe, l'UEFA et les ligues nationales de football). Ces structures réglementent les règles du jeu, les régimes de sanctions en cas de violation des règles – qui sont indépendants des réclamations en responsabilité civile dans le cadre du droit national –, et définissent des normes pour l'application du droit pénal national, par exemple dans le contexte du dopage(16).

L'effet de l'élaboration de règles par des organisations établies en vertu du droit international public vis-à-vis des individus dépend de la question de savoir si les dispositions du traité sur lesquelles elles sont fondées ont un effet direct « au sein » des États signataires. Cette question est généralement tranchée par

---

(15) Pour un aperçu général : B. CAROTTI, « Alternative Dispute Resolution: The ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) », in S. CASSESE, B. CAROTTI, L. CASINI, M. MACCHIA, E. MACDONALD, et M. SAVINO (dir.), *Global Administrative Law – Cases, Materials Issues*, 2<sup>e</sup> éd., Rome/New York, 2008, chap. 5.4, pp. 154-159, disponible sur : <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALCasebookContents.pdf>.

(16) L. CASINI, « Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA) », in S. CASSESE, B. CAROTTI, L. CASINI, M. MACCHIA, E. MACDONALD, et M. SAVINO (dir.), *Global Administrative Law – Cases, Materials Issues*, 2<sup>e</sup> éd., Rome/New York, 2008, chap. 4.4, p. 37-44, disponible sur : <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALCasebookContents.pdf>.

les tribunaux des États membres d'une organisation internationale à moins que, comme dans le cas de l'UE, les États n'aient délégué la décision de cette question à un tribunal commun<sup>(17)</sup>. L'effet direct est établi par les juges nationaux sur la base de la question de savoir si les parties au traité ont voulu conférer des droits et des obligations aux individus, auquel cas un traité peut être « auto-exécutoire », ou si seul l'État doit être lié, ce qui lui donne, sur le plan interne, la possibilité d'agir différemment, même si, sur le plan externe, il risque d'être obligé de payer des dommages et intérêts ou de subir d'autres sanctions en cas de non-respect de ses obligations internationales. La pluralité croissante des sources à effet transterritorial et l'absence de distinction claire entre les sources nationales et internationales ont fait de la question de l'effet direct un phénomène très contesté. C'est le cas même lorsque les traités internationaux ont leurs propres modes quasi judiciaires d'interprétation du droit du traité et des obligations des parties. Là encore, l'OMC fournit un bon exemple. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par exemple, refuse de reconnaître l'effet direct du droit de l'OMC au sein de l'UE même dans les cas où l'organe de règlement des différends de l'OMC a défini le contenu de l'obligation de l'UE en vertu du droit de l'OMC dans une décision spécifique<sup>(18)</sup>.

Aussi, la standardisation est une source de réglementation importante. Les organes de l'UE s'appuient, dans leur action réglementaire, sur des normes externes. Il existe des exemples dans presque tous les domaines de la réglementation des risques. Lorsque, par exemple, l'Agence européenne des médicaments envisage de suggérer l'admission d'un nouveau produit médical, l'examen de celui-ci se fera conformément à la législation de l'UE et aux codes de conduite de l'agence fondés sur les meilleures pratiques internationales scientifiquement prouvées. Dans le domaine des produits pharmaceutiques, par exemple, les activités de normalisation de la « Conférence internationale sur l'harmonisation des exigences techniques pour l'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain » (ICH), une coopération réglementaire et industrielle conjointe établie en 1990 par l'UE, les États-Unis et le Japon, avec le soutien de l'Organisation mondiale de la santé, sont facilement intégrées dans la législation européenne<sup>(19)</sup>. Dans le domaine de la réglementation bancaire, les normes

(17) Voy. art. 19 du Traité sur l'Union européenne (TUE).

(18) Voy. p. ex. l'affaire *Van Parys* : CJCE (gde ch.), 1<sup>er</sup> mars 2005, *Van Parys c. BIRB*, aff. C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121.

(19) Voy. B. DORBECK-JUNG, « Challenges to the Legitimacy of International Regulation: The Case of Pharmaceuticals Standardisation », in A. FOLLESDAL, R. A. WESSEL et J. WOUTERS (dir.), *Multilevel Regulation and the EU*, Leiden/Boston, Marinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 51-71, faisant référence à l'intégration des lignes directrices de l'ICH sur les bonnes pratiques cliniques dans la Directive européenne sur les essais cliniques (2001/20/CE) et dans les pratiques réglementaires ultérieures.

établies par le « Comité de Bâle sur le contrôle bancaire », un lieu de coopération entre les dirigeants de plusieurs banques centrales et autorités de contrôle bancaire de pays développés et de l'UE, ainsi que par l'« International Accounting Standards Board » (IASB), le conseil d'administration d'une société à but non lucratif agissant en tant qu'organisme de normalisation financé par le secteur privé et comptant parmi ses membres des entreprises, des universités et des autorités de réglementation, ont une grande influence. Les normes comptables sont utilisées dans divers contextes dans le droit de l'Union européenne<sup>(20)</sup>. Les crises bancaires qui ont suivi les années 2008 ont montré à quel point les réglementations de Bâle et les normes internationales d'information financière développées par l'IASB, ainsi que les normes comptables internationales, sont entrées dans l'environnement réglementaire de l'UE, sans que leurs biais réglementaires inhérents ne soient, à certains égards, « contrôlés » ou même mis en évidence<sup>(21)</sup>. De nombreux autres exemples ont été recueillis par des chercheurs se penchant sur les questions de « droit administratif mondial »<sup>(22)</sup>, et certaines normes communes émergent d'études comparatives<sup>(23)</sup>.

