

1. CHANGER LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC OU LE METTRE DE CÔTÉ À L'HEURE DE LA GOUVERNANCE GLOBALE ?

ASPECTS INSTITUTIONNELS DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

Edouard FROMAGEAU

Les divers phénomènes couverts par le vocable de « gouvernance globale »¹ n'ont cessé d'attirer l'attention et de mettre au défi la créativité des internationalistes ces vingt dernières années². Il est certain que ceux-ci ont été de

¹ Ce phénomène a été défini comme suit par la Commission sur la gouvernance globale mise en place par les Nations Unies en 1995 : « *the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest. [...] At the global level, governance has been viewed primarily as intergovernmental relationships, but it must now be understood as also involving non-governmental organizations (NGOs), citizens' movements, multinational corporations and the global capital market. [...] There is no single model or form of global governance, nor is there a single structure or set of structures. It is a broad, dynamic, complex process of interactive decision-making that is constantly evolving and responding to changing circumstances* ». Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood : The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 2.

² Sur la gouvernance globale en tant que résultante de la mondialisation, v. par ex. F. MÉGRET, « Globalization », *MPEPIL*, t. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 493-503 ; E. C. IP, « Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State », *ICON*, vol. 8, 2010, pp. 636-655 ; D. J. BEDERMAN, *Globalization and International Law*, New York, Palgrave MacMillan, 2008 ; P. S. BERMAN, « From International Law to Law and Globalization », *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 43, 2005, pp. 485-556 ; F. J. GARCIA, « Globalization and the Theory of International Law », *ILT*, vol. 11, 2005, pp. 9-26 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; R. KOLB, « Mondialisation et droit international », *Relations internationales*, vol. 123, n° 3, 2005, pp. 69-86 ; J. K. GAMBLE, E. A. ALLEN, N. L. DIRLING,

plus en plus visibles sur la scène internationale. Un des aspects de la gouvernance globale a trait au rôle joué par une variété d'acteurs non étatiques et infraétatiques dans le développement et la mise en application d'instruments de régulation³. Aux côtés des sujets formels du droit international public s'est progressivement développé un réseau d'acteurs participant de manière accrue à l'exercice de l'autorité publique au niveau international⁴. Ce réseau est à la fois polycentrique et dépourvu de hiérarchie⁵. On retrouve parmi ces nouveaux régulateurs aussi bien des entités internationales non-intergouvernementales que des entités infraétatiques collaborant entre elles au-delà des frontières. Si ce phénomène de « pluralisation »⁶ ou de diversification de l'exercice de l'autorité publique n'est pas un phénomène nouveau, il est vrai qu'il a atteint ces vingt dernières années une intensité remarquable⁷. Il résulte de cette intensification une impression de recul de l'autorité effective de l'État, celui-ci devant partager son monopole d'antan avec une multitude de nouveaux participants, au sein d'une société parfois qualifiée de « post-westphalienne »⁸.

Certains internationalistes ont vu en cela des phénomènes ne pouvant être laissés de côté et devant être analysés. La prise en compte d'un nouveau paradigme de la gouvernance globale fut, en premier lieu, incarnée par

« International Law and Globalization : Allies, Antagonists or Irrelevance ? », *SJILC*, vol. 30, 2003, pp. 1-22 ; N. TSAGOURIAS, « Globalization, Order and the Rule of Law », *FYIL*, vol. 11, 2003, pp. 247-264 ; B. STERN, « How to regulate Globalization ? », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 247-296 ; M. KAMTO, « Mondialisation et droit », *RHDI*, vol. 53, 2000, pp. 457-486 ; G. FEUER, « Libéralisme, mondialisation et développement : à propos de quelques réalités ambiguës », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 148-164 ; B. SIMMA, A. PAULUS, « The International Community : Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, vol. 9, 1998, pp. 266-277 ; P. M. DUPUY, « International Law : Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization », *EJIL*, vol. 9, 1998, pp. 278-286 ; S. SUR, « The State between Fragmentation and Globalization », *EJIL*, vol. 8, 1997, pp. 421-434 ; P. ALSTON, « The Myopia of the Handmaidens : International Lawyers and Globalization », *EJIL*, vol. 8, 1997, pp. 435-448 ; M. FLORY, « Mondialisation et droit international du développement », *RGDIP*, vol. 101, 1997, pp. 609-633 ; R. SÉROUSSI, J. PLANTIN, *Le droit international public à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, Gualino, 1997.

³ V. par ex. N. WOODS, « Global Governance and the Role of Institutions », in A. MCGREW, D. HELD (eds.), *Governing Globalization : Power, Authority and Global Governance*, Cambridge/Oxford, Polity Press, 2002, pp. 25-45.

⁴ V. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI (dir.), *Société internationale en mutation*, op. cit. note 2, pp. 24-29.

⁵ A. PETERS, L. KOEHLIN, G. FENNER ZINKERNAGEL, « Non-state actors as standard setters : framing the issue in an interdisciplinary fashion », in A. PETERS et al. (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 18.

⁶ J. D'ASPREMONT, « Non-state actors in international law : oscillating between concepts and dynamics », in J. D'ASPREMONT (ed.), *Participants in the International Legal System – Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2011, p. 4.

⁷ J. D'ASPREMONT, « Droit Administratif Global et Droit International », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ?*, Paris, Pedone, 2012, p. 85.

⁸ S. SUR, « Fragmentation and Globalization », op. cit. note 2, p. 421 et s.

l'École américaine dite « libérale », représentée notamment par Anne-Marie Slaughter⁹. On a pu aussi voir récemment la poursuite de projets de recherches à cette fin. Le projet sur le droit administratif global – ou *Global Administrative Law* (« GAL ») – en est un exemple. Proposé en 2005 par une équipe de chercheurs de la *New York University School of Law*¹⁰, celui-ci se donne pour but d'analyser un ensemble de mécanismes, règles et procédés comparables aux droits administratifs nationaux utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation (*Accountability*) au sein d'une structure hybride (*Global Administrative Space*) composée aussi bien d'organisations internationales que d'acteurs non- et infra-étatiques¹¹.

