ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES ÉCONOMIQUES, JURIDIQUES, POLITIQUES ET DE GESTION
Université Clermont Auvergne

LES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

Thèse présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2019
pour l'obtention du titre de Docteur en droit public, spécialité droit international
par

Raphaël MAUREL

sous la direction de Messieurs les Professeurs
Charles-André DUBREUIL et **Franck LATTY**

---

et devant un jury composé de

M. Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Jean-Bernard AUBY, Professeur émérite à Sciences-Po Paris (Rapporteur)

Mme Laurence DUBIN, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)

M. Charles-André DUBREUIL, Professeur à l'Université Clermont Auvergne (Directeur)

M. Patrick JACOB, Professeur à l'Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Mme Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, Professeur à l'Université Clermont Auvergne

M. Franck LATTY, Professeur à l'Université Paris Nanterre (Directeur)

L'Université Clermont Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

L'exercice des remerciements est difficile. Conditionné par plusieurs années de recherche doctorale, l'impétrant n'a su résister à la tentation compulsive de consulter plusieurs (dizaines de) remerciements de thèse afin d'en retirer des éléments communs susceptibles d'influencer la structure, voire le contenu, des siens – mais il a résisté, tant bien que mal, à l'envie de citer les plus originaux d'entre eux en note de bas de page[1]. Sont ressortis de cet enrichissant exercice bibliographique la conviction que le ton juste ne pouvait être qu'intimement personnel au rédacteur, et la quasi-certitude que ni le contenu, ni la longueur manifestement excessive des remerciements ne constituait un obstacle à l'obtention du diplôme visé.

Mes premiers remerciements vont naturellement à mes deux directeurs de thèse, les Professeurs Charles-André Dubreuil et Franck Latty. Malgré l'impossibilité d'identifier la source formelle du fameux « standard du bon directeur de thèse », j'affirme avec la plus grande sincérité que mes directeurs ont été bien au-delà. Outre m'avoir respectivement donné le goût du droit administratif et celui du droit international, ils m'ont, l'un ou l'autre et souvent simultanément, enseigné la rigueur scientifique indispensable à toute recherche, indiqué systématiquement les points à travailler et retravailler, orienté avec bienveillance y compris face à certaines de mes idées saugrenues, soutenu dans mes nombreuses activités universitaires non directement doctorales, pardonné mes courriels épouvantablement longs, redonné confiance lorsque cela était nécessaire, épargné un formalisme excessif lorsqu'il n'était pas de rigueur et de manière générale toujours été là en cas de besoin. C'est une chance que j'ai toujours mesurée.

Mes remerciements reconnaissants vont également aux membres du jury qui me font l'honneur de lire et de discuter mes travaux : Mesdames et Messieurs les Professeurs Hervé Ascensio, Jean-Bernard Auby, Laurence Dubin, Patrick Jacob et Anne Jacquemet-Gauché.

Ma reconnaissance – éternelle, souvent – va ensuite à toutes celles et à tous ceux sans lesquels cette thèse n'aurait peut-être pas été entreprise, à celles et ceux qui m'ont suggéré des pistes de réflexion et qui m'ont aidé, par nos débats nocturnes animés, dans les rues de Paris, dans ma cuisine ou dans le lobby d'un hôtel à l'autre bout du monde, à développer au fil des années une vision critique et personnelle de mon objet d'étude et du droit international en général. Une motion spéciale, parmi eux, pour la « famille du Rousseau », selon l'expression consacrée, qui m'a donné le goût de la recherche en droit international et ouvert des portes intellectuelles, culturelles et humaines dont je n'imaginais pas l'existence ; une motion de félicitations également pour mes merveilleux relecteurs. Merci, pour tout ou partie de ce qui précède et sans préjudice de leurs titres et fonctions, à Jo, Caroline, Julien, Anne-Laure, Marie, Tiphaine, François, Geneviève, Jeanne, Édouard, Antoine, Pierre, Vaios, Yannick, Arnaud, Rachel, Gwenaëlle, Elsa, Alina, Valère, Éloïse, Kristine, Isis, Sacha, Benjamin, Enguerrand, Aurélie, Bérangère, Valériane, Mathieu, Victor, Élodie et bien entendu Raoul.

Je tiens également à exprimer ma sincère gratitude à Mme le Doyen Christine Bertrand, Mme Isabelle Moulier et Mme le Professeur Marie-Élisabeth Baudoin pour leur soutien depuis l'origine. Le maximum est fait à Clermont-Ferrand pour que les doctorants motivés puissent

[1] Voir, sur ce point, VERNASI-PAQUET (D.), « Épistémologie socioconstructiviste des remerciements de thèse en droit public. Une approche historique (1894-1975) », *RIEJ*, n°-1, 1977, pp. 53-95.

travailler dans de bonnes conditions. Cette situation doit beaucoup à leur énergie, et à celle du Centre Michel de l'Hospital, dont les membres doivent également être salués.

Merci encore à Wilton, Rémy, Jacques, Cyril, Antoine, Loïc et à l'ensemble de la « marmite brayaude », pour m'avoir soutenu dans mes choix sans poser de questions, et bien souvent adapté certains projets à mon calendrier doctoral ; puisse la lecture intégrale de cette étude les éclairer sur le sens de mon quotidien depuis toutes ces années. Merci également à Frédéric Paris pour l'ensemble de son œuvre.

J'ai, enfin et surtout, une pensée pour ma famille : mes grands-parents, mes parents, mon frère et María, qui m'ont soutenu dans ces fort longues études, ainsi que Rosa, encore un peu trop jeune pour avoir conscience de tout cela.

Cette thèse est dédiée à mes quatre grands-parents, qui en ont tous vu les prémices et exprimé leur confiance dans sa réalisation, mais dont l'un seulement en aura vu l'aboutissement.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PREMIÈRE PARTIE. L'IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 73

TITRE PREMIER. LES SOURCES UNILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 81

Chapitre 1. Les sources unilatérales internes du droit administratif global 85

Chapitre 2. Les sources unilatérales externes du droit administratif global 141

TITRE DEUXIEME. LES SOURCES PLURILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 211

Chapitre 1. Les sources plurilatérales écrites du droit administratif global 215

Chapitre 2. Les sources plurilatérales non écrites du droit administratif global 273

DEUXIÈME PARTIE. L'ANALYSE SYSTÉMIQUE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 325

TITRE PREMIER. LES FONCTIONS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 329

Chapitre 1. La réponse à un besoin social en considération du principe d'apparence 333

Chapitre 2. La légitimation par l'emprunt aux droits administratifs 387

TITRE DEUXIEME. LES EFFETS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 437

Chapitre 1. La capacité des sources formelles à générer des normes obligatoires 441

Chapitre 2. La capacité des sources formelles à générer des normes effectives 501

CONCLUSION GÉNÉRALE 561

SOURCES ET RÉFÉRENCES 575

INDEX THÉMATIQUE 673

TABLE DES MATIÈRES 677

ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

Publications[1]

