



## Editorial

Par Pierre Alain GOURION  
Avocat aux Barreaux de LYON  
et de BRUXELLES

Nous voilà en juillet 2005 après les doubles non français et néerlandais au projet de traité constitutionnel européen.

Le non français, quant à lui, n'a évidemment ni répondu à la question posée, ni réglé la question européenne, et tout porte à croire que ce sont les anglais de Tony BLAIR qui en tireront les marrons du feu.

Bref, la polémique se poursuit, et le droit de réponse de vue de nos clients inaugure une nouvelle rubrique... interactive.

L'avantage du "non" est en tout cas d'avoir relancé le débat en marquant clairement à la classe politique française, nous compris, qu'elle ne pouvait sans risque s'éloigner de sa base électorale.

Halte à la morosité, et bon été!

## Sommaire

### ACTUALITE UNION EUROPEENNE :

- N'oublions pas que l'Europe est une démocratie, pluraliste : ..... p.1

### ACTUALITE FRANCE :

- Oui, on peut dire Non : ..... p.3

- Le droit à l'image : le jeu de la chaise musicale : ..... p.4

- Un mauvais arrangement vaut-il mieux qu'un bon procès ? ..... p.5

- L'allègement du contrôle de légalité des actes des collectivités locales : ..... p.7

### ACTUALITE DROIT INTERNATIONAL :

- Le coton à l'OMC : La guerre des Trois aura bien lieu : ..... p.8

- Espagne : L'Espagne approuve le mariage homosexuel et autorise l'adoption par les couples en résultant : ..... p.10

- Italie : L'Italie se dote d'une nouvelle définition des petites et moyennes entreprises : ..... p.11

**DROIT DE REPONSE :** ..... p.11

## N'OUBLIONS PAS QUE L'EUROPE EST UNE DEMOCRATIE, PLURALISTE !



par Bénédicte RAJOT,  
Docteur en droit  
communautaire

"Oui, je le veux", certains ont eu ce souhait, fort et majoritaire, emprunt sans doute de raisons, d'objectivité et de clairvoyance. La Lettonie vient de ratifier, le 2 juin 2005, le traité établissant une constitution. A ce jour, 11 Etats membres (en incluant la Belgique où les instances fédérales se

sont déjà prononcées), ont dit "oui", ce qui représente tout de même 51,42 % de la population européenne. 11 pays sur 25 représentent donc plus de la moitié déjà de la population européenne ! Prochainement, Malte, puis Chypre (le 30 juin), le Luxembourg (le 10 juillet) et le Portugal (le 9 août) vont se prononcer, par référendum pour les deux derniers Etats cités. Et il y a très peu de chances pour que ces pays disent non !

Concernant la ratification par la Lettonie, le Président Valéry Giscard d'Estaing a déclaré : "[...] La sagesse l'a emporté très naturellement dans votre pays, suscitée dans l'opinion par votre clairvoyance et la force de vos convictions, celles-là même qui m'avaient impressionné lors de notre rencontre à Paris l'année dernière. Le vote de ce matin confirme la vocation européenne de la Lettonie ; il est une contribution exemplaire et lucide à la construction d'une Europe moderne, efficace et démocratique". Le mot est lâché : "démocratique".

Oui, l'Europe est une grande démocratie, et de nombreux Etats depuis sa création, se sont joints à cette idée démocratique ; ils veulent la démocratie et toutes ses conséquences : une idée républicaine, un Etat garantissant les droits et les libertés fondamentaux ; une grande zone de paix et d'échanges, pas seulement économiques, loin de là, mais aussi d'idées, de citoyens. Ouvrir ses frontières entre tous ceux qui partagent les mêmes valeurs : voilà une idée simple et source de sérénité, sans oppresseur, sans propagande, sans peurs ; l'esprit libre et vif, avide d'idées et de créativité.

Mais la démocratie, qui signifie étymologiquement, gouvernement du peuple; bien sûr, cette définition est assez sommaire, car tout dépend de savoir à qui est confié l'exercice du pouvoir : à un seul et l'on parle d'autocratie, à un petit nombre et l'on parle d'aristocratie, ou à un nombre plus important, et l'on parle véritablement de démocratie. La seule difficulté est alors de déterminer ce qu'est le peuple et de préciser les conditions qui doivent être rassemblées pour que ce peuple soit en mesure d'exercer le gouvernement. Outre cette difficulté, il y en a une autre, toute aussi importante, celle de sa signification. En effet, le terme de "démocratie" ne recouvre pas les mêmes réalités dans tous les régimes.

Il est possible de dire que deux conceptions, opposées de la démocratie, existent dans notre monde contemporain.

La première conception est celle qui s'est développée à partir des idées politiques du XVIIIème siècle, de l'expérience anglaise (avec John Locke), de la Révolution américaine (avec Jefferson) et de la Révolution française (Jean-

-Jacques Rousseau). C'est celle qui est appelée "démocratie classique" ou "démocratie libérale", et que l'on nomme plus communément "démocratie

pluraliste", pour en souligner dès l'abord la caractéristique dominante dans le monde contemporain, à savoir l'acceptation du pluralisme politique par les régimes politiques qui s'y réfèrent. Certains Etats ont maintenu cette forme de gouvernement sans parenthèse depuis deux siècles : le Royaume-Uni, les Etats-Unis, la Suisse, l'Australie, les pays Scandinaves, les Pays-Bas, la Belgique. Dans d'autres pays, soit elle est d'application plus récente, tel Israël, l'Irlande ou l'Inde encore, soit elle a été rejetée par périodes, comme en France, en Italie, en Espagne ou en Grèce. Ainsi, véritablement, jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle, ce courant n'a pas été vraiment contesté et fut en tous les cas le seul à connaître une insertion dans la réalité. Avec la Révolution russe de 1917, une scission se produisit.

Cette scission créa la seconde conception, fondée sur les idées de Karl Marx et de Friedrich Engels, ce qui conduisit, sous la direction de Lénine, à la création, en Russie, d'un nouveau régime politique. Celui-ci se voulait démocratique et prétendait ouvrir la voie vers la seule démocratie réelle. Depuis lors, de nombreux pays, notamment en Europe de l'Est et en Asie, ont pris cette expérience pour modèle. Cette seconde conception peut être nommée "démocratie marxiste". Cette conception est totalement opposée à la première. Pour les marxistes, la démocratie doit être socialiste pour être réelle ; la mesure de toute chose n'est plus l'individu mais le groupe social, les "classes" qui existent au sein d'une société. Le droit d'expression politique que la démocratie pluraliste reconnaît aux individus qui appartiennent à la classe du prolétariat est vain ; c'est un leurre, car cette prétendue liberté existe dans un cadre économique et social qui assure la domination effective de la classe bourgeoise. Le marxisme n'est pas une doctrine politique, sociale ou religieuse, ni même économique. C'est une philosophie qui conduit à une conception globale de l'homme, du monde et de leur évolution. Sans approfondir la théorie marxiste ici, l'on peut dire que la vision marxiste correspond d'une part à l'élaboration d'une société sans classe, qui passe par la destruction, voire l'autodestruction du capitalisme et le passage au communisme, avec un passage intermédiaire qui est la dictature du prolétariat. Cette dictature du prolétariat, Lénine la définit de la manière suivante : *"C'est une lutte opiniâtre, sanglante et non sanglante, violente et pacifique, militaire et économique, pédagogique et administrative, contre les forces et les traditions de la vieille société"* ("Maladie infantile du communisme", Lénine, 1920). D'autre part, la vision marxiste passe par la démocratie totalitaire. Le but du régime est d'établir une société sans classe, une société unanimitaire, une société dans laquelle le pouvoir politique disparaît et les doctrines politiques absorbées dans une vision unanime. L'unanimité d'une société équivaut à la négation de la politique. Une société sans classe sera donc une démocratie parfaite et tranquille où les problèmes d'égalité et de liberté des individus ne se poseront plus, où le peuple exercera pleinement un gouvernement. Cette vision se fonde alors, pour être appliquée, sur le concept majoritaire ; la majorité incarne l'idéal d'unanimité et elle est la source exclusive du pouvoir. Aussi, la minorité est dans l'erreur et il convient qu'elle fasse amende honorable, et au besoin, par la contrainte. L'opposition est illégitime parce que fondée sur une erreur : erreur sur ce qu'était la "volonté générale" pour Rousseau, erreur sur ce qu'était la volonté du prolétariat dans l'analyse marxiste. La dictature de la majorité sur la minorité est ainsi intellectuellement justifiée.