Deux facettes du concept de *GAL* peuvent être distinguées¹². Dans sa première acception, le *GAL* peut être appréhendé en tant que traitement doctrinal de l'impact de la gouvernance globale. Le projet constituerait alors une lecture, un regard, sur certaines caractéristiques du droit. Le *GAL* émergerait en raison de lacunes conceptuelles du droit international public traditionnel. Le *GAL* peut aussi être analysé en tant que projet normatif. Le *GAL* sous-tendrait alors l'émergence de normes juridiques de nature administrative en se basant sur une conception nouvelle du droit. Ce projet normatif émergerait en raison de lacunes normatives du droit international public traditionnel. L'une de ces lacunes mises en avant par les concepteurs

⁹ V. not. A. M. SLAUGHTER, « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », *AJIL*, vol. 87, 1993, pp. 205-239 ; A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

¹⁰ V. B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *L. & Contemp. Probs.*, vol. 68, 2005, pp. 15-61. Pour une version en français, v. C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, pp. 335-389. Il a été cependant noté que le premier auteur à avoir proposé de reconnaître l'existence du droit administratif global fut Stefano Battini, in S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 197, ainsi que « Organizzazioni internazionali e soggetti privati : verso un diritto amministrativo globale ? », *Riv. trimestr. dir. pubbl.*, vol. 55, 2005, p. 377. Cité par D. MOCKLE, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, 2012, p. 8, note de bas de page 7.

¹¹ La définition du concept par ses auteurs se lit comme suit : « *the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance* ». B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 10, p. 17.

¹² En ce sens, v. par ex. L. DUBIN, « Droit administratif global », in C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, pp. 95-113.

du *GAL* tient à son incapacité à soumettre ces nouveaux « régulateurs globaux » à un régime d'*accountability*¹³. Plus précisément, ce « déficit d'*accountability* »¹⁴ résulterait, tout d'abord, du fait que ces acteurs échappent aux droits nationaux, dans lesquels la notion d'*accountability* est fortement développée, qu'ensuite le droit international public ne fournit pas les outils nécessaires à cette fin, et qu'enfin la plupart de ces régulateurs globaux sont des acteurs privés ou semi-publics qui ne sont bien souvent pas adaptés à des réflexions de droit public¹⁵. Cette lacune devrait être comblée, selon les concepteurs du *GAL*, par deux « types de réponse »¹⁶. Il s'agit, d'une part, d'une tentative d'extension du droit administratif national aux décisions d'opérateurs transnationaux qui affectent un État¹⁷ et d'autre part du développement de mécanismes administratifs d'un type nouveau et à un niveau global afin de traiter les décisions et règles prises au sein des régimes transnationaux¹⁸. Ces éléments constituent « l'essence du projet normatif du *GAL* »¹⁹. Le *GAL* désignerait alors l'usage au niveau global de normes et de techniques de droit administratif, provenant des droits nationaux ou créées au niveau global, telles que la transparence, la participation, la motivation des décisions (*reasoned decision*) ou encore le contrôle des décisions (*review*)²⁰.

¹³ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Administrative Law », *op. cit.* note 10, p. 16.

¹⁴ *Ibid.* (notre traduction).

¹⁵ G. ANTHONY, et al. (eds), « Values in Global Administrative Law : Introduction to the Collection », in *id.* et al. (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 4.

¹⁶ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 10, p. 16 (notre traduction).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ L. HENNEBEL, « Le droit administratif global », in B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ (dir.), *Théories du droit global*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, à paraître en 2013. Disponible sur le site Internet du *Social Science Research Network*, <http://ssrn.com/abstract=2189312>, consulté le 29 avr. 2013, p. 3.

²⁰ B. KINGSBURY, R. B. STEWART, « Introduction : Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America », in Institute for International Law and Justice, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina : Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*, Buenos Aires, Res Publica Argentina, 2009, pp. 11-20. Plus précisément, l'ambition du *GAL* consiste en trois projets de dimension variable. Dans un premier temps, il vise à mettre en place un régime d'*accountability* interne aux régulateurs globaux. Ce projet, qui fait figure de « projet le moins ambitieux » des trois, a pour objectif de garantir et de contrôler que les différents acteurs en cause remplissent la mission qui leur est attribuée et se conforment au droit interne de leur régime. Dans un deuxième temps, le *GAL* ambitionne la mise en place de mécanismes assurant la protection des droits des sujets directs de la réglementation exercée par les opérateurs globaux, qu'ils soient États, individus, entreprises ou ONG, ainsi que ceux des tierces parties. Cette protection s'effectuerait par le truchement de la mise en place de procédures participatives et transparentes et de mécanismes de recours ou de révision. Dans un troisième et dernier temps, le *GAL* constitue un moyen de promouvoir la démocratie. Il

L'objet de cette contribution sera d'étudier les aspects institutionnels du *GAL* et d'évaluer leur éventuelle valeur ajoutée du concept au regard du droit international public dans sa dimension institutionnelle. Si les rapports entretenus entre le *GAL* et le droit international public ont pour le moment été étudiés surtout sous l'angle normatif²¹, l'angle institutionnel n'a été que peu abordé. S'il est vrai que le critère matériel du *GAL* fait figure d'élément clé dans son processus d'identification²², son critère institutionnel a aussi été mis en avant²³. Dans ce contexte, une analyse comparative avec les notions de sujet et de personnalité juridique s'avère potentiellement intéressante. L'une des étapes du processus de création d'un concept est sans aucun doute la mise en lumière de la place qu'occupera ce dernier par rapport à d'autres qui l'ont précédé. En ce sens, le projet sur le *GAL* a cela de particulier qu'il étudie des phénomènes prenant place, entièrement ou partiellement, sur la scène internationale et impliquant des sujets de droit international public. Cependant, les notions de sujet et de personnalité juridique étant jugées comme inadéquates afin d'appréhender le phénomène de la gouvernance globale, le *GAL* les exclut de son canevas conceptuel.

I. LA « DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE » DU *GAL*

Une des caractéristiques du concept de *GAL* est qu'il entend émerger en rupture du droit international public. Qu'il soit qualifié de *jus gentium*, *jus inter gentes* ou encore *law of the nations*, le droit international public serait en grande partie d'une nature « non hiérarchique, volontariste et contractuelle »²⁴. De ce fait, il ne transcrirait pas de manière adéquate cette nouvelle réalité résultant du phénomène de la gouvernance globale et devrait être écarté au profit d'un droit global, constitué en majeure partie des « règles produites par des organisations internationales de différents

s'agit ici de reproduire une fonction de garantie de démocratie assurée par le droit administratif dans certains ordres juridiques nationaux. Ceci fait figure de projet le plus ambitieux et fait aussi office, aux yeux même des concepteurs du *GAL*, de projet dont la réalisation est la plus incertaine au regard du manque de consensus au niveau international sur la définition de ces valeurs.

²¹ V. par ex. J. D'ASPREMONT, « Droit Administratif Global », *op. cit.* note 7, pp. 83-94.

²² C. BORIES, « Rapport introductif », in C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, p. 53.

²³ V. par ex. S. CASSESE, *The Global Polity : Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Séville, Global Law Press, 2012.