AFDI	Annuaire français de droit international
AYIL	*African Yearbook of International Law*
BCLR	*Boston College Law Review*
CJIL	*Chicago Journal of International Law*
CGCT	Code général des collectivités territoriales (France)
CUP	*Cambridge University Press*
DA	Droit administratif
Denv. J. Int'L L. & Pol'Y	*Denver Journal of International Law and Policy*
EJIL	*European Journal of International Law*
GLJ	*German Law Journal*
GoJIL	*Goettingen Journal of International Law*
HJIL	*Heidelberg Journal of International Law*
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
KB	*Records of the Court of King's Bench and other courts* (Royaume-Uni)
MAE	Ministère des Affaires étrangères (France)
MelbJIL	*Melbourne Journal of international Law*
MJIL	*Michigan Journal of International Law*
MPYUNL	*Max Planck Yearbook of United Nations Law*
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PULP	*Pretoria University Law Press*
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RGD	Revue générale de droit
RDP	Revue de droit public

[1] Dans la mesure du possible, les abréviations et acronymes utilisés par les éditeurs eux-mêmes sont respectés. Lorsque cela s'avère impossible par risque de confusion, une abréviation nécessairement arbitraire est adoptée (par exemple : *MIJL* renvoie à la fois au *Melbourne Journal of international Law* et au *Michigan Journal of International Law*, d'où l'abréviation arbitraire *MelbJIL*).

RFAP	Revue française d'administration publique
RGDIP	Revue générale de droit international
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJE	Revue juridique de l'environnement
RQDI	Revue québécoise de droit international
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDEur	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTNU	Recueil des traités des Nations unies
STE	Série des traités européens
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
VJIL	*Virginia Journal of International Law*
WashULaw	*Washington University Global Studies Law Review*

Institutions[1]

ACCC	*Aarhus Convention Compliance Committee*
ACP	États d'Afrique, Caraïbes et Pacifique
AFG	Association française de gestion financière (France)
AFNOR	Association française de normalisation (France)
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AICA	Association Internationale des Contrôleurs d'assurance
AMF	Autorité des Marchés Financiers (France)
ARJEL	Autorité de Régulation des Jeux en Lignes (France)
BAfD	Banque africaine de développement
BAsD	Banque asiatique de développement
BIPM	Bureau international des poids et mesures
BIT	Bureau international du travail

[1] Lorsque le sigle francophone n'est pas utilisé en pratique, seul le sigle anglais et sa signification ou, le cas échéant, sa traduction sont mentionnés. Lorsque plusieurs institutions utilisent le même sigle, une indication supplémentaire et potentiellement arbitraire est ajoutée (par exemple : BAD renvoie à la fois à la Banque africaine de développement et à la Banque asiatique de développement, d'où les sigles BAfD et BAsD).

CAN	Communauté Andine des Nations
CAT	Comité contre la torture
CBCB	Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire
CCPR	Comité des droits de l'Homme
CCSBT	Commission pour la conservation du thon rouge du Sud
CDI	Commission du droit international
CEB	*Council of Europe Development Bank*
CED	Comité des disparitions forcées
CEDAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEE	Communauté économique européenne
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CICC	Conseil international consultatif et de contrôle
CIJ	Cour internationale de Justice
CIO	Comité international olympique
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CMW	Comité des travailleurs migrants
CNCCFP	Commission nationale des comptes de campagne et des financements (France)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés (France)
CNO	Comité national olympique
COJO	Comité d'organisation des jeux olympiques
COPOLCO	Comité de l'ISO pour la politique en matière de consommation
CPI	Cour pénale internationale
CPPAP	Commission paritaire des publications et agences de presse (France)
CRC	Comité des droits de l'enfant
EcoDa	*European Confederation of Directors' Associations*
EFPI	*Equator Principles Financial Institution*
EFRAG	*European Financial Reporting Advisory Group*
EPA	*Equator Principles Association*
FAO	*Food and Agriculture Organization of the United Nations*

FSB	*Financial Statibity Board*
FDI	Fonds de développement pour l'Iraq
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
IASB	*International Accounting Standards Board*
ICANN	*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
IFGE	Institut Français de Gouvernement des Entreprises
IIA	*Institute of Internal Auditors*
IITA	Initiative internationale sur la transparence de l'aide
IoD	*Institute of Directors* (Royaume-Uni)
ISO	*International Organization for Standardization*
ITIE	Initiative de transparence des industries extractives
IWG	*International Working Group of Sovereign Wealth Funds*
MERCOSUR	Marché commun du Sud
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OAPI	Organisation africaine de la propriété intellectuelle
OCCAR	Organisation conjointe de coopération en matière d'armement
OEB	Office européen des brevets
OGP	*Open Government Partnership*
OICV	Organisation Internationale des Commissions de Valeurs
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
OTIF	Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires
PIBM	Panel d'inspection de la Banque Mondiale
PK	Processus de Kimberley
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
SARG	*Standard Advice Review Groupe*
SDN	Société des Nations
SPT	Sous-Comité pour la prévention de la torture
TACE	Tribunal administratif du Conseil de l'Europe
TAS	Tribunal arbitral du sport
TCNU	Tribunal contentieux des Nations Unies

UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine
UIT	Union internationale des télécommunications
UNICEF	Fonds des Nations unies pour l'enfance
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé

Varia

IFR	*International Financial Reporting Standards*
RGPD	Règlement général sur la protection des données
SIS	Système d'information Schengen

Abréviations courantes

Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Ibid.	*Ibidem* (dans la référence précédente)
ONG	Organisation(s) non gouvernementale(s)
Op. cit.	*Opere citato* (dans l'œuvre citée)
OSC	Organisation(s) de la société civile
p.	Page [placé après la numérotation : Pages]
pp.	Pages
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
Spéc.	Spécifiquement
ss.	Suivantes

Précisions formelles

- Les notes de bas de page sont continues, de manière à faciliter les renvois ; cependant, pour faciliter la recherche du lecteur, les citations complètes des références sont renouvelées à l'occasion de chaque chapitre. Les notes renvoient donc à la première occurrence de la référence dans le chapitre en cours.

- L'utilisation des guillemets français a été privilégiée, y compris en cas de citations intégrées, lorsqu'elles sont en français. L'emploi des guillemets anglais a été réservé aux citations en langue anglaise intégrées aux citations présentées.

- L'usage de l'italique a été réservé aux termes en langue étrangère intégrés directement dans le texte et à la mise en valeur volontaire de certains termes dans le texte.

- L'étude cite de nombreux « Codes de conduite » adoptés par des entreprises et autres organismes, lesquels sont très aisément accessibles en ligne, à l'instar des documents officiels des organisations internationales et autres entités publiques. Afin de ne pas alourdir déraisonnablement les références à ces instruments, seuls leurs intitulés et leur date d'adoption sont mentionnés. Une liste complète de ces instruments est dressée en Annexe.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. ***Sujet de la recherche.*** Tenter d'élaborer une théorie des sources du droit administratif global peut surprendre. L'expression « droit administratif global », sorte de fusion terminologique entre un droit administratif indéfini dont on emprunte certains éléments et un droit international dont on postule l'insuffisance jusque dans le lexique employé, semble en effet renvoyer à tout et à rien en même temps. Complexifié par une mention des « sources » en apparence contradictoire, puisque les concepteurs de l'expression invoquée en prônent soit l'abandon, soit une refondation complète, le sujet d'étude paraît *prima facie* d'un faible intérêt, voire d'une existence douteuse. Pourtant, depuis 2005, la doctrine convaincue de la pertinence de cette terminologie n'a cessé d'identifier, sous ce vocable, le développement d'innombrables normes : transparence au sein des organisations internationales ; ouverture, au sein d'entités variées, de recours ouverts aux individus ou de consultations publiques avant l'adoption d'une décision technique ou environnementale ; ou encore mesures de publicité en matière de prise de décisions ayant un impact à l'échelle mondiale. Dès lors que ces normes semblent exister objectivement, elles ont nécessairement été formées d'une manière ou d'une autre ; l'idée de « sources du droit administratif global » n'apparaît donc, en seconde lecture, pas iconoclaste. Pourtant, à l'aube de cette recherche, il faut admettre qu'« *on ne sait pas ce que c'est* » que les « sources du droit administratif global », pour emprunter la formule de Gustave Flaubert pour définir le « droit » dans son *Dictionnaire des idées reçues*[1].