L'élaboration de règles privées peut également être utilisée pour mettre en œuvre la législation de l'Union, comme dans le domaine de la politique sociale<sup>(24)</sup> ou de l'environnement<sup>(25)</sup>, ainsi que dans celui de la protection des données<sup>(26)</sup>. Les codes de conduite jouent un rôle de plus en plus important

(20) Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, *JO*, 2002 L 243/1 qui autorise la Commission, à l'article 3, de décider, dans le cadre d'une procédure de comitologie, de l'applicabilité des normes comptables internationales définies à l'article 2. Sur ce fondement, la Commission a adopté le Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO*, 2008 L 320/1, tel que modifié, qui intègre les normes comptables internationales, par référence directe. Voy. également D. SCHIEK, « Private rule-making and European governance – issue of legitimacy », *European Law Review*, vol. 32, 2007, pp. 443-466, p. 455.

(21) B. DE MEESTER, « Multilevel Banking Regulation: An Assessment of the Role of the EC in the Light of Coherence and Democratic Legitimacy », in A. FOLLESDAL, R. A. WESSEL et J. WOUTERS (dir.), *Multilevel Regulation and the EU*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 101-143.

(22) Voy. par exemple S. CASSESE et al., *Global Administrative Law: the Casebook*, 3<sup>e</sup> éd., Rome, IRPA-ILJ, 2012, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2140384>.

(23) Voy. plus particulièrement, S. CASSESE, « A Global Due Process of Law? », in G. ANTHONY, J.-B. AUBY, J. MORISON et T. ZWART (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 17-60.

(24) Voy. l'art. 153(3) TFUE (modifiant l'art. 137(3) CE par la référence à l'art. 155 TFUE), qui permet aux États membres de confier aux partenaires sociaux la mise en œuvre des directives de politique sociale.

(25) Voy. l'art. 24(3) de la Directive 2012/19/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE), *JO*, 2012 L 197/38, tel que modifié, qui dispose que les « États membres peuvent transposer les dispositions de l'article 8, § 6, de l'article 14, § 2, et de l'article 15 par voie d'accords entre les autorités compétentes et les secteurs économiques concernés ».

(26) Voy. par exemple l'art. 46 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à

dans les pratiques commerciales(27) et les activités professionnelles(28), ainsi que dans le gouvernement d'entreprise(29). Les normes établies par le secteur privé font également partie de la procédure de prise de décision des institutions de l'UE lorsque la collecte ou le traitement des données est effectué à l'aide de logiciels fournis par des acteurs privés. C'est pourquoi l'UE a créé une agence pour la base de données à grande échelle, eu-LISA, afin de garantir l'application des normes européennes dans certains des domaines les plus critiques de l'infrastructure de données de l'UE(30).

Les organismes de normalisation européens et internationaux coopèrent étroitement et à cette fin, ont conclu des accords de coopération tels que l'accord de Vienne entre l'ISO et le Comité européen de normalisation (CEN(31)), et l'accord de Dresde entre la CEI et le Comité européen de normalisation électrique (CENELEC(32)). Dans les accords de coopération, les organismes de normalisation européens acceptent, entre autres, de répondre aux commentaires des membres non européens et d'en tenir compte dans leurs propres travaux de normalisation. Cela prend presque l'apparence d'une externalisation de la normalisation internationale vers les organismes européens. À l'inverse, la forte présence des organismes de normalisation européens et des États membres de l'UE dans les organisations internationales de normalisation contribue également au fait que de nombreuses normes internationales, notamment celles établies par la CEI, sont en fait elles-mêmes basées sur des normes européennes. La force internationale des organismes européens de normalisation découle en outre de leur position unique dans la réglementation du marché intérieur de l'UE, qui reste l'un des plus grands marchés du monde(33).

---

caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO, 2016 L 119/1, qui prévoit l'élaboration de codes de conduite et d'accords d'entreprise contraignants.

(27) D. SCHIEK, « Private rule-making and European governance – issue of legitimacy », *European Law Review*, vol. 32, 2007, pp. 443-466, pp. 458-460 et pp. 461-462.

(28) D. SCHIEK, « Private rule-making and European governance – issue of legitimacy », *European Law Review*, vol. 32, 2007, pp. 443-466, pp. 462-463.

(29) S. FRIIS HANSEN, « Codes of Conduct », in B. EGELUND OLSEN et K. ENGSIG SØRENSEN (dir.), *Regulation in the EU*, Copenhagen, Thomson, 2006, chap. 8.

(30) Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011, JO, 2018 L 295/99-137 [ci-après, le « Règlement eu-LISA »]. En ce qui concerne le SIS en particulier, les tâches d'eu-LISA sont énumérées au chapitre III du SIS-recast, impliquant des responsabilités de gestion opérationnelle (art. 15), de sécurité (art. 16) et de confidentialité (art. 17).

