

XXII F 487

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE

CENTRE D'ETUDE ET DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL

COLLECTION DES CAHIERS INTERNATIONAUX N°20

# LE DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

## A L'AUBE DU XXIème SIECLE

*En Hommage*

*aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*

Textes réunis par Jean-Marc SOREL

Editions A. Pedone  
13, rue Soufflot  
75005  
Paris

DIPARTIMENTO  
CA' FOSCARI  
XXII  
F  
789  
SCienze GIURIDICHE  
VENEZIA

UNIVERSITA' CA' FOSCARI  
BIBLIOTECA  
DIR. DI SCIENZE GIURIDICHE  
VENEZIA

C'est, finalement sur l'existence même d'un « ordre international économique » que la pensée des auteurs a beaucoup évolué. Alors que l'édition 2005<sup>15</sup> proposait en titre d'une section de l'introduction : « L'ordre international économique néolibéral de l'époque contemporaine », l'édition 2007<sup>16</sup> adopte le titre suivant : « Existe-t-il un ordre international économique ? ». Est particulièrement significatif le fait que les auteurs aient jugé utile de revenir à une question plutôt que de se contenter d'une affirmation. Mais au-delà de cette remarque, c'est l'analyse suivante qui mérite notre attention. Après avoir rappelé les caractéristiques que doit revêtir un ordre international économique, les auteurs soulignent : « Si l'on s'en tient à cette définition, on constatera qu'au mieux se dessinent les contours d'un ordre international économique mais que ce dessin inachevé est déjà brouillé par les tensions qui s'exercent entre multilatéralisme, bilatéralisme et unilatéralisme ». Les auteurs auraient pu aussi mentionner, ici, l'intervention du pluralisme économique qui, incontestablement, brouille aussi les pistes.

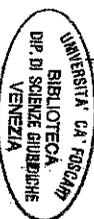
Toutefois, ce n'est pas sur cet aspect des choses que nous souhaiterions insister. Car l'apport, le plus spectaculaire de l'édition 2007, est constitué par les développements consacrés à l'éthique et au débat engendré par les sous-jacents à la gouvernance et à la régulation au sein du phénomène de la mondialisation. Les auteurs reconnaissent que le système « présente de graves déséquilibres »<sup>17</sup> qui suscitent un embryon d'ordre parallèle qui « n'a pas encore... trouvé sa juste place en droit positif ». On ne peut cependant ignorer les nombreuses contributions d'ores et déjà acquises dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises dont on peut espérer qu'elles ne resteront pas de l'ordre de s déclarations de principe, essentiellement dans des codes de bonne conduite, mais qu'elles se traduiront sans trop tarder par de véritables règles de droit. Elles peuvent parfaitement être générées par l'autorégulation ou être imposées par les États, mais elles devront se voir sanctionnées d'une manière ou d'une autre.

Gageons, en tout état de cause, que les Professeurs Carreau et Juillard auront encore beaucoup de nouveaux développements à examiner dans la future quatrième édition de leur ouvrage que nous attendons avec impatience !

## TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos .....	3
Ouverture, <i>Isabelle Pinget</i> .....	5
<b>I. CONCEPT, NOTION ET DÉFINITIONS DE L'INVESTISSEMENT</b>	
Les définitions de l'investissement international, <i>Philippe Kahn</i> .....	11
Reconnaitre ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI, <i>Emmanuel Gallard</i> .....	17
Investissement et développement : une approche multilatérale, <i>Rainer Geiger</i> .....	33
Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement, <i>Ferhat Horchani</i> .....	49
<b>II. QUELQUES ASPECTS DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'INVESTISSEMENT</b>	
Fair and equitable treatment : judicially manageable criteria, <i>Rudolf Dolzer</i> .....	83
Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international, <i>Alain Pellet</i> .....	97
<b>III. DE LA MONNAIE À LA FINANCE</b>	
Stabilité et manipulation des taux de change, <i>François Granville</i> .....	113
Création monétaire : sources du droit <i>versus</i> tentation sociologique, <i>Jean-Marie Sorel</i> .....	141
<b>IV. DIVERSITÉ DU RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS ÉCONOMIQUES</b>	
Droit commercial international et rôle du juge, <i>Giorgio Saccolini</i> .....	155
Autour de l'arbitrage concernant la Banque des règlements internationaux (sentences des 22 novembre 2002 et 19 septembre 2003), <i>Paul Lagarde</i> .....	159
L'arbitrage maritime international, <i>Philippe Delbecq</i> .....	167
<b>V. VERS UN ORDRE JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE ?</b>	
Les relations internationales économiques à l'heure de la transparence, <i>Yves Nouvel</i> .....	177
L'individu et le droit international économique, <i>Fabrizio Marrella</i> .....	191
Les tensions entre la poursuite d'une efficace allocation des facteurs de production et les exigences éthiques en droit international économique, <i>Régis Chemin</i> .....	239
Nationalisations : le retour ?, <i>Geneviève Bastid-Burdeau</i> .....	257
Mondialisation, gouvernance, régulation : doit-on penser le droit international économique différemment au XXI <sup>ème</sup> siècle ?, <i>Catherine Kesseljian</i> .....	263

N/SG-018891



<sup>15</sup> D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p.34.

<sup>16</sup> D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p.44.

<sup>17</sup> D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, 2007, p.51, §35.

tribunal admet néanmoins l'existence d'un principe de transparence tirant son origine du droit international général<sup>44</sup>. Cette sentence n'apporte pas de manière convaincante la preuve d'une pratique générale suivie par les États, ni celle de leur représentation de cette pratique comme étant contraignante. Elle conforte cependant les conclusions interrogatives du professeur Julliard fournies en ces termes dans le manuel de *Droit international économique* : « ainsi, se confirme l'importance désormais donnée par le droit international économique à l'exigence de transparence, dont on peut se demander si elle n'est pas en train de se hausser au rang de principe général »<sup>45</sup>.

## L'INDIVIDU ET LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

FABRIZIO MARRELLA

Professeur à l'Université Cà Foscari de Venise

### INTRODUCTION ET REMARQUES LIMINAIRES

Il a été récemment observé lors d'un colloque de la SFDI, qu'« identifier les ou des catégories de sujets du droit international » correspond à « une démarche obérée par des présupposés<sup>1</sup> ». En effet, le plus important de ces présupposés est de considérer, de façon dogmatique, le droit international uniquement comme le droit des relations interétatiques et, par conséquent, de réduire l'ensemble des relations internationales contemporaines à la « matrice » wesphalienne originaire. Ce débat a fait couler beaucoup d'encre parmi les théoriciens du droit international général<sup>2</sup> et mérite aujourd'hui d'être examiné par référence au droit

<sup>1</sup> H. Ruiz-Fabri, « Les catégories de sujets du droit international », in SFDI, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 64 ; cf. à propos de ce débat A. Clapham, *Human rights obligations of non State actors*, Oxford, OUP, 2006, p. 60 : « The concept of subject of international law is today often deemed unhelpful ; and scholars increasingly avoid speculation on which non-State actors can be described as subjects ». V. aussi I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, OUP, 2003, p. 57 : « A subject of law is an entity capable of possessing international rights and duties and having the capacity to maintain its rights by bringing international claims. This definition, though conventional, is unfortunately circular since the *indicia* referred to depend on the existence of a legal person ». Cf. A. Cassese, « Individuo (diritto internazionale) », in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, p.185 : « Sul piano logico-giuridico, nulla si oppone, in astratto, alla possibilità che gli individui siano investiti di situazioni giuridiche sostanziali valvoli nella sfera dell'ordinamento internazionale » et encore du même auteur (dans M. Bedjaoui, *Droit international. Bilan et perspectives*, I, Paris, Pedone-UNESCO, 1991, p.119) : « Récemment, en particulier après la Seconde Guerre mondiale, d'autres centres d'intérêts et d'activités ont acquis un statut international. Il s'agit des organisations internationales, des peuples réunissant certaines conditions et dotés d'une structure représentative (mouvements de libération nationale) et des individus. L'émergence de ces "nouveaux" sujets est un trait caractéristique du droit international contemporain ». R. Pisillo Mazzeschi, « Il ruolo marginale dell'individuo nel progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati », in Spinelli, Gianelli, Alaimo, *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, Milano, Giuffrè, 2006, p.215 ss.

<sup>2</sup> Parmi une littérature très vaste, v. les études de Bourquin, « Règles générales de droit de la paix », *RCADI*, 1931-I, t.35, pp.33-47; H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1932-IV, t.42, pp.141-172; Baldore Pallieri, *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui*, Turin, 1932, *passim*; R. Quattri, *La suddivisione nel diritto internazionale*, Padua, Cedam, 1936, p.53 ss.; Ph. Jessup, *A modern law of Nations*, New York, Mc Millan, 1949, pp.68-93; G. Spedanti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Padua, Cedam, 1950, ainsi que son « L'individuo et le droit international », *RCADI*, 1956-II, v.90, p. 733 ss.; G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, p.250 ss.; F. Durante, *Ricerche individuali ad organi internazionali. Contributo alla teoria della personalità internazionale dell'individuo*, Milano, 1958,

<sup>44</sup> *Champion Trading Company et Amertivade International c. Egypt*, Aff. Cirdi n° ARB/02/9 (TBI

Stats-Unis/Egypte), sentence du 27 octobre 2006, § 164, en ligne sur <la.law.nyu.edu>.

<sup>45</sup> D. Carreau, P. Julliard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2005, p. 443.

international économique et au phénomène contemporain de la globalisation de l'économie. Car si on se place uniquement du point de vue du droit international classique, on regarde le monde seulement à travers les lunettes des diplomates du ministère des affaires étrangères.

En droit international économique, et c'est la première leçon des Professeurs Carreau et Juillard, il faut observer le monde non seulement à travers les lunettes des diplomates, mais aussi en utilisant les lunettes des autres acteurs, comme (mis à part, le ministère du commerce international ou de l'économie) les banques centrales, les organisations intergouvernementales économiques, les ONG économiques et les entreprises transnationales : voici la société économique internationale !

De plus, la globalisation économique accentue l'interdépendance des États et suit une augmentation, sans précédent, des « networks », réseaux électroniques ou physiques à travers lesquels les composantes des trois pouvoirs fondamentaux des États (législatif, exécutif et judiciaire) ne vivent plus isolées dans leur territoire mais communiquent de plus en plus avec leurs homologues étrangers à travers les frontières, et regardent de plus près les activités des entités non étatiques.

De leur côté, les entités non étatiques se transnationalisent à grande vitesse<sup>3</sup> (il suffit de penser aux entreprises transnationales, aux banquiers, au *Global Compact*, aux *law firms* d'avocats et même à l'activité des professeurs de droit

p. 61 ss.; G. Arangio-Ruiz, « L'individuo e il diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p.561 ss.; P. Reuter, « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public », *Mélanges Georges Scelle. Technique et principes du droit international public*, Paris, LGDJ, 1950, p. 532 ss.; C. Parry, « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », *RCADI*, 1956/II, t.90, 657 ss.; F. von der Heyde, « L'individu et les tribunaux internationaux », *RCADI*, 1962-III, v.107, p.297 ss.; S. Oda, « The Individual in International Law », dans Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, 1962, 1968, p.469 ss.; A. Cassese, « Individuo (diritto internazionale) », *Enciclopedia del diritto*, cit., p.184 ss.; J. Barbouts, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, 1983-I, v.179, p.145; J. Barboza, « The International Personality of the Individual », dans *Shari in onore di Giuseppe Spaditti*, Milano, 1984, p.374 ss.; P.M. Dupuy, « L'individu et le droit international », *Archives de philosophie du droit*, t.32, 1987, p.119; M.R. Santile, « Individuo (nell'ordinamento internazionale) », *Enciclopedia giuridica*, Roma, XVI, 1989; K.J. Partsch, « Individuals in International Law », dans R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of International Law*, VI, Amsterdam, Elsevier, 1999, pp.957 ss.; T. Franck, *The empowered self: Law and Society in the Age of Individuals*, Oxford, 2000; E. Koussouas, « Facteurs privés et droit international public », *RCADI*, 2002, v.299, p.23-392; G. Arangio-Ruiz, « Dualism revisited: International Law and Interindividual Law », *Riv. di diritto internazionale*, 2003, pp.909-999 et L. Picchio Forati, G. Palmisano, *La lezione di una vita: cas e e com e il diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editrice Scientifica, 2004, I, XVII-LVIII.; SPDI, *Le sujet en droit international* cit. et en particulier le rapport de M. Comand.

<sup>3</sup> Parmi une très vaste littérature, v. E. Loquin, C. Kessoclian (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000; Ch. Lebon, E. Loquin, M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, passim; M. Salah, « Mondialisation et souveraineté de l'État », 1996 réédité dans Beguin, Delvaux, Jacquat, Montger, *Un siècle d'étude du droit international*, Paris, Litec, 2006, p. 557; cf. A.M. Staughter, « International Law and International Relations », *RCADI*, 2000, p.285, p.9-249; ainsi que W. Benedek, K. De Feyter, F. Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007.

des Universités...) en augmentant la communication transfrontalière *inter se* et sont en mesure d'accéder à une masse d'informations, inaccessible auparavant, sur l'activité des États, les tribunaux internationaux et les organisations intergouvernementales.

Je voudrais, donc, émettre deux remarques préliminaires.

Tout d'abord, et c'est la première remarque, les sujets du droit international - comme dans tout ordre juridique - ne doivent pas nécessairement être identiques. La Cour Internationale de Justice, dans son fameux avis consultatif du 11 avril 1949, rendu sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, a clairement indiqué à ce propos que :

« Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits... leur nature dépend des besoins de la Communauté »<sup>4</sup>.

Ainsi, rien n'empêche, si la réalité économique-sociale l'exige, d'élargir - avec soin - le droit international *ratione personae*<sup>5</sup> et *ratione materiae*. En outre, rien n'empêche de constater des degrés différents de cet « élargissement », en fonction du fondement et du type de règle internationale, soit-elle de source coutumière ou conventionnelle. Car, si le droit international coutumier ne vise généralement pas l'individu, en revanche les traités récents en matière d'investissements, de droits de l'homme ou de droit international pénal marquent une tendance différente. D'ailleurs, l'exemple du droit communautaire tout entier démontre que l'évolution d'une communauté « économique » européenne a été possible tout en prévoyant, *inter alia*, l'accès des individus à un tribunal international comme la Cour de Justice (et le TPIJ).

La notion de personnalité juridique est évolutive et se rattache à l'évolution historique du droit international tout entier. Le droit international n'est pas un monument de pierre, un ensemble d'institutions et de règles statiques mais un ordre juridique vivant, qui évolue avec le temps et surtout, avec la société qu'il entend régler<sup>6</sup>. Bien plus, il a été récemment reconnu par une partie de la doctrine internationaliste que les individus, les entreprises et les associations ou

<sup>4</sup> *Rec.* 1949, p.178.

<sup>5</sup> Du point de vue juridique, on appelle « personne » une entité capable d'avoir des droits et des obligations. Le concept juridique dérive du droit romain (sa théorisation a été effectuée par les romans du Moyen-âge). En droit romain, *persona* est un mot qui étymologiquement signifie un masque de théâtre. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, réimp. 2002, p.43. <sup>6</sup> V. déjà P. Reuter, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961-II, v.103, p. 434 s. rappelant que la société internationale est essentiellement évolutive. Ainsi, le Professeur René-Jean Dupuy a pu affirmer que, en droit international, « ce qui fausse tout c'est que les gens croient que quand il y a quelque chose de nouveau ça efface ce qui existe déjà », cité par M. Metle, in Ghertari, Sarrac (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, pp.39-40. V. aussi M. N.Shaw, *International Law*, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge, CUP, 2008, p.43: "... international law is product of its environment... Nevertheless, there is a continuing tension between those rules already established and the constantly evolving forces that seek changes within the system. One of the major problems of international law is to determine when and how to incorporate new standards of behaviour and new results of life into the already existing framework, so that, on the one hand, the law remains relevant and, on the other, the system itself is not too vigorously disrupted".

ONG, ont depuis longtemps joué un rôle informel mais crucial pour le droit international.<sup>7</sup> D'ailleurs, l'école de New Haven ainsi que l'ancien Président de la Cour Internationale de Justice, le Professeur Rosalyn Higgins, ont bien montré, en doctrine, la nécessité de considérer « International Law as a process ».<sup>8</sup>

Par conséquent, il est loisible de se demander si la dichotomie sujets/objets de droit ne simplifie pas trop une réalité complexe comme celle du droit international contemporain<sup>9</sup> et encore plus celle du droit international économique.<sup>10</sup> Autrement dit, la dichotomie sujets/objets visée dans une

<sup>7</sup> V. Lowe, « Corporations as International Actors and International Law Makers », in *Italian Yearbook of International Law*, v.14, 2004, pp.23-38. Ph. Sands, « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in Ghertai, Szurek, *L'émergence de la société civile internationale*, cit., p. 92 ss. ainsi que T. Treves (T. Treves, Frigessi di Rattalma, A. Tanzi, A. Rodella, C. Ragni (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague: TMC Asser Press, 2005, p.5) mettent très bien en évidence la manière dont les entités non étatiques peuvent influencer le développement du droit international : a) action au niveau interne pour chercher à influencer la position gouvernementale ; b) participation au développement des normes internationales ; c) mise en œuvre du droit international par l'action judiciaire. Sur le rôle de la CCI v. G. Ridgeway, *Merchants of Peace: Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce*, New York, Columbia University Press, 1998.

<sup>8</sup> Sur l'école américaine de New Haven v. *inter alios*, M. McDougal, « International Law, Power and Policy : A Contemporary Conception », *RCADI*, 1953/L, v.82, p.132, ainsi que W. M. Reisman, « International Lawmaking: A Process of Communication », *ASIL Proceedings*, 1981, p.101 ss. ; du même auteur v. le cours général de l'Académie de droit international de La Haye, rendu en 2007 et en cours de publication. Cf. aussi R. Higgins, « International Trade Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes », *RCADI*, 1991/V, v.230, p.35 ss. ; Id., *Problems and process. International Law and how we use it*, Oxford, OUP, 1994, p.2. Selon l'auteur (p.50) : « It is much more helpful, and closer to perceived reality, to return to the view of international law as a particular decision-making process. Within that process (which is dynamic and not a static one) there are a variety of participants, making claims across state lines, with the object of maximizing various values. Determinations will be made on those claims by various authoritative decision-makers – Foreign Office Legal Advisers, arbitral tribunals, courts... Now, in this model, there are no 'subjects' and 'objects', but only participants. Individuals are participants along with States, international organizations (such as the United Nations, or the International Monetary Fund (IMF), multinational corporations, and indeed private non-governmental groups». V. aussi Higgins, « The reform in International Law », in R. Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 215. Pour une critique à cette posture théorique du droit international, par exemple, G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987/VI, v.207, p.25 ss., ainsi que C. Tomuschat, « International Law: ensuring the Survival of Mankind on the Eve of the New Century », *RCADI*, 1999, v.281, p.25 ss.

<sup>9</sup> D'après Mine R. Hyginis, *International Trade Law and the avoidance, containment and resolution of disputes*, cit., p. 80 : « This starting point has received a widespread and uncritical acceptance and has necessarily dictated the framework of any examination... And to the positivists there is no permissive rule of international law that allows individuals to be bearers of rights and duties. They must therefore be objects: that is to say they are like 'boundaries', or 'rivers' or 'territory' or any of the other chapter headings found in the traditional textbooks. I believe every step of this argument to be wrong ». Cf. déjà, dans le même sens, D. P. O'Connell, *International Law*, 2<sup>e</sup> ed., v. I, London, 1970, p.108 : « the individual as the end of the community is a member of the community and as a member he has status : he is not an object ».

<sup>10</sup> L'expression « droit international économique », titre du célèbre manuel des Professeurs Carreau et Julliard, est devenue courante après la Seconde Guerre mondiale. Dans la littérature anglophone, les premiers usages de l'expression « International Economic Law » se retrouvent en G. Schwarzenberger, « The Province and Standards of International Economic Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 1948, p.2 ss. (et surtout en son « The Principles and Standards of

perspective statique et historiquement située risque de devenir un lit de Procuste qui ne permet pas de voir si et jusqu'à quel point le droit international manifeste des formes de participation, à son élaboration, son application et son exécution, différentes de la forme interétatique.

Ainsi, comme le Professeur Carreau l'explique, depuis près de vingt ans, dans son manuel de *Droit international*, une fois admis que les États, sujets dotés d'une compétence *pléine et originnaire* en droit international, ne sont pas (ou plus) les seuls sujets du droit et que l'on conçoit des sujets « autres » comme les organisations intergouvernementales (OIG), sujets dotés de compétences *fonctionnelles et spécialisées*, il s'ensuit que la liste des sujets et la gradation de leurs compétences ne sont pas nécessairement figées et peuvent se modifier.