2. ***Émergence du* Global administrative law**. La définition livrée par le célèbre prosateur siérait pour l'instant parfaitement au « droit administratif global » ou *Global administrative law* (ci-après : le « *GAL* »)[2], si l'on en croit l'état actuel de la doctrine française. Cette « science un peu bizarre […] en train de s'installer dans notre paysage »[3] est avant tout un projet de recherche

[1] FLAUBERT Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, Éditions du Boucher, 2002 (réédition de l'édition originale : *Le Dictionnaire des Idées reçues. Texte établi d'après le manuscrit original*, Paris, Conard, 1913, 95 p.), p. 27 : « Droit (Le). On ne sait pas ce que c'est ».

[2] Dans le cadre de cette étude, les expressions « droit administratif global » et « *Global administrative law* » (ou « *GAL* ») ne sont pas synonymes, la deuxième renvoyant uniquement au projet doctrinal afférent. Ce choix sera justifié *infra*, §33.

[3] AUBY Jean-Bernard, « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », 2007, Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit public, consultable en ligne à l'adresse : http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf (dernière consultation le 15 octobre 2019). D'autres auteurs reprennent d'ailleurs cette expression ; voir DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2007-2008 », *DA*, n°11, novembre 2008, p. 6.

et un « programme intellectuel »[4] initié en 2005 par la *New York University* et notamment les chercheurs B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart[5]. « Hypothèse scientifique »[6] récente, le *GAL* a notamment été relayé en Europe par Sabino Cassese[7], dont le propos peut être ainsi résumé :

> « [i]l existe, au sein des appareils caractéristiques de la globalisation, des organes et institutions qui présentent un caractère administratif par leur physionomie et par les fonctions qui sont les leurs. [...]. Ces organes et institutions présentent diverses caractéristiques originales, parmi lesquelles certaines intéressent tout particulièrement le droit administratif. Les administrations nationales sont en général représentées en leur sein, dans des comités réunissant des fonctionnaires nationaux. Des mécanismes de recours y sont souvent prévus, qui évoquent largement les recours administratifs ou juridictionnels des droits administratifs nationaux, et posent le même genre de problèmes qu'eux »[8].

D'autres propositions ont depuis été avancées, comme celle consistant à définir cette construction doctrinale comme un « outil conceptuel permettant d'observer la gouvernance d'institutions globales exerçant une fonction administrative »[9], tout en sachant que « du statut d'outil conceptuel, le droit administratif global candidate à celui d'une véritable discipline juridique »[10]. Aucune définition ne permet donc, à ce jour, d'exposer clairement cet objet juridique[11], la doctrine s'en souciant en réalité peu. En effet, l'activité doctrinale des

---

[4] AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, 2ème éd., Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2010, p. 243.

[5] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems,* vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 15-61.

[6] DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2007-2008 », *op. cit.*, note 3, p. 6.

[7] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative law, 2011, 235 p. Cet ouvrage, traduit de l'italien et préfacé par Philippe COSSALTER, réunit huit articles publiés entre 2005 et 2006. Voir notamment « Le droit administratif global : une introduction », pp. 79-108, dont une première version avait été publiée en 2007 dans la revue *Droit administratif*.

[8] AUBY Jean-Bernard, « Vous avez dit : droit administratif global ? », *DA*, n°5, mai 2007, p. 5. Voir également, pour l'exposé des deux observations relatives à la gouvernance globale fondant le projet de recherche, ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom, « Values in Global Administrative Law : Introduction to the Collection », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 4.

[9] BODEAU-LIVINEC Pierre, DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2009-2010 », *DA*, n°2, février 2012, p. 24.

[10] *Idem*.

[11] L'expression d'« objet juridique » est ici choisie pour sa neutralité, sans altérer son lien direct avec la matière juridique. Nous partageons ici la définition de Michel Troper selon lequel un objet juridique – en l'espèce, la famille – est « un objet construit ou constitué par le droit » (voir TROPER Michel, Intervention lors du séminaire du Haut conseil de la population et de la famille « Du politique et du social dans l'avenir de la famille » tenu à Paris les 6 et 7 février 1990, Paris, La Documentation française, 1992, p. 179, cité par PROST Mario, *Unitas Multiplex. Unités et fragmentations en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 27, note 90, et par MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 182, 1995, p. 11). Dans la double mesure où il est à ce stade trop tôt pour évoquer un phénomène, une notion ou un concept juridique, mais que la recherche porte sur l'émergence de normes de type juridique, le terme d'objet juridique semble, dans l'immédiat, le plus approprié. Il est d'ailleurs fréquemment utilisé par la doctrine pour qualifier des situations, abstractions ou biens dont ni la définition ni le régime juridiques ne sont clairs. Voir par exemple : ROUSSILLE Myriam, « Le *Bitcoin* : objet juridique non

auteurs du *GAL*[12] de la dernière décennie ne s'est pas attachée à cette question. Les publications d'ampleur des auteurs du *GAL*[13] ont ainsi pour beaucoup consisté à compiler des exemples de manifestations de ce droit. Ces travaux présentent ensuite, par analogie, des directions que devraient prendre des organes et institutions pour améliorer leur transparence, leurs procédures de participation, leur responsabilité, favoriser l'ouverture de voies de recours, *etc*.[14] :

> « [l]e GAL se donne pour but d'analyser un ensemble de mécanismes, règles et procédés comparables aux droits administratifs nationaux utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation (ou *Accountability*), au sein d'une structure hybride (le *Global Administrative Space*), composée aussi bien d'organisations internationales que d'acteurs non étatiques »[15].

Les publications majeures systématisent pour ce faire une méthodologie en quatre temps : la doctrine du *GAL* part du constat de (***1***) l'existence dans le champ non étatique[16] d'une situation

identifié », *Banque & Droit*, n°159, janvier-février 2015, pp. 27-31 ; à propos de l'adage en droit administratif, TUOT Thierry, « L'adage dans la jurisprudence : norme ou outil ? », *RFDA*, 2014, spéc. p. 11 ; le Sénat français lui-même a pu consacrer l'utilisation de l'expression dans un rapport : SENAT, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n°404 (2005-2006) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, 138 p. Sur les interactions parfois complexes entre les notions de « concepts de droit » (international, en l'espèce), « être juridique » et « objet juridique », voir SUR Serge, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2013, p. 82.