²⁴ S. CASSESE et al. (eds.), *Global Administrative Law : The Casebook*, 3^e éd. New York, Institute for International Law and Justice, 2012, XXIV (notre traduction) ; S. CASSESE, « What is Global Administrative Law and why study it ? », in S. CASSESE et al., *Global Administrative Law : An Italian Perspective*, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Papers, 2012/04, pp. 7-8.

genres »²⁵. Face à ces changements majeurs, les alternatives en présence semblent en effet être – en procédant à une simplification des termes de l'équation – la continuité (le processus de changement du droit international) et la rupture (l'émergence d'un « droit nouveau »).

Le postulat de départ du concept de *GAL* repose sur l'idée que sous l'effet de la mondialisation et du phénomène de la gouvernance globale, la structure du droit international se transforme progressivement²⁶. Ces transformations pourraient, selon les fondateurs du concept, être analysées selon deux angles d'approches : l'approche dite « classique »²⁷ ou « traditionnelle »²⁸ du droit international public et l'approche du *GAL*. Ces deux approches sont systématiquement mises en opposition.

L'approche classique est mise en avant pour montrer son incapacité à prendre toute la mesure de l'impact de la gouvernance globale. Elle se concentre sur des questions dites traditionnelles et, au final, « ne parvient pas à prendre en compte ce qui est important y compris pour ce qui est des institutions intergouvernementales formelles »²⁹. En ce qui concerne ces dernières, les questions traditionnelles ont trait, par exemple, à l'interprétation des textes constitutifs, aux privilèges et immunités ou encore à la responsabilité internationale³⁰.

L'approche du *GAL*, quant à elle, se concentre sur d'autres questions en prenant comme « filtre » le caractère administratif de la gouvernance globale. Le but serait de refléter à la fois la prise en compte d'un large nombre « d'arrangements internationaux informels »³¹, qui impliquerait de manière prépondérante des acteurs non étatiques, ainsi que celle de pratiques et de sources normatives « *that are not encompassed within standard conceptions of 'international law'* »³². Le choix du terme de *GAL* aurait été conduit par la volonté « d'éviter la fausse-impression que ce champ d'études est simplement une branche du droit international général pouvant être structurée autour de critères traditionnels (et désormais contestés) de source

²⁵ S. CASSESE, « GAL and why study it ? », *op. cit.* note 24, p. 8 (notre traduction).

²⁶ N. KRISCH, B. KINGSBURY, « Introduction : Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 3.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ V. par ex. B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Emergence of GAL », *op. cit.* note 10, p. 26.

²⁹ B. KINGSBURY, in B. KINGSBURY, A. PELLET (*interviewed by C. BORIES*), « Views on the Development », in C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, p. 17.

³⁰ *Ibid.*

³¹ B. KINGSBURY et al., « Foreword : Global Governance as Administration. National and Transnational Approaches to Global Administrative Law », *L. & Contemp. Probs.*, vol. 68, n° 3-4, 2005, p. 5 (notre traduction).

³² *Ibid.* (notre traduction).

et de sujet du droit international »³³.

La notion de sujet telle que définie en droit international public n'est en effet pas utilisée par les concepteurs du *GAL* pour identifier les acteurs agissant au sein de l'espace administratif global. L'attribution d'une forme de personnalité juridique aux composantes de cet espace ne dépendrait pas des critères classiques d'octroi en droit international. Il y aurait là une sorte de mise à l'écart d'une conception jugée trop formaliste de la personnalité juridique internationale³⁴. Les acteurs agissant au sein de l'espace administratif global pourraient alors être vus comme appartenant à un espace administratif global (*Global Administrative Space*), comprenant deux catégories, à savoir l'administration globale et les administrés ou *subjects*³⁵.

II. L'ESPACE ADMINISTRATIF GLOBAL COMME STRUCTURE INSTITUTIONNELLE

L'espace administratif global aurait pour caractéristique première de passer outre la distinction classique faite entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international³⁶. Si cet espace comprend des éléments propres à chacun de ces niveaux, il ne les engloberait cependant pas entièrement. Cet espace administratif global serait « distinct à la fois de l'espace des relations interétatiques, gouverné par le droit international, et de l'espace réglementaire national gouverné par le droit administratif national, mais comprend[rait] des éléments de chacune de ces deux sphères »³⁷. Il existerait de nombreuses interconnexions entre les différents niveaux au travers de relations d'intégration verticale (entre les administrations globales et les administrations nationales) et horizontale (entre les administrations globales par secteur)³⁸.

³³ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *MPEPIL*, t. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 468 (notre traduction). V. de même E. CHITI, B. G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law : Relationships, Legal Issues and Comparison*, Berlin, Springer, 2011, p. 2.

³⁴ En ce sens, v. J. E. NIJMAN, « Non-state actors and the international rule of law : Revisiting the 'realist theory' of international legal personality », *Amsterdam Center for International Law Research Paper Series*, 2010, p. 10. De même, selon Nico Krisch et Benedict Kingsbury, « *this can hardly be confined to a formal discussion of their personality in international law* ». N. KRISCH, B. KINGSBURY, « Introduction », *op. cit.* note 26, p. 12.

³⁵ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Emergence of GAL », *op. cit.* note 10, pp. 18-27.

³⁶ *Eod. loc.*, p. 25.

³⁷ *Eod. loc.*, p. 26 (notre traduction).

³⁸ E. CHITI, R. A. WESSEL, « The Emergence of International Agencies in the Global Administrative Space : Autonomous Actors or State Servants ? », in R. COLLINS, N. D. WHITE (eds.),

L'administration globale serait alors composée de l'ensemble des auteurs des normes régulatrices, qu'ils soient internationaux ou nationaux et comprendrait cinq catégories³⁹ :

(1) L'administration par les organisations internationales regroupe les exemples de régulation par les organisations intergouvernementales instituées par traité. Celles-ci occupent une place centrale au sein du concept de droit administratif global. Elles en sont même les « *main administrative actors* »⁴⁰. Le Conseil de sécurité, au travers de son rôle dans la lutte contre le terrorisme par le truchement de sanctions, est notamment cité en référence.

(2) L'administration basée sur l'action collective de réseaux transnationaux d'arrangements de coopération entre agences nationales est le deuxième idéal type. Celui-ci regroupe certaines entités ne disposant pas d'un pouvoir normatif contraignant et reposant sur un modèle coopératif entre États⁴¹. Une de ces entités est le Comité de Bâle, réunissant les responsables de banques centrales dans le but de coordonner les politiques bancaires.