La CUI, en effet, a désormais admis que les OIG « sont des sujets de droit international n'ayant pas, à la différence des États, de compétence générale... [elles] sont régies par le 'principe de spécialité' »<sup>11</sup> et, dernièrement, dans son arrêt *LaGrand*, du 21 juin 2001, a constaté que l'art. 36, par 1<sup>er</sup> de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, « crée des droits individuels » au bénéfice de particuliers détenus à l'étranger, mais a néanmoins ajouté que ces droits « peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité »<sup>12</sup>.

Tout en utilisant une conception moderne et réaliste du droit international, on peut tout d'abord constater que les personnes privées (individus, sociétés transnationales et ONG) peuvent être admises dans la Communauté internationale, en tant que de besoin, comme des sujets à compétences *limitées*.<sup>13</sup> Cela est particulièrement évident en considérant des domaines du droit international contemporain comme le droit international économique et le droit international des droits de l'homme.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> International Economic Law », *RCADI*, 1966/L, v.117, p.17 ss.) ; on trouve v. P. Picozzi, G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982. V. aussi dans une perspective historique, J. Jackson, « Economic Law. International », in R. Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, cit., 1995, p.20 ss., ainsi que D. Vagts, « International Economic Law and the American Journal of International Law », *AJIL*, 2006, p.769 ss.

<sup>12</sup> Dans son avis consultatif sur la *licité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* du 8 juillet 1996 (*Revue*, p. 78, §24).

<sup>13</sup> par 7<sup>e</sup>. V. C. Santulli, « Une administration internationale de la justice nationale? A propos des affaires *Beard et la Grand* », *A.F.D.I.*, 1999, pp.101-131.

<sup>14</sup> Dans les manuels de droit international les plus récents, ce point est désormais largement admis. V. *ex multis*, D. Carreau, *Droit international*, Paris, Pedone, 10<sup>e</sup> éd., 2009, p.372 ss. ; Nguyen Quoc Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2002, p.643 ss. ; A. Cassese, *International Law*, 2<sup>e</sup> ed., Oxford, 2005, p. 150 ; V. Lowe, *International Law*, Oxford, 2007, p.11 ; T. Treves, *Droit international. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 189 ss. (à p.191) ; B. Nascimbene, « L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani », dans S.M. Carbono, R. Luzzatto, A. Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, Turin, Giappichelli, 3<sup>e</sup> ed., 2006, p.369 ss. (particulièrement critique) N. Ranzani, *Introduzione al diritto internazionale*, 2<sup>e</sup> ed., Turin, Giappichelli, 2007, p.41 ss.

<sup>15</sup> Le Professeur Philippe Sands (« La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in Ghertai, Szurek, *L'émergence de la société civile internationale*, cit., p. 89), une fois constaté « l'accroissement rapide, dans les années récentes, de la gamme des matières relevant de la sphère internationale », observe une transformation du droit international : « Cette transformation quantitative s'est accompagnée d'une transformation qualitative : plus de normes internationales

Deuxième remarque. Un discours de théorie générale sur la position juridique de l'individu — comme sur les autres personnes privées<sup>17</sup> — conduit à apprécier deux aspects différents mais complémentaires de la personnalité juridique : la capacité juridique et la capacité d'agir. La *capacité juridique*, soit l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations et la *capacité d'agir*, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer des droits et, surtout, de saisir des mécanismes de règlement des différends.

Cependant, aujourd'hui, tant les sources du droit que les mécanismes de règlement des différends sont soit *internes*, soit *internationaux*, car il est possible d'envisager une capacité juridique de droit international, tout en confiant au juge interne la question de l'exercice de ces mêmes droits (donc, il s'agit d'une capacité d'agir de droit interne mais non pas de droit international).

Or, il est évident que la question fondamentale est celle de savoir si les États, qui possèdent *ab origine* la plénitude de la capacité juridique et la capacité d'agir sur le plan interétatique, peuvent attribuer aux individus des droits internationaux *stricto sensu* — voire sans intervention de l'ordre juridique d'un État donné — (volet *capacité juridique internationale*) susceptibles d'être exercés par l'individu, en son nom et pour son compte, devant une juridiction ou un autre mécanisme de résolution internationale des différends (volet *capacité d'agir sur le plan international*).

Une première réponse est de constater qu'aujourd'hui un certain nombre de règles de source internationale s'adressent et s'appliquent directement aux individus en leur imposant des devoirs (il suffit de penser aux crimes internationaux), en leur attribuant des droits (c'est le cas des droits de l'homme), ou bien leur attribuent le pouvoir de s'adresser directement à un tribunal interétatique (ou autre mécanisme de règlement des différends) et *contre* un État, que ce soit le leur ou un État étranger<sup>18</sup>.

Bref, aujourd'hui, à la différence du passé, il y a bien une tendance marquée du droit international (et surtout du droit international économique) à effectuer des

(principalement des traités et conventions, mais également des actes d'organisations internationales) s'imposant de façon, de plus en plus, détaillée dans les moindres aspects de la régulation économique, sociale et environnementale. Cela affecte inévitablement les intérêts des membres de la communauté internationale autres que les États, qui cherchent, par conséquent, à influencer l'adoption, le développement et l'application des règles. Parmi les exemples retenus (*ibidem*, p. 90) il y a le « droit de commercer internationalement », par les acteurs privés, « les émissions de dioxyde de carbone comme envisagées par le Protocole de Kyoto de 1997 à la Convention-cadre sur les changements climatiques de 1992 ». V. à ce propos M. Jovan, «Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente», dans A. Del Vecchio, A. Dal Ri Junior (dir.), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Naples, ES, 2005, p. 133 ss.

17 Et v. la résolution IDI sur le droit applicable aux entreprises internationales commises, *étatiques ou parastatales à caractère économique* (1985).

18 Il est évident que les auteurs, ont, dans le passé, considéré l'individu comme sujet « naturel » de l'ordre juridique international (v. par exemple Duguit, *Keison ou Scelle* cités à la note 3) et ont opposé le dogme de la personnalité de l'individu au dogme de la personnalité exclusive de l'État (v. par ex. la critique de R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milan, 1950, p. 54). Ils n'ont pas eu besoin d'introduire la distinction entre capacité juridique et capacité d'agir sur le plan international que nous allons utiliser pour développer notre analyse.

« incursions » au-delà de la sphère interétatique<sup>17</sup> « incursions » qui vont toucher les individus et modifier leur sphère juridique<sup>18</sup>.

Ainsi, dans un premier temps, sera examinée la théorie classique du rôle de l'individu comme « objet » de droit international économique, entendue dans sa conception restrictive<sup>19</sup> (I). Ensuite, on présentera quelques considérations sur la saisine des mécanismes de règlement des différends économiques de la part de l'individu (II).

#### I - LA CAPACITÉ JURIDIQUE

##### DE DROIT INTERNE ET DE DROIT INTERÉTATIQUE

Pour les tenants de l'orthodoxie dualiste, la solution traditionnelle et de principe du droit international classique, tant en matière non économique qu'économique, était celle de considérer l'individu comme simple « objet » du droit international et non pas comme « sujet »<sup>20</sup>. Autrement dit, l'individu n'est sujet que de l'ordre juridique interne ; dans l'ordre international, il est un « objet ».

<sup>17</sup> Ainsi dans le *Oppenheim's International Law*, par Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, p. 848-849 on peut lire que : « the quality of individuals (and private companies and other legal persons) as subjects of international law is apparent from the fact that, in certain spheres, they enter into direct legal relationships on an international plane with States and have, as such, rights and duties flowing directly from international law. It is no longer possible, as a matter of positive law, to regard States as the only subjects of international law, and there is an increasing disposition to treat individuals, within a limited sphere, as subjects of international law ». Cf. P. M. Dupuy, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 217-218 : « la mesure de personnalité » ainsi reconnue à l'individu dans l'ordre international demeure... à la fois variable, en fonction des conditions conventionnelles de son établissement, et relative, parce que précisément, elle concerne principalement des systèmes établis par voie d'accords, notamment régionaux, lesquels par définition ne valent qu'entre les États qui y sont parties... Dans le droit international contemporain, l'individu est ainsi à la fois titulaire de droits et d'obligations. La défense des premiers est encore marquée de précarité. L'affirmation des seconds s'accompagne de la montée en puissance du droit international pénal, dont les conditions organiques de garantie sont elles-mêmes encore loin d'être parfaites ». V. aussi l'étude de V. Abelian Horowitz, « La responsabilité internationale de l'individu », *RCADI*, 1999, v. 280, p. 135-428.

<sup>18</sup> Ainsi, il a été observé en doctrine que l'évolution de la capacité juridique et de la capacité d'agir de l'individu (comme des autres personnes privées) doit être appréciée tant sur le plan *qualitatif* que sur le plan *quantitatif*. Selon le Professeur Dominique Carreau (*Droit international*, cit., p. 372) : « Quantitativement, les individus, personnes physiques, tirent les premiers à bénéficier d'une certaine personnalité internationale qui est maintenant étendue aux personnes morales, sociétés et associations. Extension aussi sur le plan qualitatif dans la mesure où la tendance contemporaine est de reconnaître aux individus un nombre croissant de droits dans l'ordre international ». V. Carreau, P. Julliard, *Droit international économique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, cit., p. 3 « dans ce concept restrictif, le droit international économique serait constitué par l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations internationales économiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des relations macro-économiques par opposition aux relations micro-économiques. Ainsi en ce sens, les règles du système commercial international seraient des règles de droit international économique ».

<sup>19</sup> La doctrine jansénaraliste à partir de Grothius (*De jure praedae commentarius*, 1604 citée par Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1951, pp. 9, 70 et 74) c'est-à-dire la doctrine des pères fondateurs du droit international admet l'individu comme sujet du droit international *contra* outre la littérature citée à la note 3, v. surtout Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929-4, v. 26, p. 311 ss. ; H. Tiepolo, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923-1, p. 77 ss. ; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 3<sup>e</sup> éd.,

L'explication de la doctrine du siècle dernier est que le droit international est créé par les États et pour les États : ils sont les seuls à être titulaires de droits internationaux et d'obligations internationales, à pouvoir être responsables des violations dudit droit et, surtout, à disposer de l'accès à des mécanismes de résolution des différends internationaux.

Comme les sujets exclusifs de la Communauté internationale sont les États, il s'ensuit que si l'on admet au *chif* des puissances - pas aisément d'ailleurs - des entités comme les organisations intergouvernementales (OIG), c'est parce que, en fin de compte, il s'agit d'entités créées par les États et au service des États eux-mêmes<sup>21</sup>.

Dans la même optique, il s'ensuit que l'individu n'appartient qu'à la société étatique et il n'a donc pas accès aux juridictions internationales<sup>22</sup>. Il ne peut pas

Padoue, Cedam, 1928, tr. fr. 1929, p. 134 ; J. Spiropoulos, « L'individu et le droit international », *RCADI*, 1929-V, t.30, p. 195, les individus « ne deviennent pas des sujets du droit des gens par le seul fait qu'on leur reconnaît des droits, ils ne le deviennent que par l'extension a priori du concept de droit des gens » ; Stolor-Pintor, « Les sujets de droit international autres que les États », *RCADI*, 1932-III, v.41, p. 356 ; Kaufmann, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935-IV, v.54, p.402-435 ; dans une large mesure J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936-IV, v.58, p.471 ss. ; S.B. Krylov, *RCADI*, p.446 ss. ; P. Guggenheim, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1952, p. 107 ss. ; G. Arraigo-Ruiz, *Gli enti soggetti*, cit., p. 261-271 ; G. Morelli, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956-I, pp.499-512 ainsi que ses *Nozioni di diritto internazionale*, 7 éd., Padoue, Cedam, 1967, p.112. R. Quatit, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964-II, v.113, p. 373 ss. ainsi que son *Diritto internazionale pubblico*, 5 éd., Naples, 1968, pp.406 s. ; M. Lachs, « The development and general trends of International Law in our time », *RCADI*, 1980-IV, v.169, p.61 ss. Dans une position plus nuancée : Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, 1962, p.35 ss. ; F. Copoloni, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1994-IV, v.248, p.83 ss. ainsi que I. Brownlie, « International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations General Course on Public International Law », *RCADI*, 1995, v.255, p. 77 ss. ; C. Tomuschat, « International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century, General Course on Public International Law », *RCADI*, 1999, v.281, p.149 ss. Une solution différente mais minoritaire a été soutenue par la doctrine réaliste (v. par ex. Salyvati, -*Règles* cit., p.38 ss. - pour être sujet, l'existence d'un seul droit subjectif international suffit) ; et en faveur de l'admission de l'individu comme sujet du droit international v. Scelle, *Règles*, cit., pp.342-343 et 363-373 ; Polits, *Le nouvelles tendances du droit international*, Paris, 1927, ch.II ; par Spach, *L'individu et le droit international*, cit., p. 45 s. ; H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953-II, v.84, p.94-95 ; W. Friedmann, « General Course in Public International Law », *RCADI*, 1969-II, v.127, p. 91 ss. ; dans une position médiane mais antidogmatique J. L. Briery, *RCADI*, 1936, p. 42-48 ; H. Lauterpacht, *RCADI*, 1937, p. 207 ss. ; M. Sørensen, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1960-III, v.101, p.127-144 ; W.W. Bishop, « General Course of Public International Law », *RCADI*, 1965-II, v.115, p.271-273 ; R.Y. Jennings, « General Course on Principles of Public International Law », *RCADI*, 1967-III, v.121, p.346 ss. (observant exactement un kaléidoscope de personnalités juridiques internationales et l'émergence d'un droit transnational au sein de l'ancien droit international) ; P. De Visscher, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972-II, v.136, pp.56-57 ; H. Mosler, « The international society as a legal community », *RCADI*, 1974-IV, v.140, p. 48 ss. 21 V. par exemple, R. QUADRI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964, t. 113, p.237 ss. Cf. A. Cassese, *Diritto internazionale*, 2 éd., Bologne, 2006, p. 17 : « L'attribuzione della soggettività internazionale alle organizzazioni internazionali ha una ragione essenzialmente pratica... Gli Stati, infatti, hanno preferito rinunciare alla gestione individuale di alcune problematiche, di carattere sempre più internazionale e transnazionale, in favore della creazione di enti cui attribuire il compito di gestire tali questioni, in nome e per conto degli Stati membri ». 22 C.A. Colliard, L. Dubois, *Institutions internationales*, 10 éd., Paris, Dalloz, 1995, p.66.

bénéficier de façon *immédiate* et *directe* des droits fondés dans l'ordre international (capacité juridique), ni, *a fortiori*, il ne peut exercer de droits sur le plan international (capacité d'agir)<sup>23</sup>.

Si il le fait, ceci est possible seulement grâce à son État national qui, en dernière analyse, reste le vrai titulaire des droits et des obligations fondés dans l'ordre international, de caractère économique ou non économique<sup>24</sup>. Bref, l'individu ne peut qu'être destinataire des droits et des obligations de source interne et il appartient à l'État d'adapter son ordre juridique interne pour qu'il soit conforme à l'ordre international ou de demander le respect du droit international vis-à-vis des autres États.

Ainsi, tout traité concédant des droits (ou imposant des obligations) à un individu ne fait pas de celui-ci un sujet de droit international. En revanche, la nationalité, fondement classique du droit des gens, est un lien précieux car c'est grâce à elle que l'individu peut demander la protection diplomatique à « son » État. La nationalité, d'ailleurs, permet aussi d'évaluer, *inter alia*, la réciprocité de traitement<sup>25</sup>, au cas où l'activité économique transnationale de l'individu subit des entraves. Dans son célèbre avis du 3 mars 1928, rendu dans l'affaire de la *jurisdiction des tribunaux de Danzig*, la CPIJ cristallise, à première vue, cette approche en affirmant que :

« Selon un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux »<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> C'est l'État qui endosse la réclamation de l'individu mais, ce faisant, il fait valoir "son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international" (affaire *Mavromatis*, *Grèce c. Royaume Uni*, CPIJ, arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2, p.12). En doctrine v. à ce propos G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., p.109 ss. L'auteur affirme que l'interprétation correcte des règles internationales conventionnelles ou coutumières « deve portare a ritenere che esse si diringono esclusivamente agli Stati, non creando, per gli individui che esse proteggono in considerazione, né obblighi né diritti soggettivi né poteri giuridici ».

<sup>24</sup> Comme le Prof. Carreau l'explique dans son *Droit international*, cit., p.370 : « A l'époque du droit international dit "classique" qui correspondait à une conception organique de la société internationale, c'est-à-dire comme étant une société composée exclusivement d'États, les "préoccupations humaines" ou individuelles tendaient à disparaître. Les individus n'allaient plus être que des objets du droit international ; autrement dit, ils apparaissent seulement comme les "bénéficiaires" éventuels de l'action des États-nations. Sans doute les individus allaient-ils tirer profit -directement ou indirectement- des conventions d'établissement des traités de commerce conclus entre les États, voire des traités relatifs au règlement des différends internationaux. Seulement, ils n'étaient pas considérés comme pouvant être des sujets du droit international, comme ayant une capacité juridique propre. L'écran étatique était alors omniprésent ». V. aussi *Oppenheim's International Law*, by R. Jennings et A. Watts, 9th ed., London, 1996, p.847 : "... the rights in question are enjoyed by the individuals concerned not as rights in international law but as rights derived from national law".

<sup>25</sup> Selon A. Cassese, *International Law*, cit., p. 15, « In the present international community traditional rules based on reciprocity still constitute the bulk of international law ». Donc, le droit international des droits de l'homme va bien au-delà de la « matrice » originare du droit international. <sup>26</sup> CPIJ, avis du 3 mars 1928, *Jurisdiction des tribunaux de Danzig*, Série B, n°15, p.17.

Toutefois, la CPII innove déjà<sup>26</sup> par rapport au raisonnement classique selon lequel si les accords internationaux (et les autres règles constitutives de l'ordre juridique international) s'adressent par définition aux États, il s'ensuit qu'il appartient à chaque État de respecter et de faire respecter lesdites règles. La CPII ajoute avec prudence que dans le cas rarissime où les droits des individus sont consacrés par lesdites règles, il leur restera à en demander l'application au juge national.

Comment expliquer alors que les individus ont l'obligation internationale de source coutumière – et d'importance économique – de ne pas exercer la piraterie ? Quelques auteurs, sans parler expressément de « capacité juridique » de l'individu, ont, avec beaucoup d'hésitations, affirmé que l'individu, exceptionnellement, peut être titulaire d'obligations internationales, le cas de la piraterie étant le cas d'école<sup>27</sup>.

Mais, encore une fois, la cohérence avec l'approche classique est retrouvée sur ce point grâce à Anzilotti. L'éminent auteur a soigneusement précisé que la règle coutumière ne s'adresse pas directement à l'individu-pirate en haute mer mais aux États qui se trouvent autorisés par le droit international à adopter une législation anti-piraterie afin de capturer et de juger les pirates<sup>28</sup>. Ainsi, aujourd'hui, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signé à Montego Bay le 10 novembre 1982, a codifié l'obligation internationale de coopérer à la répression de la piraterie « en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État » (art. 100 et suivants).

En conclusion, si l'on croit que l'ordre juridique international est formé par des règles à caractère interétatique, rien ne s'oppose à l'adoption, par les États, de règles conférant *directement* aux particuliers des droits ou des obligations *internationales*, comme dans l'ordre juridique communautaire<sup>29</sup>.

Analyser l'individu en tant que sujet de droit interne et « objet » du droit interétatique économique conduit à présenter quelques observations sur : (A) les mutations structurelles du droit international après la Première Guerre mondiale

<sup>27</sup> Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, p. 2 ; G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932-1934 ; ainsi que, dans une perspective moniste, H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953-II, v. 84, p. 94-95 ; « [La norme] interdit la piraterie en obligeant tous les individus à s'en abstenir et elle les oblige de la même manière que les normes d'un droit national. Comme elle est une norme de droit international, les individus sont les sujets de l'obligation internationale qu'elle établit, de telle sorte qu'ils sont des sujets immédiats du droit international... Nous trouvons des exemples semblables dans diverses normes du droit international général, notamment dans celles qui concernent la rupture d'un blocus, la contrebande de guerre, l'usage illicite du pavillon, les crimes de guerre ou l'espionnage ».

<sup>28</sup> D. Anzilotti, « L'azione individuale contraria al diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale e legislazione comparata*, 1902, pp. 8-43, réimprimée dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padua, Cedam, 1956, p. 211 ss. V. V. Pella, « La répression de la piraterie », *RCADI*, 1926-V, v. 15, p. 149 ss. ; T. Terres, « Intervention en haute mer et navires étrangers », *AFDI*, 1993, pp. 651-675 ; C. Foubert, *La piraterie au XXème siècle*, Paris, L.G.D.J., 1992.

<sup>29</sup> V. dans ce sens, la définition de l'individu contenue dans le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par le Professeur Jean Salmon (Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 573) : « L'individu est sujet de l'ordre interne de l'État où il se trouve. Il est aussi sujet de l'ordre international, dans la mesure où les États ou les organisations internationales lui confèrent des droits ou des obligations ».

ainsi que (B) la position de l'individu dans les traités économiques contemporains.