Mais, ce n'est pas cette conception qui a été choisie par les Etats européens d'abord occidentaux, puis, récemment, orientaux. Ces anciens pays de l'Est ont abandonné l'idéologie marxiste et sa conception totalitaire de la démocratie. C'est la démocratie pluraliste qui triomphe, qui est consacrée.

Ainsi, la démocratie pluraliste, celle qui fonde nos Etats, celle qui fonde le projet de traité, celle qui conditionnera l'adhésion de nouveaux pays, est la conception voulue en Europe, par les peuples européens. Cette conception est elle aussi fondée sur le principe majoritaire, outre les fondements de souveraineté du peuple et du suffrage universel. Mais son interprétation est radicalement opposée à celle que retient la doctrine marxiste. Le recours au principe majoritaire est l'unique moyen de prendre des décisions. En effet, dans une société pluraliste, l'opinion de chacun vaut celle de l'autre, l'individu est reconnu dans son existence individuelle ; mais il est impossible de donner raison à l'un plutôt qu'à l'autre. Le seul recours qui subsiste pour trancher est de s'en remettre à un critère quantitatif : toutes les opinions se valent mais celle qui sera retenue sera celle adoptée par un plus grand nombre de personnes. Ainsi, dans une démocratie pluraliste, les choix politiques sont opérés à partir d'un critère quantitatif, celui de la majorité.

Cette conception pluraliste de la démocratie est retenue par l'Europe et par le projet de traité lui-même. Oui, l'Europe est une grande démocratie, et le choix du "non, je ne veux pas" est bien évidemment, respectable, car les individus sont égaux. Ces deux résultats négatifs méritent une analyse approfondie des motivations profondes qui ont amené à ce choix. Il s'agit de comprendre.

Mais, et malgré ce choix, il faut bien avoir à l'esprit que le processus démocratique va continuer son chemin, jusqu'au bout. C'est le processus majoritaire qui l'emportera, seul moyen de prendre une décision. Ainsi, quatorze autres Etats doivent encore se prononcer, et le processus de ratification va se poursuivre. Ces quatorze autres ont chacun, le droit, individuel, de se prononcer, comme l'ont fait la France et les Pays-Bas. La liberté d'expression et le droit d'expression politique sont les fondements même de la construction européenne. C'est pourquoi l'on parle de plus en plus de majorité, dite qualifiée ; plus on est nombreux, plus le principe majoritaire s'applique. Dans tous les cas, ce droit politique s'exercera pour chacun des vingt cinq Etats, et notamment pour les quatorze autres appelés au vote. Ce principe majoritaire a été vivement et à juste titre rappelés par les trois Présidents des institutions européennes : Messieurs Josep Borrel Fontelles, Président du Parlement européen, Jean-Claude Juncker, Président du Conseil des Ministres et José Manuel Barroso, Président de la Commission européenne, le 1er juin 2005. C'est aussi l'opinion très majoritaire des responsables nationaux.

Et ce n'est qu'à l'issue de ce processus, en novembre 2006, que les Chefs d'Etat et de Gouvernements se saisiront de la question. C'est ce que prévoit très clairement le projet de traité établissant une Constitution : l'article IV-443 § 4 énonce ainsi clairement : *"Si, à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature du traité modifiant le présent traité, les quatre cinquième des Etats membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question"*.

Ainsi, pour que ce Conseil européen se saisisse de la question, encore faut-il que 4/5<sup>e</sup> au moins des Etats aient dit oui. Alors, les Chefs d'Etats et de Gouvernements réfléchiront aux Etats qui n'ont pas ratifié - aujourd'hui, la France et les Pays-Bas.

On peut certes parler de "Plan B", de "coma profond" dans lequel serait plongé le texte proposé, de renégociations, de re-votes ... Tout est possible, politiquement possible.

Juridiquement parlant, ce traité ne pourra entrer en vigueur que s'il est ratifié à l'unanimité par les vingt cinq Etats ; une telle exigence n'est pas nouvelle, elle vaut depuis le traité fondateur de Rome de 1957. La Convention, qui a préparé ce projet, ne résulte pas d'une Révolution, mais d'un choix unanime ; elle marque tout simplement la continuité juridique du processus engagé dès 1957. Elle n'imposait certainement pas une rupture. Elle n'imposait pas une rupture de la part de la France.

Comme l'a dit Olivier Duhamel, sur France Culture, la France, Etat fondateur, s'est parmi les premiers, prononcé en faveur de ce texte, en 2000. La France a, avec d'autres, soutenu ensuite l'idée de le préparer par une convention, en 2001. La France a obtenu que cette dernière soit présidée par l'un des siens, et non le moindre, l'ancien Président de la République française. Des Français y ont été très actifs : V. Giscard d'Estaing, P. Moscovici, D. de Villepin, P. Andréani, A. Lamassoure, R. Badinter, H. Haenel, P. Lequiller, J. Floch, M. Barnier, et tous les autres conventionnels.

La France a obtenu tout ce à quoi elle tenait : l'absence de référence à Dieu ou au catholicisme, le renforcement de son poids au Conseil, quelques garanties sur la politique agricole commune, le maintien de l'exception culturelle. Et pourtant, la France a dit "non" ! Nos partenaires européens n'y comprennent rien...

Quoiqu'il en soit, juridiquement, l'entrée en vigueur du traité est devenue impossible... Pour qu'il en aille autrement, il faudrait faire revoter ceux qui ont dit "non", comme ce fut le cas avec les Danois pour le Traité de Maastricht ou les Irlandais pour le Traité de Nice. La France pourrai revoter -les Pays-Bas aussi-. Pour ce faire, la France pourrait recevoir des apaisements notamment sur la préservation des droits sociaux. Et ce même si le projet de traité n'a jamais été aussi social depuis 1957 ! Il suffirait sans doute d'introduire article permettant aux Etats qui le souhaitent, telle la France, de préserver les droits sociaux pour lesquels de longs combats se sont déroulés, et permettre ainsi un réel apaisement, même si, il ne faut pas se leurrer, ces droits sociaux finiront par "sauter", car la mondialisation est en route désormais, et depuis longtemps, et que nos économies ne tiendront pas longtemps de toute façon avec nos droits sociaux. Mais, le passage sera plus progressif et nos politiques auront le temps d'expliquer enfin, clairement, les raisons fondamentales de ces changements indispensables, et de rassurer malgré tout le peuple français mais aussi européen. La réalité ne doit pas, il me semble, être jetée en pleine figure... Quelques fois, elle mérite des de la douceur et une réelle compréhension et pédagogie.

## OUI, ON PEUT DIRE NON



par  
Aurélie GARCIN

Le référendum du 29 mai en a été une illustration : comme l'enfant, le citoyen peut dire non et personne n'encourrait de sanction en déposant dans l'urne son bulletin non.

Mais il est des situations dans lesquelles le non est plus difficile à affirmer car il est opposé à une autorité hiérarchique.