(3) La *distributed administration*, troisième idéal type, est composée des régulateurs nationaux agissant en vertu de traités ou suivant des accords de coopération. Dans ce cadre, ce sont les régulateurs nationaux dont les décisions ont un impact global qui sont concernés. Les agences nationales limitant les importations de produits de pêche qui ne respectent pas certains critères environnementaux⁴² en sont un exemple.

(4) L'administration par des structures hybrides intergouvernementales et privées est le quatrième idéal type. Le cas de *l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, en ce qui concerne la régulation d'Internet, est cité à cet égard⁴³.

(5) L'administration par des acteurs privés est le cinquième et dernier idéal type. Il regroupe ces entités privées exerçant un pouvoir de régulation, telle que l'Organisation internationale de normalisation (*ISO*) au travers des normes qu'elle édicte⁴⁴.

Les sujets (*subjects*) de l'administration globale peuvent être aussi bien des États, des individus, des entreprises, des organisations non

International Organizations and the Idea of Autonomy: Institutional Independence in the International Legal Order, Londres, Routledge, 2011, pp. 152-154.

³⁹ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Emergence of GAL », *op. cit.* note 10, p. 20.

⁴⁰ *Eod. loc.*, p. 21.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Eod. loc.*, p. 22.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Eod. loc.*, pp. 22-23.

gouvernementales ou d'autres collectivités⁴⁵. Ils sont les « destinataires réels des régimes régulateurs globaux »⁴⁶. L'expression « sujet » est à comprendre ici dans le sens d'entités assujetties à l'administration et non dans le sens que l'on peut donner à cette expression en droit international public⁴⁷. Certains auteurs préfèrent utiliser d'ailleurs les termes d'administrés ou de bénéficiaires afin de marquer cette différence⁴⁸.

L'administration globale regroupe ainsi une variété d'acteurs qui, en apparence, partagent peu de points communs⁴⁹. L'hétérogénéité de l'administration globale ressort principalement du fait qu'elle inclut en son sein aussi bien des entités étant considérées comme des sujets à part entière du droit international public⁵⁰ que des entités dépourvues de cette qualité. La cohérence de la classification adoptée repose alors sur la détermination d'un critère institutionnel commun à ces entités. Ces composantes de l'administration globale auraient cela en commun qu'elles exercent un pouvoir de régulation⁵¹. Ce pouvoir pourrait prendre plusieurs formes⁵².

⁴⁵ *Eod. loc.*, p. 23.

⁴⁶ *Ibid.* (notre traduction).

⁴⁷ Depuis Leibniz, en effet, le terme « sujet » n'est plus entendu comme désignant une personne assujettie à un devoir, mais bien une personne jouissant d'un statut juridique. V. R. KOLB, « Book Review of J. E. Nijman's Concept of International Legal Personality : An Inquiry into the History and Theory of International Law », *EJIL*, vol. 18, 2007, p. 775.

⁴⁸ L. HENNEBEL, « Droit administratif global », *op. cit.* note 19, p. 5.

⁴⁹ En ce sens, v. J.-M. THOUVENIN, « Conclusions générales », in C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, p. 329.

⁵⁰ On pense ici aussi bien aux organisations internationales qu'aux juridictions internationales. Sur le rôle et la place des juridictions internationales, v. S. CASSESE, « Administrative Law Without the State ? The Challenge of Global Regulation », *NYU J. Int'l L. & Pol.*, vol. 37, 2005, p. 693.

⁵¹ Il s'agit de « *formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance* ». B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Emergence of GAL », *op. cit.* note 10, p. 17.

⁵² Il s'agit de la « *regulation-by-non-regulation (laissez faire), [...] formal self-regulation (such as by some industry associations), hybrid private-private regulation (for example, business-NGO partnerships in the Fair Labor Association), hybrid public-private regulation (for instance, in mutual recognition arrangements where a private agency in one country tests products to certify compliance with governmental standards of another country), network governance by state officials (as in the work of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) on environmental policies to be followed by national export credit agencies), inter-governmental organizations with significant but indirect regulatory powers (for example, regulation of ozone depleting substances under the Montreal Protocol), and inter-governmental organizations with direct governance powers (as with determinations by the Office of the U.N. High Commissioner for Refugees of individuals' refugee status, or the WTO dispute resolution system for trade conflicts)* ». B. KINGSBURY, « Global Regulation and the New Jus Gentium », draft novembre 2006, disponible sur le site Internet <http://www.iilj.org/courses/documents/Kingsbury.NewJusGentium.pdf>, consulté le 29 avr. 2013, p. 3 ; B. KINGSBURY, « International Law as Inter-Public Law », in

Certains des organes cités n'avaient pas été prévus originellement pour exercer un tel pouvoir de régulation mais l'ont exercé par la suite⁵³.

Un ouvrage sur le rôle des indicateurs au sein de la gouvernance globale permet d'avoir une idée plus claire du sens à donner au terme régulation⁵⁴. La régulation y est définie comme « les moyens utilisés dans le but d'influencer le comportement d'acteurs régulés »⁵⁵. La gouvernance, quant à elle, serait un concept plus large car couvrant non seulement ces moyens mais aussi « la production et la distribution de ressources »⁵⁶.

Une série de trois critères additionnels inspirés des droits administratifs nationaux est alors utilisée pour préciser le type d'activité dont l'exercice donne un droit d'accès de l'organe concerné à l'administration globale : le but de l'activité, la nature de l'activité et le type de l'organe exerçant l'activité⁵⁷.

Le but de l'activité serait de servir un intérêt public ou commun⁵⁸. À l'image des administrations nationales, l'administration globale servirait un but de service public, un « service public international »⁵⁹, en quelque sorte. Ce premier critère serait toutefois d'application délicate du fait de la difficulté à identifier un intérêt public au sein des activités extranationales⁶⁰.

La nature de l'activité peut, quant à elle, être définie de manière négative. Il s'agit des « activités routinières »⁶¹ qui ne relèvent ni d'une activité législative, qu'il s'agisse de loi ou de traités, ni d'une fonction de

H. S. RICHARDSON, M. S. WILLIAMS (eds.), *Moral Universalism and Pluralism*, American Society for Political and Legal Philosophy, coll. « Nomos », t. XLIX, New York, New York University Press, 2008, p. 169. De même in B. KINGSBURY et al., « Global Governance as Administration », *op. cit.* note 31, p. 2.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ K. E. DAVIS et al. (eds.), *Governance by Indicators : Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁵⁵ J. BRAITHWAITE, C. COGLIANESE, D. LEVI-FAUR, « Can Regulation and Governance Make a Difference ? », *Regulation and Governance*, vol. 1, 2007, p. 3. Cité par K. E. DAVIS, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY, « Indicators as a Technology of Global Governance », *LSR*, vol. 46, 2012, p. 78. V. aussi K. E. DAVIS, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY, « Introduction : Global Governance by Indicators », in K. E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators*, *op. cit.* note 54, p. 10.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ L'expression est de S. YAMAMOTO, « Kokusai gyoseiho no sonritsu kiban (The Positive Basis of International Administrative Law) », *KGZ*, vol. 76, 1969, p. 1. Cité par B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 10, p. 471.