#### A - Les mutations structurelles du paradigme du droit international « classique » après la Première Guerre mondiale

Les Professeurs Jessup<sup>30</sup>, Friedman<sup>31</sup>, Van Thernat<sup>32</sup>, Carreau<sup>33</sup> et dans une bonne mesure Virally<sup>34</sup>, ont bien montré les innovations, voire les moments de rupture au siècle dernier avec la conception purement interétatique du droit international, ainsi que les facteurs de mutation du paradigme structurel de la société internationale.

##### 1 - La « fin de la mise à l'écart traditionnelle des individus »

Dès la seconde moitié du siècle XIXe siècle<sup>35</sup>, et surtout après la Première Guerre mondiale, certaines catégories d'individus se virent reconnaître des droits qu'ils eurent la possibilité de faire valoir contre les États et devant des tribunaux internationaux<sup>36</sup>. Il s'agissait des « minorités protégées » et des travailleurs, dans des conditions bien précisées par les conventions de l'OIT<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Ph. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, p. 3 : « Transnational situations may involve individuals, corporations, States, organisation of States and other groups » et ces pour cela que devrait être employé « instead of 'international law' the term 'transnational law' to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers ».

<sup>31</sup> W. Friedman, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, ainsi que son « General Course in Public International Law », *RCADI*, 1969, cit., p. 107-108 : « It may be objected by some traditionally minded international lawyers that transactions which involve private corporations cannot possibly be part of public international law, since States are its only subjects... This limitation – which is indeed a characteristic aspect of the "international law of co-existence" which was of necessity confined to interstate diplomatic relations – is no longer tenable. International economic development transactions undoubtedly have private as well as public law aspects ».

<sup>32</sup> P. Verloren Van Thernat, *The changing structure of international economic law*, 1981, p. 9 ss.

<sup>33</sup> D. Carreau, *Droit international*, cit., p. 48, observe, *inter alia*, que, face au pouvoir des multinationales, « le droit international classique – qui prétendait encore actuellement sur ce point – ne faisait aucune place à ces entrepreneurs dans la mesure où il ne reconnaissait que des sujets « publics » et non « privés ». Or, ces catégories juridiques classiques sont, à l'évidence, inadaptables pour rendre compte du rôle des multinationales dans la mesure où elles accordent une attention exclusive à l'auteur de l'acte et non, au contenu de celui-ci ».

<sup>34</sup> M. Virally, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983-V, t. 183, p. 124 ss. <sup>35</sup> V. à ce propos les affaires cités par Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. II, Paris, Sirey, 1974, p. 732 s.

<sup>36</sup> D. Carreau, cit., p. 47. Mais cf. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, I, 3 ed., 1928, p. 136. La Cour internationale de justice contre-ambroïenne, créée en 1907, par les cinq Républiques de l'Amérique centrale (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua et El Salvador) avait compétence non seulement pour le contentieux interétatique mais aussi pour les actions intérieures, par un national d'une des Parties contractantes contre un autre État contractant, « naissant de la violation d'un traité d'une des Parties contractantes contre un autre État contractant, « naissant de la violation d'un traité d'une convention ou dans toute autre affaire de caractère international, après épuisement des moyens de recours fournis par la loi du pays en question ou bien lorsqu'on pouvait invoquer un droit de justice, et cela, que le Gouvernement, dont le demandeur est le sujet, soutienne ou ne soutienne pas la plainte » (J. Fischer Williams, « Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat », *RCADI*, t. I, 1924, p. 294).

<sup>37</sup> V. les références dans Quoc Dinh, Peller, Daillier, *Droit international public*, cit., p. 666 s.

Après la Première Guerre mondiale, des clauses de protection des minorités nationales vont être insérées dans les traités de paix.<sup>38</sup> Afin d'assurer la protection desdites minorités, certains droits vont être garantis en faveur des individus appartenant à chaque minorité, comme les droits civils et politiques ou la liberté de religion.

Un réseau de tribunaux arbitraux fut instauré pour trancher les différends entre des États et des particuliers des pays adverses. Les tribunaux arbitraux mixtes (TAM), créés par le Traité de Versailles pour statuer sur les recours en indemnisation du préjudice causé aux ressortissants des puissances alliées par l'Allemagne et les autres vaincus, ont créé une abondante jurisprudence : on a pu compter plus de 60.000 affaires gérées par les 39 TAM en fonction à l'époque.<sup>39</sup>

Or, même s'il n'y avait pas de disposition en ce sens dans le Pacte de la Société des Nations, les individus protégés bénéficiaient de moyens de recours directs, comme le droit de pétition au Conseil de la SDN.

Après la Seconde Guerre mondiale, cette expérience n'est plus développée à l'exception de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne, créée par la Convention de Bonn du 26 mai 1952 et amendée par les Accords de Paris du 23 octobre 1954, pouvant être saisie par les personnes privées.<sup>40</sup>

Cependant, on peut constater qu'au fil des ans, le dogme de l'incapacité internationale de l'individu devient la première « victime illustre » du succès, en 1945-1946, des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, avec l'essor du droit international pénal ; du développement du droit international des droits de l'homme, du droit communautaire ainsi que de la convention de Washington de 1963 avec la création du CIRDI, jusqu'à l'expérience du Tribunal arbitral iran-américain des réclamations.

Le Tribunal militaire de Nuremberg a, en effet, déclaré que :

« the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State. Who

<sup>38</sup> D. Carreau, *Droit international*, cit., p. 374, §1022.

<sup>39</sup> D. Carreau, cit., p. 374 en citant Jessup, *A modern law of Nations*, 1948, p. 95. V. aussi Rundstein, « L'arbitrage international en matière privée », *RCADI*, 1928-II, p. 375 ss. aussi avec référence à la Cour internationale des prises ; pour une discussion sur le droit international comme droit applicable par ces tribunaux v. J.-P. Niboyet, « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *RCADI*, 1932-II, t. 40, 221 et s. ; Kaufmann, « Règles générales », *RCADI*, cit., p. 1935, p. 402 ss. Mettant en évidence qu'en donnant à l'individu accès direct aux tribunaux internationaux, l'État se décharge d'affaires de moindre importance et – comme on le notera après un demi-siècle à propos du CIRDI – il y a une dépolitisation du contentieux. Contre la configuration d'une capacité d'agir internationale de l'individu cf. G. Morelli, « Cours général », *RCADI*, cit., 1956, cit., p. 499-512 (pour l'auteur, les TAM étaient des organes communs aux deux États concernés et donc le droit subjectif de l'individu repose fondé sur la conjonction des deux ordres juridiques étatiques) ainsi que R. Quadri, « Cours général », *RCADI*, cit., 1964, p. 386-412 (pour cet auteur, les droits comme les obligations de l'individu se trouvent absorbés par l'État et la capacité processuelle de l'individu n'ajoute rien à sa position faible : les droits dont il est titulaire demeurent à la disposition des États et une fois l'arrêt rendu, seul l'État national de l'individu peut faire valoir son droit à l'exécution du jugement).

<sup>40</sup> V. à ce propos Simpson, Fox, *International Arbitration*, New York, 1959, pp. 37-39.

violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law»<sup>41</sup>

Il est vrai que les Tribunaux de Nuremberg et Tokyo (établis par la convention de Londres du 8 août 1945 et par la décision du Commandant en chef des troupes d'occupation du Japon du 19 janvier 1946) ou le Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie (créé par la résolution 808 du Conseil de sécurité du 22 février 1993) ou encore le Tribunal pénal international pour le Rwanda (créé par la résolution 955 du Conseil de sécurité du 22 février 1993) sont des juridictions *ad hoc* et de nature exceptionnelle. Ainsi, il s'agit de tribunaux internationaux ou l'individu a *locus standi*, même seulement en qualité de défendeur.

Mais comment oublier que la Cour pénale internationale, instituée par le Traité de Rome du 17 juillet 1998 (et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002) a institutionnalisé, de façon éclatante, la répression des violations des droits fondamentaux commises par des particuliers ? Ce traité a codifié les principaux crimes internationaux de l'individu (art. 25), a fondé la compétence d'une juridiction internationale vis-à-vis de l'individu, et a prévu sa responsabilité internationale assortie de sanctions en son chef.

Donc, l'individu est sujet passif du droit international pénal : sa capacité juridique de droit international est affectée même si, en même temps, il reste titulaire de la « capacité d'agir internationale ». Les individus ne peuvent pas saisir la Cour pénale internationale afin de déclencher une action contre d'autres sujets.

## 2- L'apport fondamental du droit international des droits de l'homme

La « subversion » conceptuelle dont les droits de l'homme sont porteurs dans la théorie générale du droit international repose sur le postulat selon lequel l'individu devient destinataire et titulaire des droits matériels et processuels en tant que personne humaine, sans condition de nationalité (et donc sans condition de réciprocité) et sans l'intermédiaire, en principe, du droit interne<sup>42</sup>.

Autrement dit, le droit international des droits de l'homme va enrichir la *capacité juridique internationale* des particuliers (potentiellement plus de six milliards d'individus sans compter les personnes morales et quoi qu'il en soit de leur « moralité » !), en déterminant à l'égard des États des obligations internationales

<sup>41</sup> *American Journal of International Law*, 1947, p. 233.

<sup>42</sup> P.-M. Dupuy, *Droit international public*, cit., p. 220. « Il convient à nouveau ici d'insister sur le fait que les droits de l'homme ne constituent pas un appendice un peu suspect du droit international, comme s'attache encore parfois à le penser une doctrine hostile de l'époque où le droit international était l'épanouissement des États ». Cf. Quoc Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, cit., 649 s. observant que « C'est dans le domaine de la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire que ce phénomène s'est amorcé et amplifié au cours des dernières décennies... Pour une illustration récente de cette approche, v. la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 12 mars 2002 où... la Commission affirme que les 'tailleurs', détenus à Guantanamo par les États-Unis, peuvent invoquer le droit « d'indrogeable », en temps de paix comme de guerre, à faire déterminer leur statut juridique par une 'juridiction compétente' ». Cf. L. Henkin, « General Course of Public International Law : Politics, Values and Functions », *RCADI*, 1989-IV, v. 216, p. 208 ss.

et parfois, comme on le verra, en attribuant un *locus standi* aux individus et en développant ainsi leur *capacité internationale d'agir*<sup>45</sup>.

Les droits de l'homme sont des droits reconnus à l'individu par des instruments juridiques internationaux et nationaux. Ils sont destinés à protéger, *inter alia*, la vie, l'intégrité physique, la liberté, la pensée, la vie familiale. Bref, ils vont faciliter l'épanouissement social, économique et culturel de l'individu.

L'évolution de la matière est annoncée par les art. 1, 55 et 56 de la Charte de l'ONU et s'est faite, à l'échelle universelle, principalement par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 1948 – dont on a célébré le 60<sup>ème</sup> anniversaire – le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

Dans un cadre régional, on mentionnera la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (et ses treize protocoles additionnels en vigueur<sup>46</sup>), la Convention américaine relative aux droits de l'homme de San José du 22 novembre 1969<sup>47</sup>. Mise à part la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi le 19 janvier 1981<sup>48</sup>, pour le continent africain, il n'y a que des instruments juridiques non contraignants pour l'Asie, comme la Déclaration des devoirs fondamentaux des peuples et des États asiatiques, adoptée à Jakarta le 9 décembre 1983, ainsi que la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981<sup>49</sup> qui vaut également pour une partie de l'Afrique.

<sup>45</sup> Comme le note le Professeur F. Sauter, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6<sup>ed</sup>, Paris, PUF, 2003, p. 110 : « Les droits de l'homme font partie de la charge des États des obligations dont la singularité réside dans le fait que leur exécution n'est pas soumise, comme en droit international général, au principe de réciprocité. Ces obligations emportent, en effet, des conséquences territoriales : elles conditionnent tant l'exercice, en principe exclusif, par l'État de sa compétence territoriale que l'organisation des rapports entre la Puissance publique et les particuliers placés sous son autorité ». Cette approche a été contestée, dans le passé, par les Pays socialistes. Ils ont affirmé – non sans contradiction – que les droits de l'homme rentrent dans la « domestic jurisdiction » et donc que le contrôle international du respect de ces mêmes droits doit se faire en respectant la souveraineté de l'État et le principe de non ingérence dans les affaires intérieures. V. aussi la résolution de l'Institut de Droit International de Saint-Jacques de Compostelle, du 13 septembre 1989 sur « la protection des droits de l'homme et le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États », in *Anu. IDI*, v. 63, 1989 II, Paris, Pedone, p. 338. Cf. A. Carrasco Trindade, « The emancipation of the individual from his home State : the historical recovery of the Human Person as subject of the Law of Nations », dans *Liber amicorum Lazius Willhuber*, Zurich, Dike, 2007, p. 151 ss.

<sup>46</sup> Cf. <http://conventions.coe.int/>.

<sup>47</sup> Série des traités OEA, n° 36, entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Un Protocole additionnel à la Convention américaine sur les Droits de l'Homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, "Protocole de San Salvador" (1988), Série des traités OEA, n° 69, est entré en vigueur le 16 novembre 1999.

<sup>48</sup> La Charte a été ratifiée par 53 États africains (au 31 mai 2008) et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Un Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur la création d'une Cour africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 1998 est entré en vigueur le 25 janvier 2004. V. K. M'baye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, *passim*.

<sup>49</sup> V. Abu-Salih, S. A. Aldeeb, « La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam », *RGDIP*, 1985, pp. 625-716 ; F. Rigaux, « La conception occidentale des droits de l'homme face à l'Islam », *RTDH*, 1990, p. 105-129.

Les droits de l'homme sont traditionnellement conçus verticalement, c'est-à-dire comme des formes de protection de l'individu contre les abus de l'État territorial<sup>48</sup>.

De prime abord, on pourrait penser que les droits économiques, sociaux et culturels sont parmi les droits les plus importants. Il s'agit, si l'on prend le catalogue contenu aux articles 22-27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, principalement du droit au travail, au libre choix du travail, à la sécurité sociale, aux libertés syndicales, du droit à l'éducation, aux loisirs, à la vie culturelle, à la protection de la création culturelle et artistique. Mais en dépit de leur importance, l'inégalité du développement économique des États ne permet pas l'application uniforme de ces droits.

Un point de contact immédiat entre le droit international économique (volet investissements) et le domaine des droits de l'homme se trouve en matière de propriété privée<sup>49</sup>. Or, la propriété privée n'appartient pas au catalogue des droits économiques et sociaux. En effet, parmi les droits civils et politiques, on a toujours compté, de façon presque unanime en droit international jusqu'à la révolution soviétique<sup>50</sup>, le droit de propriété<sup>51</sup>.

Au niveau universel, la protection de la propriété privée se trouve reconnue, même si de façon un peu ambiguë, à l'art. 17 de la Déclaration universelle des

<sup>48</sup> V. à ce propos l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ainsi que l'art. 18 de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et origines de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés universellement reconnus (A/R.S. 53/144 du 9 décembre 1998). L'art. 28 de la Charte africaine des droits de l'homme et des droits des peuples prévoit que chaque individu a le devoir de traiter ses semblables sans discrimination et de maintenir des relations destinées à promouvoir, sauvegarder et renforcer le respect mutuel et la tolérance, cf. B. Atibola, « Individual Human Rights in the African Context », dans A. Angliche G. Sturgess (eds.), *Legal visions of the 21st century. Essays in honor of Judge C. Weeramantry*, Boston-Londres-La Haye, 1998, p. 143. Bien récemment, on a observé quelques développements de l'« effet horizontal » des droits de l'homme surtout dans le cadre de la protection de l'individu vis-à-vis des sociétés transnationales. V. F. Francioni, *Alternative perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations*, in W. Benedek, K. De Feyter, F. Marella, *Right to the Highest Attainable Standard of Living*, p. 245 ss. ainsi que F. Marella, *Ididem*, p. 266 ss.

<sup>49</sup> V. Seidl-Hohenveldern, « International Economic Law », *RCADI*, 1986-III, v. 198, p. 163 ss. Il faut aussi rappeler que, avant la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), le droit communautaire a fait une place importante au respect des droits fondamentaux, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de justice. Le juge communautaire s'est inspiré, entre autres, des principes inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Charte ne crée pas de droits. Elle s'efforce de rendre visibles des droits déjà existants à divers titres dans l'Union européenne. Ainsi, s'imposant de l'article 1er du protocole additionnel à la CEDH, le juge de l'ordre communautaire a développé une jurisprudence protectrice du droit de propriété (CIJCE, 13 déc. 1979, art. 44-79, *Hauer*, Recueil 1979, p. 3727), affirmant ensuite l'obligation de compensation financière des limitations importantes dudit droit (CIJCE, 13 juill. 1989, art. 5/88, *Wachauf*, Recueil, 1989, p. 1989).

<sup>50</sup> Pendant au moins deux siècles, la propriété privée des étrangers a trouvé une protection de droit international, même en temps de guerre, comme le démontre le Règlement de La Haye de 1907 concernant les règles de la guerre sur terre. V. N. Ando, *Surrender, Occupation and Private Property in International Law*, Oxford, 1991 ainsi que D. Carreau, P. Julliard, *Droit international économique*, cit., p. 387.

<sup>51</sup> Ainsi, parmi une vaste littérature, R. Lillich, *RCADI*, cit., p. 406 ss. ; R. Hyzems, « The taking of property by the State. Recent developments in International Law », *RCADI*, t. 176, 1982, p. 355 ss.

droits de l'homme : « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété ». Elle se retrouve aussi à l'art.5, al. 1<sup>er</sup>, parmi les droits civils énumérés par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Mais, la Déclaration universelle n'a pas pris la forme d'un instrument international de *hard law* – soit contraignant – même si elle a fini par avoir une importance juridique telle qu'il serait erroné de la réduire à la seule *soft law*.

Or, il est bien connu que, en raison de l'opposition de l'URSS, le droit de propriété n'a pas reçu une « concrétisation » dans les deux Pactes de 1966. Ce débat se trouve naturellement entremêlé avec ceux sur les investissements étrangers, sur les droits et devoirs économiques des États, en passant par le nouvel ordre économique international. Ceci semble désormais un « vieux débat » avec le dépassement du droit socialiste après la chute du mur de Berlin, l'expérience, du Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, la Commission de compensation pour l'Irak et surtout l'arbitrage CIRDI.

Au niveau régional, l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole de 1951 à la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) qualifie expressément le droit de propriété comme *droit de l'homme*. En allant au-delà de la lettre de la CEDH, l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole précité, énonce que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».

Il consacre le droit à la jouissance de la propriété privée acquise et le protège à l'égard des mesures abusives, de saisie, de confiscation, d'expropriation ou de nationalisation<sup>52</sup>. Ainsi, la compensation allouée par les juges de Strasbourg tient compte de l'ensemble du contexte et des intérêts en cause des parties.

De son côté, l'article 21 de la CADH prévoit (parmi les droits civils et politiques) que le droit de propriété privée est reconnu à toute « personne », c'est-à-dire, à « toute personne humaine » (art. 1, par. 2). Le droit de propriété peut être subordonné, par le droit interne, à l'intérêt social (art. 21, par. 1). Les États contractants à la CADH, peuvent donc réglementer l'usage des biens en fonction de l'intérêt général (Protocole addit. I, art. 1, par. 2).

En revanche, toute privation de la propriété pour des raisons d'« intérêt social » peut seulement se produire « dans les conditions prévues par la loi et selon les principes généraux de droit international » (CEDH). La CADH prévoit seulement le paiement d'une « juste indemnité » sans référence au droit international (art. 21). Dans la CADH, l'expropriation n'est possible que pour cause d'utilité publique (ou d'intérêt social) et elle est subordonnée au paiement d'une juste indemnité. La confiscation ne semble donc pas compatible avec l'esprit des deux conventions.

Enfin, il faut mentionner que d'autres points de contact entre le droit international des droits de l'homme et le droit international économique (au sens

<sup>52</sup> Pour une présentation synthétique de cette question v. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7<sup>ed.</sup>, Paris, 2006, p. 138-155. Il convient de noter que la notion de propriété n'est pas de droit interne mais est fondée sur la CEDH (elle peut comprendre, par exemple, des parts sociales ou la clientèle d'un établissement).

large) se retrouvent dans des matières telles que le respect de la vie privée face au « commerce de l'information », la liberté d'expression<sup>53</sup> ou encore dans l'interdiction de l'esclavage<sup>54</sup>. Sur le plan du procès, il suffit de penser aux garanties du procès équitable et à leur possible implication aussi dans l'arbitrage international<sup>55</sup>.

