

De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des amici curiae

Catherine Kessedjian *

A. Introduction

Le règlement des différends a profondément changé dans les dernières décennies du XX^{ème} siècle, au moins dans les pays de tradition romano germanique, et les changements perdurent et perdureront tant que le juge¹ gardera la place centrale qui est désormais la sienne dans la définition des règles qui régissent les activités humaines au sein d'une société donnée.² Cette place centrale du juge est due à de nombreux phénomènes convergents que l'on nous pardonnera d'énumérer comme des données acquises alors même que chacun d'entre eux mériterait d'être discuté et démontré.

L'Etat législateur³ perd son rôle de définition de l'intérêt général pour s'intéresser de plus en plus à quelques intérêts particuliers – la multiplication de lois tatillonnettes qui s'enchaînent très rapidement, en se contredisant éventuellement, n'étant que le symbole visible d'un mal plus profond.⁴

* Professeur, Université Panthéon-Assas, Paris II.

Un grand nombre des informations de droit comparé contenues dans cette communication ont été réunies par Séverine Menétrey qui prépare une thèse de doctorat sur le sujet "L'amicus curiae, vers un principe de droit procédural transnational" et que nous tenons à remercier ici. Toute erreur ou approximation nous sont imputables à nous seule.

¹ Nous utilisons le terme "juge" au sens générique pour désigner tout tiers appelé à rendre la justice dans un litige qui lui est soumis, qu'il se prononce dans le cadre d'un système judiciaire national, du système international ou qu'il soit choisi par les parties comme dans l'arbitrage. Nous excluons cependant les mécanismes de règlement des différends qui ne sont pas juridictionnels par nature, comme la médiation, la conciliation ou tout autre mécanisme qui ne permet pas d'obtenir une décision extérieure aux parties et qui s'impose à elles.

² On peut critiquer cette place donnée au juge, notamment dans un système dans lequel le juge n'a aucune légitimité démocratique, voire s'en inquiéter. Toutefois, tant que le débat parlementaire n'aura pas retrouvé ses lettres de noblesse et la démocratie représentative un fonctionnement normal, la société demeurera contrainte de continuer à inventer d'autres formes de création normative qui pourraient se rapprocher d'une démocratie participative plus rêvée que praticable.

³ Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que les pays de *common law* n'ont jamais eu comme modèle démocratique "l'Etat législateur". Ce n'est que plus récemment, devant l'abondance des abus sur le marché, que, dans ces pays, l'Etat assume de plus en plus un rôle de législateur.

⁴ La dénonciation de l'inflation législative toujours renouvelée fait l'objet, au moins en langue française, d'une littérature aussi nombreuse que l'évolution dénoncée.

Dans le même temps, la chose politique est de plus en plus attaquée, la démocratie représentative étant décrédibilisée, ce qui participe de la critique de l'Etat en général au profit de pouvoirs innomés et multiformes souvent plus fantasmés que réels.

De la critique de l'Etat, et sous l'influence des théories, essentiellement anglaises et américaines, de la régulation,⁵ découle une évolution majeure de la conception de la gouvernance et, avec elle, de la création normative. On constate, ainsi, notamment, une contractualisation croissante du droit,⁶ grâce à la place de plus en plus grande accordée à l'autonomie de la volonté. Dans tous les domaines pour lesquels la norme de comportement est définie par les opérateurs, le législateur perd son rôle d'édition d'une norme régulatrice et préventive. La norme juridique prend alors de moins en moins la forme d'une norme imposée verticalement, essentiellement par l'Etat ou ses organes, mais celle d'une norme créée par les opérateurs eux-mêmes (auto-régulation), avec (co-régulation) ou sans cadre prédéterminé par l'Etat.⁷ Même quand la norme prend la forme d'un instrument typique de la création normative étatique, comme peut l'être la convention, le contenu n'en est pas moins déterminé de manière croissante par les opérateurs.⁸

Les contre-pouvoirs qui s'exerçaient au stade de la formation de la norme, ne peuvent plus s'exercer *ex ante*. Ils vont devoir s'exercer *ex post*. Ils le feront par le truchement du règlement des différends surgissant entre opérateurs privés, une fois l'activité accomplie et d'éventuels dommages subis à la fois par les parties au litige et par la société dans son ensemble, ou une partie d'entre elle. L'exemple de l'Organisation mondiale du Commerce est particulièrement topique. Constituées autour d'une seule idée, l'ouverture des marchés, les règles de l'OMC ont une influence majeure sur la vie quotidienne de millions de personnes. Quand un litige survient, les intérêts de ces personnes doivent pouvoir être entendus. C'est pourquoi, un grand nombre de requêtes en intervention ont été enregistrées venant de groupes divers issus de la société civile. Or, la pratique un peu chaotique développée par les panels et l'Organe d'appel, rend nécessaire une meilleure

⁵ Voir par exemple T. Prosser, *Law and the Regulators* (1997); L. MacGregor, T. Prosser & Ch. Villiers (Eds.), *Regulation and Markets Beyond 2000* (2000).

⁶ Voir notamment notre cours à l'Académie de La Haye de droit international, juillet 2002, "Codification du droit commercial international et droit international privé – De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales", RCADI, tome 300, 2004, *passim*.

⁷ Le droit européen de la concurrence est, à cet égard, topique. La réforme radicale intervenue au tournant du siècle a modifié, par exemple, le système des exemptions par un système d'exception légale. Dans le même temps, le contrôle de l'application du droit de la concurrence est décentralisé vers les Etats membres (Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, JO C101 of 27 Avril 2004, à 43.), si bien que la Commission voit son rôle transformé. Le Règlement 1/2003 (JOUE L 001 04.01.2003 à 1) prévoit désormais (Article 27-3) que la Commission peut entendre d'autres individus ou personnes morales que les parties en cause, si elle le juge nécessaire, à condition qu'elles possèdent un intérêt suffisant. Cette même demande peut également être formulée par les autorités nationales de la concurrence.

⁸ Voyez notamment le projet de Convention de La Haye de décembre 2002 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire et la Convention du Cap de novembre 2002 sur la garantie sur les biens d'équipement mobile.

définition a priori des règles applicables à ces interventions.⁹ C'est d'ailleurs pourquoi les Etats-Unis ont proposé que ce sujet soit discuté durant le cycle de négociation de Doha¹⁰ et que les européens se sont déclarés en faveur d'une telle discussion.

L'importance de cette institution est encore attestée, lors de la préparation du projet de constitution européenne, par la requête présentée par le Conseil des Barreaux européens (CCBE) intervenu devant la convention pour solliciter l'insertion d'une règle dans la future constitution de manière à permettre une plus large intervention devant la Cour et le Tribunal. Cette requête n'a pourtant pas eu de suite,¹¹ montrant ainsi, s'il en était encore besoin, combien un grand nombre de membres de la convention était déconnecté des réels besoins de la société civile européenne.

D'où l'importance de l'intervention de la société civile¹² au cours du règlement des différends se dénouant devant et grâce au juge. Certes, tout le monde n'est pas d'accord sur la définition que l'on doit donner à ce concept de 'société civile'. Par exemple, selon les textes que l'on consulte, les entreprises font partie de la société civile ou, au contraire, doivent en être exclues comme participant à une société marchande, aux côtés de la société civile.¹³ On peut aussi faire référence à la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement¹⁴ qui donne une définition très large du concept de 'public' puisque son article 2§4 prévoit: "[le public est constitué de] un ou plusieurs individus ou personnes morales ... leurs associations, organisations ou groupes."¹⁵

L'intervention des membres de la société civile en qualité d'amicus curiae constitue le moyen privilégié pour que les intérêts absents lors de la création normative, soient enfin entendus.¹⁶ L'intervention des groupements issus de

⁹ Les termes 'intervention' et 'intervenant' sont utilisés dans la présente communication dans un sens commun et non dans un sens technique de procédure civile. Nous n'ignorons pas, en effet, que l'amicus curiae, par exemple au Canada, n'est pas un 'intervenant' au sens technique du terme.