⁶⁰ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

⁶¹ *Ibid.* (notre traduction).

règlement des différends⁶². Il s'agit donc du « *making of general non-treaty rules by administrative bodies (administrative rule-making), decision-making by certain entities that affects identifiable actors or interests, and administrative adjudication of the situation of other actors or the weight to accord to a specific interest* »⁶³. En définitive, l'activité de nature administrative est comprise comme la production de normes de nature générale mais « subsidiaire »⁶⁴.

Les critères du but et de la nature de l'activité exercée peuvent être utilisés simultanément et complètent le critère du type de l'entité. Les entités prises en compte dans la définition de l'administration globale sont aussi bien des organisations internationales que des entités non- et infra-étatiques⁶⁵.

III. UNE VALEUR AJOUTÉE DU *GAL* ?

Il convient d'évaluer la valeur ajoutée conceptuelle du *GAL* par rapport au sens à donner à la notion de sujet. Il a été noté, avec raison, que si les internationalistes traditionnels ont majoritairement souligné l'importance que la notion occupe en droit international (avec la notion de source), peu a été en revanche dit sur ce qu'est précisément un sujet de droit international public⁶⁶. En reconnaissant la personnalité juridique des Nations Unies dans son avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, la Cour internationale de Justice apporte certains éléments permettant de délimiter les contours juridiques de la notion. L'Organisation des Nations Unies était « destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits [...] qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international »⁶⁷. En d'autres mots, c'est parce que les Nations Unies

⁶² *Ibid.* On rejoint ici une définition de la régulation, qui elle a trait au « *bureaucratic and administrative rule making and not about legislative or judicial rule making* ». V. D. LEVI-FAUR, « Regulation and Regulatory Governance », *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper, 2010, p. 9.

⁶³ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

⁶⁴ B. KINGSBURY, « Omnilateralism and Partial International Communities : Contributions of the Emerging Global Administrative Law », *KGZ*, vol. 104, 2005, p. 101.

⁶⁵ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

⁶⁶ J. ALVAREZ, « Are Corporations 'Subjects' of International Law ? », *Santa Clara J. Int'l L.*, vol. 9, 2011, p. 7.

⁶⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949, p. 179.*

agissaient en tant que personne juridique, titulaire de droits et d'obligations, qu'elles se sont vu reconnaître la qualité de sujet de droit international⁶⁸. À partir de cette définition, selon laquelle une personnalité juridique internationale est déduite de la jouissance de certains droits et privilèges au niveau international, certains ont étendu la notion de personnalité juridique aux individus ou encore aux entreprises. Selon Andrew Clapham, par exemple, « *we need to admit that international rights and duties depend on the capacity to enjoy those rights and bear those obligations ; such rights and obligations do not depend on the mysteries of subjectivity* »⁶⁹.

La « déclaration d'indépendance » formulée par les concepteurs du GAL par rapport aux concepts du droit international public est à relativiser lorsqu'il s'agit des acteurs administratifs globaux. La logique adoptée lors de la conceptualisation de l'administration globale est similaire à celle induite par la qualité de sujet du droit international : à l'attribution de droits doit correspondre l'attribution d'obligations⁷⁰. Dans le cadre du GAL, l'attribution (et parfois l'auto-attribution) d'un pouvoir de régulation a pour conséquence le respect d'un nombre limité de principes tels que l'*accountability* ou la transparence de leurs actions. Cette subjectivité *a minima* n'est pas si éloignée de celle adoptée en droit international public et repose sur une logique similaire.

L'argument utilisé par les concepteurs du GAL pour écarter la notion de sujet du droit international n'a, en réalité, pas trait à sa justification intrinsèque, mais plutôt au fait que celle-ci soit limitée aux États⁷¹. Les États, au sein du GAL, sont pris en compte au travers de leurs administrations ou « agences régulatrices »⁷². Ce sont elles qui sont considérées comme appartenant à l'administration globale. Une distinction est alors adoptée entre l'État, sujet de droit international public, et ses agences administratives.

L'adoption d'une telle approche stato-centrée du droit international public peut étonner dans le sens où il est incertain que cette conception soit d'actualité, du moins parmi les internationalistes européens, et que le droit international public a sensiblement évolué depuis l'avis de la Cour internationale de Justice sur les réparations. Il est néanmoins tout aussi clair

⁶⁸ Selon José Alvarez, « *the U.N. was an international legal person because it acted like a legal person* ». J. ALVAREZ, *op. cit.* note 66, p. 7.

⁶⁹ A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 68-69.

⁷⁰ Parmi les droits reconnus à l'ONU par la Cour internationale de Justice, figurait sa capacité à conclure certains traités.

⁷¹ « *Traditionally understood, the subjects of international law are states. Correlatively, global governance is the governance of states' behavior with regard to other states* ». B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « *Emergence of GAL* », *op. cit.* note 10, p. 23.

⁷² *Ibid.*

que les concepteurs du *GAL* ne soutiennent pas qu'une telle conception est d'actualité, et la qualifie donc de « traditionnelle ». Ce qui peut surprendre, c'est d'utiliser consciemment cette conception datée aujourd'hui pour mettre en avant une incapacité conceptuelle de celle-ci face à ce phénomène récent qu'est la gouvernance globale. À partir du moment où une approche comparative est suggérée, on peut légitimement attendre que le facteur « temps » de chaque partie de l'équation soit le même. Juger l'utilité du concept nouveau au regard d'une version ancienne d'un autre concept amènera donc à un résultat quelque peu faussé.

Si l'on présume que les concepteurs du *GAL* utilisent volontairement cette version traditionnelle du droit international public, il reste à déterminer la raison d'un tel choix. Une réponse possible a été esquissée par Alain Pellet dans les propos suivants : « *I have the feeling that the founding fathers of the global administrative law have a tendency to exaggerate the most traditional aspects of public international law in order to highlight the originality and value of their suggested new approach – a very usual posture of creative scholars in order to popularize their brainwaves* »⁷³. Deux aspects du *GAL* nécessitent d'être précisés : le processus de déformalisation opéré par le *GAL* et le prisme administratif adopté.