Une littérature de plus en plus riche est désormais consacrée au rapport entre le droit de l'OMC et les droits de l'homme<sup>56</sup>. Un auteur est allé jusqu'à affirmer que les droits de l'homme se développent aussi vers un système international économique ouvert et libéral incluant un droit à importer et exporter, à échanger des monnaies, à ne pas subir une double taxation de ses activités, etc. Cette opinion même si encore minoritaire, témoigne néanmoins d'un rapprochement progressif entre le droit international des droits de l'homme et le droit international économique<sup>57</sup>.

### B - L'individu et les traités en matière économique

Il n'est pas douteux que les individus, comme les autres personnes privées, sont concernés par un grand nombre de règles internationales, surtout en matière économique.

Le droit international économique, observent les Professeurs Carreau et Juillard, se développe à partir du droit international du commerce<sup>58</sup>.

#### 1- Avant la Première Guerre mondiale

D'après M. Schwarzenberger, le droit international économique remonte à l'époque des traités de commerce entre Rome et Carthage en passant par ceux

<sup>53</sup> V. par exemple CEDH, *Cassado Coca v. Espagne*, 24 février 1994, par. 35: « l'art 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression. Il englobe aussi l'expression artistique, des informations à caractère commercial ou même de la musique légère et des messages publicitaires ».

<sup>54</sup> Le commerce d'esclaves a été interdit au début du XIX<sup>ème</sup> siècle (Th. Burgenthal, S. Murphy, *Public International Law*, West, 2002, p. 131). V. l'art 2 de la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 23 septembre 1926 et amendée par le Protocole fait au siège de l'ONU le 7 décembre 1953 (*Reventi des traités*, v. 212, p. 17) et entrée en vigueur le 7 juillet 1955; la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956) (*Reventi des traités*, v. 266, p. 3); la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (1950) (*Reventi des traités*, v. 96, p. 271) entrée en vigueur 25 juillet 1951; la Convention de l'OIT (n°29) concernant le travail forcé (1930), (Société des Nations, *Reventi des traités*, v. 39, p. 55) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1932 ainsi que la Convention de l'OIT (n°105) concernant l'abolition du travail forcé (1957) (*Reventi des traités*, v. 39, p. 55) entrée en vigueur le 17 janvier 1959.

<sup>55</sup> Pour une étude de la question, v. F. Marrella, "Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade", in Benedek, De Feyta, Marrella, *Economic Globalisation and human rights*, cit., pp. 266-310.

<sup>56</sup> Cf. *inter alios*, E. U. Petersmann, "Human rights and International Economic Law", *JEL*, 2001, p. 33 ss ainsi que W. Benedek, "The World Trade Organization and Human Rights", dans Benedek, p. 157 s.

<sup>57</sup> E. U. Petersmann, dans M. Hilt, E. U. Petersmann (eds.), *National Constitutions and International Economic Law and Constitutional Justice*, *EJIL*, 2008, p. 769 ss.

<sup>58</sup> D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p. 5. V. aussi D. Carreau, « Le droit international économique face aux crises », in *Études offertes à C.-A. Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 105 s.

conclus entre Byzance et la Perse (VII siècle) et reste lié au droit international général et à son histoire. Au Moyen Âge, les villes italiennes (à commencer par Venise) ont conclu des traités de commerce entre eux et avec les plus importants Rois ou centres politiques en Europe et en Méditerranée. Les principales clauses de ces traités concernent : la liberté de commerce, la protection vis-à-vis des pirates, la responsabilité des marchands pour les dettes de commerce (et les représailles), le logement des marchands en terre étrangère, les consulats et des avantages fiscaux.<sup>59</sup>

La formation de l'État moderne va progressivement encadrer une activité commerciale internationale qui, au Moyen Âge, était organisée et gérée principalement par les individus (période de l'ancienne *lex mercatoria*).<sup>60</sup>

D'après M. Nolde, les traités de commerce modernes « se forment par une lente évolution des actes de paix et de trêve émanant de différentes communautés, groupes ou autorités du haut Moyen Âge et nés sous forme de privilèges accordés aux étrangers ou d'accords conclus avec ceux-ci. La guerre privée, actes innombrables de violence entre particuliers, subsistait alors à côté de la guerre publique. Il importe au commerce international, en tout premier lieu, de se prémunir contre la violence et de créer une certaine sécurité en faveur des commerçants ».<sup>61</sup>

Il est ainsi évident que, depuis le Congrès de Vienne de 1815 jusqu'à la Première Guerre mondiale, la doctrine du droit international (public) s'intéressait assez peu aux échanges économiques, s'agissant des questions ponctuelles situées à l'intérieur des traités de « droit commun » et négociés ensemble.<sup>62</sup> En effet, peu avant la Grande Guerre, c'était l'époque du libéralisme et du *gold standard* soit, en termes juridiques, une époque caractérisée par une abstention générale des États à régler, en détail, les échanges économiques internationaux. Néanmoins, on a enregistré, à cette époque, quelques arbitrages mixtes comme celui, indiqué par le Professeur Leben, de l'affaire opposant la Compagnie universelle du Canal de Suez au Vice-roi d'Égypte et décidé par Napoléon III.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Schwabenzberger, "The Principles and Standards of International Economic Law", *RCADI*, 1966, v.117, p.21. Cf. M. Giuliano, « Quelques aspects juridiques de la coopération intergouvernementale en matière d'échanges et des paiements internationaux », *RCADI*, 1968-II, p.549 s., ainsi que A. P. Soren, *The Italian Conception of International Law*, New York, Columbia Univ. Press, 1943.

<sup>60</sup> Parmi une littérature très vaste, voir en particulier, F. Galgano, *Lex mercatoria*, 4<sup>ed.</sup>, Bologna, 2001 et les références citées. Il suffit de rappeler que la réglementation de l'activité économique maritime (et par extension le droit commercial jusqu'aux Ordonnances de Colbert) s'est formée à travers les siècles par la pratique de ses professionnels.

<sup>61</sup> Nolde, cit., p. 299.

<sup>62</sup> J.-C. Collard, *Institutions internationales*, cit., p.399 : « Il y a des territoires dans lesquels la liberté économique constitue une limite à la souveraineté politique, les exemples en sont classiques : bassin du Congo avec une liberté économique qui est établie, en 1885, à la Conférence de Berlin pour faire contrepoids à la souveraineté de l'État indépendant du Congo dominé par Léopold II de Belgique ; statut économique du Maroc tel qu'il est instauré par l'Acte d'Algésiras de 1906 dont l'acte final proclame la liberté économique sans aucune inégalité ; statut de l'archipel du Spitzberg (traité du 9 février 1920) où la liberté économique concerne l'exploitation minière, la pêche et la chasse dans les eaux territoriales, la liberté d'entrée dans les ports et de cabotage entre ces ports ».

<sup>63</sup> Ch. Leben, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », dans Ch. Leben (dir.), *Les contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGD, 2006, p. 10.

Les premiers traités « spécifiques » furent donc les traités d'amitié, de commerce et de navigation, traités bilatéraux où les questions touchant au commerce et celles relatives aux investissements étaient réglées très souvent ensemble.<sup>64</sup> Ces traités ne prévoient pas de mécanismes de résolution des différends accessibles à l'individu, tant en matière de commerce que d'investissement.<sup>65</sup> Ils prévoient, en revanche, des mécanismes classiques interétatiques ouverts seulement aux États Parties contractants : pour résoudre les différends internationaux, on utilisait l'arbitrage interétatique ou, beaucoup plus récemment, la CIJ.<sup>66</sup>

Ainsi, même si, par exemple, il allait sans dire que les bénéficiaires ultimes de la clause de la nation la plus favorisée (CNPF) étaient les individus, il s'agissait d'une clause bilatérale et conditionnelle que l'on ne pouvait faire valoir que sur le plan interétatique.<sup>67</sup> La même solution est présente dans les premières unions internationales de nature économique se rapportant au commerce comme, *inter alia*, le *Zollverein* entre États allemands de 1833.<sup>68</sup>

L'exclusion de l'individu des mécanismes internationaux de résolution des différends économiques était donc cohérente avec l'approche « commune » du droit international d'une époque.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Ainsi, *inter alios*, B. Nolde, « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI*, 1924, p.297 :

« Les matières concernant directement le commerce international se trouvent entourées dans des conventions dont le titre ne se réfère aucunement au commerce, ou sont englobées dans des actes internationaux qui prétendent régler, à côté des questions de commerce, d'autres questions (traités de commerce et de navigation, traités d'établissement et de commerce, etc.). D'entre autres (traités de Schwab, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 17.

<sup>65</sup> W. Röpke, « Economic Order and International Law », *RCADI*, 1954-II, p.204 ss.; V. Walker, *Modern treaties of friendship, commerce and navigation*, 42 *Min. L. Rev.* 805 (1958); Wilson, « Post-war commercial treaties of the United States », 43 *Am. J. of Int. L.*, 262 (1949). V. aussi A. Cassese, *International Law*, p.43 : « from the seventeenth to the early twentieth century, human beings were under the exclusive control of States. If, in time, individuals acquired some relevance in international affairs, it was mostly as "beneficiaries" of treaties of commerce and navigations, or of conventions on the treatment to be accorded to foreigners ».

<sup>66</sup> D. Carréau, P. Julliard, *Droit international économique, op. cit.*, p.390, ainsi que UNCTAD, *International Investment Agreements : Key Issues*, I, UNCTAD/ITE/IT/2004/10, V. l'affaire *Electronic Suda S.p.A. (ELSI)*, 20 juillet 1989, *Recueil*, 1989, p.15. Cf. aussi A. Cassese, « Les individus », dans Bebbington, *Droit international*, cit., p. 120 : « Si donc, à cette époque, les individus jouaient quelque rôle dans les relations internationales, c'était comme simples « objets » ou au mieux comme « bénéficiaires », d'accords internationaux (traités de commerce ou de navigation, ou conventions sur le traitement à accorder aux étrangers) ».

<sup>67</sup> J. Jackson, *The World Trading System*, MIT Press, 1997, p. 158. En jurisprudence cf. *Milintey v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888). D. Carréau, P. Julliard, *Droit international économique*, cit., p. 102.

<sup>68</sup> V. W. Kaufmann, « Les unions internationales de nature économique », *RCADI*, 1924, p. 251 ss.

<sup>69</sup> L'explication du Prof. Nolde, cit., p.361 est particulièrement claire : « Les États, dominants et autres entités économiques indépendantes, agissent comme puissances souveraines dans leurs territoires respectifs, établissent entre eux les conditions des échanges commerciaux. Les règles qu'ils arrêtent de commun accord concernent l'activité d'un nombre illimité de personnes qui, individuellement ou en groupes, font des opérations de commerce international. Le traité de commerce peut, en principe, faire abstraction complète de ces personnes et ne s'occuper que des résultats de leur activité, de l'apparition à la frontière douanière des marchandises qui entrent, sortent ou transitent. L'objet principal des règles contenues dans les traités de commerce est, en effet, la circulation des marchandises et non la circulation des commerçants. Mais tant les traditions que les considérations d'utilité pratique amènent les traités de commerce à traiter, à côté de cet objet principal, les questions se rattachant à l'élément personnel du commerce, à savoir le commerçant ».

En ce qui concerne le droit du système monétaire et financier international<sup>70</sup>, il suffit de rappeler que de tout temps existaient la monnaie et les accords internationaux de prêt<sup>71</sup>.

Avant la Première Guerre mondiale, l'expérience de l'Union monétaire latine de 1865 réunissant la France, l'Italie, la Belgique, la Suisse et la Grèce, et celle de la convention monétaire scandinave (Danemark, Norvège et Suède) restaient des exemples de coopération monétaire internationale intéressants mais isolés<sup>72</sup> et, bien évidemment, sans véritable incidence sur le *locus standi* de l'individu.

La guerre de 1914, aboutissant à la constitution d'autarcies économiques, met à mal un système d'échanges internationaux auparavant favorisé par la stabilité monétaire et par une grande liberté de circulation des personnes et des capitaux<sup>73</sup>.

En matière financière, il est significatif qu'un des premiers cours de l'Académie de droit international de La Haye, publié en 1924 dans le célèbre *Receuil*, est consacré à l'étude de : « Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat ». Comme l'a bien mis en évidence M. Fischer<sup>74</sup> — en ce domaine « nous avons deux classes de contrats : les uns entre deux États, les autres entre un État et un individu étranger. Du point de vue économique, on pourrait penser que la position de l'État emprunteur est la même, que le prêteur soit un autre État ou un simple individu. Quand le contrat est conclu entre deux États, nous avons du premier coup un engagement qui rentre dans le domaine du droit international — c'est-à-dire ce droit qui détermine les droits et les obligations mutuelles des États ; dans le cas où le contrat est conclu entre un État et un individu étranger, la matière n'intéresse le droit international — pris dans le sens strict — que si l'État, dont est ressortissant l'individu, s'approprie sa cause et s'adresse lui-même à l'État contractant par la voie diplomatique ». C'est pour limiter les tentations de la diplomatie des canonniers — utilisée à l'encontre du Venezuela en 1902 —, qu'en 1907 sera adoptée la convention de La Haye sur la limitation de l'emploi de la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles<sup>75</sup>.

## 2- Entre les deux guerres

D'après le Professeur Vagts, l'année 1919 représente un véritable détour dans l'histoire du droit international économique : « The Great War drastically expanded the role of Governments in the management of the internal economy. The dirigisme extended to international economic relations as well. States were tempted to use political power to advantage their own economies against those of other countries »<sup>76</sup>.

Dès 1920, se tient, à Bruxelles, sous l'égide de la Société des Nations, une conférence financière à laquelle participent trente pays et une centaine de participants provenant également du milieu des affaires privées<sup>77</sup>. En 1927 et en 1933, à Genève, deux conférences économiques se réunissent afin de supprimer les restrictions à l'importation ou à l'exportation, de stabiliser les monnaies et de mettre en œuvre la clause de la nation la plus favorisée. Au même moment, se développent les accords interétatiques sur les produits de base<sup>78</sup>.

Des activités similaires se développent par référence à la matière de la propriété industrielle<sup>79</sup> et même de l'arbitrage *inter privatos*, si l'on songe au Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage ou surtout à la Convention de Genève du 26 septembre 1927<sup>80</sup>.

En matière d'investissements, la révolution russe de 1917, les nationalisations mexicaines et l'affaire des usines de Chorow<sup>81</sup> provoquent des discussions sur le statut économique coutumier de l'étranger et de sa propriété<sup>82</sup>.

Mais la crise économique mondiale des années 30 met fin à l'ordre international économique libéral avec l'introduction des contingents d'importations, la dévaluation compétitive des taux de change, le contrôle des changes, etc. Ces politiques, nommées « beggar thy neighbour policies » et couplées avec l'arrivée des dictatures en Europe, conduisent à la Seconde Guerre mondiale.

Une image assez significative de l'époque est offerte par M. Carabibier, lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye<sup>83</sup>. Ses travaux de l'Institut de Droit international<sup>84</sup> ainsi que les procès-verbaux du Comité consultatif des juristes, chargé d'élaborer le statut de la Cour Permanente de

<sup>70</sup> D. Vagts, « International Economic Law and the American Journal of International Law », cit. p. 774.

<sup>71</sup> J.-C. Collard, *Institutions*, cit. p. 400 s.

<sup>72</sup> V. J.-C. Collard, *Institutions*, cit. p. 412 ss. ainsi que P.M. Eisemann, *L'organisation internationale du commerce des produits de base*, Paris, 1982.

<sup>73</sup> V. spécialistelement M. Plesiant, « De la protection internationale de la propriété industrielle », *RCADI*, 1992, p. 478, où l'auteur rapportant la proposition de la Grande-Bretagne sur la « compétence d'un tribunal international pour interpréter la convention d'Union et les autres traités » observe que « l'action n'est ouverte qu'aux États, et jamais aux personnes privées ».

<sup>74</sup> G. Balaboure Palicot, « L'arbitrage privé dans les rapports interétatiques », *RCADI*, 1950, p. 377 ss. ; Ch. Carabibier, « L'arbitrage international entre Gouvernements et particuliers », *RCADI*, 1950, p. 221 ss.

<sup>75</sup> CPIL, 13 septembre 1928, *Usine de Chorow*, Série A, n°17.

<sup>76</sup> Cf. A. Verdross, « Règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931/III, p.322 ss. ; R. Bindschüelck, « La protection de la propriété privée en droit international public », *RCADI*, 1956, p.257 ss.

<sup>77</sup> Ch. Carabibier, « L'arbitrage international entre Gouvernements et particuliers », *RCADI*, 1950, p. 238

<sup>78</sup> V. IDI session de Rome (1921) ; de Lausanne (1927) ; de New York (1929) et Oslo (1932).

<sup>79</sup> D. Carréau, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, Paris, Cujas, 1970 ; G. Burtéau, « L'exercice des compétences monétaires par les États », *RCADI*, 1988-IV, v.212, p.215 ss. ; Ch. Proctor, *Money on the legal aspects of money*, 6th ed., Clarendon Press, Oxford, 2005, p.15 ss.

<sup>80</sup> Fischer, *op.cit.* ; G. Jeze, « Les paiements internationaux », *RCADI*, 1926, v.14, p.161 ss. ; L. Drago, « State loans in their relations to International Policy », *AJIL*, 1907, p. 692 ss.

<sup>81</sup> V. B. Nolde, « La monnaie en droit international public », *RCADI*, 1929/II, v.27, p.247 ss. Ainsi que W. Kaufman, « Les Unions internationales de nature économique », *RCADI*, 1924, p.181 ss.

<sup>82</sup> J.-C. Collard, *Institutions internationales*, cit. p.400.

<sup>83</sup> J. Fischer Williams, « Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat », *RCADI*, t. I., 1924, p.298 ss.

<sup>84</sup> Sur ces questions, v. C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Tome I, Paris-Berlin, Pedone, 1887, passim ; Fischer, *RCADI*, cit. p. 306 ss. ; L. Drago, « State loans in their relations to international policy », *AJIL*, 1907, p.26 ss. ; K. Stimpff, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925, p.77 ss.

Justice internationale, comportent des positions « très nettes en faveur de la reconnaissance à l'individu de la qualité de sujet du droit international et de son accès direct à des juridictions internationales ». Mais il n'en est rien : « Les résistances des Chanceleries et des tenants du droit positif à la reconnaissance d'un droit d'accès direct des individus aux juridictions internationales rappellent la longue lutte qu'il a fallu mener pour faire voter les lois relatives à la capacité civile et à la capacité politique de la femme »<sup>85</sup>.

## 2. Après la Seconde Guerre mondiale

La création de l'ordre économique international de l'après-guerre avait été imaginée dans les grandes lignes par Roosevelt et Churchill, dans la Charte de l'Atlantique du 12 août 1941 et l'Accord de Prêt-bail (*Lend-lease*) du 23 février 1942<sup>86</sup>. Le FMI, la BIRD et le projet mort-né de l'OIC sont les trois piliers de l'ordre économique international.

Cet ordre sera remis en discussion au début des années soixante par les pays du tiers monde tout en revendiquant un nouvel ordre économique international axé, *inter alia*, sur la souveraineté économique de l'État<sup>87</sup>. L'individu et les entreprises multinationales vont être submergés par l'onde dirigiste et interventionniste de l'époque.

Après la Seconde Guerre mondiale, un facteur décisif de promotion de l'individu sur la scène internationale est très probablement l'arbitrage. A cette époque, il y a une progressive banalisation et universalisation de l'arbitrage comme méthode de résolution des différends économiques internationaux<sup>88</sup>.

L'arbitrage commercial international, c'est-à-dire entre entreprises privées (B2B), a augmenté de façon exponentielle comme le démontrent les statistiques des principaux centres d'arbitrage, in *primis*, la Chambre de Commerce International (dont les sentences arbitrales ont dépassé le nombre de 15.000). Cela a été facilité par d'importantes conventions multilatérales comme la Convention de New York de 1958, ou la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international. En outre, certains traités de commerce et de navigation ont prévu la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage ainsi que l'exécution des sentences arbitrales<sup>89</sup>. Depuis

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> V. J.J. Key, J. Dury, *Institutions économiques internationales*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 19 ; M. Giuliano, « Quelques aspects juridiques de la coopération intergouvernementale en matière de échange et de paiements internationaux », *RCADI*, 1968-II, p. 573

<sup>87</sup> V. D. Carreau, « Le nouvel ordre économique international », *JDI*, 1977, p. 595-605 ainsi que G. Feener, « Les Nations Unies et le N.O.E.I. », *JDI*, 1977, p. 606 ss. ; B. Stern, *Vers un N.O.E.I. ?*, Paris, Economica, 1983.

<sup>88</sup> V. en particulier R. Davyd, *L'arbitrage dans le commerce international*, ainsi que Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges Fayat*, 1999, p. 381 ; dans Ph. Fouchard, *Ecrits*, Paris, CFA, 2007, p. 471 ss.