(31) Voy. <http://www.cenelec.eu/intcoop/Pages/default.aspx>.

(32) Voy. le « IEC-CENELEC Agreement on Common planning of new work and parallel voting », 3<sup>e</sup> éd., 2016-10, également dit « The Frankfurt Agreement the Frankfurt Agreement » (seule la version anglaise fait foi de document officiel).

(33) A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 67-98.

Au-delà des organismes de normalisation spécifiques, une foule d'organismes créés en vertu du droit international public, y compris des accords intergouvernementaux entre les États membres de l'UE et, dans certains cas, des États tiers, peuvent créer des normes. Par exemple, dans le domaine du droit économique et monétaire, les normes proviennent également d'organismes intergouvernementaux, créés par les États membres de l'UE pour remplacer certaines réglementations ou combler des lacunes réglementaires apparues dans le droit de l'Union européenne<sup>(34)</sup>. L'un d'entre eux est l'Eurogroupe, une réunion informelle des ministres des finances nationaux (reconnu par l'article 137 du TFUE et le protocole n° 14), qui crée des normes pour les politiques économiques nationales dans le contexte des mesures de soutien par l'intermédiaire de son « groupe de travail Eurogroupe ». Dans l'affaire *Mallis*<sup>(35)</sup>, le Tribunal de l'UE a examiné l'utilisation de telles normes pour l'adoption de protocoles d'accord dans le cadre d'opérations de financement menées dans le contexte d'opérations de soutien européennes.

#### ***IV. L'élaboration de règles par l'exécutif par l'établissement de normes et la création de conditionnalité***

L'élaboration de règles déterritorialisées prend souvent la forme d'une normalisation de « droit souple ». Plutôt qu'un droit contraignant directement applicable, la normalisation au niveau transnational peut être entreprise par des organismes publics en vertu du droit international public. Elle peut également être le résultat de réseaux d'acteurs publics nationaux ainsi que d'organismes privés et hybrides publics-privés. Les organismes publics qui établissent des normes comprennent par exemple l'Organisation de développement économique et commercial (OCDE) à Paris, une organisation internationale dont les États sont membres. L'OCDE est active dans l'établissement de modèles de normes et d'exemples de meilleures

(34) Voy. par exemple, l'affaire *Pringle* (CJUE, ass. plén., 27 novembre 2012, *Pringle c. Gouvernement of Ireland e.a.*, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756) ; dont la question de la légalité de la structure a fait l'objet de nombreuses publications. Voy. également, M. RUFFERT, « The European Debt Crisis and European Union Law », *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1777-1785 ; R. PALMSTORFER, « To bail out or not to bail out? The current framework of financial assistance for euro area Member States measured against the requirements of EU primary law », *European Law Review*, vol. 37, 2012, pp. 771-784 ; J.-V. LOUIS, « The no-bailout clause and rescue packages », *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 971-977 ; J. PIPKORN, « Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the economic and monetary union », *Common Market Law Review*, vol. 31, 1994, pp. 275 ; H. HOFMEISTER, « To Bail Out Or Not to Bail Out? – Legal Aspects of the Greek Crisis », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, pp. 113-134, 2011.

(35) Trib. UE, 21 avril 2016, *Mallis*, aff. T-327/13, ECLI:EU:T:2014:909, §§ 41-44, 53.

pratiques(36), dont les très influents projets d'accords fiscaux bilatéraux(37). Un exemple d'établissement de normes basé sur un réseau est le travail de ce que l'on appelle le Réseau international de la concurrence (RIC) qui est une organisation d'agences de la concurrence à travers le monde échangeant des pratiques et des informations concrètes sur les activités d'application de la loi dans le domaine de la concurrence.

Ces réseaux peuvent fonctionner en élaborant des normes pour leur propre compte ou en combinant des normes publiques et privées pour obtenir un produit hybride. Un exemple de cette approche est le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, qui est un rassemblement influent de régulateurs bancaires nationaux et régionaux de haut niveau(38). Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est un réseau réglementaire qui n'est donc pas intergouvernemental par nature, mais qui pourrait être plus justement décrit comme un réseau interagences – bien que composé de banques centrales, qui sont traditionnellement des agences très indépendantes d'un État. L'activité principale est la définition conjointe de normes sous forme de lignes directrices pour les banques centrales nationales et régionales. Un exemple particulièrement influent est la « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres », développée sous la forme des normes « Bâle II » et de celles qui leur ont succédé comme « Bâle III », qui traitent de la réglementation, de la surveillance et de la gestion des risques du secteur bancaire. Les agences de notation de crédit privées à but lucratif font partie du réseau réglementaire, ce qui donne un caractère hybride public-privé. Les normes de Bâle définissent les critères que les agences de notation de crédit doivent respecter pour que leurs évaluations soient utilisées à des fins réglementaires dans les règles de Bâle sur les exigences de fonds propres des banques. Les décisions spécifiques des entreprises privées à but lucratif (les agences de notation de crédit) sont donc incorporées par référence dans les normes réglementaires publiques. Cela conduit à une forme hybride globale de réglementation publique-privée. Les normes initialement « souples » de la réglementation bancaire, qui sont à la base de l'activité des agences de notation, peuvent ainsi être durcies par la référence, dans les documents publics, aux résultats des notations de ces mêmes agences.