[12] Les expressions « auteurs du *GAL* » ou « doctrine du *GAL* » désigne, dans cette étude, la doctrine travaillant *sur* le projet de « *Global administrative law* » et s'inscrivant dans l'une des écoles du *GAL* (de Manhattan ou italienne), au premier rang desquels ses concepteurs (voir *supra*, note 5). Sur ces écoles, voir FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 26-27.

[13] Voir cependant l'étude d'ampleur d'Édouard Fromageau *ibid.* et les références citées *supra* notes 3, 6, 9 ou encore *infra* notes 21, 47 ou 210 ; mais les auteurs de ces publications ne s'inscrivent pas tous dans le « courant de pensée » du *GAL* et en sont fréquemment des commentateurs – souvent critiques.

[14] Voir en particulier l'impressionnant *GAL Casebook* : CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, 8 volumes (pour un total d'environ 1500 pages), faisant suite à une édition plus modeste (CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, 246 p.). Pour nuancer, il faut mentionner que plusieurs contributions analysent naturellement les perspectives que la matière ouvre ; voir par exemple BARAK-EREZ Daphne, PEREZ Oren, « Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State », *CILJ*, vol. 46, n°3, 2013, pp. 455-497, ou encore DANN Philipp, ENGELHARDT Marie V., « The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany », *GLJ*, vol. 12, n°7, 2011, pp. 1371-1388.

[15] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 12, p. 1.

[16] Les auteurs du *GAL* sont peu friands de l'expression « supra-étatique » ; pour eux, il ne faut pas raisonner en termes hiérarchiques et uniquement verticaux, mais de manière globale. Ainsi, « while the usual picture of global governance focuses on vertical links – global versus national – the reality of global governance is made up of many horizontal relations, among international agencies and between national governments and agencies » (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Seville, Global Law Press, 2012, p. 35). L'État n'est en ce sens qu'un acteur comme les autres de la gouvernance globale, au même titre qu'une organisation internationale ou un comité d'experts. La base du droit administratif global laisse toutefois penser que ne sont pas inclus dans le projet les milliers de phénomènes administratifs gérés par l'État sous sa juridiction et déjà analysés sous l'angle des droits administratifs nationaux. Ainsi le terme « non-national » semble-t-il le plus

objective (le terrorisme ; internet ; la dégradation de l'environnement ; la corruption ; *etc*.) dont (***2***) la gestion, la lutte contre ou la réponse est maîtrisée par une entité quelconque ou plusieurs d'entre elles agissant individuellement ou de concert (l'État ; un réseau informel d'organes publics ; une société privée ; une organisation internationale ; *etc*). Cette entité prend, dans le cadre de ses fonctions, (***3***) des décisions ayant un impact dans plusieurs ordres juridiques (une réponse sous forme de sanctions directement applicables dans les ordres juridiques étatiques et parfois interétatiques ; une distribution transnationale de noms de domaines internet ayant *de facto* un impact sur chaque individu ; *etc*.). Ces décisions (***4***) répondent, doivent répondre ou devraient répondre, selon le postulat théorique et méthodologique choisi[17], à un impératif de légitimité qui s'épanouit sous la forme de normes juridiques. Ce sont l'émergence et le développement de ces normes[18], quel que soit leur auteur, que la doctrine du *GAL* prétend étudier et, dans sa dimension de *lex ferenda*, promouvoir : le projet constitue en effet un discours prescriptif assumé[19] – à tel point que l'on parle couramment de « promoteurs du *GAL* »[20].

3. ***Déclin du*** **Global administrative law.** L'effervescence doctrinale durant une décennie environ témoigne de l'importance du projet et de l'intérêt qu'il a suscité, notamment outre-

proche de la pensée des fondateurs du *GAL*, incluant à la fois les phénomènes supra-nationaux et les situations se situant à l'échelle infra-nationale, comme les échanges entre administrations spécialisées.

[17] Il est possible de distinguer les énoncés scientifiques, et par extension la doctrine, en fonction de leur vocation : « [u]ne étude à vocation normative (ou évaluative) consiste à évaluer son objet par rapport à des normes. Il s'agit donc de se prononcer par rapport à ce qui devrait être. Au contraire, une étude à vocation constatative (ou explicative, ou encore descriptive) vise à exposer, comprendre ou expliquer ce qui est, sans chercher à déterminer ce qui devrait être. Dans le premier cas, on juge et on prescrit ; dans le second, on établit et on décrit » (CORTEN Olivier, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 34). Nombre d'écrits relatifs au droit administratif global ont une vocation prescriptive, que ne partage pas la présente étude.

[18] La notion de « norme » sera préférée à celle de « règle », en ce qu'elle est plus large et souple ; voir sur ce point DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 2ème ed., Paris, LGDJ, 2013, pp. 17-18. Les deux termes ne sont pas considérés comme synonymes, toutes les normes de droit administratif global n'étant pas « obligatoires » (voir *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1).

[19] Ainsi, « Benedict Kingsbury considère le *GAL* comme un facteur de changement du droit positif existant » (FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 76). Dans le même sens, voir AUBY Jean-Bernard, « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », *in Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 667 ou LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Investment Disputes *Oltre Lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *BCLR*, vol. 59, n°8, 2018, p. 2693 : « *GAL* can be characterized as a descriptive-prescriptive project ». Sur la notion de discours ou projet « prescriptif », voir ROSS Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, p. 11 ou ROSS Alf, *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, pp. 1-8, ainsi que CHAMPEIL-DESPLAT Véronique, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et société*, n°50, 2002/1, pp. 29-42. Sur la dimension intrinsèquement prescriptive de la doctrine, voir BOUDOT Michel, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta – ... – juridiques », *RIEJ*, 2007, vol. 59, n°2007/2, pp. 35-47, spéc. p. 41.

[20] Voir notamment FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 8, 19 ou 26 (spéc. la note 175).

Atlantique. Ce constat, non démenti en France par la publication fin 2012 d'un ouvrage collectif lui étant intégralement consacré[21] puis d'une thèse de doctorat francophone[22], doit toutefois être nuancé par celui d'un foisonnement scientifique en net déclin[23], sans doute faute d'approche de droit positif du sujet et de définition satisfaisante du *GAL* après des années de travail. Comme l'a rappelé récemment un auteur, « questions have been raised as to its lack of dogmatic novelty and of clear analytical boundaries, and the needless use of the fashionable term GAL in many scholarly publications »[24]. Il faut donc admettre que l'intérêt de la communauté scientifique internationale pour le *Global administrative law* tel que pensé par ses concepteurs va déclinant. À l'heure où la doctrine interniste française s'interroge sérieusement sur ses apports potentiels[25], l'engouement des spécialistes de droit international est retombé, y compris chez les acteurs principaux du projet. L'activité du projet porté par l'*Institute for International Law and Justice* semble considérablement réduite, et les publications d'ampleur de la doctrine du *GAL* postérieures à 2015 sont rares[26]. Nombreux sont dorénavant ceux qui affirment, au détour d'une conversation scientifique, « ne pas croire » ou « ne plus croire » en l'existence du droit administratif global en général ou dans le projet scientifique en particulier, de sorte que la réception initiale et globalement positive en Europe[27] s'est essoufflée. De telles positions