Comment le droit protège-t-il celui qui, placé dans un lien de subordination hiérarchique, affirme son droit de dire non au nom de sa liberté de conscience ?

De nombreuses situations pourraient illustrer cette protection du droit de dire non, nous en envisagerons trois : celle des fonctionnaires civils et des militaires et celles des salariés.

Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques (art 5 Ord 22 décembre 1958 sur le statut de la magistrature). Ils ont donc l'obligation d'obéir aux consignes. Que se passe t'il en cas d'insubordination ?

Un exemple a été donné par le Procureur adjoint Hubert Dujardin et il démontre la difficulté pour un fonctionnaire d'exercer son droit de dire non. Son supérieur hiérarchique, M. Davenas, avait l'habitude de confier les enquêtes préliminaires à la police plutôt que de demander l'ouverture d'instructions. Dans l'affaire du rapport de Xavière Tibéri, M. Dujardin, contre les consignes de son supérieur, fit ouvrir une information judiciaire. Il fit l'objet d'une procédure disciplinaire devant le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) pour manquements à ses devoirs hiérarchiques et à la courtoisie. Cette affaire n'eut de dénouement qu'en 2004 lorsque M. Perben, ministre de la justice, a proposé au CSM d'infliger la sanction la plus légère, à savoir la réprimande. Ainsi, alors que l'insubordination de M. Dujardin pouvait aller dans le sens d'une meilleure justice, il a fait l'objet de sanctions disciplinaires. Il n'était donc pas question d'évaluer la légitimité de la décision prise par M. Dujardin mais de sanctionner sa désobéissance. Son droit de dire non était donc très limité.

Un militaire à un droit de dire non encore plus restreint, il doit une obéissance quasi absolue aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques. En cas de désobéissance, il peut être poursuivi devant des juridictions spécialisées. Ainsi, le Code de Justice Militaire puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans tout refus d'obéissance (CJM article 447). Il semblerait que la seule justification que pourrait apporter un militaire pour refuser d'obéir à un ordre soit son **illégalité manifeste**.

Le Code pénal prévoit que la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime n'est pas pénalement responsable (art 122-4 Nouveau Code Pénal). Ainsi, même si l'ordre est illégal le militaire n'est pas responsable pénalement. Ce principe connaît une exception lorsque l'ordre donné est manifestement illégal.

Le problème sera pour le subordonné de déterminer ce qu'est une "illégalité manifeste". Question de tempérament et d'opportunité. Depuis de nombreuses années, la théorie des "baïonnettes intelligentes" permet au soldat de s'opposer. Mais le risque est sérieux.

Contrairement au militaire, le salarié n'a pas à obéir à tous les ordres reçus. En droit du travail, le principe est que le contrat de travail crée entre l'employeur et le salarié un lien de subordination. En vertu de celui-ci, le salarié exécute son travail en se conformant aux ordres et directives de son employeur.

La limite de son obligation d'obéir réside, notamment, dans l'exercice de ses libertés fondamentales. L'exercice de la liberté de conscience et de religion du salarié est souvent invoqué pour refuser d'exécuter un ordre. Cette liberté est protégée notamment par l'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'homme.

En droit français, le juge contrôle que l'ordre donné par l'employeur ne porte pas une **atteinte injustifiée et disproportionnée** aux droits fondamentaux du salarié au regard de la tâche à accomplir (art L120-2 du code du travail).

La Cour d'Appel de Paris estime que le fait, pour une entreprise de télémarketing, de demander à une salariée de retirer son voile constitue une atteinte disproportionnée à sa liberté religieuse étant donné qu'elle n'a aucun contact avec des clients (CA Paris 19 juin 2003). Au contraire, dans un autre litige, l'atteinte est proportionnée au but recherché car le salarié a des contacts avec les clients (CA 16 mars 2001).

De même, un employeur est en droit de licencier son salarié qui exerce la fonction de boucher quant, au nom du libre exercice de sa religion, il refuse de couper de la viande de porc (Soc 24 mars 1998). Ainsi, le salarié peut s'opposer à un ordre de son employeur s'il revendique l'exercice d'une liberté fondamentale, ce qui n'est pas le cas de la liberté de se vêtir à sa guise (Soc 28 mai 2003).

Ainsi face à cette désobéissance du salarié au nom de l'exercice d'une liberté fondamentale ne pourrait-on pas s'interroger sur la place que pourrait faire le droit à la désobéissance civile ? A l'instar d'Hannah Arendt, ne pourrait-on imaginer une protection des auteurs de la désobéissance civile dont le but est de faire face à des lois contraires à des libertés fondamentales ?

Dans un espace de liberté réside, comme un bijou précieux, le droit de s'opposer.

## DROIT A L'IMAGE : LE JEU DE LA CHAISE MUSICALE

Que dire d'une photographie représentant une personne dans un lieu public diffusée sans son consentement ?

Si cette question au prime abord peut paraître anodine, elle a néanmoins fait couler beaucoup d'encre dans la mesure où pour trouver la réponse, il faut se plonger au cœur de la perpétuelle confrontation opposant la liberté d'expression et les droits relatifs

à la personnalité dont tout individu est en droit de se prévaloir.

Presse, ouvrages, télévision, Internet... tous ces supports nous offrent quotidiennement une multitude d'images représentant des personnalités publiques lors d'évènements plus ou moins importants, des victimes d'accidents ou de catastrophes en tous genres, des personnes participant à une manifestation... Toutes ces images - prises hors de la sphère privée - devront prendre en compte plusieurs paramètres pour être diffusées licitement sans le consentement de la personne représentée.

En effet, articulée principalement autour du droit d'informer le public, la licéité de l'image va faire entrer en jeu d'autres droits notamment le droit au respect de la vie privée et le droit à la dignité. (Articles 9 et 16 du code civil ; Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme).

La notion du droit au public à l'information n'ayant pas de définition exacte, l'interprétation de cette dernière est plus ou moins restrictive au gré des espèces et selon les juridictions.

En effet, certaines juridictions demanderont à ce qu'un "*rapport direct*", un "*lien direct*" ou une "*stricte nécessité*" de l'image soit établi avec l'évènement. En revanche, d'autres seront beaucoup plus souples dans l'interprétation en faisant appel à une conception large du droit à l'information, considérant qu'il "*appartient aux journalistes professionnels de porter à la connaissance du public tout évènement qui leur paraît présenter quelque intérêt*".

Si certaines images ne soulèvent aucune difficulté quant au consentement du sujet étant donné leur caractère "d'actualité", il n'en va pas de même pour certaines photographies qui soulignent le flou artistique entourant le droit à l'information et ce, d'autant plus lorsqu'elles font appel à d'autres droits de la personnalité.

Certaines images qui, pourtant justifiées par le souci légitime d'informer le public, seront jugées illicites en vertu du droit au respect de la vie privée si la personne n'a pas donné son accord.

Il en fut ainsi pour la photographie d'amoureux anonymes assis sur un banc public ; de personnes anonymes dénudées sur une plage ; pour des clichés de célébrités sur leur lieu de vacances ou assistant à un évènement de leur vie privée (baptême d'un enfant, mariage, enterrement...).

Cependant, la solution n'est pas aussi tranchée malheureusement puisque à l'inverse, il fut jugé que les photographies d'un mariage princier, de l'adultère commis par un membre d'une famille princière, d'un divorce de célébrités, d'un enterrement... relevaient du droit du public à être informé et que par conséquent, l'atteinte à la vie privée était justifiée.

Dès lors, on ne peut que constater le sentiment d'insécurité juridique qui règne en matière du droit au respect de la vie privée.

Qu'en est-il de la confrontation du droit à la dignité et celui de l'information du public ?

Prenons l'exemple de deux arrêts relatifs à des photographies

représentant des victimes d'attentats pour répondre à cette question.