(36) Voy. : « Codes normalisés de l'OCDE pour les essais officiels des tracteurs agricoles et forestiers – 2021 », accessibles sur : <https://www.oecd.org/fr/agriculture/tracteurs/codes/01-ocde-codes-tracteurs-textes-generaux.pdf>.

(37) Voy. l'Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale, accessible sur : <https://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/33977677.pdf>.

(38) Il s'agit de représentants des banques centrales d'Afrique du Sud, d'Allemagne, d'Arabie Saoudite, d'Argentine, d'Australie, de Belgique, du Brésil, du Canada, de Chine, d'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de France, de Hong-Kong RAS, d'Inde, d'Indonésie, d'Italie, du Japon, de Corée, du Luxembourg, du Mexique, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de Russie, de Singapour, de Suède, de Suisse et de Turquie.

Les conséquences de ceci peuvent peser lourdement sur les entreprises si elles voient les taux d'intérêt auxquels elles peuvent emprunter augmenter à la suite d'un mauvais rating.

D'autres exemples de ces relations symbiotiques ayant un impact significatif sur la vie réelle sont les normes qui peuvent devenir contraignantes par le biais de références dans les régimes de traités internationaux qui, à leur tour, établissent des obligations à respecter pour leurs États membres. Pour en rester au principal exemple utilisé dans cet article, l'Accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) stipule, dans son article 5.1, que « les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ». Les normes relatives à ces « techniques d'évaluation » mentionnées dans ce paragraphe sont souvent établies par d'autres organisations internationales ou réseaux d'acteurs évoqués plus haut, comme le *codex Alimentarius* de l'OMS pour la sécurité sanitaire et la désignation des aliments. La même relation symbiotique existe entre les obligations relatives à d'autres produits. Dans le même ordre d'idées, l'Article 2.4 de l'accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce stipule que « dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres [les] utiliseront [...] ». L'article 2.5 du même accord continue ensuite, dans sa deuxième phrase, à contribuer au « durcissement » des normes internationales non contraignantes en incitant fortement à les respecter, en indiquant que : « chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ». Le respect des normes internationalement reconnues peut donc être très avantageux pour les États membres de l'accord. L'une des principales sources de normes techniques au niveau international est l'Organisation internationale de normalisation (ISO), organisme international composé d'organisations nationales et régionales de normalisation, dont certaines sont organisées selon le droit privé, d'autres sont des organismes publics, mais avec une participation privée. Les normes publiées par l'ISO sont établies par le biais de procédures formalisées, commençant généralement par la proposition de nouveaux travaux au sein d'un comité par l'un de ses membres, mais incluant également la participation de l'industrie.

Une forme très différente d'élaboration de règles est exercée par les institutions financières internationales telles que la Banque mondiale à Washington D.C. ou la Banque européenne d'investissement à Luxembourg (BEI). Leurs pouvoirs réglementaires découlent de la possibilité de lier des avantages financiers tels que l'obtention d'un crédit à certaines conditions. Ces conditions peuvent s'immiscer profondément dans la prise de décision politique des gouvernements nationaux et même, en un sens, restreindre le plus sacré des droits traditionnellement exercés par les parlements : les pouvoirs budgétaires. L'importance de cet aspect pour la légitimité et la responsabilité de la prise de décision publique sont reconnues par la création de mécanismes de responsabilité internes, malheureusement en plein affaiblissement réel, qui sont des comités de plainte contre les décisions de la Banque mondiale ou de la BEI en matière d'application des conditions. Les particuliers ainsi que les organismes publics ont le droit de se plaindre du non-respect, par les bénéficiaires des financements de ces banques, des conditions fixées ou des principes généraux de bonne gouvernance<sup>(39)</sup>.

### ***V. Conséquences sur les droits et intérêts des individus***

La cartographie provisoire des activités d'élaboration de règles exécutives transnationales ou transterritoriales montre que dans le monde d'aujourd'hui, les domaines de ce qui était traditionnellement distingué comme étant le droit international public, d'une part, et le droit administratif, d'autre part, sont de plus en plus convergents. De nombreux accords internationaux et organisations internationales sont directement concernés par des tâches d'élaboration de règles exécutives qui transcendent les frontières territoriales des juridictions. Ce dépassement s'opère également par le biais de la reconnaissance mutuelle ou de l'application extraterritoriale tolérée du droit national. À ce jour, il n'existe pas d'ensemble de règles et de principes définis dans les principes généraux du droit international public, du droit administratif international ou de tout traité ou convention entre États qui pourrait fonctionner comme un corps de normes