¹⁰ Doc. TN/DS/W86 du 21 avril 2006.

¹¹ www.europa.eu.int/futurum/forum_convention/documents/.

¹² Pour une étude du rôle de la société civile dans le cadre des relations internationales, voyez H. Gherari & S. Szurek (Eds.), *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international?* 349 (2003).

¹³ Sur ces différentes définitions, voir C. Kessedjian, *Codification du droit commercial international et droit international privé – De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, 300 RCADI 143 (2004). Voir aussi, T. Treves et al. (Eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies* (2005); D. Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organisations in International Proceedings*, 88 AJIL 616 (1994); R. Ranjeva, *Les Organisations Non-Gouvernementales et la Mise en Oeuvre du Droit International*, 270 RCADI 50 (1997); P. Dumberry, *The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investor-State Arbitration*, 2 Non-State Actors and International Law 201 (2002); B. Stern, *L'Entrée de la Société Civile dans l'Arbitrage entre Etat et Investisseur*, 2002 Rev. Arb. 329.

¹⁴ 25 juin 1998, C.N.132.2005 Traités-3.

¹⁵ En vertu de l'article 3§9, l'accès à la justice est ouvert à toutes ces personnes sans discrimination sur la base de la nationalité ou de la résidence ou, pour les personnes morales, du lieu où elles sont enregistrées ou du lieu où est situé leur centre d'activités.

¹⁶ D'autres méthodes peuvent aussi, partiellement tout au moins, servir le même but. On peut penser

la société civile constitue la recherche de l'équilibre entre les intérêts dont le procès est le siège. La présence des groupements rétablit une certaine égalité, au moins procédurale,¹⁷ entre les intérêts pour lesquels les juges doivent rechercher un équilibre, égalité qui aurait pu être rompue, par exemple, si l'individu restait opposé seul à des acteurs de grande taille ou à l'Etat. La présence d'un groupement manifeste une façon, procédurale cette fois, de dire le droit, en associant à la solution du litige l'ensemble des personnes que le dispositif de la décision à venir et ses motifs vont affecter.¹⁸ Toutefois, loin d'être limitée aux groupements, l'intervention en qualité d'*amicus curiae* est en réalité ouverte à toute personne sachante qui possède des informations utiles à la décision à intervenir.¹⁹ Nous retrouverons cette idée plus tard dans nos développements.

Les *amici curiae* sont des tiers²⁰ au litige en ce qu'ils n'assument ni le rôle de demandeur ni le rôle de défendeur. Ils interviennent, dans un procès, sans forcément avoir la qualité d'intervenant au sens procédural du terme.²¹ Le

à l'article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI qui permet d'ouvrir au public les audiences normalement confidentielles. Mais outre que cette présence doit être acceptée par toutes les parties en cause, elle ne permet pas une participation du public mais seulement une information de celui-ci. On peut également signaler que l'article 48 du Règlement d'arbitrage CIRDI permet au secrétariat de publier des extraits du raisonnement juridique des panels. Là encore, cette formule est utile pour l'information mais insuffisante pour les besoins énoncés ici.

¹⁷ Sur la notion d'égalité procédurale dans le contexte du droit de la concurrence, voir M. Blanchard, *L'égalité de traitement entre entreprises en droit communautaire de la concurrence* 563-606 (Thèse Paris II, dactylographiée, 2004). On peut aussi faire référence aux travaux du philosophe américain J. Rawls, particulièrement dans son ouvrage *A Theory of Justice* (1971).

¹⁸ O. de Schutter, *Sur l'émergence de la société civile dans le droit international: le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 7 EJIL/JEDI 372 (1996). Le type d'intérêt public en cause a été particulièrement bien exposé dans l'affaire jugée sous l'égide du CIRDI *Aguas Argentinas, SA et al. C. The Argentine Republic*, Ordonnance du 19 mai 2005.

¹⁹ Toutefois, toutes les interventions de personnes/entités sachantes ne relèvent pas du processus que nous avons en tête ici. Par exemple, il a été proposé en doctrine qu'une organisation intergouvernementale pourrait intervenir dans des procès devant les juges nationaux pour informer les juges sur l'interprétation la plus correcte des conventions adoptées sous son égide. (Voyez pour la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils d'enlèvement d'enfants, L. Silberman, *Interpreting the Hague Abduction Convention: In search of a Global Jurisprudence*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, paper 18, at 32 (2006)). En réalité, si quelqu'un doit intervenir dans les procédures nationales, ce n'est pas l'organisation elle-même mais son secrétariat. Dans ce cas, la question de la légitimité se pose de manière frontale. Par ailleurs, on peut se demander si la quête d'uniformité dans l'interprétation conventionnelle par les Etats parties est tellement importante qu'elle nécessite la mise en place d'un mécanisme tel que celui-ci.

²⁰ Les tiers sont des personnes ou entités qui ne sont pas les parties en litige. A cet égard l'expression anglaise '*third party*' est ambiguë mais doit effectivement être traduite par 'tiers' en français et non par le néologisme erroné 'non-parties' parfois employé par certains auteurs pour laisser supposer qu'il y aurait ainsi trois catégories de participants au procès: les parties, les tiers et les 'non-parties'. Toutefois, la catégorie des tiers au procès n'est pas uniforme. Elle comprend des personnes qui interviennent pour défendre un intérêt juridiquement protégé comme les cautions et autres garants, ou comme les sous-traitants ou co-traitants, dans le cadre d'un contrat complexe. En revanche, les *amici curiae* ne défendent pas forcément un intérêt juridiquement protégé. En cela ils sont des tiers particuliers.

²¹ Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, cela dépendra du droit de la procédure applicable au procès en cause.

Règlement d'arbitrage CIRDI les qualifie de 'partie non contestante'.²² En réalité, le vocabulaire n'est pas encore fixé et devra être imaginé pour décrire leur fonction avec exactitude. Le commentaire P-13B des Principes ALI/Unidroit²³ dit de l'amicus qu'il est un 'commentateur actif'.²⁴ Nouvelle preuve de l'inventivité juridique de nos Collègues américains puisque cette invention procédurale, à l'évidence, n'est pas une catégorie juridique établie.

Cela ne surprendra pas si nous notons que cette intervention de tiers dans les procès privés est largement connue des systèmes de *common law*.²⁵ Il n'est pas rare, en effet, que de nombreuses interventions aient lieu, par exemple devant la Cour suprême des Etats-Unis,²⁶ y compris dans des procès qui peuvent mettre en cause des intérêts internationaux très techniques et dont la matière est parfois ardue, telle la compétence judiciaire internationale. C'est ainsi que dans l'affaire *Asahi*²⁷ jugée en 1987, pas moins de quatre interventions ont été enregistrées dont l'une de l'*American Chamber of Commerce* et l'autre de la *California Manufacturers Association*. Par contraste, il n'est pas rare non plus de lire, sous les plumes les plus savantes, que l'institution est inconnue des pays de tradition

²² Article 37.2.