Dans un arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation, le droit à la dignité fut privilégié. En effet, il fut estimé que la photographie du cadavre du Préfet Erignac, peu après son assassinat constituait une atteinte à la dignité et ce, quand bien même la photographie fut prise d'assez loin et que l'on ne pouvait à peine distinguer son visage.

En revanche, dans un autre arrêt de la Cour de cassation, il fut considéré qu'il n'y avait pas atteinte à la dignité de la victime de l'attentat du R.E.R Saint-michel dans la mesure où la photographie la représentant assise sur un trottoir, vue de trois quarts, était selon la première chambre civile, dépourvue de "sensationnalisme et d'indécence".

Dans ces deux décisions, on peut remarquer que les victimes des attentats ne pouvaient être distinguées clairement d'après les photographies. Cependant, l'une fut jugée licite, l'autre pas. Pourquoi cette différence de traitement ?

Le critère apparemment retenu par la Cour de cassation pour déclarer la photographie du cadavre du Préfet attentatoire à la dignité est la vue du sang, critère retenu également par les juridictions du fond qui condamnèrent des photographies de victimes ensanglantées.

Reste à savoir si ce critère est réellement pertinent. On est en droit de se demander si l'on doit limiter le droit à l'information du public au motif que certaines images seraient choquantes ? La réponse semble a priori être positive.

Cette dernière semble regrettable car l'information ne doit pas reposer uniquement sur des faits tolérables ou tolérés, elle doit permettre de découvrir tous les domaines, peu importe que certains d'entre eux nous émeus. En revanche, une nuance doit être apportée notamment concernant la rediffusion d'images faisant resurgir de pénibles souvenirs et qui n'a pas pour objectif d'informer le public mais de servir des intérêts obscurs.

Outre les images qui confrontent le droit à l'information du public et les droits relatifs à la personnalité, la question s'est posée de savoir si l'image anodine prise dans un lieu public nécessitait le consentement de la personne.

Par image anodine, on entend "une image ne faisant pas l'objet d'une exploitation commerciale, représentant une personne dans un lieu public sans porter atteinte aux droits à la vie privée, à la dignité, et qui n'est pas justiciable du droit à l'information du public".

Aussi, deux écoles s'affrontent à ce sujet. La première considère que toute personne est titulaire d'un droit sur son image alors que la seconde soutient le contraire.

En effet, l'opinion dominante se prononce en faveur d'un droit à l'image propre à toute personne rendant illicite la photographie d'une personne dans un lieu public qui n'aurait pas donné son consentement. Cette position permet ainsi d'assurer à tout individu la maîtrise de son image où seul un droit à l'information du public pourrait remettre celle-ci en cause.

Néanmoins, cette maîtrise de l'image n'est pas aussi absolue étant donné que le droit à l'information n'a pas de frontières bien délimitées, le passage de l'une d'entre elles pour transformer une image à la base anodine en une image relevant du droit de l'information peut être parfois très subtile. Dès lors, l'imprévisibilité des solutions est de mise ce qui est fort regrettable au regard du principe de la sécurité juridique.

L'opinion dissidente quant à elle, prend le contre-pied de la position précédente en optant pour le raisonnement inverse. Considérant qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de la personne lorsqu'il s'agit de photographies prises dans un lieu public sauf irrespect de la dignité, il serait légitime de penser que toute personne est en mesure d'assumer pleinement le fait qu'elle se trouve dans un lieu public.

Les conséquences seraient hautement bénéfiques pour ce qui est de la sécurité juridique du fait de l'harmonisation des solutions mais également pour ce qui est de la liberté d'expression, laquelle profiterait d'un nouveau souffle.

A présent, reste à savoir si l'opportunité sera donnée à la Cour de cassation de nous éclairer sur ce point. Dans l'attente de cette clarification, la liberté d'expression et les droits de la personnalité devront jouer au jeu de la chaise musicale en prenant garde à ne pas être le dernier...

Ingrid GIRY

**Master 2 Droit des affaires européennes et internationales**

## DU DROIT ET DE LA PRATIQUE DES TRANSACTIONS : UN MAUVAIS ARRANGEMENT VAUT-IL MIEUX QU'UN BON PROCES ?



par  
Nicolas  
SOUBEYRAND,  
Avocat au Barreau de  
LYON

L'univers ténébreux du contentieux est effrayant, décourageant, porteur d'une bonne dose de stress dont le justiciable ne veut pas s'encombrer. La lenteur, les aléas de la justice alliés aux risques financiers incompressibles d'une procédure judiciaire font que l'on n'ose parfois plus se battre pour le respect de ses droits.

Pour éviter le procès, il existe une pratique bien connue des avocats : la transaction. Les mérites d'une bonne transaction sont nombreux pourvu que l'on entre dans le domaine qui lui est réservé par la législation.

### I. Domaine et conditions de la transaction :

La transaction se définit comme un accord de volonté ayant pour but de mettre fin à un litige, qu'il soit né ou à naître.

C'est un contrat régi par le Code civil, dont notamment les articles

2044 et suivants qui prévoient et encadrent cette convention très spéciale.

Comme tout contrat, une transaction ne peut être conclue que par accord de volonté entre personnes capables et sur un objet licite. La cause de ce contrat réside dans la nécessité de "concessions réciproques" faites par les parties.

L'exigence de "concessions réciproques", d'origine jurisprudentielle, ne signifie aucunement que chacune des parties en litige doit renoncer de manière équivalente à une partie de ses droits. Cela signifie simplement que chacune des parties doit consentir un effort.

Cette exigence est appréciée de façon très souple par le juge judiciaire, qui peut se contenter de constater qu'une partie a renoncé à son action judiciaire.

En revanche, le juge administratif est beaucoup plus regardant car une transaction signée entre une personne publique et un justiciable ne doit pas accorder à ce dernier un avantage indu par application du principe d'égalité devant les charges publiques.

La transaction est souvent utilisée en matière contractuelle civile ou commerciale où elle trouve son terrain de prédilection. En effet, on ne peut transiger que sur les "droits dont on a la libre disposition", par opposition aux droits intangibles ou d'ordre public.

On ne peut transiger dans tous les domaines :

- **En matière pénale** : peut-on envisager de négocier sa peine ? Assurément non sauf que la nouvelle procédure issue de la loi dite PERBEN II, instaurant le "plaider coupable" (ou Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité) ressemble fort à une transaction avec le Parquet. La médiation pénale ou l'application des peines en sont d'autres illustrations.
- **En matière familiale** : le divorce par consentement mutuel est une sorte de transaction. Une pension alimentaire peut être librement consentie, à condition qu'elle demeure révisable. La filiation reste quant à elle un terrain préservé de toute négociation.
- **En matière de droit du travail** : c'est un domaine très apprécié de l'accord transactionnel. Cependant, un tel accord ne peut avoir pour objet de régulariser une faute de procédure.
- **En matière fiscale ou administrative** : la transaction dans ce domaine est en pleine expansion. Si l'article 2045 alinéa 3 du Code civil requiert pour une commune ou un établissement public "l'autorisation expresse du Roi" pour transiger (cet article n'est heureusement plus applicable, bien que toujours en vigueur), la transaction tend à être encouragée notamment après un Avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 qui instaure un véritable mode d'emploi de la transaction avec les personnes publiques.
- **En matière douanière** : voilà un terrain bien particulier où l'administration douanière a le pouvoir d'arrêter les poursuites pénales contre l'avis du Procureur de la République en cas d'accord avec la personne poursuivie.

La recherche de l'accord est manifestement encouragée dans tous les domaines du droit. Dans les plus sensibles, comme le droit pénal, le droit de la famille ou le droit administratif, ces accords doivent être homologués par la juridiction compétente. Cette

formalité supplémentaire est un gage de sécurité pour les parties au litige qui se satisferont au final bien mieux d'un accord transactionnel que d'une décision judiciaire longue à obtenir, coûteuse et ... aléatoire.