[21] BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, n° 28, 2012, 393 p.
[22] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, 275 p.
[23] Voir cependant MORLINO Elisabetta, *Procurement by International Organizations. A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge, CUP, 2019, 524 p.
[24] LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Investment Disputes *Oltre Lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *op. cit.* note 19, p. 2689.
[25] Voir ainsi l'organisation de la Journée d'études de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif sur « La globalisation du droit administratif », le 7 décembre 2018 à l'Université Paris Nanterre – en partenariat toutefois avec le Centre de Recherche sur le Droit public (CRDP), le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) et le Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) dont les Actes sont à paraître à la *RFDA*, ainsi que GAUTIER Marie, « Perspectives internationale et européenne », *in* AFDA, *Les procédures administratives*, Actes du colloque des 5 et 6 juin 2014, Paris, Dalloz, 2015, pp. 67-82. Plus récemment encore, la publication d'un ouvrage consacré aux principes communs de la procédure administrative fait la part belle au *GAL* et confirme cet intérêt croissant, mais tardif, de la doctrine interniste pour ce sujet ; voir GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, 240 p. De manière similaire àla démarche initiée par cette recherche, les auteurs soulèvent en particulier le « besoin d'une approche critique » permettant de « sortir de l'aspect prescriptif du *Global administrative law* pour revenir à une approche comparatiste plus classique » (GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé, « Propos introductifs : quel(s) principe(s) ? Quelle(s) procédure(s) ? Quelle(s) administration(s) ? », *ibid.*, p. 13).
[26] Voir néanmoins CASSESE Sabino (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks on Globalisation and the Law series, 2016, 608 p. Il s'agit toutefois et à nouveau d'une juxtaposition d'exemples succinctement analysés.
[27] Jean-Marc Thouvenin voyait ainsi en 2012, parmi les propositions doctrinales du moment, « trois de ces idées plus brillantes que les autres : la « responsabilité de protéger », la « constitutionnalisation » du droit international, et le « droit administratif global » (THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit*. note 21, p. 327).

n'affectent toutefois que le cadre conceptuel bâti par des auteurs, construction nécessairement critiquable et contestable, et non l'existence objective des phénomènes normatifs identifiés par cette doctrine. C'est pourquoi la question de savoir s'il faut croire ou non au *GAL*, un peu comme l'on débattrait de la question de savoir si l'on croit à la vie après la mort, apparaît sans pertinence pour l'étude, qui s'attachera exclusivement au phénomène juridique tangible. En ce sens, elle implique une redéfinition préalable, et sous l'angle du droit positif, du droit administratif global.

4. ***Plan de l'introduction.*** Cette recherche n'a pas pour objet le droit administratif global, mais la mesure dans laquelle il est possible d'en présenter une théorie des sources. Il ne suffit cependant pas, au regard de la spécificité du sujet, de définir d'abord « les sources » puis « le droit administratif global » avant de préciser l'objet de l'étude et son intérêt[28]. En effet, l'association du « droit administratif global » et des « sources » constitue *a priori* un oxymore puisque le projet prescriptif du *GAL* rejette l'idée de sources[29]. Ainsi, une définition préalable du « droit administratif global », qui constitue le *champ* de la recherche, est indispensable. Par ailleurs et surtout, les contours de ce champ scientifique sont relativement mal définis. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de déterminer ce qui est entendu par « droit administratif global » (**section I**) avant de préciser *l'objet* de la recherche – la détermination de ses sources (**section II**).

SECTION 1. LE CHAMP DE L'ETUDE : LA NOTION DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

5. ***Existence d'un droit administratif global.*** Il est proposé de considérer que les éléments de droit positif[30] analysés par la doctrine du *GAL* peuvent être désignés comme du « droit administratif global », une définition de cette expression devant en conséquence être établie. L'existence du – ou plutôt d'un – droit administratif global est donc postulée ; ce postulat est justifié par le constat de l'émergence concomitante, depuis plusieurs années, de normes aux contenus et aux fonctions similaires, malgré la grande diversité des ordres juridiques au sein desquelles elles naissent. Dans la mesure où toutes, malgré la variété de leurs auteurs, de leur champ matériel et de leurs destinataires, ont pour objet l'encadrement d'une fonction

[28] Ce type d'approche est couramment adoptée dans les études consacrées aux sources d'une branche de droit. Voir, pour un exemple, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, pp. 18 et suivantes.
[29] Voir *supra*, §70.
[30] Sur la notion de « droit positif » retenue, voir *infra*, note 108.

décisionnelle elle-même conditionnée ou générée par la globalisation, une analyse commune semble non seulement possible mais également souhaitable. Aussi ce postulat de l'existence d'un « droit administratif global » comme catégorie susceptible de désigner ces normes est-il assumé. Pour délimiter et définir plus précisément ce champ d'étude pour l'instant embryonnaire, il est nécessaire d'aborder la genèse du *GAL* (**I**). En sera déduit un ensemble de caractéristiques permettant de dégager une *notion* de droit administratif global, c'est-à-dire des éléments d'identification de ce que l'expression désigne dans l'étude proposée (**II**).

I. Le contexte terminologique et doctrinal de l'émergence du droit administratif global

6. ***Terminologie et concurrents doctrinaux.*** « L'acte de naissance »[31] du *GAL* réside dans l'article fondateur des Professeurs Kingsbury, Krisch et Stewart en 2005[32]. S'interroger sur les origines de l'objet « droit administratif global » implique toutefois d'évoquer brièvement le contexte doctrinal ayant mené les auteurs de la *New York University School of Law* à le concevoir formellement. Il sera donc ici question des caractères terminologiques de l'objet envisagé (**A**), puis des principales distinctions doctrinales opérées avec d'autres conceptualisations présentant des éléments de similitudes avec lui (**B**).

A. La terminologie du *Global administrative law*

7. ***Un droit « administratif » et « global ».*** En fondant le *GAL*, ses créateurs se sont appuyés sur des doctrines préexistantes. Tout en notant que « droit administratif global » n'est qu'une traduction littérale du vocable *global administrative law*[33], il conviendra ici d'exposer rapidement le choix des termes « administratif » (1) puis « global » (2) opéré par ses concepteurs – celui de « droit » ne nécessitant pour l'instant pas de développements spécifiques. Il ne s'agit donc pas, à ce stade, de délivrer une définition personnelle, entreprise qui sera conduite *infra*[34], mais d'en présenter les caractéristiques doctrinales.

[31] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 1, note 3.
[32] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5.
[33] La question de la traduction dans la doctrine ne s'est posée, étrangement, que sous l'angle de la distinction entre « mondial » et « global », point qui sera abordé *infra*, §§11-12.
[34] Voir *infra*, §§29 et ss.