²³ Les principes de procédure civile transnationale ont d'abord été développés sous forme de règles par l'*American Law Institute*. Au cours de la préparation de ces textes, l'ALI a souhaité donner une aura plus internationale à son travail et s'est donc rapproché de l'Unidroit, organisation internationale gouvernementale. C'est pourquoi, le projet de règles a été transformé en principes, approuvés en 2004, en termes identiques par les deux organisations. Les règles, quant à elles, sont publiées comme une illustration de l'application des principes, proposée par les rapporteurs et non approuvées par les deux organisations. Tous ces documents sont désormais publiés: ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure* (2006).

²⁴ *Supra* note 23, à 80. Les mêmes termes sont utilisés dans le commentaire R-6A: "An amicus curiae does not become a party to the case but is merely an active commentator."

²⁵ C'est dans les pays de *common law* que le mécanisme de l'amicus curiae a été développé d'abord à l'époque moderne. Le point de savoir si cette institution prend sa source en droit romain n'est pas entièrement clair et importe peu pour nos développements. F. M. Covey, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, 9 De Paul Law Review 30 (1959). Après avoir lu la contribution de M. Humbert dans le livre *Assistance in Conflict Resolution – First part – Antiquity – à 47-60* (1996), il apparaît que même si l'expression '*amicus curiae*' était inconnue dans le système judiciaire romain, ce système était organisé de telle manière que la participation du public y était très importante et en formait la clef de voûte. Par ailleurs, la plupart des auteurs datent la première affaire ayant admis un amicus de 1821, *Green v. Biddle*, 21 US (8 Wheat) 1 (1823), cité par S. Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 Yale Law Journal 695 (1963). Toutefois, S. Banner date la première affaire en 1790 in *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends 1790-1890*, 20 Constitutional Commentary 122 (2003). Quant à Yves Laurin, l'auteur français qui s'est intéressé le premier à l'institution, il date la première décision du XVII^{ème} siècle et la situe en Grande Bretagne, sans toutefois en donner les références.

²⁶ Les statistiques sont très impressionnantes. De 1946 à 1995 le nombre de mémoires déposés par des amici est passé de 531 à 4907 et le pourcentage de cas dans lesquels des amici sont intervenus est passé de 23 to 85%. Dans le même temps, 34 affaires ont généré 20 mémoires ou plus, et une affaire a vu 78 mémoires déposés. Ces statistiques sont tirées de l'article de J. Kearney, *The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court*, 148 U. Penn. L. Rev. 743 (2000).

²⁷ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987). Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis devait se prononcer sur un aspect des règles de compétence internationale directe des juridictions américaines.

romano-germanique.²⁸ Ceci n'est pas entièrement vrai²⁹ même si l'institution y revêt des particularités qui pourraient ne pas remplir entièrement les besoins que nous venons d'identifier, notamment vis-à-vis de la société civile.

L'objectif de la présente communication est de passer en revue certaines des questions procédurales posées par la participation des amici curiae dans un procès. Nous ne prétendons nullement donner un aperçu exhaustif des pratiques constatées. Mais en nous inspirant à la fois de certaines pratiques nationales et de celles qui ont été développées par des juridictions internationales ou des tribunaux arbitraux, nous tenterons de dégager quelques principes de bonne pratique.³⁰ Pour ce faire, nous nous aiderons des pratiques française et américaine, ainsi que des principes développés dans le cadre du désormais fameux chapitre 11 du Traité de l'ALENA,³¹ et ceux adoptés conjointement par l'American Law Institute et Unidroit.^{32, 33} Autant que de besoin, nous nous réservons de faire référence à d'autres règles qui pourraient éclairer l'un ou l'autre des points traités, sans en faire, toutefois, le centre de l'analyse.³⁴

²⁸ Voir les commentaires suivant dans l'avant-projet de Règles transnationales de procédure préparé par l'American Law Institute et l'Unidroit, *Les pays civilistes ne connaissent pas la pratique par laquelle des tiers n'ayant pas d'intérêt juridique au procès puissent néanmoins y intervenir ou y participer* (Commentaire P18b)(notre traduction). Notons, cependant que cette affirmation a été quelque peu corrigée dans la dernière version publiée des principes (Voir le commentaire P-13 C) in ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure* (2006).

²⁹ Mais il est significatif qu'un dictionnaire juridique publié récemment ne contienne aucune entrée à 'amicus curiae'. De plus, si l'expression apparaît dans l'index analytique de l'ouvrage, il est renvoyé uniquement à l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation mondiale du Commerce. V. L. Cadet (Ed.), *Dictionnaire de la Justice* (2004).

³⁰ Il est étonnant que, à part les lignes directrices de l'ALENA dont il sera fait état ci-dessous, les textes qui prévoient aujourd'hui les interventions d'*amici curiae*, ne détaillent pas les règles que les juridictions doivent suivre, laissant ainsi le juge devant une liberté quasi-totale.

³¹ Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie, 7 octobre 2003, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-en.pdf>. Nous avons déjà proposé un premier commentaire bref de ces règles in *La nécessité de généraliser l'institution de l'amicus curiae dans le contentieux privé international*, in H.-P. Mansel, et al., *Festschrift für Erik Jayme* 403 (2004).

³² Voir *supra* note 23.

³³ Nous avons conscience de la nature hétéroclite des sources qui nous inspirent. Mais sans faire l'erreur de mettre ces sources sur un pied d'égalité, nous les utiliserons sans respecter de hiérarchie, celle-ci n'ayant aucune signification pour une pratique en émergence.

³⁴ Nous voyons par exemple une disposition similaire dans le nouvel accord de libre échange entre les Etats-Unis, les Etats d'Amérique centrale (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua) et la République dominicaine (CAFTA), signé le 5 août 2004 est en cours de ratification. Cette ratification a été autorisée par le Sénat américain le 27 juillet 2005 par un vote serré de 217 voix en faveur et 215 contre la ratification. L'article 20.11 prévoit:

A Party that is not a disputing Party, on delivery of a written notice to the disputing Parties, shall be entitled to attend all hearings, to make written and oral submissions to the panel, and to receive written submissions of the disputing Parties in accordance with the Model Rules of Procedure. Those submissions shall be reflected in the final report of the panel.

B. Un droit à l'intervention?

Il est indéniable que l'utilisation de plus en plus importante de l'*amicus curiae* par de nombreuses juridictions nationales et internationales peut laisser penser que ces interventions sont devenues de droit. En réalité, il n'en est rien. La pratique hésite encore entre une totale discrétion conférée à la juridiction confrontée avec une ou plusieurs demandes d'*amici* et le développement de critères qui permettraient aux *amici* potentiels de connaître à l'avance les cas dans lesquels ils peuvent effectivement espérer être entendus.

I. Qui participe?

La première question que l'on se pose est de savoir s'il existe des critères selon lesquels on peut déterminer à l'avance quelle personne physique ou quelle entité peut jouer le rôle d'*amicus curiae*.