A. – Un processus déformalisant ?

Du point de vue méthodologique, le processus de déformalisation opéré par le *GAL* peut apparaître comme une plus-value⁷⁴. Celui-ci permettrait de passer outre la barrière conceptuelle imposée par l'attribution, ou la non-attribution, de la qualité de sujet du droit international. Le *GAL* procéderait à une déformalisation dans le sens où il se concentre sur le pouvoir de régulation exercé (l'exercice par l'administration globale) et subi (l'impact sur les « administrés » ou *subjects*) plutôt que sur les « sujets dotés formellement d'une personnalité juridique internationale »⁷⁵. L'activité de certaines institutions qui ne bénéficient pas de la qualité de sujet du droit international, tel que le Comité de Bâle⁷⁶, est alors analysée sous l'angle de sa légitimité, de la transparence et de l'*accountability*. La déformalisation

⁷³ A. PELLET in B. KINGSBURY, A. PELLET (interviewed by C. BORIES), « Views on the Development », in C. BORIES (dir.), *op. cit.* note 7, p. 17.

⁷⁴ V. par ex. L. DUBIN, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit.* note 7, p. 106.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ V. par ex. M. S. BARR, G. P. MILLER, « Global Administrative Law : The View from Basel », *EJIL*, vol. 17, 2006, pp. 15-46.

est à comprendre ici comme le fait d'aller au-delà des sujets du droit international public formellement reconnus.

Cette approche déformalisante est adoptée par d'autres projets de recherche, tel le projet de l'Institut Max Planck sur l'exercice de l'autorité publique⁷⁷. La notion d'autorité est comprise ici comme « *the legal capacity to determine others and to reduce their freedom, i.e. to unilaterally shape their legal or factual situation* »⁷⁸. L'exercice de cette autorité peut aussi bien prendre la forme de modification de la situation juridique de l'entité visée par l'organe exerçant l'autorité au travers d'un acte contraignant, que la simple « *conditionalization* » au travers d'actes non contraignants⁷⁹. Cette autorité doit cependant être publique et internationale dans le sens où elle est exercée sur la base d'une compétence attribuée par « *a common international act of public authorities, mostly States, to further a goal which they define, and are authorized to define, as a public interest* »⁸⁰. Ce caractère public et international dépend donc de la base juridique de l'exercice de l'autorité. Les entités de droit privé ou de nature hybride sont donc exclues de cette définition à l'exception des cas où ces entités peuvent se prévaloir d'une « équivalence fonctionnelle »⁸¹ à une activité basée sur un acte public. Ainsi, les entités privées ayant pour mission de gérer une infrastructure globale, telle que l'*ICANN*, peuvent être vues comme exerçant une autorité publique et devraient être soumises aux mêmes exigences que les autorités basées sur un acte public.

En réalité, le formalisme – compris comme méthode de reconnaissance par le respect de certains critères formels⁸² – n'a que peu à voir avec la notion de sujet. Du point de vue théorique, les critères de la personnalité juridique peuvent se résumer à la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations. En droit positif, bien que le droit international public puisse avoir un impact sur la création et la forme de nouveaux sujets, il n'existe pas de règles formelles permettant la reconnaissance de nouveaux sujets⁸³. En ce

⁷⁷ A. VON BOGDANDY et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions : Advancing International Institutional Law*, Berlin, Springer, 2010.

⁷⁸ A. VON BOGDANDY et al. (eds.), « Developing the Publicness of Public International Law : Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », in A. VON BOGDANDY, R. WÖLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN, M. GOLDMANN (eds.), *The Exercise of Public Authority*, *op. cit.* note 77, p. 11.

⁷⁹ A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, « Developing the Publicness of Public International Law : Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *GLJ*, vol. 9, 2008, p. 1382.

⁸⁰ *Eod. loc.*, p. 1383.

⁸¹ *Eod. loc.*, p. 1384.

⁸² V. not. J. D'ASPROMONT, *Formalism and the Sources of International Law : A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁸³ En ce sens, *eod. loc.*, p. 14.

sens, c'est au contraire un processus de formalisation qu'opère le GAL en soumettant l'appartenance à l'administration globale au respect de certains critères inspirés du droit administratif national⁸⁴.

B. – *Un processus administratif ?*

Il a été reproché au projet sur le *GAL* de faire usage d'un procédé analogique ou plus précisément d'une « *domestic analogy* »⁸⁵. Notion familière aux relations internationales⁸⁶, la *domestic analogy* a été définie comme « *a presumptive reasoning which holds that there are certain similarities between domestic and international phenomena ; that, in particular, the conditions of order within States are similar to those of order between them ; and that therefore those institutions which sustain order domestically should be reproduced at the international level* »⁸⁷.

Tout comme la métaphore, l'analogie part de la similitude, de la ressemblance, entre deux entités données. Elle permet non seulement de la mettre en exergue, mais aussi de fonder un raisonnement à partir de cette similitude. Elle est développée comme un « discours articulé en propositions qui s'enchaînent dans un certain ordre »⁸⁸. En cela, elle fait office de véritable méthode. C'est d'ailleurs ce qui la différencie de la métaphore. La métaphore constitue la phase première, la prémisse, de l'analogie en ce qu'elle met en lumière la similitude. Elle consiste à « présenter une idée sous le signe d'une autre idée ne se rattachant à la première par aucun autre lien que celui d'une certaine conformité »⁸⁹. On peut alors résumer la différence entre les deux concepts par le fait que l'analogie « secondarise des significations que la métaphore lie de façon primaire »⁹⁰.

Le recours à l'analogie est familier au raisonnement juridique en tant que « ressemblance établie par une opération intellectuelle entre deux ou plusieurs actes ou situations juridiques. Cette ressemblance conduit à un raisonnement

⁸⁴ V. *supra* IV.

⁸⁵ A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, « Developing the Publicness of Public International Law », *op. cit.* note 78, p. 24.

⁸⁶ V. par ex. H. BULL., « Society and Anarchy in international Relations », in H. BUTTERFIELD, M. WRIGHT (eds.), *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*, Londres, Allen and Unwin, 1966, pp. 35-50.

⁸⁷ H. SUGANAMI, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 1.

⁸⁸ M. J. BOREL, « Métaphores et analogies dans le discours des sciences de l'homme et de la société », *RESS*, vol. 38, n° 117, 2000, p. 7.

⁸⁹ *Encyclopaedia universalis*, vol. 20. Cité par G. TIMSIT, « La métaphore dans le discours juridique », *RESS*, vol. 38, n° 117, 2000, p. 83.

⁹⁰ M. J. BOREL, « Métaphores et analogies », *op. cit.* note 88, p. 7.