1. Un droit « administratif »

8. ***Caractère ignoré.*** Contrairement à ce que l'intitulé de la théorie laisse supposer, le caractère « administratif » ne constitue pas le cœur de l'analyse du *GAL*[35], bien qu'il apparaisse difficile de faire l'économie d'une justification de l'emploi de ce terme. Les auteurs du droit administratif global n'ont en réalité pas réellement justifié l'emploi du terme « administratif » dans leur écrit fondateur. Évoquant l'existence d'« administrative functions »[36] et l'émergence de « news mechanisms of administrative law »[37], les auteurs proposent finalement la définition suivante : « much of global governance can be understood and analyzed as administrative action : rulemaking, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management »[38]. Selon ses concepteurs, la gouvernance globale[39] peut donc être assimilée à de l'action administrative par comparaison avec les détenteurs du pouvoir administratif au niveau étatique. Les règles qui s'imposent à ces détenteurs étant considérées comme du droit administratif dans les États observés par les auteurs, il est considéré par transposition[40] que celles issues de la gouvernance globale relèvent du même phénomène et constituent, dans l'espace global, un droit administratif global.

[35] À l'exception notable de la contribution de Frédéric Rolin lors du colloque du CEDIN précité : ROLIN Frédéric, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law* ?, *op. cit.* note 21, pp. 117-126. Pour sa part, Jacques Ziller estime que l'utilisation du terme « administratif » dans le droit administratif global est justifiée : « [l]'usage du qualificatif de droit administratif est suffisamment diversifié en droit comparé pour que l'on puisse accepter son utilisation » pour le droit administratif global (ZILLER Jacques, « L'usage du qualificatif de droit administratif en droit comparé », *ibid*., p. 138). Il ne s'agit cependant pas des créateurs du *GAL*, qui ne soulèvent globalement pas cette question. Voir cependant, identifiant la problématique sans la résoudre, KINGSBURY Benedict, STEWART Richard B., « Administrative Tibunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law », *in* ELIAS Olufemi (dir.), *The Development of Effectiveness of International Administrative Law. On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 83-84.

[36] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5, p. 16.

[37] *Idem*.

[38] *Ibid*., p. 17.

[39] L'expression a fait l'objet d'un foisonnement doctrinal qu'il n'apparaît pas utile de détailler. Pour une présentation très synthétique mais claire de l'origine et du contenu de la notion, voir ITEN Jean-Louis, « L'organisation intergouvernementale à l'épreuve de la « gouvernance mondiale » », *in* DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, p. 83.

[40] La doctrine est toutefois prudente et consciente de l'impossibilité de transposer des notions ou situations étatiques au niveau global : « Global administrative law cannot be understood as a simple transposition to the global administrative space of the functions performed, let alone of the specific rules and institutional interactions, that have been painstakingly made and remade in the crucibles where national administrative law is produced and refined » (KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/1, *Global Administrative Law Series*, 2009, p. 5).

Cette idée de parenté est confirmée par B. Kingsbury :

> « « [l]e droit administratif, c'est l'exercice du pouvoir au quotidien ». This remark of the French administrative law professor Jean Rivero, quoted to me by the eminent international lawyer Georges Abi-Saab from his memory of Rivero's lectures in Paris […] captures much of what inspired the choice of the term « global administrative law ». We wanted to understand the current roles and future potential of law in channeling and curbing the daily uses of power in global governance, uses we perceive to be increasing very fast »[41].

La doctrine francophone n'est pas plus prolixe et n'évoque que très rarement la question de la nature administrative du droit observé[42]. Dans son développement sur la terminologie du droit administratif global, Jean d'Aspremont n'évoque à aucun moment la notion de droit « administratif », ayant relevé plus tôt que « le droit administratif global doit être pensé et réfléchi en dehors des canevas classiques, toute analogie avec nos conceptions classiques du droit – et notamment celle du droit administratif, étant singulièrement fallacieuse »[43]. Le postulat des auteurs du *GAL* apparaît finalement assez minimaliste : le droit international public et le *GAL* auraient en commun « une dimension administrative »[44]. En effet,

> « [l]'un des préceptes du *GAL* consiste à analyser ces phénomènes sous l'angle administratif dans le but de les organiser et de les encadrer avec l'aide de principes administratifs. [Les écoles doctrinales historiques du droit international administratif et du droit administratif international[45]] sont prises en compte par les concepteurs du *GAL* qui en tirent trois idées : la première consiste à voir la « gouvernance transnationale » comme une forme d'administration, et donc l'application de certains principes pour encadrer son action. Dans un deuxième temps, le *GAL* partage avec les écoles mentionnées plus haut le fait de définir comme étant administrative une branche du droit par l'identification préalable d'une administration. Enfin, le *GAL* repose sur l'idée que l'Administration, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de régulation, doit être encadrée par les principes, principalement, de participation, de transparence et d'*accountability* »[46].

---

[41] KINGSBURY Benedict, PELLET Alain, « Views on the development of a Global Administrative Law », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit*. note 21, p. 13.

[42] Voir cependant DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *ibid*., p. 97.

[43] D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *ibid*., p. 84 ; voir également pp. 87-88 les éléments portant sur la terminologie.

[44] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 5.

[45] Celles-ci feront l'objet d'une rapide synthèse *infra*, §§20-21.

[46] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p.16. Cette présentation de la doctrine est complétée par des développements relatifs à la fonction administrative que constitue la régulation d'une activité, en s'appuyant sur le but, la nature de l'activité régulée et le type d'organe qui exerce l'activité (*ibid*., pp. 46-48). L'auteur constate ensuite que le caractère administratif des normes des administrations globales est déterminé par la doctrine du *GAL* au moyen d'un simple parallèle avec le pouvoir de régulation des autorités administratives nationales (*ibid.*, p. 51).

9. ***Conclusion.*** Il ressort de ces développements deux points. D'abord, le choix du terme « administratif » reste très contestable, dans la mesure où il se fonde sur un seul élément de sa définition générale. La doctrine opère une sorte de transfert sémantique peu convaincant, justifiant le caractère administratif du *GAL* par l'existence d'administrations elles-mêmes peu définies, ou définies par l'existence présentée comme évidente d'une « fonction administrative » de certaines institutions[47], qu'elles soient publiques ou privées. Cela a notamment amené Alain Pellet à écrire qu'il « préfèrerai[t] « droit mondial » ou « droit global » mais sans « administratif » »[48]. En second lieu et malgré la première remarque, il apparaît clairement que le *GAL* s'inscrit dans le contexte doctrinal du droit administratif, spécifiquement des droits américain et, dans une moindre mesure, français, dont la proximité et les points de divergences – théoriques et pratiques – sont pointés par la doctrine[49].

2. Un droit « global »

10. ***Globalisation, droit global et droit cosmopolitique.*** S'interroger sur la notion de droit global implique de trancher un certain nombre de débats préalables, dont les réponses apportées peuvent être considérées comme des prises de position théoriques propres aux auteurs mentionnés. Il s'agira d'abord d'exposer les raisons de l'usage du terme « global » par référence à la globalisation (*a*), puis de distinguer le droit global tel qu'entendu par la doctrine du *GAL* (*b*) du droit cosmopolitique (*c*).

a. Globalisation et mondialisation

[47] Voir par exemple MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, p. 7.
[48] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation, Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, p. 567.
[49] Ainsi B. Kingsbury note-t-il que la conception du « public good » qui guide les autorités internationales publiques est incomparable, par la place qu'elle occupe dans le système international ou global, avec le concept de service public en droit administratif français (KINGSBURY Benedict, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *op. cit.* note 40, p. 11). Voir également, relevant les limites de l'emploi du terme « administrative » dans le projet, KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Second edition, Cambridge, CUP, 2009, pp. 316-317 : « there remains the vexed issue of where exactly those administrative norms stem from. It has been pointed out that administrative law, even in Europe, embodies radically different traditions: the English tend to think of administrative law as controlling government, whereas the French think less in terms of control and more in terms of action: administrative law is the law relating to government ». S'agissant des rapports entre droit administratif américain et droit administratif global, la littérature est conséquente. Voir en particulier et en premier lieu : STEWART Richard B., « U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law ? », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 63-108).