---

(39) Voy. par exemple R. H. WADE, « Accountability Gone Wrong : The World Bank, Non-governmental Organisations and the US Government in a Fight over China », *New Political Economy*, vol. 14, 2009, p. 25 ; M. VAN PUTTEN, *Policing the banks : accountability mechanisms for the financial sector*, Montréal, McGill-Queen's Press, 2008 ; E. SUZUKI, S. NANWANI, « Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks », *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2005-2006, p. 177 ; D. BRADLOW, « Private Complaints and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, 2004-2005, p. 403. Une explication du mécanisme de traitement des plaintes de la BEI est disponible à l'adresse suivante : [http://www.eib.org/attachments/strategies/complaints\\_mechanism\\_policy\\_en.pdf](http://www.eib.org/attachments/strategies/complaints_mechanism_policy_en.pdf).

de type « constitutionnel ». Les procédures d'élaboration de règles exécutives transterritoriales et les valeurs sous-jacentes sont, en revanche, définies dans le contexte d'accords et de réseaux sectoriels spécifiques à une politique. Ceux-ci sont souvent développés de manière pragmatique pour pallier les lacunes de la notion même de droit public des États territorialement limités<sup>(40)</sup>. Les conditions préalables à la légalité et à la légitimité des activités d'élaboration de règles transterritoriales deviennent de plus en plus pertinentes à mesure que les organisations internationales, les organismes de normalisation et les régimes de reconnaissance mutuelle deviennent plus pertinents pour les individus et que, parallèlement, les régimes de droit administratif des États s'internationalisent de plus en plus. Les particuliers se trouvent soumis, par des voies directes ou indirectes, à l'élaboration de règles exécutives établies en dehors du cadre juridique procédural et constitutionnel de leur juridiction d'origine. Cela signifie que de nombreux domaines importants de l'activité réglementaire peuvent être soustraits aux mécanismes traditionnels de contrôle parlementaire et judiciaire qui existent dans le contexte national ou européen.

## VI. Dé-constitutionnalisation

L'internationalisation des régimes réglementaires a donc un prix. La poursuite du développement de régimes réglementaires transterritoriaux a également pour effet de déconstitutionnaliser les procédures d'élaboration des règles, par exemple en contournant les formes participatives d'élaboration des règles et les exigences de transparence inscrites dans le droit national ou le droit de l'Union européenne<sup>(41)</sup>. L'absence de cadre juridique général établissant des valeurs et des principes et servant de référence pour des procédures acceptables est au

(40) Elles vont de la fourniture d'un cadre pour l'action publique sous la forme d'un échange d'idées et de la création d'un forum pour le développement de meilleures pratiques à des organisations internationales dotées de leurs propres procédures de contrôle (quasi) judiciaire et à celles dotées de régimes d'application spécifiques. Certaines organisations, comme l'OMC, sont fondées sur les concepts « traditionnels » de droit international public de l'appartenance à un État et des obligations de l'État. Cela va jusqu'à projeter l'illusion, que l'on retrouve dans le langage des accords de l'OMC, que les « États » sont réellement impliqués dans le commerce international à la place des individus. D'autres formes d'organisation comme celle de l'OCDE, bien que traditionnellement établies en vertu du droit international public, s'apparentent davantage à des réseaux. En outre, les réseaux informels interagences, tels que le réseau international de la concurrence, établissent des normes informelles de « *soft law* » pour l'interprétation et l'application de la loi. Les organismes privés sont pertinents pour la notion de réglementation transterritoriale, comme cela a été évoqué plus haut dans le contexte de l'enregistrement des noms de domaine par l'ICANN.

(41) M. ROSENFELD, « Constitutional Versus Administrative Ordering in an Era of Globalization and Privatization: Reflections on Sources of Legitimation in the Post-Westphalian Polity », *Cardozo Law Review*, vol. 32, 2011 – *Cardozo Legal Studies Research Paper* n° 341 (<http://ssrn.com/abstract=1875926>) ; A. E. TOELLER et H. C. H. HOFMANN, « Democracy and the Reform of Comitology », in M. ADENAS et A. TÜRK (dir.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, The Hague, Kluwer Law, 2000, pp. 25-50, p. 30 ; F. W. SCHARPF, « Economic Integration, Democracy and the Welfare State », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 18-36.

cœur de la déconstitutionnalisation par la transterritorialisation. La question qui se pose pour l'élaboration de règles transterritoriales est de savoir si et où il faut chercher des critères alternatifs de bonnes procédures d'élaboration de règles par l'exécutif qui légitimeraient l'effet transterritorial de l'élaboration de règles. Bien sûr, il serait naïf de s'attendre à un ensemble cohérent et hiérarchisé de normes constitutionnelles qui se présenterait sous la forme à laquelle nous sommes habitués dans de nombreuses juridictions nationales pour réguler des questions qui se trouvent désormais dans l'espace situé entre le purement national et le purement international (au sens de la notion traditionnelle de droit international public comme droit entre États). Le débat sur les possibilités de constitutionnalisation du droit international public ou de certains de ses régimes, tels que celui de l'OMC, rappelle suffisamment l'attrait de cet objectif ainsi que les difficultés associées à sa réalisation<sup>(42)</sup>. L'un des problèmes du débat actuel sur la constitutionnalisation des régimes fondés sur le droit international public est qu'il existe manifestement de nombreuses interprétations différentes de ce qui pourrait légitimement constituer une constitution<sup>(43)</sup>. Pour certains, la constitutionnalisation signifie l'établissement d'un cadre de principes juridiques « supérieurs ». Mais l'absence même d'un fondement constitutionnel identifiable soulève également des questions spécifiques de responsabilité et de légitimité de l'activité réglementaire au-delà de l'État territorialement limité. Pour d'autres, la notion d'une approche négociée de l'élaboration des règles, développée dans le cadre d'un dialogue entre différents systèmes entretenant des relations non hiérarchiques, porte en elle-même le noyau d'une approche discursive conduisant à un résultat légitimé d'une certaine manière par des éléments délibératifs<sup>(44)</sup>. Un tel forum d'intervention délibérative pourrait servir de forum constitutionnel.