<sup>89</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 122. Comme l'a noté M. Fouchard (« L'arbitrage dans l'OHADA », *International Law Forum*, 2001, p. 180 ; *Ecrits*, *op. cit.*, p. 487) « Il est rare qu'un arbitrage institutionnel soit régi par un traité, surtout s'il s'agit d'un arbitrage purement commercial ». Dans le cas, très particulier, de l'arbitrage

1959, on observe la diffusion des traités bilatéraux de protection et d'encouragement des investissements<sup>90</sup>. C'est donc à partir de cette date que se produit une « séparation des corps » entre commerce et investissement. Car, si dans le passé les individus tiraient profit des conventions d'établissement et des traités de commerce sans posséder un *locus standi* international ; dans les traités en matière d'investissement, l'individu a été doté assez rapidement de moyens de saisine des juridictions arbitrales internationales. En revanche, en droit interétatique du commerce, l'écran étatique est resté omniprésent.

La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, dont se sont inspirés plus de 60 États, a provoqué la diffusion, à plus large échelle, d'une véritable culture arbitrale globale qui a imprégné le droit international économique au sens large.

A côté de l'arbitrage commercial international entre opérateurs privés, c'est l'époque de l'arbitrage « mixte », soit des litiges intéressant les rapports entre opérateurs privés et opérateurs publics du commerce international comme les États et leurs diverses émanations<sup>91</sup>. Le changement de paradigme interétatique dont les contrats d'État sont porteurs est bien mis en lumière par MM. Fouchard, Gaillard et Goldman :

« Il arrivera par exemple que les arbitres aient à statuer en se référant à des règles de droit international public, ou qu'une immunité souveraine soit opposée, sinon à leur compétence, du moins à l'exécution de leur sentence. Dans ce domaine, néanmoins, le particularisme de l'arbitrage des contrats d'État n'est pas tel qu'il conduirait à écarter l'ensemble des principes de l'arbitrage commercial international »<sup>92</sup>.

Il est arrivé que les grandes entreprises – aujourd'hui également, les petites et moyennes entreprises – aient demandé et obtenu des États le droit de recourir à l'arbitrage international lorsque celui-ci est prévu dans un contrat ou dans un traité bilatéral. La convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États porte la consécration la plus évidente de l'« avancée » de l'individu dans le domaine du droit international<sup>93</sup>. Depuis 1990, on a compté plus de 2.500 traités bilatéraux en matière d'investissements (BITs) couplés avec plus de 130 arbitrages CIRDI<sup>94</sup>. L'idée dominante est devenue l'encouragement des investissements étrangers et ses instruments sont devenus les BITs et la réforme législative dans l'ordre interne.

OHADA, le fondement juridique se trouve dans une convention internationale et « [p]ar son organisation, le système d'arbitrage de la CJA est totalement autonome et international ».

<sup>90</sup> D'après les Professeurs Dolzer et Schreuer, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 18 ; « The era of modern investment treaties had begun in 1959 when Germany and Pakistan adopted a bilateral agreement which entered into force in 1962 ».

<sup>91</sup> Cf. J.-M. Jaquet, « L'État opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, pp. 621-690 ainsi que J.-M. Jaquet, Ph. Delebecq, S. Comptouloup, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, p. 87 ; O. Schachter, « International Law in Theory and Practice: General Course of Public International Law », *RCADI*, 1982-V, v. 178, p. 295 ss.

<sup>92</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, pp. 44-45 et les références citées.

<sup>93</sup> V. *inter alios*, G. Bardana, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.*, 1995, p. 3.

<sup>94</sup> Rapport annuel du CIRDI 2007, dans <http://icsid.worldbank.org/ICSID/index.jsp>.

En dehors de l'exemple ultérieur de la diffusion des conventions bilatérales en matière d'absence de double imposition fiscale, on peut aussi mentionner les traités multilatéraux en matière économique.

A l'époque du régionalisme économique<sup>95</sup>, et depuis cinquante ans, l'expérience communautaire en Europe est un modèle qui préconise la valorisation de l'individu dans un cadre interétatique économique. Mais ceci est aussi vrai pour le traité ALENA du 2 octobre 1992 entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, dont le Chapitre 11 permet à l'investisseur de présenter une demande d'arbitrage contre l'État d'accueil, soit devant le CIRDI, soit selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Par ailleurs, le traité MERCOSUR d'Asunción du 26 mars 1991 et le Protocole de Brasilia du 29 novembre 1991 ont prévu des mécanismes assez semblables. Enfin, et pour se limiter aux exemples les plus importants, la Charte de l'énergie, signée à Lisbonne le 17 décembre 1994 par plus de 40 États, prévoit l'arbitrage international tout en laissant à l'investisseur le choix entre quatre mécanismes différents d'arbitrage.

Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, les trois piliers de l'ordre économique international, c'est-à-dire l'OMC, le FMI et la Banque mondiale, se trouvent contestés par des acteurs non étatiques qui demandent, *inter alia*, une plus grande sauvegarde de l'environnement et des ressources naturelles.

Ainsi, la Banque mondiale a créé en 1993 un « panel d'inspection »<sup>96</sup> pour contrôler la meilleure exécution des projets financiers. Le « panel », composé par trois experts, reçoit des demandes d'inspection provenant des « communautés privées » composées par deux ou plusieurs personnes qui ont été affectées ou risquent d'être affectées par une action ou une omission de la Banque. Il a le pouvoir de formuler des recommandations à l'attention du Conseil d'administration de la Banque et de procéder, le cas échéant, à des enquêtes. Des Banques internationales régionales comme, par exemple, la Banque de développement de l'Asie ou la Banque Interaméricaine de développement ont suivi l'exemple de la Banque mondiale.

En même temps, le pouvoir effectif des gouvernements nationaux (du moins des États les plus petits) se trouve érodé, alors que le pouvoir économique des entreprises multinationales augmente, comme le Représentant spécial du Secrétaire Général de l'ONU sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales l'a mis en évidence<sup>97</sup>. Les capitaux se mobilisent, à l'échelle globale, grâce aux BITs.

Aujourd'hui, des centaines de traités et d'institutions internationales couvrent la matière de la coopération économique. Il s'agit d'accords très divers, aussi bien par leur dénomination, que leur objet et par leurs mécanismes de règlement des

<sup>95</sup> V. J. Tenier, *Intégrations régionales et mondialisation*, Paris, La doc. Française, 2003, *passim*; Th. Walle, « Multilateral Investment Agreements (MITs) in the year 2000 », in *Mélanges Philippe Kahn*, cit., 2000, p. 389 ss.

<sup>96</sup> V. J. Shihata, *The World Bank Inspection Panel*, Oxford, 1994 ainsi que L. Boisson de Chazournes, « The Bretton Woods institutions and Human rights: converging tendencies », dans Benedek, De Feyter, Marrella, *Economic globalisation and human rights*, cit., p. 210 ss.

<sup>97</sup> A/HRC/8/5 du 7 avril 2008 ainsi que le site <http://www.business-humanrights.org>.

différents. De plus, la chute du mur de Berlin inaugure l'époque de la mondialisation de l'économie, des privatisations<sup>98</sup> et de l'universalisation du modèle économique du système capitaliste fondé sur la liberté de marché et de l'individu<sup>99</sup>.

### 3- De la CEE à l'UE: la contribution du droit communautaire au changement du dogme interétatique

D'après la célèbre expression d'Oliver Wendell Holmes, « the life of the law has not been logic; it has been experience »<sup>100</sup>. Rien n'est plus vrai lorsqu'on pense à l'expérience de la construction juridique communautaire.

L'expérience communautaire est l'exemple le plus achevé du dépassement du cadre interétatique classique en droit international économique – dans un contexte régional – en faveur de l'individu. Certes, il reste un cas isolé ou un modèle sophistiqué mais il ne faut pas oublier non plus que, dans ce cadre « privilégié », l'individu a parfaitement acquis la capacité juridique et celle d'agir au niveau interétatique-régional dans le cadre d'un traité en bonne et due forme (le traité instituant la Communauté économique européenne).

Si, dans le droit interétatique, l'effet direct est de nature exceptionnelle, en droit communautaire, en revanche, il est de principe. D'après le Professeur Jean-Paul Jacqué : « Cette reconnaissance de l'effet direct a pour conséquence de ne pas laisser les États membres seuls maîtres de la mise en œuvre des traités. Puisque les particuliers peuvent faire valoir les droits que leur accorde le droit communautaire devant les juridictions nationales, ils sont devenus acteurs du jeu communautaire et disposent de la faculté de contraindre les autorités nationales à se conformer au droit communautaire »<sup>101</sup>. Cette dimension n'a pas échappé à la Cour de justice qui, dans ses deux grands arrêts *Costa c. Enel* et *Van Gend en Loos*, s'est efforcée de démontrer que la nature spécifique des Communautés commandait la primauté de leur droit et l'effet direct de certaines de ses règles. Ainsi, dans l'arrêt *Costà*, le juge communautaire a constaté que :

« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré à l'ordre juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ; qu'en effet, en instaurant une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Sur la privatisation des télécommunications internationales, v. Roucouas, *RCAD*, cit., p. 314 ss.

<sup>99</sup> Parmi une très vaste littérature, v. les références à la note 4 ainsi que C.A. Michaliet, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, La découverte, 2004 ; J. Shughitz, *Globalization and its discontents*, London, Penguin, 2002 ainsi que son discours (inédit) lors de l'attribution du doctorat *honoris causa* de l'université « Ca Foscari » de Venise, 15 mai 2008.

<sup>100</sup> O. Wendell Holmes, *The Common Law*, Little Brown & Co., 1881, p. 1.

<sup>101</sup> J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 584.

<sup>102</sup> CJCE, 15 juill. 1964, arrêt 6/64, *Costa c. Enel*, *Rec. CJCE* 1964, p. 1141 s.

La primauté du droit communautaire, couplée avec l'effet direct, permet ainsi la création de droits et d'obligations dans le chef des particuliers : c'est la *capacité juridique internationale* (*rectius* communautaire) des individus.<sup>103</sup> Il s'établit un rapport immédiat entre ceux-ci et le droit communautaire sans l'intermédiation de l'ordre juridique national<sup>104</sup>. Selon la formule employée par le juge communautaire dans l'arrêt *Kan Gend en Loos* :

« les sujets sont non seulement les États membres mais également leur ressortissants... le droit communautaire, indépendamment de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique... ceux-ci naissent non seulement lorsque une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires »<sup>105</sup>.

A ce propos, on a observé qu'ici s'opère « la rupture la plus profonde avec le système internationaliste » car « le destinataire n'est donc pas le critère déterminant des effets d'une disposition communautaire : les personnes privées peuvent devenir titulaires de droits individuels même si elles ne sont pas expressément désignées comme destinataires d'une disposition communautaire »<sup>106</sup>.

Les dispositions atteignant la plénitude de l'effet direct (vertical et horizontal) se rencontrent dans certaines dispositions des traités comme dans les règlements communautaires. L'effet direct partiel, soit vertical, a été constaté par le juge communautaire pour les décisions et même pour les directives.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour (CJ) C.E. 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71 ; Rec. p. 1049 s. - 7 mars 1972, *Martinez*, aff. 84/71 ; Rec. p. 97. - 17 mai 1972, *Leovesta*, aff. 93/71 ; Rec. p. 287 s. - 10 oct. 1973, *Varvold*, aff. 34/73 ; Rec. p. 990 s. - 26 fév. 1976, *Tessa*, aff. 65/75 ; Rec. p. 309 s.) a jugé que : « en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, il [le règlement] produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger ».

<sup>104</sup> Examen de la jurisprudence de la Cour de justice (v. *ex multis* C.J.C.E. 2 fév. 1977, *Amsterdam Bull. c. Produktchap voor Stergezuursen*, aff. 50/76, in *Recueil*, p. 137 s., spécialement p. 146 ; 31 janv. 1978, *Zerbone c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aff. 94/77, in *Recueil*, p. 99 s., spécialement p. 116) révèle deux degrés dans l'intensité de l'effet direct du droit communautaire. Le degré le plus achevé de l'effet direct est celui où les règles du droit communautaire sont susceptibles de créer soit des droits en faveur des individus, soit des obligations. L'effet direct est alors plein et entier ou encore « horizontal ». En revanche, le degré moins développé de l'effet direct est constitué par les dispositions qui ne peuvent prétendre qu'à un effet direct « vertical ». Dans ce cas, les mêmes dispositions créent, en faveur des individus, des droits dont ils peuvent se prévaloir seulement à l'encontre des États membres. Le règlement communautaire appartient, notamment, à la première catégorie.

<sup>105</sup> CJCE, 5 février 1963, *Kan Gend en Loos*, affaire 26/62, *Recueil*, p. 3.

<sup>106</sup> G. Isaac, M. Blanquod, *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, p.270

<sup>107</sup> La Cour de justice a consacré l'effet direct des directives dans plusieurs arrêts à commencer par celui rendu le 4 décembre 1974 dans l'affaire *Kan Dym* (aff. 41/74, *Recueil*, p. 1337 s.). Elle a constamment dit « qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive, d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées » et « qu'il conviendrait d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États et les particuliers » (V. CICE 1<sup>er</sup> fév. 1977, *Verband van Nederlandse Ondernemingen*, aff. 51/76, *Recueil*, p. 113 s. ; 23 nov. 1977, *Enka*, aff. 38/77, *Recueil*, p. 2203 s.).

## 5 - L'individu et la *vestita quaestio* de l'effet direct du droit de l'OMC

On a vu que la distinction proposée entre *capacité juridique internationale* et *capacité d'agir internationale* (dans sa dimension processuelle) s'observe notamment dans le cas des individus qui, par l'effet des traités dits *self executing*, sont bénéficiaires d'une norme d'origine interétatique mais qui n'ont pas le droit subjectif d'en exiger l'exécution dans l'ordre international.<sup>108</sup>

Dans ce cas, il faut vérifier la possibilité pour l'individu d'invoquer devant le juge interne – ou communautaire – l'application du droit international économique. *Prima facie*, en dehors de l'« exception communautaire », le droit interétatique du « commerce » contemporain devrait être invocable au moins devant le juge interne parce que, dans la grande majorité des cas, ce sont les personnes privées qui « font » le commerce. Le commerce international n'est pas le fait des gouvernements mais celui des opérateurs privés et chaque différend en la matière a un impact immédiat sur les intérêts des acteurs non étatiques du droit international économique.<sup>109</sup>

Or, sans la distinction proposée entre capacité juridique et capacité d'agir (interne ou internationale), il serait bien malaisé d'expliquer comment un individu peut demander au juge national de lui appliquer une règle de source internationale qui lui est favorable. Ainsi, de deux choses l'une : soit l'individu n'a pas de capacité juridique internationale par rapport à la règle invoquée et, dans ce cas, le juge interne peut oublier ladicte règle en considérant qu'elle s'adresse seulement aux États ; ou alors – et c'est la thèse que nous préférons – l'individu va se prévaloir d'un droit qui est, auparavant, rentré dans son patrimoine juridique tout en modifiant sa *capacité juridique* internationale. C'est, donc, la raison pour laquelle le juge interne doit la prendre en compte (c'est le cas de l'« interprétation conforme » lorsqu'un traité est en vigueur sur le plan international mais qu'il ne l'est pas encore dans l'ordre interne<sup>110</sup>). C'est

<sup>108</sup> En droit civil interne des Pays romans comme l'Italie ou la France, le débiteur de la capacité juridique et de la capacité d'agir se mesure, par exemple, dans l'adage (d'origine latine) *infans conceptus pro nato habetur quousque de carnalibus eius agitur*. L'embryon comme le mineur, peut recevoir des donations et des legs parce qu'il possède la capacité juridique, mais il ne peut pas agir en justice car la capacité d'agir fait défaut. Il n'y a pas de doute sur le fait que le mineur est une personne au sens juridique du terme, même s'il ne possède pas la capacité d'agir. Cf. *Inter alios*, F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, Cedam, 2004, p.137 ss. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil*, 5<sup>è</sup> éd., Paris, Cujas, 2000, p.30.

<sup>109</sup> *Contra* v. par exemple, G. Tunkin, *International Law in the international system*, RCADI, v.147, 1975-1V, p. 58-60: « the character of the international division of labour and of international economic relations depends on the character of national complexes of relations of production... for the purpose of studying international law one has sufficient justification for envisaging the international system in a narrow sense of this term, as a system of global interstate relations... It is an interstate system of the period of transition from one socio-economic formation to another – from capitalism to communism, of which the initial stage is socialism... International relations are social relations and therefore in the present day a specific form of the relations of classes, as States are class organisations ». V. aussi J. Jakubowski, *Some legal aspects of industrial co-operation in East-West relations*, RCADI, v.163, 1979-II, p.247.

<sup>110</sup> Sur la notion d'interprétation conforme, v. par exemple, B. Conforti, *Droit international*, 6<sup>e</sup> éd., 2002, p.297 s ainsi que G. Caraldi, « Rapporti tra norme internazionali e norme interne », dans *Digesto della discipline pubblicistica*, Torino, UTET, 1997, p.404.

également la raison pour laquelle, en droit communautaire, une directive non transposée dans l'ordre interne produit des effets depuis l'expiration du délai de transposition et le juge interne pourra appliquer la directive à l'encontre de l'Etat défaillant<sup>111</sup>.

Si l'individu n'a pas les moyens de faire valoir un droit sur le plan interétatique car la *capacité d'agir internationale* lui fait défaut, il lui reste donc à exercer la *capacité d'agir de droit interne* dont il dispose normalement : voilà pourquoi il s'adresse au juge national.

La Cour de cassation italienne dans les années 70 avait bien constaté l'effet direct du droit du GATT de 1947, en particulier celui de l'art. III, alinéa 2, en faveur des importateurs italiens qui subissaient un dommage par l'inertie de l'Etat à réduire ses droits de douane pour donner pleine exécution à ses engagements internationaux<sup>112</sup>. Dans ce cas, on voyait très bien que l'importateur italien avait un avantage à invoquer le droit du GATT à l'encontre de son Etat national et le juge interne lui avait donné raison en reconnaissant l'effet direct de l'art. III.2, en sachant que l'individu n'avait pas accès aux mécanismes de règlement des différends internationaux du GATT de 1947.

Sur ce point, les Accords de Marrakech ne se prononcent pas et, puis, les Communautés européennes et les Etats-Unis ont déclaré, lors de la ratification, que, comme à l'époque du GATT de 1947, il n'y a pas d'effet direct (Décision n. 94/800 du 22 décembre 1994 portant adhésion de la CE aux Accords de Marrakech). Cet empiètement de l'exécutif sur la fonction juridictionnelle a donc créé un « effet de miroir », fruit d'une logique purement politique qui joue au détriment de l'effet direct des quelques règles du droit de l'OMC<sup>113</sup>.

Or, personne n'ignore l'importance du droit de l'OMC. A côté d'un volet institutionnel, il y a un volet de droit matériel comprenant des accords en matière de commerce de marchandises, de propriété intellectuelle et de commerce des services. Bien sûr, maintes de ces règles se dirigent vers l'encadrement de l'action des Etats (ou territoires douaniers) comme en matière de traitement national, de la clause de la nation la plus favorisée, de restrictions quantitatives, etc. Mais il est vrai aussi, à la différence du GATT de 1947, que le droit matériel de l'OMC se compose de normes plus précises et contraignantes. Que l'on songe au *dumping* et encore plus spécialement au TRIPs ou au GATS, l'effet direct de ces normes est très peu contestable. Il est toutefois contesté par la Cour de Justice des Communautés européennes dans une série d'arrêts qui ont reçu des critiques sévères de la part des Professeurs Carreau et Juillard.

<sup>111</sup> V. spec. l'affaire *Van Duyn*, CICE 4 décembre 1974, aff. 41/74 : Rec. p. 1337 s. et plus généralement J.-P. Jaqué, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, cit., p.590 ss.

<sup>112</sup> V. P. Picone, Ligustro, *Dritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padoue, Cedam, 2002, p. 548, ainsi que les références citées.

<sup>113</sup> V. dans ce sens D. Carreau, P. Juillard, *Bilan de recherches*, p.30, ainsi que G. Burdeau, « Aspects juridiques de la mise en œuvre des Accords de Marrakech », dans SFDI, *La Réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 243 ss. Pour un tableau comparatif des arguments pour et contre l'effet direct des dispositions de l'OMC, v. M. Cotter et Schfer, « The relationship between World Trade Organisation Law, National and Regional Law », *JIEL*, 1998, p.83 ss.

En effet, dans les grands arrêts *Portugal c. Conseil*<sup>114</sup> et *parifims Christian Dior et al.*<sup>115</sup>, la Cour a montré qu'il n'y a pas eu de « rupture historique » entre le système du GATT de 1947 et le droit de l'OMC. Elle a, par conséquent, privilégié le côté « relations internationales » de l'OMC tout en distinguant les Accords de Marrakech, fondés sur des négociations basées sur la réciprocité et les avantages mutuels, des autres traités *self executing*<sup>116</sup>.