11. ***Un* GAL *lié à la globalisation.*** Le contexte de la naissance du *GAL* ne fait que peu débat chez les auteurs concernés : celui-ci est dû à l'accélération des échanges économiques, humains et, nécessairement, juridiques de par le monde. L'absence de figure étatique supranationale et la concurrence exercée par le secteur privé dans certains domaines d'activités internationales a conduit au développement peu ordonné de normes « administratives », défaut que le projet du *GAL* a pour ambition de contribuer à corriger. Le débat résiduel consiste à savoir si la terminologie la plus adaptée est « mondialisation » ou « globalisation », d'où la naissance d'un débat sémantique sur le droit afférent : est-il « global » ou « mondial » ?

12. ***Débat francophone***. La plupart des auteurs francophones ne font pas la distinction, ou utilisent le terme de globalisation en le justifiant par des considérations pratiques[50], souci compréhensible dans la mesure où le français est probablement l'une des seules langues à traduire le terme anglais de deux manières – et en employant deux racines – différentes[51]. Il faut en effet admettre que *mondialisation* et *globalization* sont des concepts d'économie et de sociologie des relations internationales, plus que des notions juridiques. L'une des distinctions dégagées par la doctrine consiste à montrer que « si la globalisation [est] nécessairement capitaliste, les périodes de mondialisation, elles, ne le sont pas nécessairement. Il y a eu des périodes de mondialisation à des époques non capitalistes et lors desquelles l'Europe était encore un ensemble plus ou moins cohérent »[52]. Il semble par ailleurs que le terme « globalisation » soit d'une manière générale plus adapté pour l'analyse des phénomènes observés dans la présente étude. Le concept de globalisation ne fait ainsi pas que « décrire un processus qui comporte dans son ADN de s'étendre à l'échelle de la planète : ce processus s'étend simultanément à l'ensemble des formes de coordination de l'activité des êtres humains entre eux et avec tout ce qui a une existence réelle ou virtuelle »[53]. Sera par conséquent préférée, avec ces auteurs, la formule « globalisation »[54], et par suite de droit « global » et non

[50] Par exemple : « [n]ous avons choisi d'orienter le débat vers la globalisation et non vers la mondialisation, compte-tenu du terme *globalization* qui sert de référence pour le monde anglo-américain » (MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. p. 47, p. 7).
[51] Voir par exemple sur ce point KOHEN Marcelo, « Internationalisme et Mondialisation », *in* MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 109.
[52] DUFOUR Frédérick Guillaume, ROBITAILLE Michel-Philippe, « Globalisation capitaliste, discipline néolibérale et souveraineté néoconservatrice : retour sur quelques distinctions conceptuelles », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, p. 67.
[53] *Ibid*., p. 53, renvoyant à LACHER Hannes, *Beyond Globalization: Capitalism, Territoriality and the International Relations of Modernity*, New York, Routledge, coll. Studies in Global Political Economy, 2006, 224 p.
[54] Rejoignant d'ailleurs la position d'Alain Pellet interrogé sur la question par Clémentine Bories : « [f]or its part globalization, is a real and observable phenomenon and, if it is true that *ubi societas, ibi jus*, then it can be intuitively accepted that this tangible social reality calls for particular rules, wich could be named a « global law » »

« mondial ». Plus délicate est, justement, la question du droit global, lequel découle et est progressivement formé par la globalisation juridique[55].

b. Conception du droit global dans la doctrine

13. ***Première conception du droit global : un point de vue.*** Benoit Frydman, qui n'est pas un fondateur du *GAL* mais un théoricien du droit global, le définit comme « le droit envisagé d'un point de vue global, et non du point de vue d'un ordre juridique particulier, national, européen ou international »[56]. Il inclut donc « l'ensemble des règles mondiales »[57] sans préjudice de leur origine. Pour Benoit Frydman, c'est naturellement « que les juristes abordent la question du droit global par celle de l'ordre juridique global »[58]. Cette démarche conduit à des difficultés théoriques qui incitent certains auteurs à se démarquer totalement – mais « un peu cavalièrement »[59] – de la notion d'ordre juridique et à penser le droit global – voire le droit – hors de ce cadre. Toujours selon lui, « les phénomènes et les objets que nous observons dans la pratique nous l'imposent »[60]. Tant la dimension logique (l'exigence de cohérence) que politique (l'exigence d'une autorité ou d'un commandement) de la notion d'ordre juridique conduiraient en effet à abandonner cette idée strato-centrée[61] :

> « [a]insi s'ébauche dans le lointain la perspective encore floue d'une théorie élémentaire du droit global, qui ne reposera ni sur un inventaire exhaustif de ses sources, ni sur la construction d'un ordre cohérent complet, mais bien sur la description d'un nombre fini d'éléments simples, dont les combinaisons permettraient de rendre compte de la multiplicité des agencements apparemment anarchiques, incohérents et arbitraires que la réalité place devant nos yeux »[62].

(KINGSBURY Benedict, PELLET Alain, « Views on the development of a Global Administrative Law », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit*. note 21, p. 12).

[55] AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit.* note 4, p. 203.

[56] FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 3. Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, 2012, p. 179.

[57] LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, p. 7.

[58] FRYDMAN Benoit, « Comment penser le droit global ? », *in* CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 22.

[59] *Ibid.,* p. 27.

[60] *Ibid.*, p. 26.

[61] Cette idée conduirait à écarter toute notion de sources du droit, qui dépend de l'ordre juridique, par défaut de pertinence (*idem*).

[62] *Ibid*., p. 48.

Le droit global, qui reste une hypothèse[63], constitue donc selon cette définition non un ensemble cohérent de règles mais un « agrégat composite, un magma de normes venus d'horizons divers, les sources pouvant être publiques, privées ou mixtes »[64]. Autrement dit, il s'agit d'un point de vue du droit volontairement (artificiellement, diront ses détracteurs) déconnecté de la notion d'ordre juridique, et dont l'unité réside dans le fait que toutes les règles observées ont « pour caractéristique d'être profondément affecté[e]s par la mondialisation »[65].

14. ***Seconde conception du droit global : un pont entre ordre juridiques.*** S'agissant du *GAL*, l'utilisation du terme « global », et non plus « international », entend « montrer que le droit administratif global doit se penser indépendamment de la césure classique entre ordres juridiques, et notamment entre l'ordre juridique international, les ordres juridiques des organisations internationales et les ordres juridiques internes »[66]. Si la doctrine du *GAL* ne définit pas précisément le sens qu'elle confère à l'expression « global », certains indices invitent à penser que sa conception diverge de la position de Benoit Frydman. Le principal indicateur réside dans le fait que les auteurs du *GAL* adoptent une position « néo-moniste »[67] dans l'analyse des rapports entre droit international et droit administratif global :

> « le GAL apparaît à la fois comme plus large et plus restreint que le droit international public. Il semble plus large dans la mesure où est prise en compte l'activité régulatrice des agences nationales. Une approche prenant appui sur une vision dualiste du droit international public aura tendance à occulter ces phénomènes, puisque prenant place en dehors de l'ordre juridique international. Le GAL semble, aussi, plus restreint que le droit international public dans la mesure où il ne s'intéresse qu'aux phénomènes de régulation »[68].