(42) Voy. plus généralement, J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; et plus spécifiquement concernant l'OMC : E. U. PETERSMANN, « Constitutionalism and WTO Law: From a state-centered approach towards a human rights approach in international economic law », in D. L. M. KENNEDY et J. D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 32-67.

(43) Voy. par exemple les excellentes discussions contenues dans un livre qui n'a malheureusement été que peu reconnu dans la littérature – peut-être en raison de son inclusion dans une série d'études internationales sur la théorie du droit privé – par l'Institut de droit européen : C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004. Plus particulièrement, G. TEUBNER, « Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? », in C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 3-28 ; C. MÖLLERS, « Transnational Governance without a Public Law? », in C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 329-338.

(44) Voy. p. ex. le débat de J. STEFFEK, « Sources of Legitimacy beyond the State: A View from International Relations », in C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 81-102 avec d'autres références issues également du débat juridico-sociologique et des sciences politiques.

D'une manière plus générale, cependant, bien qu'aucun régime spécifique à une politique ne soit égal à un autre, les valeurs poursuivies dans le cadre de la « constitutionnalisation » peuvent généralement être décrites comme incluant les notions de responsabilité, de transparence et de participation démocratique dans l'exercice des fonctions publiques, ainsi que la protection de l'État de droit et de la justice procédurale. La protection de ces valeurs dans le contexte de la coopération exécutive transterritoriale ou de la délégation de pouvoirs au niveau international dépend de plusieurs facteurs. Ces facteurs semblent généralement liés au « durcissement » des régimes juridiques et à l'introduction de mécanismes de contrôle et de sanctions indépendants. Le langage de ces approches est inévitablement lié à des notions juridiques valorisant la sécurité juridique par rapport aux négociations diplomatiques. En ce sens, certains des facteurs centraux qui semblent influencer l'effet réel de l'élaboration de règles transterritoriales sont, premièrement, le fait qu'un régime international confère directement ou indirectement des droits et des obligations aux individus. Si un acte d'élaboration de règles transterritoriales a un tel effet, il aura généralement une importance beaucoup plus grande pour les individus. Toutefois, ce qui est pertinent n'est pas seulement le contenu d'un accord lui-même. La question de savoir si la procédure conduisant à un acte d'élaboration de règles transnationales protège directement ou indirectement les droits individuels dépend à la fois de la procédure prévue par le régime d'élaboration des règles et des normes procédurales qui, à défaut, seraient applicables au niveau national. Dans certains cas, l'élaboration de règles internationales peut offrir des normes plus élevées que l'approche nationale, mais pas dans d'autres pays. La question de savoir si un individu vivant dans un système offrant une protection élevée des droits individuels doit s'accommoder d'un abaissement des normes de droits procéduraux qui lui sont offertes par un régime international est une question qui concerne la valeur du gouvernement participatif et de la transparence d'un système juridique par rapport aux valeurs spécifiques potentielles d'un régime d'élaboration de règles, telles que la diffusion des avantages environnementaux ou commerciaux à un plus grand nombre d'individus dans le monde.

Lorsque les activités d'élaboration de règles transnationales développent un effet direct, la question pourrait être de savoir s'il est possible de protéger les droits individuels dans la procédure d'élaboration des règles au niveau même de l'élaboration de ces règles par l'existence de mécanismes de contrôle et d'équilibre internes qui peuvent être examinés de manière indépendante. Ces mécanismes sont les plus forts lorsque les individus ont des droits d'accès et peuvent assurer des recours effectifs devant un tribunal<sup>(45)</sup>. En outre, lorsqu'il n'existe

---

(45) Un exemple intéressant dans le domaine des régimes fondés sur le droit international public est celui de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

pas de structure de type « tribunal », des mécanismes internes de responsabilité tels que ceux développés par la Banque mondiale ou la Banque européenne d'investissement (BEI) peuvent servir d'exemples. Avec la mise en place effective de conséquences en cas de constatation d'une faute, l'effet persuasif des règles pourrait s'accroître et, avec lui, le rôle de l'État de droit dans les négociations diplomatiques. La protection des droits au niveau de la « mise en œuvre », qui est souvent le niveau de l'État, pourrait constituer une alternative. Cela pourrait être particulièrement pertinent dans les cas où le niveau décisionnel ne respecte pas les exigences fondamentales de l'État de droit, de la justice procédurale ou des droits fondamentaux<sup>(46)</sup>. Joerges a bien décrit ce défi en déclarant que « la gouvernance transnationale pose des défis fondamentaux à toutes les disciplines juridiques internationales et à leurs engagements envers les démocraties constitutionnelles ; si, et en effet, car la gouvernance transnationale émerge au-delà des domaines que les États peuvent contrôler, elle constitue une menace pour le type de légitimité que les citoyens des États constitutionnels sont en droit d'attendre. Et la recherche d'une gouvernance transnationale légitime serait sans espoir si la légitimité était assimilée au type de constitutionnalisme ancré dans le *demos* que les États-nations ont établi »<sup>(47)</sup>. La question semble donc bien être une question de pluralisme des ordres juridiques aboutissant à un contrôle mutuel entre les régimes – que ce soit au niveau international ou national ou à tout autre niveau intermédiaire.