(raisonnement analogique) par lequel, sur la base de la ressemblance ainsi établie, on transpose l'application d'une règle à une relation juridique qu'elle ne vise pas expressément⁹¹. De manière plus imagée, on peut dire que l'analogie pose une proportion : « *a* est à *b* comme *c* est à *d* »⁹². L'analogie éclaire ainsi au moyen d'une relation connue (*c* est à *d*), qui constitue le *phore*, une relation moins connue (*a* est à *b*), qui est le thème du discours⁹³. Au même titre qu'il doit nécessairement y avoir une similitude entre le *phore* et le thème pour permettre le raisonnement analogique, ces derniers doivent être de même fondamentalement différents l'un de l'autre. Une homogénéité des termes de la comparaison est par conséquent « inconcevable dans l'analogie, dont la fonction épistémologique, de mieux faire connaître, structurer ou évaluer le thème grâce au *phore*, présuppose l'hétérogénéité des éléments »⁹⁴.

Dans le cadre du *GAL*, l'analogie a pour but de mettre en exergue le rôle que peuvent jouer certains principes pour accomplir un certain nombre de fonctions au niveau national (le *phore*) et que des demandes similaires sont identifiables en dehors du cadre étatique (le thème). Soumettre les organes administratifs nationaux à certaines exigences de transparence et d'*accountability* serait une mission qu'a réussi à accomplir le droit administratif aux États-Unis⁹⁵. Ce succès commanderait donc l'application d'une méthode administrative à ces organes⁹⁶.

Les raisons de la critique de cet usage par le *GAL* résideraient dans le fait que « les différences entre les institutions nationales et les institutions internationales sont trop importantes »⁹⁷. Parmi ces différences figurerait le fait que « les normes juridiques internationales et les normes juridiques internes possèdent une 'légitimité entrante' (*input legitimacy*) fondamentalement différente : l'une basée sur le consentement de l'État, l'autre sur la souveraineté populaire, conformément à l'approche classique »⁹⁸. Il a été de même soutenu, en ce qui concerne les organisations internationales, que « *the general applicability of domestic public and administrative law principles to international organizations does not, of*

⁹¹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 63.

⁹² C. PERELMAN, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique (Méthodes du droit)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 129. Cité par J. SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 497.

⁹³ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 501.

⁹⁴ J. SALMON, « Le raisonnement par analogie », *op. cit.* note 91, p. 497.

⁹⁵ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.* (notre traduction).

⁹⁸ *Ibid.* (notre traduction).

course, mean that a state's domestic legal framework governing the exercise of a power can be considered to apply automatically to the exercise of the same or analogous power by an organization »⁹⁹.

Ces différences semblent être reconnues par les concepteurs du *GAL* lorsque certains affirment que « toute transposition des systèmes juridiques internes aux pratiques complexes des institutions intergouvernementales est remise en question [...] par les différences fondamentales entre ces entités. [...] [Le] fait que certaines activités des organisations internationales puissent être vues comme ayant une nature administrative ne suggère de loin pas l'existence d'une administration publique globale et générale ; il n'y a pas de gouvernement ou de parlement global, aussi bien qu'il n'existe pas d'équivalent au niveau global de la façon dont ces institutions sont imbriquées entre elles »¹⁰⁰. Toutefois, « certaines demandes en matière de normes et de principes procéduraux sont suffisamment communes aux différentes organisations internationales pour qu'un champ unifié soit discernable »¹⁰¹.

La similitude identifiée par le *GAL* fait, de même, l'objet d'une critique. Pour le projet sur l'exercice de l'autorité publique, l'identification d'une administration en dehors du cadre de l'État serait rendue compliquée par la difficulté à identifier de manière incontestable au niveau international les éléments présents au niveau de l'État permettant son identification, à savoir les institutions et activités constitutionnelles et législatives¹⁰². Celui-ci prétend couvrir un champ d'activité plus large que s'il se concentrait uniquement sur les activités dites administratives. Il vise aussi bien ces activités que celles de nature intergouvernementale¹⁰³. Toutes les autorités publiques, disent-ils, « et non seulement les autorités administratives doivent être légitimées »¹⁰⁴.

Benedict Kingsbury et Megan Donaldson admettent que définir l'activité administrative par opposition à l'activité législative peut amener à quelques problèmes si l'on se base sur les définitions respectives de ces activités au niveau interne. En effet, ceux-ci notent que « dans beaucoup de systèmes nationaux, l'activité administrative est distinguée de manière précise de l'activité législative, l'élaboration de règles est alors comprise

⁹⁹ D. SAROOSHI, « The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations », *IntlOrgLRev*, vol. 5, 2008, pp. 237-239.

¹⁰⁰ B. KINGSBURY, L. CASINI, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *IntlOrgLRev*, vol. 6, 2009, p. 333 (notre traduction).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, « Developing the Publicness of Public International Law », *op. cit.* note 79, p. 1386.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

comme un élément de l'activité législative et donc en dehors du champ d'activité du droit administratif »¹⁰⁵. L'inclusion de l'élaboration de règles dans le champ du droit administratif global serait toutefois commandée par le fait qu'un grand nombre d'organes administratifs nationaux et transnationaux exercerait de fait cette activité, et devrait être soumis à certaines exigences de transparence ou encore d'*accountability*¹⁰⁶.

Ce qui semble être transposé, du point de vue institutionnel, est la relation administration-administré, ainsi que ce qu'elle implique : l'idée de subordination des administrés à l'administration¹⁰⁷ et sa contrepartie, le respect par celle-là d'un certain nombre de principes dans sa relation avec ceux-ci¹⁰⁸. Cette idée de « *channelling and controlling* » est très présente dans l'approche du GAL¹⁰⁹. Toutefois, il est difficile d'imaginer, en pratique, que ces différents acteurs se soumettent à ces principes du seul fait de leur appartenance à l'administration globale. Il s'agit ici d'une des conséquences de la mise à l'écart de la notion de sujet par le GAL. En réaction, Benedict Kingsbury mit alors en avant l'idée de *publicness* pour combler cette lacune. Définie comme « *the claim made for law that it has been brought by the whole society, by the public, and the connected claim that law addresses matters of concern to the society as such* »¹¹⁰, la *publicness* serait une valeur partagée par les différents régulateurs.

IV. CONCLUSION : DE LA NÉCESSITÉ D'INCLURE DE NOUVEAUX ACTEURS ET DU PROCESSUS DE CHANGEMENT DU DROIT

Le GAL fait figure de grille de lecture de ce droit interstitiel émergent qui se glisse entre les ordres juridiques afin de contrôler de nouveaux espaces de régulation. Ces espaces échappent, en grande partie, à l'emprise du droit international public. En cela, le GAL contribue à fournir des outils pour conceptualiser de nouvelles notions visant surtout à soumettre de nouveaux acteurs à certaines exigences procédurales. L'approche proposée

¹⁰⁵ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 33, p. 471.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ En ce sens, v. L. DUBIN, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit.* note 7, p. 100.