En droit français, aucun texte ne prévoit expressément l'intervention d'un *amicus curiae*, qui relève donc exclusivement de la pratique jurisprudentielle. L'intervention d'un *amicus* est rattachée à l'article 143 du Nouveau Code de procédure civile qui donne un juge un pouvoir très large de prononcer des mesures d'instruction utiles pour la constatation des faits dont dépend la solution du litige.³⁵ L'*amicus curiae* ne peut être n'importe quelle personne ayant un intérêt, même très lointain, dans l'issue du litige. Il doit s'agir d'une 'personnalité' d'un consultant 'extraordinaire'. Si l'on en juge par la pratique qui s'est développée, on constate qu'ont été appelés à témoigner: le Président du Comité national d'éthique;³⁶ un professeur de médecine, directeur d'une unité de recherche très spécialisée;³⁷ l'Académie nationale de médecine et des professeurs de droit reconnus dans le domaine concerné par l'affaire en cause.³⁸ Cette pratique commence, toutefois, à évoluer puisqu'en 2004,³⁹ alors que la Cour de cassation devait se prononcer sur un nouvel instrument financier, le Conseil supérieur du Notariat latin a demandé à intervenir et a été admis à ce faire. Nous verrons dans le paragraphe qui suit comment cette intervention a été autorisée. L'*Amicus* n'est ni un témoin, ni un technicien (au sens procédural du terme), ni un expert, si bien qu'il n'est pas soumis aux règles concernant la récusation.⁴⁰

En ce qui concerne la pratique américaine devant la Cour suprême, deux catégories d'intervenants se dégagent. L'article 37.4 des règles de la Cour⁴¹

³⁵ L'article 143 NCPC dispose: "Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible."

³⁶ Cass. Ass. Plén. 31 mars 1991, (Maternité de substitution), JCP, ed. Gen. 1991, II-21752, à 377.

³⁷ Paris 16 octobre 1992, (affaire du sang contaminé), Dalloz 1993, à 172.

³⁸ Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, (Affaire Perruche), JCP ed. Gen. 2001, II-10569, à 1433.

³⁹ 4 décisions identiques ont été rendues le même jour par la chambre mixte de la Cour de cassation, 23 novembre 2004, *D.* 2004, IR à 3191; *RTD civ.* 2005, à 89, note Pascale Deumier et Rafael Encinas de Munagorri.

⁴⁰ Paris, 6 juillet 1988, *D.* 1989, à 341, note Laurin; *RTD civ.* 1989, à 138, obs. Perrot.

⁴¹ Ces règles peuvent être trouvées à l'URL suivante: www.supremecourtus.gov/ctrules/rulesofthecourt.pdf. Elles ont été adoptées le 14 mars 2005 mais la partie consacrée à l'*amicus*

donne une liste d'entités publiques dans lesquelles ont trouvé: "*The United States represented by the Solicitor General; any agency of the United States allowed by law to appear before the Supreme Court; a State, Commonwealth, Territory or Possession represented by its Attorney General; a city, county, town or similar entity when submitted by its authorised law officer.*" Il s'agit là d'une liste fermée à laquelle la Cour ne peut rien ajouter ni retrancher. Ces entités peuvent intervenir sans autorisation de la Cour. On peut rapprocher cette catégorie de la fonction exercée, dans certains pays de tradition civiliste, par le Ministère public. La seconde catégorie, en revanche, n'est pas définie. Elle comprend toute entité ou individu, sans qu'aucune définition ne soit donnée. Cela se comprend par le fait, sur lequel nous reviendrons, que ces personnes ou entités ne peuvent intervenir que s'ils ont été expressément autorisés par la Cour.⁴²

Les principes ALI/Unidroit sont très généreux dans leur admission des amici. Le principe n°13,⁴³ confirmé par la règle n°6,⁴⁴ est muet sur les conditions que l'amici doit remplir pour être admis à intervenir. Le commentaire P-13A énonce: "Un tel avis peut émaner d'une personne n'ayant aucun intérêt dans le litige ou au contraire d'une personne plus partisane. Toute personne peut être autorisée à formuler un tel avis, nonobstant l'absence d'un intérêt juridique suffisant pour une intervention en cause." Ce libéralisme sur la personnalité de l'intervenant correspond bien aux intérêts en présence. La juridiction, en effet, ne peut pas savoir à l'avance qui sera le mieux à même de présenter des informations utiles pour l'issue du litige. Il est donc difficile d'établir des critères préconstitués comme le fait la pratique française.

On doit noter, cependant, qu'aucune des règles étudiées n'exige que l'*amicus* soit désintéressé et neutre ou qu'il soit indépendant des parties en cause, même si les premiers exemples français avaient pu laisser penser que tel devait être le cas. Au contraire, les règles de la Cour suprême américaine considèrent implicitement

curiae n'a pas subi de changement récent. Une règle semblable existe pour les cours d'appel du système fédéral (les 'circuit courts'. Toutefois, pour les besoins de la présente communication, nous ne nous référerons qu'aux règles devant la Cour suprême.

⁴² Article 37.2 des règles de la Cour.

⁴³ Le Principe n°13, dans sa traduction française, est intitulé "Avis d'un *amicus curiae*", et dispose:

Le tribunal, après consultation des parties, peut accepter de recevoir de tierces personnes des avis écrits relatifs à des questions juridiques importantes du procès et des informations sur le contexte général du litige. Le tribunal peut également solliciter un tel avis. Avant que le tribunal prenne en compte l'avis de *amicus curiae*, les parties doivent avoir la possibilité de soumettre au tribunal leurs observations écrites sur le contenu de cet avis.

⁴⁴ La Règle n°6, qui n'existe qu'en anglais, énonce:

Amicus curiae Submission – Any person or jural entity may present a written submission to the court containing data, information, remarks, legal analysis, and other considerations that may be useful for a fair and just decision of the case. The court may refuse such a submission. The court may invite a non-party to present such a submission. The parties must have an opportunity to submit written comment addressed to the matters in the submission before it is considered by the court.

qu'un *amicus* intervient en faveur de la thèse de l'une des parties au litige puisque l'article 37.6, sur lequel nous reviendrons, dispose que l'*amicus* doit dévoiler les liens qui l'unissent aux parties. Quant à l'article 37.3, il prévoit que si le mémoire est rédigé sans soutenir aucune des thèses en présence, il doit au moins dire s'il est en faveur d'une confirmation ou d'un renversement de la décision attaquée.

II. Rôle de la juridiction

L'un des aspects le plus important pour l'admission des tiers dans le cadre d'un procès qui, a priori, ne les concerne pas directement, c'est que l'indépendance de la juridiction qui statue soit préservée.⁴⁵ C'est pourquoi, on doit se demander si un *amicus* peut demander à intervenir *sua sponte* ou s'il doit attendre d'y être invité par la Cour. S'il peut agir *sua sponte*, quelle est la latitude de la juridiction pour refuser cette intervention.

En France, les premières fois que la Cour de cassation a utilisé des *amici*, c'était à son invitation, sans que, au moins officiellement, il n'apparaisse que l'intervention ait été suscitée par les intervenants eux-mêmes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Vocabulaire Capitant, lexique de droit le plus utilisé en France, définit l'*amicus* de la manière suivante: "Qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge."⁴⁶ Il n'en demeure pas moins que les juridictions françaises conservent un pouvoir purement discrétionnaire en la matière. De surcroît, on doit noter que, dans la pratique initiale, il revenait à la juridiction de choisir l'*amicus* qu'elle souhaitait entendre et de le solliciter. En aucun cas la démarche ne pouvait être faite par le tiers. Ce système est conforme au caractère inquisitoire de la procédure civile à la française. Le procès est géré avant tout par le juge. Il a le droit de se faire aider. C'est donc lui qui doit décider de quelle manière il se fera aider.

Plus récemment, sa pratique s'est quelque peu infléchie dans la mesure où la Cour a été sollicitée et n'a donc pas eu l'initiative de l'intervention.⁴⁷ Mais les raisons pour lesquelles elle a décidé d'accepter l'intervention demandée sont restées secrètes. De plus, la note reçue de l'*amicus* potentiel n'a pas été communiquée largement mais seulement à l'Avocat général qui a décidé d'ouvrir une consultation un peu plus ouverte si bien que le Ministère de l'Economie et des Finances, le Ministère de la Justice et la Fédération française des Compagnies d'Assurance ont déposé des mémoires. Comment ces *amici* ont-ils été choisis? Sur quels critères? Ont-ils eux aussi demandé à intervenir ou ont-ils été sollicités par la juridiction? A ce stade, les réponses à ces questions n'ont pas été rendues publiques, sans que les auteurs qui ont commenté les décisions ne semblent s'en préoccuper puisqu'ils qualifient le processus de 'discret et transparent'. On peut

⁴⁵ Cette mise en garde se retrouve à juste titre au commentaire P-13B des Principes ALI/Unidroit, *supra* note 23, à 80.