## VII. Renforcement du pouvoir de l'exécutif

Cette discussion, cependant, est en soi un argument en faveur du fait que le développement de l'élaboration de règles transterritoriales renforce le rôle de la branche exécutive des pouvoirs vis-à-vis de la supervision politique par le biais

(46) Un exemple en est la non-application dans l'UE des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU sur ce que l'ONU a appelé, dans un élan d'autosatisfaction, des sanctions « intelligentes » dirigées contre des individus en l'absence d'un régime protégeant suffisamment les droits des individus ou garantissant une justice procédurale minimale. Voy. CJUE, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P (CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi* et *Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461) ainsi que les conclusions de l'A. G. MADURO dans les affaires *Kadi* (C-402/05 P) et *Al Barakaat* (C-415/05), ECLI:EU:C:2008:11. Cette affaire a donné lieu à un riche débat académique qu'il est impossible de citer intégralement ici. Pour un exemple récent et savant de ce riche débat, voy. G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

(47) C. JOERGES, « Constitutionnalisme et gouvernance transnationale : Exploring a Magic Triangle », in C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 339-375, p. 340 (version originale : « *transnational governance poses fundamental challenges for all international legal disciplines and their commitments to constitutional democracies; if, and, indeed, because transnational governance emerges beyond the realms that states can control, it poses a threat to the type of legitimacy that the citizens of constitutional states feel entitled to expect. And the search for legitimate transnational governance would be hopeless if legitimacy were equated with the type of demos-anchored constitutionalism that nation states have established* »).

du contrôle parlementaire et d'autres formes de contrôle, y compris le contrôle judiciaire. Le renforcement de l'indépendance du pouvoir exécutif peut être considéré comme un résultat implicite de la reconstitution des acteurs exécutifs dans les réseaux internationaux. Étant donné que, traditionnellement, dans les États, la conduite des relations internationales est une prérogative du pouvoir exécutif, l'internationalisation de l'action réglementaire peut également être une forme d'autolibération de l'exécutif. Ce qu'il ne serait peut-être pas possible de réaliser au niveau national en raison de la nature politique brûlante d'une mesure pourrait, grâce au voile de la réglementation internationale axée sur l'expertise, devenir acceptable pour le public national. En élargissant les moyens d'action transterritoriaux, la branche exécutive du gouvernement s'efforce donc de permettre un exercice efficace des pouvoirs. Mais il est possible de soutenir que le droit public n'est pas seulement destiné à établir des formes d'action efficace, le double objectif de protection des droits individuels est tout aussi important, sinon plus. La question est de savoir comment les principes, les règles de procédure et les mécanismes destinés à garantir l'État de droit, la légalité, la responsabilité, la transparence et la participation peuvent être réalisés. Ces questions nous ramènent à la question de la constitutionnalisation ou de la protection procédurale des valeurs généralement consacrées par les régimes de droit public dans le cadre de l'État de droit. Ce déplacement des pouvoirs vers l'exécutif se reflète également dans le fait que les questions traditionnellement traitées par le droit international public, questions qui étaient le domaine des diplomates et de la « haute politique », ont de plus en plus été amenées dans le domaine du droit administratif, ce qui a été décrit comme une « transition de la diplomatie au droit », en particulier dans les cas où les régimes de droit administratif étaient dotés de solides mécanismes de règlement des différends(48).

### ***VIII. Le renforcement du pouvoir des experts***

L'une des réponses a été de réduire le pouvoir des dirigeants politiques en se référant au forum présumé « neutre » des experts. Avec l'importance croissante des références aux normes établies par des experts réunis sous les auspices de l'autorégulation ou de panels d'experts d'organisations internationales, il est possible d'affirmer que nous assistons, au niveau international, à une transition du règne des diplomates aux avocats, mais aussi à celui des experts techniques(49). Comment cette éthique de l'expertise, comme on pourrait l'appeler, influence-t-elle la notion d'élaboration de règles par l'exécutif dans le contexte

(48) J. H. H. WEILER, « The Role of Lawyers and the Ethos of Diplomates », *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, pp. 191-207, p. 200.