Enfin et récemment, le juge communautaire a définitivement établi, dans un arrêt *Van Parys* du 1er mars 2005 concernant l'importation de bananes, sa position sur l'effet des règles de l'OMC et des décisions de l'ORD dans l'ordre juridique communautaire. La Cour, en dépit de l'opinion contraire constante de l'Avocat Général, continue de refuser de reconnaître l'invocabilité des accords OMC et soutient qu'ils n'engendrent pas de droits au profit des justiciables.

Ici, donc, pour le juge communautaire, l'individu est dépourvu de la capacité d'agir sur le plan interétatique ou parfois communautaire. Bref, comme l'a remarqué M. Roucouнас, « le caractère indirect de l'intervention des acteurs privés dans le système institutionnel commercial mondial comporte, pour eux, deux caractéristiques. D'abord, pour que leurs intérêts économiques soient pris en considération, ils doivent exprimer sur le plan interne et international un certain *pois politique* »<sup>117</sup> et l'exemple-clé se trouve dans l'accord antidumping dont l'art.4.1 fait référence à la « branche nationale de production » et pas au seul individu-entrepreneur<sup>118</sup>. « Ensuite, la mobilisation de leur Etat d'origine dépend non seulement de la conviction que les intérêts privés en question méritent la protection, mais aussi de celle que l'intervention de l'Etat ne produira pas de *problèmes politiques* »<sup>119</sup>.

#### 6 - L'individu, objet des sanctions économiques de l'ONU

L'interdiction de l'usage de la force armée, relevant de l'art.2 §4 de la Charte des Nations Unies, ne vise pas, en principe, la coercition économique. Aujourd'hui, la « guerre économique » n'est pas un cas d'école. Traditionnellement, parmi les mesures classiques de « guerre économique », on comptait l'interdiction du

<sup>114</sup> Arrêt du 23 novembre 1999, affaire C-149/96, *Rezeuil* I-8395. Cf. la formule différente utilisée dans la CICE dans l'affaire *Demirol* (arrêt du 30 septembre 1987, affaire 12/86, *Rezeuil* 3719) : « une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, en égard à ses termes, ainsi qu'à l'objet et la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte extérieur ».

<sup>115</sup> Arrêts du 14 décembre 2000, affaires C-360/98 et C-392/98, *Rezeuil* 2000, I-11207.

<sup>116</sup> Cependant, le juge communautaire a reconnu la possibilité de faire jouer la responsabilité sans faute de la CE pour défaut de mise en conformité par rapport à une décision de l'ORD de l'OMC (arrêt du 3 septembre 2003, affaire C-93/02P, *Biret*, *Rezeuil* I-10497. Aussi cf. l'affaire *Nakajima* (C-69/89, *Rezeuil* I-2069) ainsi que *Fedial* (70/87, *Rezeuil* 1781).

<sup>117</sup> Roucouнас, *Facteurs privés*, cit., p. 268-9.

<sup>118</sup> Cf. Règlement sur les obstacles au commerce, art. 4, §1 : « Toute entreprise de la Communauté ou toute association ayant ou non la personnalité juridique, agissant au nom d'une ou de plusieurs des entreprises de la Communauté, qui estime que ces entreprises ont subi des effets commerciaux défavorables du fait d'obstacles au commerce ayant un effet sur le marché d'un pays tiers, peut déposer une plainte par écrit ».

<sup>119</sup> Roucouнас, *op cit.*, p. 268-9.

commence avec l'ennemi (ou avec des territoires occupés) et le droit relatif à la contrebande en mer, notamment pour le matériel de guerre.<sup>120</sup> Bien plus, la propriété des ennemis sera mise sous un monitoring public jusqu'à la fin de la guerre, sauf à la retenir pour régler les réparations de guerre. Les sociétés sous contrôle étranger se trouveront dans une situation de liberté commerciale surveillée.

Mais, *hic et nunc*, c'est le combat contre le terrorisme qui marque un autre moment de « perplexité »<sup>121</sup> du droit international contemporain vis-à-vis du modèle théorique du droit international classique à matrice westphalienne.

Depuis quelques temps, on assiste à un débat au sein des Nations Unies à propos de l'« humanisation » des sanctions économiques.<sup>122</sup> Il s'agit des sanctions ciblées ou *smart sanctions* prises à l'encontre d'*individus* précis au travers de tout écran étatique.

C'est aussi une évolution du modèle des sanctions internationales classiques, telle qu'elles se trouvent codifiées à l'art. 41 de la Charte de l'ONU. On passe de la réaction « contre l'Etat coupable » – c'est le modèle interétatique – à une véritable réaction interétatique contre des individus. Lesdites sanctions vont donc avoir une incidence sur la capacité juridique internationale de l'individu. En revanche, il n'a pas été prévu de capacité d'agir internationale processuelle, c'est-à-dire un pouvoir de saisine d'une juridiction interétatique au bénéfice de l'individu même.

Ainsi, suite à une série de résolutions du Conseil de Sécurité à l'encontre de l'Afghanistan, un Comité de sanctions de l'ONU créé spécialement « contre Al-Qaïda et les Taliban » a frappé de sanctions économiques « intelligentes » (gel des avoirs, embargo sur les armes, interdiction de voyages) des individus soupçonnés, *inter alia*, d'être associés aux activités d'Al-Qaïda.<sup>123</sup> Ledit comité, le Comité 1267 assiste par une « équipe de surveillance », établit et tient à jour une liste d'individus, identifiés sur la base d'informations communiquées par les États et les organisations internationales.<sup>124</sup>

Il est arrivé que des individus contestent la légitimité de leur inscription sur ces listes en invoquant les droits de l'homme. Ces derniers ont demandé au juge communautaire de se prononcer sur la légitimité de ces sanctions, celles-ci ayant été adoptées par le Comité de l'ONU sans procédure contradictoire et sans possibilité de recours. Le Tribunal de Première instance n'a pas constaté de

violation des droits fondamentaux mais il est évident que ce mécanisme est peu ou pas compatible avec les instruments de protection des droits de l'homme.<sup>125</sup> Dernièrement, par les résolutions 1730 (2006) du 19 décembre 2006 et 1735 (2006) du 22 décembre 2007, le Conseil de sécurité de l'ONU a réorganisé ce système. L'approche reste interétatique et s'harmonise très mal avec la protection des droits fondamentaux, comme il a été constaté très récemment par le juge communautaire dans l'affaire *Kadi*.<sup>126</sup> Si l'individu frappé de sanctions interétatiques reste sans recours, il lui est possible, par le biais de son Etat, de demander le retrait de son nom de cette liste.

## II - LA CAPACITE D'AGIR INTERNATIONALE DE L'INDIVIDU

L'individu est le moteur de l'économie. Peut-il être l'acteur d'un procès international en matière économique ?

Un aspect impressionnant de notre temps est que la prolifération des tribunaux internationaux n'est pas seulement due à l'exigence de créer des tribunaux spécialisés (comme en droit interne), pour traiter des branches spécialisées du droit international.<sup>127</sup> Ce phénomène est dû aussi au besoin d'étendre la juridiction des juges internationaux à des parties qui, jadis, n'avaient pas de *locus standi* au sein des tribunaux internationaux.<sup>128</sup>

D'après la notion générale de *justiciability of rights*, on peut penser qu'un droit subjectif, qui ne peut pas être exercé en justice, est un droit inutile. Mais il faut manier cette affirmation avec la plus grande précaution, car, contrairement au droit interne, en droit international le règlement juridictionnel des différends n'est pas un procédé généralisé. L'adage anglo-saxon *remedies precede rights* ne vaut pas *tel quel* dans l'ordre juridique international.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> TPCE, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakat International Foundation c. Conseil de l'Union Européenne et Commission des Communautés Européennes*, 21 septembre 2005 ; *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union Européenne et Commission des Communautés Européennes*, 21 septembre 2005 ; *Chigir Ayadi c. Conseil de l'Union Européenne et Commission des Communautés Européennes*, 12 juillet 2006 dans <http://courta.europa.edu>. V. A. Vanderpoorten, « L'application communautaire des décisions du Conseil de Sécurité », *AFDI*, 2006, p. 102-136 et adde maintenant L. Couzougou, « La lutte du Conseil de Sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme », *RGDP*, 2008, p. 49 ss.

<sup>126</sup> Mais avec une approche neo-dualiste: Yassin Abdullah Kadi et Al Barakat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, jugement du 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Recueil 2008, p. 1 (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX/6200510402:FR:NOT)

<sup>127</sup> V. J. Charney, « Is International Law threatened by Multiple International Tribunals? », *RCADI*, 1998, v. 271, p. 101 ss. ainsi que T. Buergenthal, *The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law*, in *Arbitration International*, 2006, p. 496

<sup>128</sup> Ainsi T. Treves, *Le controversie internazionale. Nuovo tribunale, Milan*, Giuffrè, 1999, p. 33 qui parle d'extension ratione materiae et ratione personarum de la juridiction internationale.

<sup>129</sup> Contrairement à la tradition de la Common Law britannique, M. H. Lauterpacht, *International Law*, 1970, pp. 286-7: « It is important not to exaggerate the importance of what is, in the last resort, a procedural rule. The faculty to enforce rights is not identical with the quality of a subject of law or of a beneficiary of its provisions. A person may be in possession of a plenitude of rights without at the same time being able to enforce them in his own name. This is a matter of procedural capacity. »

<sup>120</sup> I. Seidl-Hohenveldern, *RCADI*, cit., p. 200 ss.

<sup>121</sup> Sh. Rossmo, *The Perplexities of Modern International Law*, *RCADI*, 2001, v. 291, p. 9 ss.

<sup>122</sup> Sicilianos, in Pechno Fontali, Sicilianos, *Les sanctions économiques en droit international*, Laidon, Nijhoff, 2004, p. 104.

<sup>123</sup> V. Les résolutions portant, *inter alia*, gel des fonds financiers d'Oussama Bin Laden, de l'organisation Al-Qaïda ainsi que des individus et entités qui leur sont associés : 1267 (1999); 1333 (2000); 1363 (2001); 1373 (2001); 1390 (2002); 1452 (2002); 1455 (2003); 1526 (2004); 1540 (2004); 1566 (2004); 1617 (2005); 1624 (2005); 1699 (2006); 1730 (2006); 1735 (2006); 1808 (2008) et 1822 (2008).

<sup>124</sup> V. <http://www.un.org/french/sect/committees/1267>. V. E. Rosand, « The Security Council's efforts to Monitor the implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions », *AJIL*, 2004, p. 748.

Tout d'abord, selon nous, posséder la capacité d'agir internationale ne signifie pas qu'il faut l'exercer nécessairement devant des tribunaux internationaux au sens strict. En effet, toute résolution des différends internationaux, qu'elle provienne d'un tribunal spécialisé dans le contentieux interétatique ou non, contribue au développement du droit international en tant que système juridique. Il y a en effet, dans l'ordre international, des entités possédant une fonction juridictionnelle au sens strict et d'autres entités avec des fonctions de contrôle international.

Une fois identifiées les dimensions de la capacité internationale d'agir (A), il sera possible d'apprécier des formes de participation complète (B) ou partielle (C) de l'individu à des mécanismes internationaux de résolutions des différends économiques.

#### A - Les dimensions de la capacité internationale d'agir

On s'accorde à définir la fonction juridictionnelle, en droit international, comme « une décision fondée sur des considérations juridiques, obligatoires pour les parties, prononcée par un organe indépendant des parties au litige, à l'issue d'une procédure contradictoire et garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties »<sup>130</sup>. Il s'agit d'une procédure complète, pensée en fonction des parties étatiques.

À côté de la fonction juridictionnelle au sens strict, on place la fonction de contrôle international, définie comme une « procédure de garantie institutionnalisée par une organisation internationale, un organe ou une commission *ad hoc*, chargés de veiller au respect des engagements souscrits ou des prescriptions du droit international »<sup>131</sup>.

Or, dans ces procédures internationales, l'individu peut être prévu même s'il n'est pas indispensable. Le résultat final de la procédure internationale de contrôle, à la différence de la procédure juridictionnelle, n'est pas normalement un acte contraignant : la *res iudicata* est le produit du travail du seul juge international.

Si l'*enforcement* manque, le recours est remplacé par de simples pétitions, et leur examen confié à un organisme non judiciaire ne peut se conclure qu'avec des suggestions ou des recommandations rendues par l'organe compétent. En d'autres termes, il y a une procédure essentiellement politique qui se termine par des moyens de pression et par des actes de *soft law*, même si la *soft law* est une composante non négligeable du droit international économique<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, cit., p. 862. Cf. J. Combacou, S. Sur, *Droit international public*, cit., p. 568 ss.; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 601 ss. ainsi que son *La controversie internazionale*, cit., p. 19 ss.; H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », dans SPDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202.

<sup>131</sup> *Dictionnaire de droit international public* dirigé par le Prof. J. Salmon, cit., sous « Contrôle international », p. 263.

<sup>132</sup> Cf. P. Daillier, *soft law*, dans P. Daillier, G. de la Pradelle, H. Ghesari, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 124.

Or, si l'on regarde la position de l'individu dans un mécanisme de résolution des différends économiques internationaux, on peut trouver des problèmes spécifiques<sup>133</sup>. Tout d'abord, il faut se demander si l'individu est un *dominus litis*, c'est-à-dire s'il peut procéder en son nom et pour son compte devant un organe international tout en faisant valoir ses propres droits et intérêts : il s'agit de la capacité d'agir de droit international. De même, s'il est le *dominus litis*, il pourra même transiger ou renoncer au mécanisme de règlement des différends internationaux.

On sait bien que cette condition n'est pas remplie dans le cas de la protection diplomatique<sup>134</sup>. En revanche, l'arbitrage CIRDI permet à l'investisseur privé de déclencher un arbitrage contre l'État et de conduire la procédure sans « passer » par la protection diplomatique de son État (art. 27 de la Convention de Washington)<sup>135</sup>.

Ensuite, il faut vérifier si l'accès de l'individu à la justice internationale est automatique ou bien si un État, soit l'État partie au mécanisme de règlement des différends, soit l'État de nationalité, peut bloquer l'accès<sup>136</sup> ou la participation de l'individu, en demandant que ce soit l'État, dont l'individu a la nationalité, qui « reprenne » la procédure. Ceci est prévu, par exemple, en matière de règlement des différends pour le droit de la mer<sup>137</sup>.

Enfin, une fois admis que l'individu peut engager une procédure internationale devant un organe international et que celui-ci constate une violation d'un traité dont les individus sont bénéficiaires, de la part de l'État accusé, il appartient encore à l'État territorial de mettre en œuvre la décision. On se place donc, ici, au moment de l'*exequatur*.

Dans le passé, on a nié toute personnalité juridique à l'individu en observant que même si les États concèdent aux personnes physiques le pouvoir d'activer des

<sup>133</sup> A. Cassese, « Individuo », dans *Enc. Dir.*, cit., p. 194 ss.

<sup>134</sup> *Barcelona Traction (CIJ)*, arrêt du 5 février 1970, *Rec.*, 1970, p. 43 : « L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera, et quand il y mettra fin. Il possède, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce ». Sans entrer dans les détails du thème très vaste de la protection diplomatique, on notera que les affaires de droit international économique les plus importantes tranchées par la CIJ sont les affaires, bien connues, des ressortissants américains au Maroc de 1952 (États-Unis c. France) et *Elektronica Shtetla* de 1989 (États-Unis c. Italie). Plus récemment, on peut ajouter l'affaire *Aminudou Sadio Diallo* de 2007 (République de Guinée c. République démocratique du Congo).

<sup>135</sup> V. Lowe, *International Law*, cit., p. 200. «The great advantage of these 'mixed' (State/non State parties) arbitrations is that they leave control of the litigation in the hands of the actual claimant. There is no need to involve the claimant's national government at any stage».

<sup>136</sup> Ainsi, l'art. 34 de la CEDH, dispose que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entretenir par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit », c'est-à-dire du droit au recours individuel.

<sup>137</sup> Art. 190 de la Convention de Montego Bay : « L'État Partie qui patronne une personne physique ou morale contre un État Partie par une personne physique ou morale patronnée par un autre État Partie pour un différend visé à l'article 187, lettre c), l'État défendeur peut demander à l'État qui patronne cette personne de comparaître au nom de celle-ci. À défaut de comparaitre, l'État défendeur peut se faire représenter par une personne morale possédant sa nationalité ».

procédures internationales contre un État et qu'un organe international a ordonné la réparation au bénéfice de l'individu, il n'en reste pas moins que les États seuls sont en mesure de demander le respect de ladite décision à l'État défaillant. Il nous semble toutefois excessif de demander à un sujet de droit d'être en mesure de faire respecter, au besoin par la force, ses droits à l'encontre des autres sujets de droit. Ceci n'est pas avéré dans le droit interne où le monopole de la contrainte appartient à des sujets différents du titulaire d'un droit subjectif. *Mutatis mutandis*, normalement le traité multilatéral, instituant le mécanisme de règlement des différends, prévoit des mécanismes d'*enforcement* qui font appel à l'ordre juridique international tout entier. Ainsi, l'individu qui voudra exécuter une décision arbitrale CIRDI à l'encontre d'un État défaillant et réclanchant pour la faire, en cas de besoin, sur le territoire des autres États parties du CIRDI ou, s'agissant d'un arbitrage commercial international, principalement dans les États parties à la Convention de New York de 1958. Seulement dans les cas très rares où cette phase fait échec, il y a une « reviviscence » de la protection diplomatique (art. 27 Convention de Washington). Donc, si le mécanisme international a échoué, il y aura un second mécanisme de règlement des différends qui s'activera avec une procédure différente et dans un cadre purement interétatique. Mais les deux procédures ne se confondent pas.

### B - La participation complète à la procédure internationale

On examinera brièvement la capacité d'agir internationale de l'individu, en tant que *homo economicus*, dans les domaines des droits de l'homme (1) ; du droit communautaire (2) ; du droit de la mer (3) ; du droit international des investissements (4), ainsi qu'à travers d'autres exemples (5).

#### 1 - L'individu et l'accès à la protection internationale des droits de l'homme

Le domaine des droits de l'homme fournit un banc d'essai intéressant le droit international économique, soit parce qu'il assure la protection de quelques droits comme le droit de propriété, soit parce que ses mécanismes se sont développés en fonction d'une valorisation progressive du rôle de l'individu dans une perspective internationaliste. De plus, les traités relatifs aux droits de l'homme instaurent des mécanismes interétatiques de vérification et de contrôle. Ils portent sur des cas d'espèces spécifiques, relèvent d'institutions indépendantes et peuvent se terminer par une décision obligatoire ou un avis de droit. Il y a, comme on le sait, trois catégories de mécanismes : l'examen des rapports périodiques des États, les procédures de résolution des différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution de chaque accord et, enfin, l'examen des pétitions, des communications ou des plaintes présentées par les individus qui prétendent être les victimes de violations des droits de l'homme.

Dans ce contexte, l'individu a la capacité juridique mais sa capacité d'agir internationale se trouve nuancée. Les particuliers peuvent introduire des plaintes devant des organes interétatiques lorsque le traité le prévoit.

Quant aux droits de l'homme économiques et sociaux internationaux, il s'agit de droits programmatiques plus que de droits subjectifs. En effet, ils ne peuvent être garantis, mais seulement mis en œuvre progressivement à travers l'action de

l'État. Que l'on se réfère au droit à la sécurité sociale, au travail, à la liberté d'association (par exemple dans un syndicat), à un standard de vie adéquat, à la santé, à l'éducation, etc. ; il est clair qu'ils reflètent un modèle économique d'État social qui a été et reste contesté sur le plan international. Leur mise en œuvre fait l'objet de contrôles interétatiques par voie de rapports. Il faut toutefois noter que le débat sur l'applicabilité directe des règles du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels évolue à travers le « general comments » du Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>138</sup> en direction d'une augmentation de l'effectivité au moins dans l'ordre interne des Parties contractantes<sup>139</sup>. Dans l'ordre international, un Protocole facultatif, instituant un droit de communication au bénéfice de l'individu se trouve actuellement au stade de projet.

À la différence des règles du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, l'art. 1 du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 autorise tout particulier (personne physique mais non personne morale)<sup>140</sup> qui se prétend victime d'une violation du Pacte par un État partie à ce dernier et au Protocole, à adresser une « communication » écrite au Comité des droits de l'homme, une fois que les voies de recours internes ont été épuisées. Il ne faut pas non plus que cette communication (nominative et non abusive) soit pendante devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement (Protocole, art. 1-5) ce qui évite un problème de quasi-impérialisme internationale. L'individu ne peut donc s'adresser, à la fois, au Comité et à la Cour européenne des droits de l'homme pour les mêmes faits<sup>141</sup>. Après examen de la communication, avec toutes les informations écrites reçues de la part de l'État et du particulier, le Comité fait des « constatations » qu'il transmet à ces derniers (art. 5 §4). Le Protocole n'énonce pas que ces constatations sont obligatoires pour les parties en cause mais il serait erroné de sous-estimer l'effet de « mobilisation de la vergogne » à un niveau global de la part de la « société civile »<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> V. en part., le n°3 adopté le 14 décembre 1991 (UN Doc. E/1991/23).