⁴⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant (1996).

⁴⁷ Voir les affaires citées *supra* note 38.

se demander cependant où se place la transparence en l'occurrence. Espérons que les affaires de 2004 sont des affaires de transition et que la pratique, en prenant de l'ampleur, va permettre de développer des critères renforçant la sécurité juridique. C'est ce que peut laisser penser la position prise par le Premier Président de la Cour de cassation qui s'intéresse de près à cette question.⁴⁸

Dans la pratique internationale, ce sont essentiellement les *amici* qui demandent à intervenir, la juridiction conservant une grande latitude pour accepter ou refuser cette intervention. Les principes développés dans le cadre de l'ALENA en sont le meilleur exemple. Tout d'abord, ce n'est pas la juridiction qui invite l'intervention (bien qu'il ne lui soit pas interdit de le faire), mais c'est le tiers qui propose son intervention. Il doit néanmoins demander l'autorisation de ce faire. Cette condition *sine qua non* rend un peu moins facile l'intervention, mais elle a le mérite de permettre à la juridiction saisie de vérifier l'opportunité de l'intervention ainsi que les conditions dans lesquelles elle se fera. Avec cet objectif en vue, la demande d'autorisation est strictement encadrée du point de vue formel. Elle doit comporter: toute indication nécessaire à l'identification de l'intervenant et comment il peut être joint; ne pas compter plus de cinq pages dactylographiées; être écrite dans l'une des langues de la procédure; donner une description de l'intervenant, notamment de ses objectifs, de la nature de ses activités et les personnes ou entités qui le contrôle; déclarer des liens éventuels avec les parties; divulguer toute aide financière ou autre à la préparation du mémoire y compris si elle provient d'un gouvernement; préciser la nature de l'intérêt que l'intervenant porte à la procédure; indiquer les questions sur lesquelles l'intervenant souhaite intervenir; indiquer les raisons pour lesquelles le tribunal devrait accepter l'intervention.

Toutes ces précisions sont les bienvenues notamment en ce qu'elles permettent de mieux comprendre les conditions dans lesquelles le tiers en est venu à s'intéresser au litige et les objectifs qu'il poursuit en demandant à être entendu, toutes questions qui sont particulièrement délicates dans le cadre des relations économiques transnationales. Pour prendre sa décision d'accepter ou non l'intervention, le tribunal doit déterminer si le mémoire de l'intervenant l'aidera à prendre sa décision; s'il offre des perspectives différentes et complémentaires à celles présentées par les parties au litige; si l'intervention présente un grand intérêt pour le tiers intervenant; si la question au centre du litige est d'intérêt public. Là encore, on doit saluer l'effort qui est fait de préciser les éléments pris en considération par la juridiction concernée lorsqu'elle décide d'accepter ou non l'intervention. Toutefois, on regrette l'absence de deux critères propres à l'intervenant, la représentativité et la légitimité. En d'autres termes, on ne comprend pas très bien à quoi sert la divulgation par l'intervenant de ses objectifs, activités et des intérêts qui le contrôle, si cela ne doit pas influencer le tribunal. En effet, il n'existe pas une cohérence évidente entre les éléments que doit divulguer l'*amicus* en devenant et les critères d'analyse de la juridiction. Ceci étant dit, la liste des éléments à prendre en considération par le tribunal n'est pas exhaustive.

⁴⁸ G. Canivet, *L'amicus curiae en France et aux Etats-Unis*, 49 Revue de jurisprudence commerciale 99 (2005).

Si bien que l'on peut penser que ces questions liées à la représentativité et la légitimité seront effectivement prises en considération.⁴⁹ Certes, ce sont deux critères très abstraits et difficiles à mettre en œuvre mais ils ne doivent pas être absents de l'analyse de la juridiction.

Les principes ALI/Unidroit admettent les deux formules: soit c'est la juridiction qui lance l'invitation, soit elle répond à une demande qui lui est formulée. Dans ce dernier cas, la Cour demeure libre de ne pas admettre l'un ou l'autre des amici.

Cette règle est proche de la pratique qui s'est développée aux Etats-Unis. La juridiction est libre de donner suite ou non à une demande d'intervention. Elle le fera généralement, en fonction de l'aide que l'*amicus* lui apportera. Notamment, la juridiction ne donnera pas suite si l'*amicus* ne fait que répéter des arguments que les parties développent. Le critère est donc essentiellement tourné vers la nouveauté des informations apportées par l'*amicus* et le fait qu'aucune des parties au litige ne serait en mesure d'informer la juridiction comme le ferait l'intervenant. En revanche, si la juridiction est convaincue que les informations apportées par l'*amicus* n'apporteraient rien au débat, elle n'autorisera pas l'intervention.⁵⁰

La question que l'on doit se poser désormais est de savoir si l'on doit développer des critères qui permettraient de donner un certain encadrement à la discrétion de la juridiction. Immédiatement, la difficulté apparaît à l'évidence. Si l'on doit développer des critères, il faudrait peut-être le faire en fonction de la matière en cause dans le litige: une organisation dont le but est la lutte contre les violations des droits de l'homme doit-elle être autorisée à intervenir si les problèmes en cause dans le litige sont des problèmes d'environnement? La réponse à cette question dépendra au moins de deux sous-questions: l'environnement fait-il partie des droits de l'homme? Les buts de l'organisation en cause sont-ils suffisamment larges pour inclure l'environnement. Dans la pratique internationale, certains tribunaux ont fait la différence entre une ONG constituée ad hoc, pour les besoins

⁴⁹ La question de la représentativité de l'*amicus* est aussi une des questions les plus délicates dans les procédures devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Voir, par exemple, l'affaire Pharos, Ordonnance 28 septembre 1998, C-151/98. L'un des angles utilisé par la CJCE pour apprécier la représentativité de l'*amicus* consiste à regarder l'objet et les buts de l'ONG qui demande à intervenir. La Cour est particulièrement attentive à la question de savoir si les problèmes en cause dans le litige qui lui est soumis sont susceptibles d'affecter les membres de l'organisation. (Voir Poste Italiane SpA, Ordonnance 28 mai 2001, affaire T-53/01 R). On doit noter, cependant, que le rôle des *amici* devant la Cour prend une tournure particulière lorsque l'on sait que toutes les institutions européennes (Commission, Parlement, Conseil) et tous les Etats membres peuvent intervenir. On peut ainsi penser que les intérêts collectifs et les intérêts généraux sont largement représentés par ces différents acteurs et qu'il n'est plus nécessaire de faire intervenir les membres de la société civile. En réalité, il n'en est rien car les intérêts en jeu sont différents pour les institutions communautaires d'un côté, les Etats membres de l'autre et la société civile d'un troisième côté.

⁵⁰ L'article 37-1 des Règles de la Cour prévoit:

An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favoured.

de la procédure, et une organisation qui possède déjà une longue existence et dont l'intérêt porté à la question en litige est indiscutable pour avoir fait partie de ses missions depuis longtemps.