## II. Les mérites d'une bonne transaction :

Face à l'administration judiciaire, avec toutes ses contraintes, toutes ces incertitudes et toutes ses insatisfactions, se développent nombreux modes alternatifs de règlement des conflits ("MARC").

La transaction en est un. L'objectif de ces "MARC" réside principalement dans :

- la rapidité,
- la maîtrise et la compréhension de la procédure,
- une meilleure acceptation de la décision,
- l'anéantissement de l'aléa.

Souvent la transaction n'est possible et n'a d'intérêt qu'en tout début de conflit. Les parties en conflit sont d'un point de vue strictement psychologique plus en mesure de trouver un accord avant de saisir un juge. L'intervention des avocats ne doit pas être négligée car grâce à leurs règles déontologiques, toutes négociations resteront impérativement confidentielles : Les échanges verbaux ou écrits entre avocats ne peuvent être soumis au juge si la transaction a échoué.

La transaction est issue d'une simple négociation, qu'elle ait lieu en présence ou en absence d'avocat. Elle peut consister en un accord écrit et signé par chacune des parties ou d'un simple échange de lettres officielles d'avocat.

Chaque partie est libre de renoncer à la proportion de droit qu'il souhaite et de signer ou non cet accord. Quand une décision de justice tranche un litige, une partie sort forcément perdante, si ce n'est les deux dans certaines hypothèses.

L'aléa est anéanti dans la mesure où l'accord vaut non seulement contrat, mais encore décision judiciaire irrévocable. Elle a l'autorité de chose jugée entre les parties en dernier ressort. Des peines en cas d'absence ou de mauvaise exécution peuvent être prévues. Seules des hypothèses limitativement énumérées dans le Code civil peuvent justifier l'annulation de la transaction : erreur sur la personne ou sur l'objet, dol ou violence, fausses pièces...

La transaction présente ainsi les gages de sécurité, de rapidité et d'efficacité que l'on attend de la justice. Or, la justice, si parfaite serait-elle ne pourra jamais atteindre un tel degré de satisfaction. Par conséquent, on peut tout à fait considérer avec Balzac (*in Illusions perdues*) que "*mauvais arrangement mieux vaut que bon procès*".

C'est notre conviction, et notre pratique quotidienne.

La méthodologie d'un processus de transaction est importante. Il faut pour l'avocat :

- convaincre son client de son intérêt à éviter le procès ;
- connaître son dossier et en avoir audité les risques ;
- garder, d'accord avec le client, une liberté de manœuvre ;

- établir a priori avec lui, avant d'engager la tentative, un accord sur le but à atteindre et ... chercher à faire mieux encore ;
- rédiger un protocole d'accord transactionnel sécurisé avec qui aura une force égale à celle d'un jugement, et sur laquelle on ne pourra pas revenir ;
- trouver les bons arguments pour convaincre l'autre partie ;
- utiliser parfois la menace ou l'introduction d'une procédure de façon à créer un rapport de force favorable, pour transiger ensuite.

Le professionnel du droit fait ici un métier bien spécifique : juriste, il doit être psychologue, car transiger n'est pas plaider. Il y faut du doigté et le sens de l'autre. On ne peut ni humilier ni dégrader, mais trouver, comme le juge de paix d'autrefois, l'accord équilibré entre les deux parties.

Encore faut-il que les deux (ou plus) intervenants en conflit aient, même enfouie, la volonté de trouver un accord.

## L'ALLEGEMENT DU CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES DES COLLECTIVITES LOCALES



par  
Aurélie DIAT

*La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales s'inscrit dans la continuité de l'Acte II de la décentralisation, dont le démarrage fut engagé par la loi constitutionnelle du 28*

mars 2003.

Face à l'ampleur prise par la décentralisation et à l'augmentation du nombre des actes pris par les collectivités locales dans le cadre de leurs compétences nouvellement attribuées, la loi du 13 août 2004 allège le travail des services en charges du contrôle de légalité de ces actes. Cette nouveauté législative intervient en réponse à une forte demande, en ce sens, de ces services.

Les actes désormais non obligatoirement soumis au contrôle de légalité sont les suivants :

- les décisions des maires ou présidents des conseils généraux en matière de police de la circulation et de stationnement ;
- les certificats de conformité, en matière d'urbanisme.
- En ce qui concerne la fonction publique territoriale, deux catégories d'actes sont également, depuis cette loi, exempts d'un contrôle de légalité obligatoire :
  - les décisions individuelles concernant les avancements d'échelon, les sanctions disciplinaires des trois premiers groupes;
  - les recrutements sur des emplois contractuels répondant à un besoin saisonnier ou occasionnel.

Ces actes s'ajoutent donc à la liste de ceux déjà non soumis obligatoirement au contrôle de légalité.

Cet allègement dans le cadre de l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités locales ne constitue pas l'unique réforme en vue d'aider les services concernés dans leur travail.

D'autres initiatives ont été prises, notamment la création, en juin 2002, d'un pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité, ainsi qu'au contrôle budgétaire, sur décision de la Direction générale des collectivités locales. Ce pôle a notamment pour mission d'apporter une assistance juridique dans divers domaines tels que la commande publique, l'intercommunalité et les structures territoriales, les budgets locaux et les finances locales, ...

Les préfetures sont également aidées d'une structure d'assistance et d'expertise juridique de plus grande proximité afin de faciliter l'exercice du contrôle dans les meilleurs délais.

Enfin, le ministère de l'Intérieur a développé, depuis le premier semestre 2001, une expérimentation relative à la télétransmission sous forme numérique des actes des collectivités locales soumis au contrôle de légalité du préfet, sur quelques sites pilotes, dont un dans le Rhône.

Un second outil informatique, le "greffe électronique" avec des grilles d'analyse a été créé en vue de faciliter le suivi des accusés réception des actes, des lettres d'observation et des délais, des procédures de recours, et fournit un support statistique pour l'évaluation du contrôle de légalité.

Cet important effort en vue d'un allègement du contrôle des actes des collectivités locales est donc double :

- l'un, consistant en la mise en place d'aides aux collectivités, qui permet d'assurer un contrôle toujours aussi dense de leurs actes ;
- l'autre, issu de la loi du 13 août 2004, beaucoup plus économique et qui s'inscrit parfaitement dans un cadre de décentralisation poussée, où les charges des collectivités locales sont en cours d'augmentation et dans lequel l'Etat ne peut plus se permettre d'apporter une aide financière considérable aux collectivités locales (en raison, d'une part, du principe même de la décentralisation qui pousse les collectivités locales à assurer elles-mêmes leurs nouvelles charges à partir, certes, de ressources équivalentes octroyées par l'Etat, et en raison, d'autre part, de ses propres problèmes de finances).

Il est légitime de se poser des questions sur les conséquences d'une décentralisation aussi poussée qui oblige, finalement, les collectivités locales à prendre des actes de plus en plus nombreux, collectivités aujourd'hui dépassées et surchargés face à l'augmentation de leurs compétences. Plus de charges, plus d'actes, mais moins de contrôle... est-ce vraiment la finalité de la décentralisation ? Il ne semble pas que cela ait été évoqué dans quelque texte ou par quelque personnalité.

Source :

La Gazette des communes - "Rapport sur le contrôle des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux" - Cahier détaché - 14 février 2005

# LE COTON A L'OMC : LA GUERRE DES TROIS AURA BIEN LIEU



par Ludovic  
LORENZO,  
Docteur en droit

Les conflits commerciaux entre Etats peuvent désormais se régler par le recours à un procédé tout à fait remarquable : le Système de règlement des différends (SRD) de l'Organisation mondiale du

commerce (OMC).