<sup>139</sup> Autrement dit, il s'agit de renforcer la dimension capacité juridique internationale : le système de contrôle du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reste confié aux États qui en sont parties. L'individu, ici, a un rôle à jouer à travers les 18 experts qui forment le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>140</sup> V. sur cette question, M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCRPR Commentary*, 2<sup>ed</sup>, Kohl-Strasbourg, Engel, 2005, p. 829.

<sup>141</sup> Dans tous les cas, il nous semble que si un organe ne donne pas satisfaction, rien ne s'oppose à l'introduction d'une nouvelle procédure devant l'autre organe.

<sup>142</sup> Un autre exemple où l'individu possède un moyen de plainte internationale se retrouve aux art. 8 et 14 de la Convention sur la discrimination raciale du 21 décembre 1965. Ici, le Comité contre la discrimination raciale examine les rapports périodiques des États parties et surtout est habilité à recevoir des communications en provenance des personnes privées. Les recommandations sont communiquées aux États concernés et aux individus qui ont introduit un recours. D'autres exemples, en ce sens, se trouvent dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 et dans la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 (art. 22). V. The Van Boyen, « The petition system under the international covenant on the elimination of all forms of racial discrimination : a sobering balance sheet », dans J. Frowein, R. Wolfrum (dir.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, p. 271 ss.

La protection des droits de l'homme est prévue au niveau universel mais elle se réalise à travers le droit international conventionnel et plus intensément dans des cadres interétatiques régionaux, comme celui du Conseil de l'Europe, de l'Organisation des États Américains et de l'Union Africaine. Dans ces cadres, donc, par traité international, l'individu, victime d'une atteinte à ses droits, a le pouvoir (même s'il s'agit d'un pouvoir strictement encadré par les États) de saisir une instance internationale qui pourra enquêter sur la violation alléguée et créer un acte international protégeant directement ses intérêts.

Le modèle le plus achevé est aujourd'hui celui du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie *directement* par les individus (un potentiel d'environ 350 millions de personnes physiques auxquels s'ajoutent les personnes morales, étant donné qu'aujourd'hui, on ne se scandalise pas de reconnaître des droits de l'homme à des sociétés anonymes<sup>143</sup>), grâce à l'engagement des États par les Protocoles additionnels n° 9 et 11.

Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998, le recours individuel n'est plus subordonné à une déclaration d'acceptation par l'État défendeur. Selon l'art.34 CEDH :

« la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation, par l'une des Hautes Parties contractantes, des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

En revanche, la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) permet les recours individuels devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. À ce propos, l'art. 44 prévoit que :

« Toute personne, ou groupe de personnes, toute entité non gouvernementale, légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie ».

Comme l'a bien noté M. Roucoumas, « si pour cause de détention *incommunicado* ou de disparition, la victime n'est pas en mesure d'agir, le recours auprès de la Commission peut être introduit par une tierce personne ; deuxièmement, le recours individuel permet l'ouverture des procédures de contrôle international en cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme »<sup>144</sup>.

Par conséquent, les individus ont un *locus standi* devant les juges de Strasbourg mais ne l'ont pas de façon automatique à San José, devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> En effet, les juges de Strasbourg ont reconnu au bénéfice des sociétés anonymes le droit au procès équitable conformément à l'art 6 ou ceux concernant la protection de la correspondance de la CEDH. La CEDH, à la différence de son homologue interaméricaine (CADH), reconnaît le droit de propriété à « toute personne physique ou morale » (art. 1 du Protocole additionnel n°1).

<sup>144</sup> Roucoumas, *Facteurs privés*, cit., p.122.

<sup>145</sup> Cf. A. Cangaño Trindade, « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *RCADI*, 2005, v.31/7, p. 9-312. Il faut néanmoins remarquer que la Convention interaméricaine ne subordonne pas le droit de recours individuel à une déclaration d'acceptation préalable de l'État (art.

En Afrique, les organes de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, créés par les Protocoles du 10 juin 1998 et du 11 juillet 2003, semblent aller dans la même direction<sup>146</sup>.

En conclusion, le développement de la position de l'individu par le biais du droit international des droits de l'homme est sans doute remarquable et progressif, et s'étend à sa sphère économique. Bien plus, dans le système le plus avancé, celui de la CEDH, la phase de l'exécution des sentences de la Cour européenne des droits de l'homme reste contrôlée par un organe interétatique, le Comité des Ministres.

D'ailleurs, les États occidentaux ont utilisé, quelques fois, l'« arme » des sanctions économiques vis-à-vis des gouvernements qui ne respectaient pas les droits de l'homme<sup>147</sup>. Ainsi, l'aide économique ou militaire peut être suspendue en raison de violations systématiques des droits de l'homme. Donc, la sanction de la violation des droits internationalement reconnus de l'individu, c'est-à-dire des droits rentrant dans sa capacité juridique, se trouve garantie par une réaction interétatique.

## 2- L'individu et l'accès au juge communautaire

Au niveau du droit communautaire, le Tribunal de Première instance et la Cour de justice sont compétents pour se prononcer sur les recours d'agents (art.236 TCE) ; le contentieux de la fonction publique communautaire ayant produit maints arrêts.

Mais les individus, en tant que personnes privées ont un accès direct au juge communautaire, et donc exercent leur capacité d'agir communautaire dans trois cas principaux. Tout d'abord, lorsqu'ils contestent la légalité des décisions dont ils sont les destinataires ou des actes communautaires qui « les concernent directement et individuellement » au sens de l'art.230 du TCE. Il s'agit « des actes adoptés conjointement par le Parlement et le Conseil, la Commission et la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets de droit ». Deuxièmement, les individus peuvent saisir le juge communautaire lorsqu'une institution communautaire devrait leur adresser une décision ou un avis et ne l'a pas fait. C'est le recours en carence prévu à l'art. 232 §3 du TCE. Enfin, les individus se trouvent au même plan que les États dans le recours en responsabilité extracontractuelle de l'art.288 §1 du TCE<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> 25) comme le faisait la Convention européenne au début pour garantir la plus large marge de manœuvre de l'État.

<sup>147</sup> V. le texte in *RGDP*, 1998, p.855 ainsi que le commentaire par M. Mubiala, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : minime institutionnal ou avancée judiciaire ? », *RGDP*, 1998, p.765 ; id., « L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », dans *Liber amicorum Lucius Colbach*, Leiden, Nijhoff, 2007, p.369 ss.

<sup>148</sup> V. L. Burgogue-Larsen, « La saisine de la Cour de Justice des Communautés Européennes », dans H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, p.161 ss ; A. Ward, *Judicial review and the rights of private parties in the EU*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, OUP, 2007.

Il faut aussi mentionner le droit de pétition même s'il s'agit d'une procédure non juridictionnelle. Ici, au sens de l'art. 194 du TCE, toute personne physique (ou morale) résidant dans un des États membres a le droit de présenter une pétition individuelle sur un sujet relevant des domaines d'activité de la Communauté et le concernant directement. La pétition, lorsqu'elle est recevable, est examinée par une commission *ad hoc* du Parlement européen qui décide de la suite à donner. Ainsi, elle peut décider d'élaborer un rapport, d'organiser des auditions ou d'envoyer des membres sur place pour constater les faits, de demander à la Commission de lui présenter des documents et de lui communiquer des informations. La commission *ad hoc* peut enfin soumettre au vote du Parlement une proposition de résolution.

### 3 - L'individu en droit international de la mer

Un autre exemple, moins connu et beaucoup plus complexe, est offert par l'art. 20, par. 2, du Statut du Tribunal International du droit de la mer<sup>149</sup>. Ce dernier est « ouvert à des entités autres que les États Parties dans tous les cas expressément prévus à la partie XI ou pour tout différend soumis en vertu de tout autre accord confiant au Tribunal une compétence acceptée par toutes les parties au différend ».

A ce propos, l'art. 187 de la Convention de Montego Bay prévoit la « compétence de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins » du Tribunal International du droit de la mer pour se prononcer sur les litiges contractuels, soumis par une personne physique ou morale<sup>150</sup>. L'art. 187, alinéa c, permet que des contrats d'exploitation des fonds marins dans la Zone internationale soient conclus, par l'Autorité ou l'Entrepris qui en dépend, avec des personnes physiques ou morales. C'est donc prévoir l'accès des individus à un mécanisme interétatique.

<sup>149</sup> T. Treves, « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer », *RCADI*, 1990, p. 1. M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle », dans H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorci, *La saisine des juridictions internationales*, cit., p. 57.

<sup>150</sup> Il s'agit des : « a) différends entre États Parties relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente partie et des annexes qui s'y rapportent ; b) différends entre un État Partie et l'Autorité relatifs à : - i) des actes ou omissions de l'Autorité ou d'un État Partie dont il est allégué qu'ils contreviennent aux dispositions de la présente partie ou des annexes qui s'y rapportent ou à des règles, règlements ou procédures adoptés par l'Autorité conformément à ces dispositions ; ou - ii) des actes de l'Autorité dont il est allégué qu'ils excèdent sa compétence ou constituent un détournement de pouvoir ; - c) différends entre parties à un contrat, qu'il s'agisse d'États Parties, de l'Autorité ou de l'Entrepris, ou de reprises d'État ou de personnes physiques ou morales visées à l'article 153, paragraphe 2, lettre b), relatifs à : - i) l'interprétation ou l'exécution d'un contrat ou d'un plan de travail ; ou - ii) des actes ou omissions d'une partie au contrat concernant des activités menées dans la Zone et affectant l'autre partie ou portant directement atteinte à ses intérêts légitimes ; - d) différends entre l'Autorité et un demandeur qui est patronné par un État conformément à l'article 153, paragraphe 2, lettre b), et qui a satisfait aux conditions stipulées à l'article 4, paragraphe 6, et à l'article 13, paragraphe 2, de l'annexe III, relatifs à un refus de contracter ou à une question juridique surgissant lors de la négociation du contrat ; - e) différends entre l'Autorité et un État Partie, une entreprise d'État ou une personne physique ou morale patronnée par un État Partie conformément à l'article 153, paragraphe 2, lettre b), lorsqu'il est allégué que la responsabilité de l'Autorité est engagée en vertu de l'article 22 de l'annexe III ; - f) tout autre différend pour lequel la compétence de la Chambre est expressément prévue par la Convention.

Cependant, il y a une limitation : l'art. 190, par. 2, de la Convention de Montego Bay prévoit que l'État défendeur peut demander à ce que l'État patronnant l'entrepris se substitue à elle transposant ainsi le différend sur le plan interétatique.

Le droit applicable est constitué par « les dispositions de la présente convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celles-ci » (art. 293, par. 1 de la Convention et art. 22 du Statut)<sup>151</sup>.

### 4 - L'individu en droit international des investissements

Les investisseurs sont, soit des individus (personnes physiques), soit des personnes morales. Ils peuvent conclure un contrat avec l'État d'accueil. Dans ce cas, en principe, le contrat prévoit la faculté pour l'investisseur de saisir directement et unilatéralement une juridiction arbitrale internationale. Ce tribunal peut être amené à se prononcer sur le fondement du droit international si les parties en ont décidé ainsi.

L'arbitrage peut être *ad hoc* ou institutionnel et peut être de type commercial-international<sup>152</sup> ou encore une procédure CIRDI.

On a déjà indiqué que, selon nous, mis à part le droit coutumier, les traités bilatéraux et multilatéraux en matière d'investissements sont susceptibles d'enrichir la *capacité juridique internationale* des individus en leur attribuant un droit spécifique d'obtenir un traitement juste et équitable et d'autres standards de traitement, une protection et une garantie normalement contenus dans ces traités lorsque ceux-ci sont applicables.

Il faut maintenant apprécier la *capacité d'agir de droit international* de l'individu. Celle-ci est différente de la *capacité d'agir de droit interne*. Cette dernière est nécessaire et suffisante pour épuiser les voies de recours internes (et demander la protection diplomatique ensuite). Dans le cas de la capacité d'agir internationale, la nationalité étrangère de l'individu permet de déclencher des mécanismes de protection de droit international<sup>153</sup>. Surtout, dans une matière où le droit international coutumier est beaucoup moins développé que le droit conventionnel, la nationalité de l'individu reste le critère essentiel pour déterminer exactement quels seront les traités applicables et les méthodes de résolution des différends.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 a créé le CIRDI afin de régler les différends, relatifs aux investissements, qui pourraient s'élever entre un investisseur (personne physique ou personne morale) et l'État d'accueil de

<sup>151</sup> T. Treves, « The jurisdiction of the International Tribunal of the Law of the Sea », in Chandrasekara Rao, R. Kahn, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, La Haye, Kluwer, 2001, pp. 111-131.

<sup>152</sup> V. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del contratto del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* dir. da F. Galgano, Padua, Cedam, 2003, passim; E. Silva Romero, « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale », in Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, cit., p. 332.

<sup>153</sup> V. en ce sens Ch. Leben, *Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État*, in *Mélanges Philippe Kahn*, cit., 2000, p. 128 ss.

l'investissement<sup>154</sup>. Dans ce cadre, la capacité juridique internationale de l'individu est assurée et s'exerce jusqu'au stade de la sentence arbitrale.

a) - *La protection de l'investisseur uni singulus*

Il y eut, pour le moins, douze affaires, enregistrées auprès du CIRDI, dans lesquelles des personnes physiques sont intervenues en tant que parties<sup>155</sup>.

Pour saisir le CIRDI, il faut que l'investisseur possède la nationalité d'un État autre que l'État partie au différend (art.25.2)<sup>156</sup>. La nationalité de l'individu investisseur se détermine généralement par référence à la loi nationale. Or, le mécanisme créé par la convention de Washington permet d'attribuer un État devant un tribunal arbitral international *stricto sensu*. Au début, l'individu en tant qu'investisseur privé peut recourir à l'arbitrage international dès que l'État hôte a donné son consentement à la juridiction du CIRDI (art.25-1 CIRDI).

Mais à la suite de deux affaires célèbres, *SPP c. Égypte* (14 avril 1988) et *AAPL c. Sri Lanka* (27 juin 1990), les tribunaux arbitraux CIRDI ont donné un très large accès à l'individu. À partir de cette jurisprudence, le consentement de l'État est réputé donné (A) dès qu'il y a une législation nationale prévoyant l'arbitrage CIRDI (*SPP c. Égypte*) ou (B) lorsqu'il y a un traité bilatéral entre l'État d'origine de l'investisseur et l'État hôte de l'investissement avec une clause attributive de juridiction en faveur du CIRDI. Donc l'accès à la justice arbitrale internationale est possible pour l'individu, même en l'absence d'un lien contractuel direct entre l'individu-investisseur et l'État hôte<sup>157</sup>.

En résumé, en matière d'investissements, l'État se trouve exposé aux réclamations internationales de tous les investisseurs privés – même ceux avec lesquels l'État n'a pas directement contracté – lorsque les conditions de nationalité et celles – assez larges – prévues par les traités bilatéraux et la convention CIRDI sont réunies.

Les BITS se diffusent (la CNUDCI en indique plus que 2500) et lorsqu'un État n'est pas partie à la convention de Washington, il existe des clauses arbitrales

faisant référence au mécanisme supplémentaire CIRDI ou au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dans le cas d'arbitrages *ad hoc*. L'arbitrage commercial international de la CCI ou de la Chambre de Commerce de Stockholm est aussi prévu<sup>158</sup> et il y a eu plusieurs arbitrages mixtes de ce type<sup>159</sup>.

b) - *La protection de l'individu actionnaire*

En 1970, à l'époque de l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CJI avait pu constater que, même si plusieurs instruments internationaux protègent les actionnaires d'une société anonyme, le droit international coutumier prend en considération seulement la position de la société, personne morale. En revanche, plus récemment, dans le cadre du CIRDI, les tribunaux arbitraux ont fini par admettre le *locus standi* international des actionnaires d'une société anonyme. Bien plus, la capacité d'agir internationale a été reconnue non seulement aux actionnaires majoritaires, mais aussi aux actionnaires minoritaires<sup>160</sup>. Cela a été déduit de la qualification d'investisseur de l'actionnaire minoritaire, qualification ouvrant, par conséquent, les portes de l'arbitrage CIRDI.

Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal arbitral, présidé par M. Ortega Viñata, après avoir rappelé – en passant – les décisions du Tribunal interaméricain des réclamations, le règlement et les décisions de la Commission de compensation des Nations Unies, ne voit :

« aucun obstacle, en droit international contemporain, à l'idée d'accueillir les demandes d'actionnaires indépendamment de celles de la société concernée, même dans l'hypothèse où ces actionnaires sont minoritaires ou non titulaires du contrôle. Bien qu'il soit vrai, comme le soutient la République argentine, que ceci résulte principalement d'une *lex specialis* et d'engagements conventionnels spécifiques l'ayant permis, le fait est que la *lex specialis* est, à cet égard, si répandue qu'elle peut à présent être considérée comme une règle générale, certainement à l'égard des investissements étrangers et des différends internationaux et, de plus en plus, à l'égard d'autres questions »<sup>161</sup>.

En conclusion, la pratique étatique des BITS admet, sur le plan interétatique, l'accès direct de l'individu à des mécanismes internationaux<sup>162</sup>. Autrement dit,

<sup>154</sup> V. D. Carneau, P. Julliard, *Droit international économique*, cit., p. 418 ss.; G. Sacroti, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *RCADI*, 1997, v.269, p.251 ss.; Ch. Leben, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », in *RCADI*, 2003, t.203, p.201-386, ainsi que la revue électronique *Transnational Digest Management* dirigée par le Prof. Th. Waide. Partons du critère de la résidence est à combiner avec celui de la nationalité : cf. Art.201 ALENA et art.1(7) (a) (i) de la Charte de l'Énergie.

<sup>155</sup> Il s'agit des affaires *Ghath R. Pharran c. Tunisie* (ARB/86/1), *Philippe Grusin c. Malaisie* (ARB/94/1) et (ARB/99/3), *Antonio Goetz et autres c. Burundi* (ARB/95/3) et (ARB/01/2), *Emilio Augustin Magfazzini c. Égypte* (ARB/97/7), *Endoroj A. Ojigun c. Paraguay* (ARB/98/5), *Alex Genn et autres c. Estonie* (ARB/99/2), *Patrick Mitchell c. Zaïre* (ARB/99/7), *Hussain Nuaman Soufiani c. Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), *Tokos Tokelas c. Urugave* (ARB/02/18) et *Philippe Grusin c. Malaisie* (ARB/94/1).

<sup>156</sup> La Commission du droit international de l'ONU, dans son projet d'articles sur la protection diplomatique semble désormais orientée à considérer, comme cruciale, la nationalité acquise seulement au moment de la demande et non pendant toute la procédure. V. en général Dolzer, Schreier, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 46 ss.

<sup>157</sup> E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, p.853-878.

<sup>158</sup> Peters, « Dispute settlement arrangements in investment treaties », *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 1991, p.91.

<sup>159</sup> V. Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op.cit.

<sup>160</sup> *CMS c. Argentine*, 42 ILM 788 (2003), traduction de E. Gaillard, in *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, Paris, 2004, p. 799 ; « La République argentine a avancé l'argument selon lequel, lorsque des actionnaires ont été protégés de manière distincte de la société affectée, cela se produit dans les cas où les actionnaires étaient majoritaires ou disposaient du contrôle de la société et non pour des actionnaires minoritaires, comme en l'espèce. Cela est peut-être exact, mais il n'en est pas moins exact, comme le soutient la demanderesse, que les juridictions qui ont rendu ces décisions n'étaient pas saisies de la question de la majorité du contrôle ; elles avaient au contraire à connaître de la possibilité de protéger les actionnaires indépendamment de la société affectée, c'est-à-dire indépendamment de la question de la personnalité morale des sociétés et de ses limites ».

<sup>161</sup> *CMS c. Argentine*, 42 ILM 788 (2003), traduction de E. Gaillard, in *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, Paris, 2004, p. 800.

<sup>162</sup> Amini, D. Carneau, P. Julliard, *Droit international économique*, p. 15. Dans le même sens V. C. Leben, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, v. 302, pp.197-386 à p. 309 ; « [o]n est bien dans le cas de figure de l'individu qui

l'individu et les autres personnes privées ont la capacité processuelle internationale en ce domaine.

### 5 - Autres exemples d'accès à des mécanismes de règlement des différends économiques

D'autres exemples d'accès direct de l'individu aux mécanismes de règlement des différends économiques se trouvent dans un cadre interétatique-régional comme l'ALENA (a), dans la Charte de l'énergie (b), dans l'expérience du Tribunal irano-américain des réclamations (c), dans le contentieux de la fonction publique internationale (d) et quelques autres encore (e).