La question des critères reçoit une réponse indirecte dans les Principes ALI/Unidroit. En effet, ainsi qu'il sera précisé ci-dessous, il faut que l'intervention du tiers facilite la tâche du juge dans sa fonction de dire le droit. Le tiers doit donc clairement aider le juge. S'il n'en allait pas ainsi, le juge serait parfaitement fondé à refuser l'intervention. Ainsi le commentaire P-13B insiste sur le fait que "le tribunal peut refuser qu'un avis soit donné si celui-ci ne facilite matériellement en aucune façon la résolution du litige."⁵¹ L'avis ne doit pas être une duplication de ce que disent les parties au litige. Il doit être un complément éclairant sous un jour autre les débats inhérents au différend. On voit dans ces développements l'influence de la pratique américaine.

Le Règlement européen 1/2003⁵² qui a réformé les procédures en matière d'application du droit de la concurrence, prévoit un critère extrêmement flou lorsque l'intervention de l'*amicus* n'a pas été sollicitée par les autorités de la concurrence nationales. Dans ce dernier cas, en effet, l'intervention est de droit. Autrement, il faut, pour qu'il soit entendu par la Commission, que le tiers présente un 'intérêt suffisant'. Or, le Règlement ne donne aucune précision sur la nature de cet intérêt, son intensité, et le rapport éventuel que cet intérêt doit présenter par rapport au problème que la Commission doit résoudre. Ce critère est trop vague pour être utile à la sécurité juridique des parties et permettre aux tiers de savoir, à l'avance, et avec une certitude raisonnable, s'ils seront recevables dans leur intervention.

Le Règlement d'arbitrage CIRDI précise que le tribunal doit au moins considérer trois critères: "(a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage distincts de ceux présentés par les parties au différend; (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend; (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif." Ce dernier critère est un peu plus rigoureux que celui posé par le droit européen de la concurrence. Toutefois, son caractère également vague et abstrait ne constitue pas non plus un véritable critère propre à encadrer l'analyse de la juridiction et conférer une prévisibilité aux tiers intéressés.⁵³

Compte tenu de ce que nous venons d'exposer, nous proposerions les critères suivants: (1) Les circonstances du litige et les effets potentiels de la décision à venir entrent clairement dans les missions de l'entité ou les travaux de la personne qui demandent à intervenir en qualité d'*amicus* et qu'ils soient reconnus comme

⁵¹ *Supra* note 23, à 79.

⁵² *Supra* note 7.

⁵³ Deux ordonnances rendues dans sous l'égide du CIRDI, *Agua Argentina* et *Agua provinciales de Santa Fe* (19 mai 2005 et 17 mars 2006), toutes deux disponibles sur le site internet du CIRDI, préalablement à la réforme du Règlement d'arbitrage, avaient inventé leurs propres critères qui sont devenus obsolètes après la réforme: "(a) le caractère approprié de l'affaire en cause; (b) la compétence et caractère adapté de l'*amicus*; (c) la procédure applicable."

interlocuteurs valables par le tribunal; (2) Les arguments présentés par l'*amicus* sont complémentaires et nouveaux par rapport à ceux présentés par les parties. Le premier critère permet de s'assurer de la légitimité du tiers et de l'adéquation de ses compétences avec le litige ainsi que de sa représentativité. Certes, cette représentativité n'est pas analysée avec des éléments objectifs puisque seul le tribunal doit passer un jugement. Mais il était difficile de trouver un autre cadre conceptuel pour vérifier la représentativité. Le second critère permet d'éviter que le tribunal et les parties ne soient indûment accablés sous une avalanche de mémoires qui n'ont en réalité aucune utilité.

C. Le droit de l'intervention

A partir du moment où la juridiction a décidé d'entendre un tiers en qualité d'*amicus curiae* se posent un certain nombre de questions procédurales auxquelles il doit être répondu de manière à ce que l'intervention perturbe le moins possible le déroulement du procès et n'en augmente pas les coûts de manière démesurée.

I. Le contenu de l'intervention

La question est ici de savoir sur quels problèmes l'*amicus* va intervenir. Pourra-t-il participer à la discussion sur des points de droit ou seulement des questions de fait. Pourra-t-il intervenir en général sur toute question qui se pose dans le procès ou doit-on limiter les questions sur lesquelles son intervention sera admise? Une réponse est d'ores et déjà certaine de manière explicite ou implicite dans tous les systèmes: l'intervention de l'*amicus* ne peut pas élargir le débat par rapport aux questions posées par les parties elles-mêmes. Ce sont elles, et elles seules, qui en définissent les limites. L'*amicus* doit s'insérer dans ces limites. Au-delà les pratiques sont divergentes.

La pratique française n'est pas claire. L'article 143 du NCPC⁵⁴ auquel on rattache généralement la pratique de l'*amicus curiae* en France, ne parle que de l'établissement des faits. Mais la définition que donne le dictionnaire Capitant, laisse à penser que l'*amicus* peut intervenir sur toutes questions, y compris des questions de droit.⁵⁵ Quant à la pratique qui s'est développée devant la Cour de cassation, elle n'est pas entièrement claire non plus en raison de l'impossibilité d'avoir accès aux mémoires des *amici*. Une chose semble établie, toutefois: il n'intervient que sur les points qui lui ont été fixés par la juridiction qui fait appel à ses services ou qui l'autorise. Il ne peut être question pour l'*amicus* de dévier de cette mission et de présenter des informations qui lui semblent importantes, compte tenu de son expérience et des divers intérêts qui peuvent ne pas être

⁵⁴ *Supra* note 34.

⁵⁵ *Supra* note 45. Le verbe '*amicus curiae*' dit que ce dernier est appelé à présenter "outes les observations propres à éclairer le juge" et cite l'arrêt de la CA Paris 6 juillet 1988. Par ailleurs, le vocabulaire Capitant rappelle la maxime *jura novit curia* et son incidence sur le contenu des observations mentionnées.

représentés par les parties au litige, mais qui sortent du cadre qui lui a été imparti par la Cour. Là encore, cette règle est parfaitement cohérente avec le système inquisitoire.

La pratique américaine apparaît déjà dans les développements que nous avons consacrés au rôle de la juridiction. En effet, les amici ne peuvent pas intervenir sur des points qui peuvent tout aussi bien être traités par les parties au litige. Il faut impérativement que l'amici apporte quelque chose de nouveau à la Cour. Mais cette nouveauté peut porter à la fois sur des questions factuelles et sur des questions de droit. En effet, le terme utilisé dans la règle 37.1⁵⁶ '*relevant matter*' est très neutre. Ce n'est pas un terme juridique et il peut donc couvrir tous les aspects du dossier.

Les Principes ALI/Unidroit répondent de plusieurs manières. Tout d'abord, ils limitent la participation à deux hypothèses seulement, interdisant en cela que l'amicus intervienne sur n'importe quelle question posée par le litige. Le Principe n°13 dispose que l'amicus peut intervenir sur "des questions juridiques importantes du procès" et donner "des informations sur le contexte général du litige." En revanche, les tiers ne sont pas autorisés à présenter des déclarations relatives aux faits du litige.⁵⁷ Ils ne peuvent que présenter des données, des informations sur le contexte général du litige. Par exemple, nous dit le commentaire, une "organisation commerciale pourrait donner au tribunal des informations sur des usages spéciaux des affaires."⁵⁸

Une seconde limite est admise par les Principes ALI/Unidroit aux interventions des *amici*. Il faut que le contenu de l'intervention puisse "s'avérer utile en vue d'une solution correcte et équitable du litige"⁵⁹ ou, dans le texte original en langue anglaise, qu'elle soit "*useful for a fair and just decision of the case.*" Quant au commentaire de la règle n°6, il nous dit que l'information doit être utile "*to achieve a just and informed disposition of the case.*"⁶⁰ Indépendamment des incertitudes de traduction, on voit bien l'idée qui est poursuivie. La juridiction est confrontée à un litige dont l'issue pourra avoir une influence sur des questions concernant le public en général.⁶¹ Elle doute que les parties soient en état de lui fournir toutes les informations dont elle estime avoir besoin pour rendre une décision la plus juste possible. Dès lors, elle accepte de se faire aider par des tiers qui possèdent l'information qui manque à la juridiction. Le débat démocratique qui n'a pas pu avoir lieu, ou pas complètement, auparavant va trouver ici une nouvelle agora dans laquelle il va pouvoir se développer.