¹⁰⁸ L'accent est alors mis sur la fonction de contrôle du droit administratif. V. par ex. C. HARLOW, « Global Administrative Law : The Quest for Principles and Values », *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 191.

¹⁰⁹ Selon Benedict Kingsbury, « *one major function of public law is the channelling and organizing of power* ». B. KINGSBURY, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 32.

¹¹⁰ *Eod. loc.*, p. 31.

semble être englobante sans pour autant être complète. Elle est englobante en ce qu'elle repose sur une série de critères visant à appréhender l'ensemble des acteurs agissant au sein de ces espaces. Elle se concentre cependant sur un aspect particulier de ces interactions qui présente des similitudes avec les droits administratifs nationaux.

En tant que tel, le *GAL* ne remet pas directement en cause les notions de sujet ou de personnalité juridique. À la différence de ces notions, le *GAL* dans sa dimension institutionnelle n'a pas pour ambition de fournir un statut juridique à ces entités au sein d'un ordre juridique défini. Si le *GAL* se départit de ces notions afin d'étudier certains phénomènes, l'approche n'entend pas pour autant la remplacer ou prôner une extension afin d'inclure ces entités en tant que sujets du droit international public. Le concept du *GAL* est précisément décrit comme global plutôt que comme international afin d'éviter de suggérer que ce qui est analysé sous couvert de ce concept fait partie d'une « *recognized lex lata or indeed lex ferenda* »¹¹¹. Sa plus-value ne peut être appréciée que si l'on garde à l'esprit cette distance à prendre vis-à-vis du droit positif. Il s'agit là, comme l'a écrit Anne Peters sur le projet constitutionnaliste, d'un « exercice herméneutique ordinaire, [d'une] lecture du droit international [qui] ne revient donc pas à fausser le sens des normes qui seraient 'objectivement' autre chose, mais représente une forme légitime d'interprétation »¹¹². En cela, le *GAL* aide à penser au-delà des notions traditionnelles du droit international public.

Néanmoins, nombre des raisons ayant amené à la création du *GAL* doivent être prises en compte en droit international public. Il est nécessaire d'intégrer ces acteurs qui jouent un rôle de plus en plus important sur la scène internationale, et de les soumettre à certaines obligations juridiques parmi lesquelles figurent en premier plan l'*accountability* et la transparence. Le *GAL* est alors un facteur de changement du droit international public. Il permet de repenser les bases conceptuelles de celui-ci à la lumière des circonstances actuelles. La critique énoncée par le *GAL* s'inscrit ici dans un mouvement plus général de mise en question des capacités conceptuelles de la notion de sujet à l'heure de la gouvernance globale. On pense notamment à la critique formulée par Rosalyn Higgins, celle-ci qualifiant la notion de

¹¹¹ *Eod. loc.*, pp. 25-26.

¹¹² A. PETERS, « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », in H. RUIZ FABRI, E. JOUANNET, V. TOMKIEWICZ (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, t. 1, Londres, Hart, 2006, p. 361.

sujet d'« *intellectual prison of our own choosing* »¹¹³ et devant être remplacée par le concept de *participants*¹¹⁴.

Les notions formelles du droit international public ne sont pas statiques et peuvent évoluer, bien que lentement, afin d'atteindre ces objectifs. La notion de sujet, dans sa dimension politique, est un *locus* de changement ou de conservatisme¹¹⁵. Elle participe au changement en intégrant de nouveaux sujets en son sein et au conservatisme en les excluant¹¹⁶. Le *GAL*, paradoxalement, semble aller dans les deux sens à la fois. En limitant le droit international public aux relations inter-étatiques, le *GAL* fait montre d'un conservatisme certain. Toutefois, et c'est cela qui semble selon nous le plus important, le *GAL* prend en compte la place de plus en plus importante qu'occupe l'individu et d'autres acteurs non-étatiques sur le plan international. Benedict Kingsbury considère en effet qu'il serait plus adéquat d'analyser le *GAL* comme une des composantes d'un « nouveau droit des gens »¹¹⁷ plutôt que selon le modèle traditionnel d'un droit international public compris comme *jus inter gentes*, c'est-à-dire un droit établi par des États dans leurs relations réciproques. Le choix du terme *GAL* vise à mettre en lumière, selon lui, la nécessité de repenser le droit international public comme un « droit inter-public »¹¹⁸, comme un droit entre entités publiques¹¹⁹.

¹¹³ R. HIGGINS, *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 49.

¹¹⁴ V. aussi L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », in SFDI, *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone 2004, pp. 13-47. Et, plus récemment, J. D'ASPREMONT (ed.), *Participants in the International Legal System – Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, *op. cit.* note 6.

¹¹⁵ R. KOLB, « Book Review », *op. cit.* note 47, p. 775.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ V. par ex. B. KINGSBURY, « Global Regulation », *op. cit.* note 52, p. 19 ; B. KINGSBURY, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, vol. 99, 2005, pp. 143-154 ; B. KINGSBURY, « Omnilateralism and Partial International Communities », *op. cit.* note 64, pp. 98-124. B. KINGSBURY, « The Problem of the Public in Public International Law », *Legal Theory Workshop, Columbia, Feb. 14, 2005*, p. 27 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « Emergence of GAL », *op. cit.* note 10, pp. 29-30.

¹¹⁸ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « From Bilateralism to Publicness in International Law », in U. FASTENRATH, et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruna Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 79-89 ; B. KINGSBURY, « International Law as Inter-Public Law », *op. cit.* note 52, pp. 167-204 ; B. KINGSBURY, « Who Should Make International Law », Princeton Conference, févr. 17-18, 2006, p. 6, disponible sur le site Internet http://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/normative/papers/Session5_Kingsbury.pdf, consulté le 29 avr. 2013.

¹¹⁹ Dans ce contexte, l'analogie avec le droit interne opérée par le *GAL* prend tout son sens. Dans un contexte certes différent, Wolfgang Friedman écrivait : « *there is [...] no reason to classify international administrative law as 'a unique body of law, to be distinguished from public international law, municipal law, and so-called transnational law'. The only justification for taking it out of the framework of public international law is apparently that public international law does not apply to relations between an international organization and individuals, since it is confined to*

L'approche du *GAL* fera ainsi très certainement figure d'exercice intellectuel de premier plan afin d'appréhender les métamorphoses du droit international public.

the relations of states. This argument presupposes that public international law is inevitably and eternally confined to the framework within which it has moved in the past ». W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, p. 162.