En matière de relations internationales, le SRD peut être considéré comme révolutionnaire : action d'un véritable juge international qui tranche le litige selon le droit, quasi universalité avec presque 150 Etats justiciables potentiels, attraction obligatoire du justiciable devant la juridiction, mécanisme d'exécution juridictionnalisé et mesures de rétorsion.

Ces quelques caractéristiques semblent "naturelles" pour tout individu justiciable devant ses juridictions nationales. Elles le sont beaucoup moins sur la scène internationale fondée sur la principe de souveraineté nationale. En effet, le droit international public est basé sur l'interétatisme : le sujet de droit - l'Etat - crée le droit, ne s'y soumet que de sa propre volonté et n'est pas contraint par l'autorité d'une entité supranationale (1). Les conséquences habituelles en matière juridictionnelle sont la primauté de la négociation sur le droit comme mode de résolution des conflits, le refus d'être traduit devant un juge et l'inexistence de mesures de rétorsions encadrées et systématisées.

L'originalité et l'efficacité du SRD de l'OMC sont facilement explicables. Quel que soit leur niveau de développement, les Etats ont le plus grand intérêt à participer à la régulation multilatérale du commerce international - donc à l'OMC qui en est le cadre et l'enceinte - dans la mesure où l'internationalisation des échanges est devenue incontournable. En adhérant à l'OMC, ces Etats acceptent l'intégralité des instruments juridiques du droit de l'OMC, dont le Mémoire d'organisation du SRD. Plus clairement, les Etats ont parfaitement compris qu'ils avaient meilleur intérêt à faire partie de l'OMC qu'à s'en exclure, et que l'importance de cet intérêt justifiait leur soumission à un système juridictionnel contraignant, système dont ils peuvent aussi être les bénéficiaires parfois (2).

Pour autant, cette évolution extraordinaire en matière de résolution des conflits interétatiques n'entraîne pas, loin s'en faut, la fin des injustices dans les relations commerciales internationales. L'actualité de l'OMC nous a malheureusement fourni une nouvelle illustration éloquente de la persistance des problèmes que rencontrent les pays moins favorisés.

Il s'agit du cas du coton, principale pierre d'achoppement des relations commerciales Nord/Sud, et pour cause : des millions de familles d'Afrique de l'ouest vivent de la production du coton, et

en vivent mal. La raison majeure souvent invoquée tient aux difficultés d'exportation dues aux mesures de protection mises en place par les pays du Nord - Etats-Unis en tête - au bénéfice de leurs producteurs nationaux. Ce différend commercial est l'une des principales sources de conflit entre pays du Nord et pays du Sud car, en plus d'être symptomatique du déséquilibre institutionnalisé des échanges commerciaux Nord/Sud, il est un facteur essentiel de sous-développement de millions d'individus.

Ce différend a récemment fait l'objet d'une procédure devant le juge de l'OMC. L'analyse de cette actualité peut être l'occasion de faire le point sur cette guerre du coton et, par là même, sur les conflits commerciaux internationaux et leur juste règlement. Cette guerre est étonnante car tripartite : le Brésil, pays émergent, pourrait bien gagner la guerre du coton contre le Nord qu'il vient de battre (I) et le Sud qu'il pourrait vaincre (II).

## I. Le Nord perd

Le juge de l'OMC, par sa décision, fait avancer la résolution du problème du coton (a) et montre par là son importance (b).

### a. Un protectionnisme condamné

Le différend en question oppose le Brésil aux Etats-Unis. Le Brésil reproche en effet aux Etats-Unis différentes subventions, dons et aides destinés à leurs producteurs, utilisateurs et exportateurs de coton upland. Il considère que ces mesures sont incompatibles avec les obligations résultant pour les Etats-Unis des dispositions de différents accords OMC : l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (Accord SMC), l'Accord sur l'agriculture et l'Accord GATT de 1994. Selon le Brésil, ces mesures causent un préjudice grave au Brésil en ce qu'elles dépriment les prix, empêchent des hausses de prix, détournent des marchés de pays tiers la production brésilienne, entravent ces exportations, provoquent un accroissement de la part de marché mondial détenue par le coton américain ainsi qu'une surproduction de coton à coût élevé (3).

Le Brésil a donc enclenché le 27 septembre 2002 le SRD par une première phase pré-juridictionnelle de négociations (les consultations) en vue de parvenir à un règlement amiable du différend (4). Elle s'est soldée par un échec conduisant le Brésil à demander la résolution du différend par le juge de premier degré (groupe spécial -ou panel - de l'OMC, constitué pour l'occasion) le 6 février 2003. Le Groupe spécial, constitué le 19 mai 2003 a rendu sa décision le 8 septembre 2004, dans laquelle il donne raison au Brésil sur la non-conformité au droit de l'OMC d'un nombre significatif de mesures américaines (5). Mécontents de cette décision, les Etats-Unis saisissent alors l'Organe d'appel (en réalité juge de cassation sans renvoi) le 18 octobre 2004 qui confirme pour l'essentiel la décision du groupe spécial le 3 mars 2005 (6).

### b. La montée en puissance du juge

Cette victoire du Brésil est importante à deux titres. En premier lieu, elle est d'abord symbolique et symptomatique : elle est celle des pays du Sud contre l'un des systèmes d'obstacles au commerce mis en place par les pays du Nord afin de protéger leur

(1) Cette entité supranationale est en réalité inexistante, toute sanction appliquée par la communauté internationale à l'encontre d'un Etat étant en fait une sorte de "loi du plus fort".

(2) La question peut se poser d'une transposition de ce schéma à d'autres branches du droit international public, et tout d'abord dans la branche première de ce droit : le maintien de la paix. Cependant, il semble difficile aux Etats de considérer la paix comme tellement inéluctable et incontournable qu'elle justifierait une Cour internationale de justice (CIJ) à la juridiction obligatoire et au système de contrainte dissuasif !

(3) Voir pour détails le document OMC sous la cote WT/DS267/1.

(4) Voir pour détails Note précédente.

(5) Voir le Rapport du Groupe spécial, document OMC WT/DS267/R.

(6) Voir le Rapport de l'Organe d'appel, document OMC WT/DS267/AB/R.

production et leur économie nationales. En second lieu, elle est cruciale dans la mesure où elle rejait sur de nombreux pays pour lesquels la production du coton est d'un intérêt vital, en premier lieu les pays africains tels que le Mali, le Bénin, le Tchad, le Sénégal, etc.

Il faut croire que la question du coton connaîtra prochainement de nouveaux développements au sein des négociations commerciales qui ont lieu dans l'enceinte de l'OMC. En effet, le problème du coton suit un traitement spécifique depuis peu. Il a été sorti des négociations générales sur l'agriculture pour faire l'objet d'une attention particulière par le Sous-comité du coton créé fin 2004 (7). Sans doute les représentants des pays moins favorisés concernés par la production nationale de coton utiliseront-ils cette jurisprudence comme argument de poids dans leurs négociations au sein de ce Sous-comité. La décision du juge de l'OMC pourrait bien influencer notablement sur les négociations relatives au coton.

Plus généralement, et cette affaire le montre bien, la jurisprudence de l'OMC doit être suivie avec la plus grande attention. Les négociations commerciales interétatiques dans l'enceinte de l'OMC sont souvent ralenties ou bloquées. Les conférences ministérielles se soldent par des échecs quasi totaux (Seattle, Cancun) et il n'est pas certain que la prochaine prévue à la fin de l'année (Hong Kong) soit le siège d'avancées considérables. Aussi le droit de l'OMC ne peut-il se développer de manière significative par la création de normes écrites. La régulation du commerce international opérée par l'OMC est stagnante si l'on considère le seul droit écrit.