⁵⁶ Voir *supra* note 40.

⁵⁷ Il existe cependant une petite ambiguïté concernant les questions factuelles. Normalement, les tiers ne peuvent pas intervenir sur les faits du litige lui-même. Mais ils peuvent donner des informations factuelles générales sur le contexte du litige. Si bien que les tiers peuvent présenter des données factuelles. C'est pourquoi, le commentaire R-6A précise: "Factual assertions in an amicus brief are not evidence in the case."

⁵⁸ Commentaire P-13D, *supra* note 23, à 80.

⁵⁹ Commentaire P-13D, *id.*

⁶⁰ Commentaire R-6A, *id.* à 106.

⁶¹ Le commentaire R-6B indique "[...], the amicus curiae brief is an important device, particularly in cases of public significance."

La pratique de l'ALENA se trouve à mi-chemin des pratiques nationales étudiées. Tout d'abord, parce que nous nous trouvons dans le cadre d'une convention internationale, seules les questions d'interprétation de ce texte sont ouvertes à l'intervention des *amici*. Se pose alors la question de savoir si les questions de fait peuvent être abordées par eux. Il semble que la réponse doit être affirmative, à condition que ces questions de fait soient elles-mêmes nécessaires pour une juste et exacte application des dispositions conventionnelles en cause.

Devant la Cour de Justice des Communautés européennes, l'intervention des *amici* doit être limitée à des arguments au soutien de l'une des parties au litige.⁶² On comprend le souci de la Cour de ne pas élargir le débat à cause des interventions des *amici*, ainsi que nous l'avons déjà noté ci-dessus. Toutefois, on sait que ce souci est le même dans tous les autres systèmes étudiés sans qu'une règle aussi stricte n'ait été énoncée.

II. La nature de l'intervention

Les Principes ALI/Unidroit posent dès l'abord une question délicate. Quelle est la nature de l'intervention de l'*amicus* ? Si le titre anglais du Principe 13 reste neutre '*submission*', le titre français prend un parti juridique en qualifiant l'intervention d' '*avis*'. Nous ne pouvons que nous rallier à ce parti pris qui a le mérite de rappeler que, en aucun cas, l'intervention de l'*amicus* ne lie le juge qui demeure donc, entièrement libre de ne pas le suivre dans ses observations et analyses.

De son côté, le droit français est très clair puisque l'intervention de l'*amicus* ne lie pas le juge, tout comme le fait un consultant ou un expert.⁶³ Toutefois, on a pu noter dans le passé, que les juridictions du fond sont souvent très influencées par les conclusions de l'expert ou du consultant qu'elles nomment, au point, parfois, de retrouver dans le texte de la décision rendue, des paragraphes entiers repris mot pour mot des rapports qui ont été remis à la juridiction. Il ne faudrait donc pas qu'une telle pratique se développe pour les soumissions des *amici*, au risque de décrédibiliser l'institution. L'*amicus* doit être là pour éclairer le juge, pas pour se substituer à lui.

Cela emporte une conséquence majeure du point de vue procédural : l'*amicus* n'a pas de droit de recours à l'encontre de la décision rendue. Certes, il pourra toujours demander à intervenir à nouveau, en cause d'appel ou de cassation, si l'une des parties au litige lance un recours. Mais la décision de recourir à l'encontre de la décision intervenue appartient aux seules parties.

Le tribunal doit-il prendre en considération les éléments apportés par l'*amicus*? Ce point a fait l'objet d'une évolution dans la pratique internationale. On sait en effet, qu'aux Etats-Unis, l'abondance des mémoires d'*amici* entraîne une saturation des juridictions. Tant et si bien qu'il est de notoriété publique que les juges ne les lisent plus et que leurs assistants, au mieux, les parcourent très

⁶² Article 40 du statut de la Cour et article 93 des règles de procédure.

⁶³ Vocabulaire Capitiant, verbo *amicus curiae*. Voir aussi les décisions citées in C. Kessedjian, *La nécessité de généraliser l'institution de l'amicus curiae*, in H.-P. Mansel, *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme* 403 à 405 (2004) et *supra* les notes 36 et 39.

rapidement sans que, véritablement, ils ne soient pris en considération lors de la prise de décision. Les lignes directrices de l'ALENA précisent que le tribunal n'est, à aucun moment, obligé de traiter du mémoire. En d'autres termes, alors même que l'intervention aura été autorisée, le tribunal ne prend aucun engagement vis-à-vis du tiers intervenant dont le mémoire peut être purement et simplement laissé de côté. La décision du tribunal ne doit pas en faire état et le tribunal n'est pas obligé d'en discuter le contenu dans sa décision.

Or, cette position a été critiquée par certains *amici* qui ont vu dans cette absence de prise en considération, une dérive enlevant tout intérêt à l'intervention qui devient purement formelle et ne remplit donc plus son rôle.⁶⁴ La supposée égalité procédurale devient alors un simple rideau de fumée qui cache une absence de véritable démocratie participative. C'est pourquoi, le nouveau Traité CAFTA, dont il a déjà fait état,⁶⁵ a complété sa règle sur l'*amicus* pour exiger que le tribunal expressément mentionne ces mémoires dans sa décision. La disposition est un peu ambiguë: "*those submissions shall be reflected in the final report of the panel*", mais elle a le mérite d'exister.

III. À quel moment intervenir?

L'intervention d'un ou plusieurs *amici* ne doit pas entraîner une perturbation trop importante du procès qui, normalement, est la chose des parties. Il faut donc que les *amici* soient obligés d'intervenir rapidement dans la procédure. C'est ainsi que les règles adoptées par l'ALENA, qui sont les seules vraiment précises sur ce point, présentent l'intérêt indéniable de préciser qu'aucun mémoire en intervention ne doit perturber la procédure ni n'imposer un fardeau à l'une des parties au litige ni ne lui 'cause injustement un préjudice'. D'une part, il est clair que l'admission d'intervention d'un ou plusieurs *amicus curiae* prolongera un peu les débats. Il est toutefois important que les tiers qui veulent intervenir se fassent connaître rapidement dans le déroulement de la procédure. On peut d'ailleurs penser que si le tiers se fait connaître trop tard, ce pourrait être un motif pour la juridiction pour lui refuser son intervention; sauf si elle est absolument essentielle pour l'issue du litige. Il est un problème essentiel, propre à l'arbitrage, dont la nature normalement confidentielle peut entraîner un défaut d'information du public et donc un impossibilité pour celui-ci de se mobiliser pour demander à participer aux débats. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, la publicité de la plupart des procédures rend l'information disponible. Elle l'est beaucoup moins dans le cadre d'arbitrages plus classiques comme peuvent l'être les litiges commerciaux.