(49) Voy. aussi : J. HABERMAS, *Im Sog der Technokratie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2013.

de l'exercice déterritorialisé des pouvoirs publics et quel est le rôle du droit dans le domaine de l'élaboration déterritorialisée de règles par l'exécutif ? Les experts sont censés être liés par la méthode scientifique, agir selon leur éthique professionnelle, être liés par les valeurs épistémiques et leur réputation et être ainsi garants de l'indépendance et de la vertu. Ce récit optimiste, voire idéaliste, ne correspond évidemment pas à la réalité des régimes réglementaires, comme le montrent divers exemples nationaux<sup>(50)</sup>. Comme dans le droit national, où l'approche de la référence aux normes techniques est également un phénomène important, l'une des questions centrales est la suivante : qui va être représenté ? Qui pose les questions et établit les ordres du jour que les experts doivent aborder ? À l'instar du droit national, dans le domaine de la référence aux normes transnationales, on tente souvent de contrebalancer l'expertise pure par une participation pluraliste plus large. Il est toutefois difficile de concevoir des procédures participatives à l'échelle nationale dans lesquelles les participants clés sont suffisamment au courant du cadre juridique et ne rencontreront pas de problèmes d'accès à l'information et de participation active en raison de problèmes linguistiques. Concevoir de telles approches à l'échelle mondiale ou du moins à une échelle impliquant tous les intérêts qui sont en dehors de la juridiction de décision multiplie ces difficultés.

### *Quelques conclusions*

En conséquence, il peut être considéré que plus les droits individuels ou les intérêts économiques des parties soumises à l'élaboration de règles sont affectés, plus il est pertinent de veiller au respect des valeurs constitutionnelles fondamentales de l'Union européenne et de ses États membres, telles que le principe de légalité, de proportionnalité, de responsabilité, de transparence, les droits de la défense et les droits de participation, pour n'en citer que quelques-unes. Ces valeurs ne doivent pas être soumises ou victimes de la déterritorialisation des procédures d'élaboration des règles de l'exécutif. Les administrations qui cherchent à renforcer l'efficacité de leurs activités en déléguant des pouvoirs à des organismes extérieurs à leurs juridictions ou en s'engageant dans une coopération internationale doivent veiller à ce que l'exercice de ces pouvoirs ne compromette pas leurs valeurs fondamentales. Une approche possible serait d'envisager la création d'une sorte de « Convention de Vienne II ». Contrairement à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, elle ne traiterait pas de

---

(50) L'espace est insuffisant dans cet article de synthèse pour entrer dans un compte-rendu comparatif, même si mon impression est que le résultat est similaire dans de nombreux systèmes. Les experts peuvent faire du bon travail et la référence à l'expertise peut réduire les tractations politiques dans l'élaboration des règles, mais les conditions pour en faire correctement, bien encadré par la législation démocratique, doivent être réunies. Elles ne le sont pas toujours.

l'interprétation des traités internationaux, mais plutôt de l'élaboration de règles au niveau transnational. Elle pourrait établir des règles de procédure minimales pour la fixation de règles et de normes par les organisations internationales et les organismes de normalisation. Des exemples de telles règles existent. Elles ont un contenu et sont formulées de manière similaire aux codes administratifs nationaux existants. L'accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (OTC), par exemple, établit, à l'Annexe 3 de l'Article 4.1, un « Code de Pratique pour l'Élaboration, l'Adoption et l'Application des Normes ». Ce code dispose notamment en son point L que les normes doivent être annoncées dans un programme de travail accessible au public et qu'« avant d'adopter une norme, l'organisme à activité normative ménagera une période de 60 jours au moins aux parties intéressées du ressort territorial d'un Membre de l'OMC pour présenter leurs observations au sujet du projet de norme »(51). Il continue en définissant l'étendue et les conditions de la notification ainsi que les règles relatives à l'utilisation des réponses obtenues. Un « organisme doit tenir compte, dans le traitement ultérieur de la norme, des observations reçues pendant la période de présentation des observations » et les répondants ont le droit d'obtenir « une explication des raisons pour lesquelles il est nécessaire de s'écarter des normes internationales pertinentes »(52). La Convention d'Aarhus prouve que les dispositions de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ne sont pas les seules(53), puisque son article 8 sur la « participation du public à l'élaboration des règlements exécutifs et/ou des instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale » définit des normes minimales pour la participation du public à l'élaboration des règlements exécutifs par le biais d'une procédure de type « avis et commentaires ». On pourrait critiquer le fait que ces exemples de dispositions ne contiennent que le cadre de base. Mais il est important de constater que des règles de procédure relatives aux procédures d'élaboration de règles commencent à voir le jour au niveau international. Bien évident, au sein de l'Union européenne, il existe un cadre plus précis en matière de standardisation, qui peut également servir de source d'inspiration(54). Le défi consiste maintenant à analyser la possibilité de généraliser certaines de leurs

(51) Point L de l'annexe 3 contenant le Code de bonne pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes de l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (OTC).

(52) Point N de l'annexe 3 contenant le Code de bonne pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes de l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (OTC).

(53) Convention de la CEE-ONU sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998.

(54) Règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO, 2012 L 316/12.

approches dans les différents secteurs politiques. Même si l'on ne parvenait pas à une sorte de Convention de Vienne II sur l'élaboration de règles transterritoriales, la communauté juridique savante pourrait être en mesure de commencer à distiller des exigences pour l'élaboration légitime de règles transnationales ou transterritoriales à partir de ces exemples et d'autres similaires.