En revanche, le bon fonctionnement du SRD et la croissance exponentielle des différends qui lui sont soumis font du juge de l'OMC le seul véritable créateur actuel du droit de l'OMC. L'évolution des normes en matière de commerce international est actuellement le fait de la jurisprudence de l'OMC. La veille juridique du droit du commerce international ne peut donc faire l'économie de l'analyse attentive des décisions juridictionnelles du SRD. Bien plus, les acteurs et observateurs du commerce international, qu'ils soient publics ou privés, doivent se concentrer sur la source jurisprudentielle du droit de l'OMC. Et cet investissement n'est pas à court terme car les blocages diplomatiques sont tenaces et laissent la part belle à un juge à l'activité grandissante.

A cet égard, il faut noter le mécontentement important de nombreux Etats membres de l'OMC. En effet, ceux-ci voient d'un mauvais œil la montée en puissance de la jurisprudence qui interprète et, en définitive, modifie parfois le droit écrit. Ces Etats reprochent au juge de modifier ce qui a été négocié, voire de créer un droit non négocié. Il est cependant difficile d'empêcher le juge d'assumer son rôle principal qui est celui de l'interprétation. Le fonctionnement institutionnel permet d'ailleurs d'éviter cet écueil en donnant au créateur de la norme écrite les moyens de soumettre le juge, puisque celui-ci n'a pour fonction que dire le droit. Dans le cas de l'OMC, le mécontentement des Etats a donc moins à voir avec le comportement du juge qu'avec le mécanisme de prise de décision dont la lourdeur freine considérablement la création du droit écrit.

Certes, le droit de l'OMC avance -n'avance que ? - par la jurisprudence du SRD. De ce fait, l'espoir des pays du Sud de voir se régler le problème du coton peut passer par la voie juridictionnelle. Non seulement le différend peut être effectivement tranché, mais aussi les négociations en cours dans l'enceinte de l'OMC peuvent en être changées. Les pays moins favorisés auront tout intérêt à s'appuyer sur la décision du juge pour soutenir leur argumentaire en faveur d'une diminution significative du protectionnisme opéré par les pays du Nord.

Pour autant, le recours au juge dans les rapports commerciaux internationaux ne peut constituer l'outil idéal de résolution du cas coton (8).

## II. Le Sud perdra

Il n'est pas certain que le différend "*Coton Upland*" bouleverse de manière significative et définitive les équilibres existants défavorables aux pays les plus faibles. En effet, aux contraintes internes au SRD (a) viennent s'ajouter des contraintes externes (b).

### a. Les limites du SRD

Mis en place depuis dix ans, le SRD suscite à la fois espoir et frustrations. Il reste d'une efficacité toute relative, en particulier pour les pays du Sud. Les facteurs fonctionnels et politiques se mêlent pour donner au mécanisme juridictionnel une efficacité limitée.

Tout d'abord, la procédure devant le SRD est coûteuse. Les différends commerciaux et les procédures de règlement sont très complexes. En outre, les sommes en jeu sont considérables puisque le différend concerne souvent un secteur commercial sensible et important. Les Etats n'ont pas les ressources techniques internes et doivent recourir à des cabinets d'avocats spécialisés. Le plus souvent, c'est le secteur privé directement concerné par le différend qui finance le défenseur. Certes, certaines institutions proposent une aide technique pour des sommes modiques ; encore faut-il que la mobilisation interne de ces sommes par les mécanismes budgétaires nationaux soit assez rapide. Par conséquent, sur l'aspect financier, les difficultés des pays en développement sont évidentes.

Ensuite, la procédure devant le SRD nécessite une grande rapidité de réaction. Pour garantir l'attraction obligatoire, le bon déroulement de la procédure de règlement et l'efficacité du SRD, des délais assez courts sont prévus pour les différentes étapes de la procédure. Les Etats doivent donc être très réactifs pour se constituer partie ou tierce partie, ce qui n'est pas sans difficulté pour certains pays ne bénéficiant pas des ressources humaines et matérielles suffisantes et permanentes.

Par ailleurs, la condamnation juridictionnelle des mesures américaines en faveur des producteurs nationaux de coton ne suffit pas. Encore faut-il que la décision de l'Organe d'appel soit

(8) On pourrait se réjouir de la relativisation du pouvoir du juge mais ces limitations ne sont pas saines. Leurs causes fonctionnelles ont pour origine les dysfonctionnements du SRD. Leurs causes politiques ne sont pas "nobles" mais révèlent l'impuissance : contrairement aux attentes légitimes produites par la création de tout système politique, le pouvoir politique n'est pas capable de réguler la création du droit, puisqu'il ne peut pas créer par la négociation internationale un droit écrit susceptible, le cas échéant, d'entériner ou de contrer une jurisprudence. Les blocages politiques sont en réalité des distorsions causées par les caractéristiques propres des relations internationales contemporaines. Les développements suivants expliciteront cette mauvaise relativisation du pouvoir du juge de l'OMC.

(7) Pour détails, se reporter à la page web : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/agric\\_f/cotton\\_subcommittee\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/agric_f/cotton_subcommittee_f.htm).

exécutée. Un délai raisonnable d'exécution doit être fixé, la bonne exécution pourra faire l'objet d'un examen par le juge de l'exécution, des mesures de rétorsion commerciale pourront être décidées et appliquées le cas échéant. Le SRD a pour particularité remarquable d'organiser le contentieux juridictionnel de l'exécution, ce qui implique pour l'affaire coton une poursuite de la procédure de règlement du différend. Si la décision de l'Organe d'appel a bien l'autorité de chose jugée et la force exécutoire, la violation des accords OMC ne cessera qu'après exécution effective. Il faut donc maintenant suivre avec attention l'évolution de l'affaire sur le terrain de l'exécution. Et l'étude du fonctionnement du SRD montre que les batailles juridictionnelles se déplacent souvent sur le terrain de l'exécution. Les procédures d'exécution de l'affaire coton doivent donc être suivies avec la plus grande acuité. A cet égard, il faut noter que les Etats-Unis devraient proposer un programme d'exécution de la décision début juillet 2005.

De même, la phase d'exécution des décisions du SRD reste problématique. Les mécanismes de sanction en cas de non-application des décisions sont des mesures de rétorsions commerciales appliquées par la victime à l'encontre du défendeur. Or, un pays faible aura beaucoup de mal à sanctionner efficacement un pays plus fort. En effet, il n'est pas certain que la sanction commerciale puisse être assez forte pour être véritablement contraignante, même s'il existe des rétorsions croisées. De plus, la sanction portera atteinte au secteur commercial national de la victime puisqu'elle entraînera une baisse des exportations ou des importations pourtant nécessaires au bon fonctionnement du secteur considéré. En clair, l'Etat faible voulant sanctionner "se tire une balle dans le pied".

Enfin, et surtout, de nombreux blocages politiques empêchent certains Etats de recourir au SRD. Il peut paraître étonnant, à première vue, que certains des pays très concernés par le problème du coton n'aient pas enclenché à l'encontre des Etats-Unis une procédure similaire à celle initiée par le Brésil ou, au moins, ne se soient pas constitués tierce partie pour soutenir le demandeur et exprimer leurs positions. Les Etats impliqués aux côtés du Brésil l'étaient au titre de tierces parties : Argentine, Australie, Bénin, Canada, Chine, Communautés européennes, Inde, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Paraguay, Tchad, Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, Venezuela. On aurait pu imaginer que, en sus du Bénin et du Tchad, d'autres pays africains gros producteurs de coton s'associent à cette plainte (Mali, Sénégal, etc.). Cependant, les pays en développement sont très souvent bénéficiaires de régimes préférentiels et aides importantes, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas, du point de vue politique, créer un conflit ouvert et traîner devant le juge l'Etat qui lui procure par ailleurs ces soutiens. En réalité, l'aide internationale à destination des pays moins favorisés a pour conséquence de leur ôter une grande partie de leur poids politique et de leur liberté d'action. Ces Etats applaudiront, en toute confidentialité, l'initiative brésilienne qu'ils ne peuvent prendre eux-mêmes.