#### a) Un cadre international régional : le cas de l'ALENA

Dans un cadre international régional, comme celui de l'ALENA (NAFTA), il existe un mécanisme général de résolution des différends (Ch.20, sec B) couplé avec un mécanisme international mixte pour la résolution des différends entre une partie privée (investisseur) et un Etat membre (Ch. 11, sec B) (ainsi qu'un autre mécanisme pour l'anti-dumping, les subventions et les mesures compensatoires (Ch. 19)<sup>164</sup>.

#### b) La Charte sur l'énergie

Bien plus, dans le Traité multilatéral sur la Charte de l'énergie, l'art.26 prévoit une procédure de règlement des différends entre une entreprise et les autorités du pays étranger dans lequel elle a investi<sup>164</sup>. La procédure comporte une première phase de règlement amiable. Si celle-ci n'aboutit pas dans les trois mois, l'entreprise a le choix, soit de soumettre le différend devant la juridiction nationale du pays où l'investissement a été réalisé, soit de recourir à une procédure de règlement du différend préalablement convenue, soit, après consentement écrit, de porter le différend devant le CIRDI ou devant un tribunal d'arbitrage, ou encore, devant une structure de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. Les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires pour les parties au différend.

La convention prévoit que des États, dont les listes figurent en annexe du document, peuvent, en dérogation à la norme, ne pas permettre à un investisseur de soumettre de nouveau le même différend à un arbitrage international après qu'il a fait l'objet d'une décision de justice nationale ou d'une procédure préalable de règlement du différend (annexe I D) ou pour des différends relatifs aux obligations liant une partie à l'égard d'un investissement ou d'un investisseur étranger (annexe I A)<sup>165</sup>.

réclame des droits qu'il tire d'un instrument international, ici le traité qui attrait l'Etat devant une juridiction que l'on peut dire internationale ».

<sup>164</sup> Bien plus, il y a deux *side agreements* sur des matières sensibles : l'environnement (NAEBC, LLM 1480, 1993) et le travail (NAALC, LLM 1499, 1993).

<sup>165</sup> Sauf réserve.

<sup>166</sup> Art. 26 du Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante : « 1. Les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier, dans la zone de la première, et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable.

2. Si un différend de ce type n'a pu être réglé conformément aux dispositions du paragraphe 1 dans un délai de trois mois à compter du moment où l'une des parties au différend a sollicité un règlement, à l'amiable, l'investisseur partie au différend peut choisir de le soumettre, en vue de son règlement:

a) aux juridictions judiciaires ou administratives de la partie contractante qui est partie au différend; ou  
b) conformément à toute procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue; ou

c) conformément aux paragraphes suivants du présent article.  
3. -a) Sous réserve des seuls points b) et c), chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément aux dispositions du présent article.

b) Les parties contractantes énumérées à l'annexe ID ne donnent pas ce consentement inconditionnel si l'investisseur a, au préalable, soumis ce différend selon les procédures prévues au par. 2) points a) ou b).

ii) Pour des raisons de transparence, chaque partie contractante qui est indiquée à l'annexe ID communique par écrit ses politiques, pratiques et conditions en la matière au Secrétaire au plus tard à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'art. 39 ou au dépôt de son instrument d'adhésion conformément à l'art. 41.

c) Les parties contractantes énumérées à l'annexe IA ne donnent pas ce consentement inconditionnel pour les différends survenant au sujet de la disposition contenue dans la dernière phrase de l'art. 10, par. 1.

4. Si un investisseur choisit de soumettre le différend en vue de son règlement, conformément au par. 2, point c), il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant:

a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, du 18 mars 1965, ci-après dénommé «convention CIRDI», si la partie contractante de l'investisseur et la partie contractante partie au différend sont toutes deux parties à la convention CIRDI; ou

ii) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention visée au point a), sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétaire du Centre, ci-après dénommé «règlement du mécanisme supplémentaire», si la partie contractante de l'investisseur ou la partie contractante partie au différend, mais non les deux, et partie à la convention CIRDI;

b) à un arbitre unique ou à un tribunal d'arbitrage ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI); ou

c) à une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

5. -a) Le consentement prévu au par. 3, ainsi que le consentement écrit de l'investisseur donné en application du par. 4, sont considérés comme satisfaisants aux exigences suivantes:

i) l'existence d'un consentement écrit des parties à un différend aux fins du chap. II de la convention CIRDI et du règlement du mécanisme supplémentaire;

ii) l'existence d'un accord par écrit aux fins de l'art. II de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958, ci-après dénommée «convention de New York»; et

iii) l'existence d'un accord par écrit des parties à un contrat aux fins de l'article 1er du règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

b) Tout arbitrage effectué en vertu du présent article se déroule à la demande de l'une des parties au différend dans un Etat qui est partie à la convention de New York. Les réclamations soumises à l'arbitrage conformément aux présentes dispositions sont considérées comme découlant d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'art. I de la dite convention.

6. Un tribunal, constitué selon les dispositions du par. 4, statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international.

7. Un investisseur, autre qu'une personne physique, qui a la nationalité d'une partie contractante partie au différend à la date du consentement écrit visé au par. 4 et qui, avant qu'un

Jusqu'à aujourd'hui, on compte au moins 18 procédures arbitrales en la matière, la majorité d'entre elles sont en cours<sup>166</sup>.

### c) Le Tribunal irano-américain des réclamations

Un exemple remarquable, ne fût-ce que par la quantité des décisions rendues, est le Tribunal irano-américain des réclamations institué par les accords d'Alger du 19 janvier 1981, suite à la crise des otages. En effet, l'art. II de la Déclaration du Gouvernement algérien sur le règlement du contentieux entre les États-Unis et l'Iran donne au Tribunal la mission, entre autres, « de statuer sur les demandes des ressortissants américains contre l'Iran et les demandes des ressortissants iraniens contre les États-Unis », pourvu que la valeur de la demande excède 250.000 USD<sup>167</sup>. Le Tribunal a donc compétence pour statuer sur les « national claims », soit les requêtes des ressortissants privés et il a été estimé que sur 4.000 demandes, plus de 97% ont été de ce type<sup>168</sup>.

### d) Le contentieux de la fonction publique internationale

Dans le droit des organisations intergouvernementales, il y a, en principe, des règles régissant le rapport entre l'organisation et ses fonctionnaires : c'est l'exemple classique, depuis le Tribunal Administratif de la S.D.N. en 1927, de l'actuel système des Nations Unies. Ici et au niveau des OIG à vocation universelle, on trouve notamment les Tribunaux Administratifs des Nations Unies et de l'OIT.

D'autres exemples comprennent, au niveau des OIG régionales, les Tribunaux Administratifs de l'OCDE, de l'Organisation des États Américains et de la Ligue des États Arabes, entre autres.

### e) Autres exemples

La Commission de compensation créée par le Conseil de sécurité de l'ONU à travers la résolution n° 692 du 20 mai 1991, pour le contentieux des dommages résultant de la Première Guerre du Golfe a traité un bon nombre de réclamations individuelles.

Enfin, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, fondée sur un accord bilatéral, est compétente pour statuer sur toutes les demandes relatives à des « pertes, dommages ou préjudices » présentés, *inter alios*, par des ressortissants (individus ou personnes morales) de l'une des parties à l'encontre de l'autre. Le

différend ne survient entre lui et cette partie contractante, étant contrôlé par les investisseurs d'une autre partie contractante et traité, aux fins de l'art. 25, par. 2, point b), de la convention CIRDI, comme un « ressortissant d'une autre partie contractante » et, aux fins de l'art. 1, par. 6, du règlement du mécanisme supplémentaire, comme un « ressortissant d'un autre Etat ».

8. Les sentences arbitrales, qui peuvent inclure l'attribution d'intérêts, sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Les sentences arbitrales concernant une mesure prise par une administration politique ou une autorité sous-nationale de la partie contractante en litige prévoient que la partie contractante peut payer un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée. Chaque partie contractante exécute ces sentences sans retard et prend des mesures en vue de leur exécution effective dans sa zone.

<sup>166</sup> <http://www.enclinter.org/index.php?Id=213>

<sup>167</sup> Les sentences du dit tribunal sont obligatoires et sans recours. Un fond de garanties est constitué pour l'exécution effective des sentences.

<sup>168</sup> Amsi J. G. Mornis, *International Dispute Settlement*, 4<sup>th</sup> ed., Cambridge, CUP, 2005, p.120.

Bureau International de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye est le greffe de ladite Commission.

### C - La participation partielle

L'individu peut participer, de façon très partielle, à des mécanismes interétatiques de règlement des différends économiques, tel est le cas dans le cadre de l'OMC (1) et plus généralement au titre d'*amicus curiae* (2).

#### 1 - L'individu dans le mécanisme de résolution des différends de l'OMC

On a déjà présenté quelques observations à propos de la position de l'individu en droit interétatique du commerce. Désormais, il nous reste à dire quelques mots sur le rôle des personnes privées dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Il s'agit d'un rôle très limité : le Groupe spécial peut demander des renseignements et avis techniques à toute personne privée ou à tout organisme « qu'il jugerait approprié » (MARD, art. 13, pt. 1). Il peut aussi consulter des experts et, pour des questions scientifiques ou techniques, mettre en place des groupes consultatifs d'experts qui peuvent utiliser toute source qu'ils jugent appropriée, incluant semble-t-il des opérateurs privés (MARD, art. 13-2).

En revanche, il n'existe aucun droit des plaignants dans une affaire à être consultés ou entendus par les groupes spéciaux de l'OMC<sup>169</sup>. En effet, dans l'affaire des "crevettes" (WT/DSS8/AB/R, 12 oct. 1998), l'Organe d'appel a estimé que le pouvoir de demander des renseignements à une personne privée laisse au Groupe spécial une certaine marge d'appréciation d'accueillir des renseignements non demandés. Ainsi, des *amicus curiae briefs* peuvent être adressés au Groupe spécial par les personnes privées, mais le Groupe spécial a toujours le droit de les rejeter s'il estime que les renseignements communiqués ne sont pas pertinents pour la solution du litige<sup>170</sup>. Ainsi, dans une affaire *Etats-Unis contre l'Inde*,<sup>171</sup> le Groupe spécial a refusé un *amicus curiae brief*, car il n'avait pas été demandé et aurait provoqué un déséquilibre dans les droits de la défense. Une solution qui n'a pas empêché le Groupe spécial d'accepter le rapport d'*amicus curiae* dans l'affaire du « saumon »<sup>172</sup> car cette fois-ci, il s'agissait de renseignements « relevant to its procedures ».

<sup>169</sup> Amsi, *inter alios*, D. Palmeter, C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and procedure*, Cambridge, CUP, 2004, p. 36.

<sup>170</sup> Sur l'ensemble de la question v. B. Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », in *RGDIP*, 2003, p. 257 ss.

<sup>171</sup> WT/DS138/R, 7 juin 2000, confirmé par l'Organe d'Appel (WT/DS138/AB/R).

<sup>172</sup> Une procédure d'admission des *amicus curiae briefs* a été formulée dans l'affaire *EC-Asbestos* (WT/DS135/AB/R du 12 mars 2001). La question nous semble bien réglée dans le contexte du CIRDI à l'art. 37 du règlement d'arbitrage, actuellement en vigueur, avec une formule qui pourrait servir de modèle aussi dans le droit de l'OMC.

<sup>173</sup> WT/DS18/RW du 20 mars 2000.

2 - *L'amicus curiae*

Si, à l'époque contemporaine, la personnalité juridique des personnes privées se mesure en fonction de l'augmentation croissante des règles internationales ayant comme destinataires les individus et leur accès à des mécanismes de règlement des différends économiques internationaux, on peut constater, qu'eux-mêmes désormais, disposent de porte-parole, différents des États, sur la scène internationale.

On a déjà observé, à propos du droit de l'OMC, que l'individu peut, de plus en plus, participer à la résolution des différends interétatiques à titre d'*amicus curiae*<sup>174</sup>. Il ne s'agit pas de participer comme protagoniste du contentieux mais de fournir un éclairage au juge international. Il suffit alors que l'individu s'organise et qu'il opère à travers une ONG représentative de la société civile.

En général, il appartient à chaque juridiction internationale (ou mécanisme de résolution des différends) d'établir à sa discrétion la recevabilité de l'*amicus curiae*<sup>175</sup>. Ceci est, de plus en plus, avéré en matière d'investissements (affaire *Methanex c. États Unis* - ALENA, 8 mars 2005) et dans le modèle américain et canadien de conventions bilatérales sur la promotion et la protection des investissements de 2004<sup>176</sup>.

Après quelques hésitations en jurisprudence, l'art.37(2) du nouveau Règlement CIRDI (en vigueur depuis le 10 avril 2006) consacre *expressis verbis* l'*amicus curiae* et dispose que :

« Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite, auprès du Tribunal, relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure : - (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ; - (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ; - (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou ne lui cause pas injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante ».

Il s'agit, une fois de plus, d'un changement du paradigme du droit international classique qui, à cet égard, était muet, sinon hostile vis-à-vis de la participation des individus au contentieux international.

<sup>174</sup> B. Stern, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Rev. arb.*, 2007, 1.

<sup>175</sup> V. par ex. l'art. 36.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et en droit pénal international, les « rules of procedure and evidence » du Tribunal pénal international (art. 74) ou encore l'art. 103 des mêmes règles pour la Cour pénale internationale.

<sup>176</sup> Ainsi D. Carreau, P. Julliard, *Droit international économique*, cit., p.35-36.

## CONCLUSION

La société internationale économique n'est pas une société seulement interétatique.

La position de l'individu en droit international économique se développe à différentes vitesses - même s'il ne s'agit pas de grande vitesse car le droit international évolue lentement ! - et avance vers un accès de plus en plus général à la justice internationale.

Certes, l'OMC continue à suivre le paradigme traditionnel et ses mécanismes de règlement des différends ne prévoient pas un droit de saisine de l'individu. La seule forme de participation admise - et avec quelques difficultés - reste celle de l'*amicus curiae*. En revanche, dans d'autres domaines, l'individu a progressivement gagné un *locus standi* : il le possède devant la Cour européenne des droits de l'homme, devant le juge communautaire, devant le TIDM et surtout en matière d'investissements, dans l'arbitrage CIRDI et dans le cadre de l'ALENA.

On peut observer que les personnes privées sont peu impliquées dans l'élaboration du droit interétatique économique alors qu'il y a une participation pleine et immédiate à l'élaboration du droit transnational économique.

Au niveau interétatique, il était clair, au siècle passé comme aujourd'hui, que la participation de l'individu, *uti singulus* voire organisée (à travers les ONG), à l'élaboration des règles interétatiques dépendait d'une concession de la part des États. Mais, à notre époque, les Principes Unidroit sur les contrats du commerce international<sup>177</sup> n'ont pas été élaborés directement par un organe à base gouvernementale. Ils sont le fruit des travaux d'individus, spécialistes du droit du commerce international. Tout le débat sur l'applicabilité de ces Principes dérive précisément du fait que, même si Unidroit a entériné les Principes Unidroit, la composante étatique/interétatique a fait ici défaut<sup>178</sup>. Les individus ont été à l'origine d'une espèce de *prolessor-verchi* de l'économie internationale.

Et c'est là, peut-être, la raison de leur succès pratique (désormais, on compte plus de 103 décisions rendues par des tribunaux arbitraux, juges nationaux et même tribunaux internationaux) dans la société économique internationale contemporaine, quoiqu'en pensent ses détracteurs.

Ce sont des sources de *troisième ordre*, selon l'expression élégante de Messieurs Carreau et Julliard : sources de droit international économique qui se combinent avec les sources de droit d'origine étatique et interétatique sans se confondre avec elles. Au niveau de ces sources, spécifiques au droit international économique, on trouve aussi la nouvelle *lex mercatoria* formée par des modèles contractuels (et des clauses) internationalement uniformes ; des usages du commerce international ; des codes de conduite collectifs et de source a-

<sup>177</sup> V. <http://www.unidroit.org> pour toute référence.

<sup>178</sup> V. par exemple à ce propos A. Giardina, « Les Principes Unidroit sur les contrats internationaux », *MDJ*, 1995-547 ; C. Kessouliani, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par Unidroit », *RGDIP*, 1995, p.641.

nationale; et de la jurisprudence arbitrale<sup>179</sup>. A cela, s'ajoute la composante des principes généraux du droit (art.38 du Statut de la CIJ) aujourd'hui partiellement codifiés par les Principes Unidroit sur les contrats du commerce international.

Tout le système monétaire privé, comme le Professeur Carreau l'a montré, lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye, se développe à travers des contrats internationaux<sup>180</sup>. Il s'agit d'un système transnational privé qui risque aujourd'hui d'éclipser le système interétatique de financement de l'économie internationale<sup>181</sup>.

La participation de l'individu à l'élaboration du droit international économique se manifeste aussi dans la personne de ceux qui sont appelés à résoudre des différends internationaux : en premier lieu les arbitres, mais aussi les membres de l'Organe d'Appel de l'OMC ou les juges des tribunaux internationaux.

Enfin, *last but not at all least* !, la contribution de l'individu en tant que telle se manifeste par le biais de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international tel que prévu par l'art.38, par. 1-d du Statut de la Cour Internationale de Justice.

C'est donc à ce titre que l'apport de ces deux formidables Maîtres du Droit, à la science du droit international économique, *ab inferos usque ad sidera*, est énorme.

Et la chance d'avoir été élève du Professeur Carreau me rend témoin d'un travail sans cesse à la recherche de solutions originales, cohérentes et réalistes vis-à-vis de la diversité et de la complexité du droit international tout entier. Car, comme l'explique le Professeur Carreau, si « la présentation du droit international n'a pas toujours su éviter les écueils de l'angélisme ou de la théorie pure » il faut aujourd'hui, plus que jamais, « replacer concrètement le droit international dans la réalité de la société transnationale contemporaine ».

Ainsi, pour l'individu, c'est-à-dire pour chacun d'entre nous, « placer sa confiance dans la protection du droit international n'est pas un exercice vain »<sup>182</sup>.

<sup>179</sup>V., parmi une vaste littérature, Ph. Kalin, « La lex mercatoria et son destin », dans Ph. Fouchard, L. Vogel, *L'actualité et la pensée de Berthold Gohmann*, Paris, éd. Pantheon Assas, 2004, p. 25 ss. et soit-il permis de renvoyer à F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del contratto del commercio internazionale*, op. cit. et au compte-rendu de l'ouvrage par le Professeur Pierre Lalive paru au *Bulletin AS4*.

<sup>180</sup>D. Carreau, « Le système monétaire international privé », *RCADI*, 1998, v.274, p. 309

<sup>181</sup>D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, cit., p. 564. Déjà en 1981, observe M. Carreau, les euro-marchés pouvaient mettre à la disposition des États environ 100 milliards de dollars alors que l'ensemble des OIG financières arrivait à peine à 20 milliards. En 2006, les euro-marchés dépassaient les 5.000 milliards de dollars.

<sup>182</sup>D. Carreau, *Droit international*, op. cit., dernière page.

## LES TENSIONS ENTRE LA POURSUITE D'UNE EFFICACE ALLOCATION DES FACTEURS DE PRODUCTION ET LES EXIGENCES ETHIQUES EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

REGIS CHEMAIN

*Maître de conférences à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense*

« L'un des problèmes cruciaux débattu dans le cycle des négociations commerciales multilatérales porte précisément sur la conciliation entre la protection accordée aux droits de propriété intellectuelle par l'A.D.P.I.C. avec les besoins des pays du tiers monde, notamment en matière de santé publique. »<sup>1</sup>

Au cours de ses différentes éditions, le manuel de droit international économique des professeurs Carreau et Juillard va au-delà de la transmission d'un savoir et de la consolidation de ce qu'il convient de considérer dorénavant comme une branche du droit international, il livre à notre réflexion une analyse d'un système en train de se construire, en révèle les progrès et les faiblesses. Aussi le droit international économique apparaît-il à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle comme le droit encore inabouti d'un ordre international économique insuffisamment institutionnalisé<sup>2</sup> et dont les auteurs mettent à la fois en évidence les avancées, les lacunes et les perspectives d'évolution.

Le développement du phénomène de la mondialisation depuis le début des années 1990 sera sans aucun doute celui qui aura le plus marqué l'évolution du droit international économique et contraindra les auteurs à développer encore leur réflexion et à actualiser leur ouvrage. Ainsi en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, on peut constater que « malgré la rémanence de sédimens hérités du passé, et qui commencent à s'effacer, il n'y a désormais qu'une seule source d'inspiration du droit international économique : c'est la doctrine libérale »<sup>3</sup>. Cette doctrine a fait de ce droit « un droit d'expansion : il repose tout entier sur l'idée que l'enrichissement des États est une fin légitime, et que cet enrichissement rend nécessaire l'établissement de relations d'interdépendance économique entre les

<sup>1</sup> D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, § 1004.

<sup>2</sup> D. Carreau, P. Juillard, op. cit., §120-123.

<sup>3</sup> D. Carreau, P. Juillard, op. cit., §121.