D'autre part, on ne comprend pas très bien en quoi un mémoire d'un tiers pourrait causer préjudice à l'une des parties au litige. Si par cela, est visé le fait que les tiers ne peuvent pas intervenir en faveur d'une solution (à l'appui de l'une des parties), la règle se départit de la pratique de *common law* (ou celle devant la

⁶⁴ D. Songer, *Interest Group Success in Courts: Amicus Participation in the Supreme Court*, 46 *Political Research Quarterly* 350 (1993).

⁶⁵ Cf. *supra* note 34.

Cour de Justice des Communautés européennes) qui permet au tiers d'intervenir à l'appui des thèses de l'une ou de l'autre des parties au litige sans que l'on comprenne exactement son fondement. En revanche, si la règle vise simplement le déroulement de la procédure, il est difficile d'imaginer les hypothèses dans lesquelles un tel mémoire pourrait avoir un effet dommageable sur l'une des parties.

IV. Que doit divulguer l'amicus?

Cette question s'est posée avec le plus d'acuité dans le cadre des différends sur les investissements étrangers au cours de diverses procédures d'arbitrages. Ce sont les lignes directrices de l'ALENA et la pratique qui s'est développée à leur suite qui sont les plus claires à cet égard et représentent, à notre avis, les meilleures pratiques sur ce point.⁶⁶

L'*amicus* doit divulguer toute information sur ses liens avec l'un quelconque des participants au litige qu'il soit l'une des parties, les juges, d'autres tiers intervenant ou tout autre. On se souvient de la polémique qui était née du fait qu'Amnesty International n'avait pas divulgué les liens (au demeurant de notoriété publique) qui existaient entre l'organisation et l'un des Lords statuant dans l'affaire Pinochet. Cela avait entraîné une première procédurale, puisque la *House of Lords* avait dû annuler sa première décision et statuer à nouveau dans une autre formation.

Il est désormais admis que les *amici* doivent divulguer non seulement les liens de droit mais également les liens financiers, ou de toute autre nature qui les unissent à l'une ou l'autre des parties. Ils doivent notamment indiquer qui rémunère le travail pour préparer les mémoires qui seront soumis à la juridiction. Récemment, l'*American Chamber of Commerce* a divulgué que l'entreprise partie au litige dans lequel elle intervenait lui avait versé une contribution substantielle représentant 12% de son budget annuel. Cette pratique de divulgation complète nous paraît apte à permettre à la juridiction de vérifier l'indépendance de l'*amicus* par rapport aux parties et à se faire une idée du poids qu'elle peut accorder aux mémoires qui lui seront soumis.

V. Moyens de l'intervention

L'intervention de l'*amicus* doit-elle être seulement écrite ou peut-elle aussi être orale?

Dans le cadre de l'ALENA, elle est seulement écrite. Mais un tribunal ALENA, statuant dans l'affaire Methanex c. les Etats-Unis d'Amérique,⁶⁷ a accepté d'ouvrir l'audience au public afin que ce dernier soit pleinement informé,

⁶⁶ Notons que les Principes ALI/Unidroit sont muets sur cette question, comme le sont les commentaires accompagnant ces Principes.

⁶⁷ 15 janvier 2001, disponible sur le site www.nafta.org. Voir également, A. Newcombe & A. Lemaire, *Should Amici Curiae Participate in Investment Treaty Arbitration?*, 5 *The Vindobonna J. of Int'l com. Law and Arb.* 22 (2001).

ouverture qui avait été acceptée par les deux parties en litige. La règle selon laquelle l'*amicus* participe par écrit est également admise par le CIRDI en son article 37.2. Dans les deux ordonnances rendues en 2005 et 2006, dont il a déjà été fait état, les deux tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont refusé l'accès des tiers requérants aux audiences et leur participation orale. Mais on peut y voir une stricte application de l'article 32 du CIRDI qui n'autorise la participation de tiers aux audiences que si les parties sont d'accord. Or, dans les deux espèces, l'une des parties s'y opposait. L'accord des parties, en revanche, n'est pas nécessaire pour les soumissions écrites qui doivent seulement être autorisés, les parties ayant été entendues.

Les principes Unidroit/ALI prévoient également une participation écrite. Toutefois, le commentaire précise que la juridiction peut autoriser le tiers à présenter des observations orales en complément, au soutien, de son mémoire écrit. Cette possibilité nous paraît être indispensable pour que la juridiction, si elle l'estime utile, puisse recueillir des éclaircissements qu'elle n'aura pas forcément toujours dans la soumission écrite.

En France, les interventions sont aussi bien orales qu'écrites, selon ce que fixera le juge. Il est vrai que la procédure civile dans les pays de tradition romano-germanique est plutôt écrite mais rien n'empêche le juge d'entendre les parties et les intervenants et qu'un procès-verbal soit dressé des dires de ces consultants que sont les *amici*.

En tout état de cause, la participation de l'*amicus* doit respecter le principe du contradictoire. Les parties doivent donc être en mesure de répondre aux arguments développés par les interventions. Elles doivent avoir le dernier mot en quelque sorte. Cette règle apparaît dans toutes les dispositions que nous avons étudiées. Mais, même si elle ne l'était pas, elle devrait être sous-entendue en tant que principe directeur du procès sans lequel la justice ne serait qu'une parodie. Si jamais des observations orales étaient autorisées, les parties devraient être présentes à l'audience et devraient avoir la possibilité d'intervenir dans les débats et de poser des questions à l'*amicus*, selon une procédure qui pourra différer selon la culture procédurale suivie par la juridiction. Il ne nous semble pas être de l'essence de l'intervention de l'*amicus* qu'elle se déroule selon une forme uniforme, universellement admise.

VI. Coût de l'intervention

Enfin, il convient de parler brièvement du coût de l'intervention. D'une part, l'*amicus* doit garder à sa charge les coûts qu'entraîne pour lui sa participation à la procédure. D'autre part, on doit également se demander que deviendront les frais engagés par les parties elles-mêmes pour répondre aux *amici*. Nous l'avons déjà dit, les parties ne doivent pas pâtir de l'intervention de tiers non appelés par elles dans la procédure. Doit-on en conclure, pour autant, que le coût supplémentaire qu'elles vont encourir pour faire face aux mémoires ou observations orales des tiers devra être supporté par les tiers concernés ? La réponse à cette question est plus délicate qu'il n'y paraît. On peut penser, en effet, qu'il sera difficile de distinguer les frais (et de les prouver) encourus spécifiquement pour répondre

aux *amici*. Par ailleurs, le rôle des *amici* étant tellement varié, la réponse va peut-être différer selon que l'*amicus* intervient en faveur d'une partie ou, au contraire, de manière neutre. Tous les *amici* présentent néanmoins un point commun: ils viennent en aide à la juridiction. C'est la raison pour laquelle nous proposons que les frais et coûts de cette participation soient considérés comme des frais du procès, répartis entre les parties selon la décision *in fine* prise par le tribunal pour tous les frais et coûts du procès, et seront avancés par chaque partie, proportionnellement à leur nombre. Cela sera particulièrement le cas lorsque l'*amicus* aura été appelé par le tribunal, de sa propre initiative. Mais cette règle paraît aussi équitable pour les autres participations puisqu'elles sont encadrées par les autorisations de la juridiction qui prendra la précaution de ne pas augmenter démesurément les frais du procès.

*

* *

Les quelques développements qui précèdent montrent que la pratique qui se développe est un peu anarchique et appelle un travail d'encadrement procédural plus important que les règles éparses qui sont à notre disposition aujourd'hui. Il en va de la bonne administration de la justice dont le rôle est toujours plus important dans notre société. L'évolution de ces processus de décision doit aller de pair.