#### b. La sur cote du coton

Le problème du coton apparaît comme fondamental au sein des relations commerciales internationales. La raison principale de cette importance est la lutte contre la pauvreté en Afrique Subsaharienne. Aussi les acteurs du commerce et du

développement se sont-ils investis de manière très forte dans ce problème, par l'analyse économique et juridique, par le lobbying, par la concertation, par la médiatisation, ou encore par l'assistance technique : autorités gouvernementales, ONG, organisations internationales, centres de recherche et instituts, etc.

Ce constat entraîne un autre. Le problème du coton peine à se solutionner. La conclusion qui en découle est un questionnement sur l'efficacité d'une aide internationale volumineuse et protéiforme, mais aussi disparate et désordonnée. Plus largement, ce constat mobilise notre esprit critique et induit une position de recul par rapport au cas d'espèce.

Il n'est pas certain que la lutte contre le protectionnisme des pays développés soit la solution idéale pour les pays en développement. Raisonner en conflit Nord/Sud est une démarche simpliste et dépassée. En effet, l'existence de pays émergents vient troubler le dualisme si commode qui consiste à opposer deux blocs. La libéralisation du commerce du coton ne profitera pas forcément aux pays africains. La motivation du Brésil pour initier le différend n'est certainement pas la solidarité avec les pays moins favorisés qui seraient politiquement liés par l'aide internationale et le système des préférences dont ils bénéficient. Les pays émergents (Brésil, Inde, ...) ont certainement un intérêt économique majeur dans leur propre positionnement sur le marché du coton. Il n'est pas sûr que l'Afrique puisse rivaliser sur le marché international avec ces pays.

En outre, d'autres obstacles peuvent entraver le développement africain par le coton. Ils tiennent à la qualité du produit, aux normes techniques, au savoir-faire, aux moyens de transport et autres infrastructures, ou encore à la productivité. Il ne faudrait pas que les efforts se concentrent sur les subventions. A n'en pas douter, celles-ci sont un frein, mais elles ne sont pas le seul frein.

Le Brésil a gagné contre le Nord et part favori contre le Sud. L'intérêt à porter aux pays émergents est confirmé.

## ESPAGNE : L'ESPAGNE APPROUVE LE MARIAGE HOMOSEXUEL ET AUTORISE L'ADOPTION PAR LES COUPLES EN RESULTANT



par Maria RUANO -  
PHILIPPEAU,  
Avocate aux  
Barreaux de LYON et  
MADRID

Le 21 avril 2005 le Congrès des Députés espagnol avait approuvé un projet de loi émanant du Gouvernement de gauche présidé par M. ZAPATERO et au sens duquel le mariage gay et l'adoption

par des couples homosexuels pourrait bientôt devenir une réalité en Espagne.

Au cours de ce mois de juin 2005, le projet de loi approuvé par le Congrès des Députés espagnol a été soumis à débat et à votation au sein du Sénat, qui s'est prononcé contre le texte.

C'est donc faisant fi de l'avis des sénateurs que les députés espagnols ont donné, le 30 juin dernier, sa validation définitive au projet.

C'est ainsi que le mariage gay et l'adoption d'enfants par des couples homosexuels ont été approuvés avec 187 voix pour, 147 voix contre (la droite espagnole : Partido Popular et les nationalistes catalans de Unió de Centro Democrática) et 4 abstentions.

L'Espagne devient ainsi le 4ème pays à légaliser le mariage homosexuel, après les Pays Bas, la Belgique et le Canada.

Malgré cette approbation, le sort de la réforme n'est pas entièrement acquis.

En effet, le Partido Popular espagnol envisage de présenter un recours devant le Conseil Constitutionnel espagnol ("*Tribunal Constitucional*") lequel pourrait y opposer son veto, la déclarant contraire à la Constitution espagnole de 1978.

La réforme risque en outre de se heurter, en pratique, à des obstacles importants, tels que l'intention d'ores et déjà affiché par un bon nombre de Juges et de Maires de faire valoir leur droit à invoquer leur opposition au mariage gay par le biais de l'objection de conscience.

Du point de vue juridique, l'adoption définitive du projet de loi implique la modification du Code civil espagnol.

Cette modification passera par la refonte, entre autres, de l'actuel article 44 dudit Code, qui intégrerait un nouvel alinéa rédigé comme suit :

"Le mariage devra respecter les mêmes conditions et produira les mêmes effets lorsque les conjoints appartiendront au même sexe".

Mêmes conditions (âge, capacité intellectuelle, état civil, etc. ...), mais aussi et logiquement puisque c'est bien d'un mariage qu'il s'agit, mêmes droits.

C'est justement par cette dernière voie que l'on arrive à l'adoption.

Les nouveaux conjoints de même sexe pourront désormais adopter à la seule condition de se plier aux mêmes règles et procédures que les couples hétérosexuels.

Bien entendu, la procédure d'adoption en Espagne présente les mêmes exigences (souvent jugées draconiennes par les adoptants) et offre les mêmes garanties que celles posées par les conventions internationales en la matière.

C'est là que le bât blesse, n'en déplaise aux auteurs de la réforme qui indiquent, dans leur exposé de motifs, que "*la vie commune en tant que couple entre des personnes du même sexe, fondé sur l'affection, fait l'objet d'une reconnaissance et d'une acceptation croissantes*".

Pourtant rien n'est moins sûr et lorsqu'il s'agit d'envisager l'adoption par un couple homosexuel le débat fait rage aussi bien en Espagne que dans le reste du monde.

Affaire à suivre.

## ITALIE : L'ITALIE SE DOTE D'UNE NOUVELLE DEFINITION DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Le 18 avril 2005, le Ministère italien "pour les activités productives" ("*MAP*" : *Ministero delle Attività Produttive*) a adopté un nouveau décret portant adaptation du droit italien aux critères communautaires de définition des notions de "petites et moyennes entreprises" (Recommandation de la Commission 2003/367/Ce du 6 mai 2003).

L'adoption de ces nouvelles définitions constituera notamment l'un des critères essentiels pour la concession d'aides à la production.

Source : <http://www.gazzettaufficiale.it>

**Maria RUANO-PHILIPPEAU,**  
Avocate aux Barreaux de MADRID et LYON

## DROIT DE REPONSE

Ensuite de l'éditorial de la Lettre d'actualités n°08, certains de nos lecteurs ont souhaité un droit de réponse.

La parole leur a ainsi été donnée sur notre site aux adresses suivantes :

- pour **Alain MALEGARIE** :

[http://www.gourion.com/newsletter/NEWSLetter09-Droit\\_de\\_reponse\\_FR.html](http://www.gourion.com/newsletter/NEWSLetter09-Droit_de_reponse_FR.html)

- pour **Benoît Henry d'AULNOIS** :

[http://www.gourion.com/newsletter/NEWSLetter09-Droit\\_de\\_reponse\\_FR.html](http://www.gourion.com/newsletter/NEWSLetter09-Droit_de_reponse_FR.html)

ou

[www.gourion.com](http://www.gourion.com)  
> Les Lettres de BGV LYON  
> N°09 - Juillet 2005  
> Droit de réponse

**BGV LAW**  
Cabinet GOURION & Partenaires

Directeur de la publication  
**Pierre Alain GOURION**  
Directrice de la rédaction  
**Maria RUANO-PHILIPPEAU**