Selon cette vision, le droit global – indépendamment de la question des phénomènes observés – consiste à « mettre à mal la dichotomie traditionnelle entre le niveau national et le niveau international »[69], sans pour autant constituer un ordre juridique dans la conception de l'école de Manhattan[70]. Bien que cette conception soit différente de celle évoquée par Benoit Frydman,

---

[63] FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? *op. cit.* note 56, p. 179.
[64] RACINE Jean-Baptiste, « Approches de droit global », *JDI*, n°3/2019, p. 670.
[65] FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? *op. cit.* note 56, p. 180.
[66] D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit*. note 43, p. 88.
[67] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 18.
[68] *Idem*.
[69] *Ibid*., p. 17.
[70] Il convient cependant de noter que l'école italienne, et spécifiquement Sabino Cassese, semble affirmer l'existence d'un ordre juridique global en droit positif, sans le démontrer toutefois ; voir notamment CASSESE

les conséquences des deux positions semblent être similaires : le droit global demeure une *manière d'observer le phénomène juridique*, soit en abandonnant l'idée d'ordre juridique, soit en écartant certaines conséquences de son existence en incluant indifféremment des normes provenant de plusieurs d'entre eux.

15. ***Contradiction***. C'est à ce stade qu'une problématique terminologique majeure apparaît, dont une première trace a pu être décelée dans la critique d'Alain Pellet *supra*[71]. Si le droit global n'existe qu'en dehors de l'ordre juridique et/ou n'est qu'une manière d'observer le phénomène juridique, il est difficile d'envisager un droit global qui présenterait des caractéristiques *administratives*, quand bien même le terme se bornerait à qualifier l'encadrement de l'exercice du pouvoir. L'exercice du pouvoir ne pouvant être limité ou encadré que dans le cadre d'un ordre juridique, aussi primitif soit-il, et non de manière abstraite, une telle juxtaposition paraît théoriquement maladroite. Quatre solutions s'offrent dès lors à l'observateur. Soit il convient d'abandonner toute idée de « *global administrative law* », l'expression n'ayant finalement pas de sens théoriquement acceptable. Soit il faut se contenter d'évoquer un droit global en évitant le terme « administratif », ou de lui conférer un sens totalement nouveau. Une alternative proche, adoptée par la majorité de la doctrine américaine, consiste à conserver l'expression « *global administrative law* » en ignorant purement et simplement les problématiques liées au sens des termes employés, arguant au besoin de la dimension prospective du projet pour souligner le peu d'intérêt pratique du questionnement. C'est ainsi que les concepteurs du *GAL* admettent faire référence à un droit « global » dans le seul but de dépasser l'approche trop étroite du droit international[72]. Une telle approche demeure intéressante en ce qu'elle est justement prospective ; elle ne permet toutefois pas de construire un outil d'explication de phénomènes dits « administratifs » au niveau supra-étatique. Le droit administratif global n'apporte, dans ce cas, aucune plus-value à l'analyse scientifique de l'étude envisagée. Soit, troisièmement, cette définition – souvent embryonnaire dans la doctrine du *GAL* – du « droit global », qui demeure elle aussi une proposition doctrinale, est rejetée pour accepter l'éventualité selon laquelle il pourrait exister un ordre juridique global – fût-il bien différent des ordres juridiques international, nationaux et transnationaux par sa forme comme par sa nature. Or, dans la double mesure, d'une part, où rien ne démontre objectivement que le

Sabino, « Le droit administratif global : une introduction », reproduit *in* CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit*. note 7, p. 86. Ce point est analysé *infra*, §§526 et ss.

[71] Voir *supra*, note 48.

[72] Voir, en ce sens, LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, p. 273.

droit global ne peut pas être pensé – et observé – hors du cadre de l'ordre juridique, et, d'autre part, où certains auteurs affirment l'existence d'un ordre juridique global[73], il ne sera tiré aucune conclusion hâtive sur ce point : la doctrine du *GAL* apparaît contradictoire, du fait de l'existence de plusieurs écoles distinctes. Dans l'hypothèse où l'idée de droit global pourrait être liée à celle d'ordre juridique, et où un ordre juridique global pourrait en conséquence exister, la pertinence du « droit global » se trouverait néanmoins remise en cause. Si l'objet visé perd sa seule caractéristique – la déconnexion de toute idée d'ordre juridique – il est en effet possible de conclure qu'il n'existe plus, ou du moins plus de manière autonome.

16. ***Conclusion.*** Il ressort bien de la lecture de la doctrine du droit global comme de celle du *GAL* qu'il n'y a pas de consensus sur ce qu'est le droit global. Cette dernière doctrine ne s'est pas réellement emparée de ce sujet, considérant tacitement que le terme est suffisamment large et imprécis pour « englober » un maximum de phénomènes et de situations ; en témoigne la diversité des cas analysés sous l'angle du *GAL* dans les *Casebooks*[74].

c. Droit global et droit cosmopolitique

17. ***Le droit cosmopolitique : un ensemble de principes philosophiques.*** La doctrine s'intéressant au droit global ou à l'évolution du droit dans le contexte de la globalisation évoque parfois un « droit cosmopolitique » proche du droit global, hérité de Kant puis d'Habermas[75]. Ainsi, le « droit cosmopolitique ou droit des citoyens du monde (*Weltbürgerrecht*) est la troisième sphère du droit public que Kant ajoute à celles de droit constitutionnel et de droit international »[76]. Malgré une parenté notionnelle claire et envisagée par les concepteurs du *GAL*[77], la notion de droit cosmopolitique reste attachée la philosophie et à la sociologie. Comme le note un auteur,

---

[73] Voir *supra*, note 70. L'expression de « *global order* » est également utilisée par les initiateurs du droit administratif global, sans qu'il soit réellement possible de déterminer s'ils l'entendent comme synonyme d'ordre juridique global ou d'espace global (voir par exemple KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 40, p. 38).
[74] Voir *supra*, note 14.
[75] Voir par exemple CHEVALLIER Jacques, « État de droit et relations internationales », *AFRI*, vol. VII, 2006, pp. 6-7 ; THOMAS-FOGIEL Isabelle, « Fichte ou l'impossibilité théorique d'un « droit à l'ingérence » », *Droits*, n°57, 2013/01, p. 31).
[76] ZOLLER Élisabeth, « Le droit cosmopolitique, droit de la « Fédération des États libres » du monde. Une mise en perspective fédérale », *in* DE FROUVILLE Olivier (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, p. 297.
[77] KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 99, 2005, pp. 152-153.

> « en droit cosmopolitique, les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont « préséance » sur tous les autres types de normes, ce qui semble les doter d'effets directs sous peine de sanction. Or rien de tel n'est prévu, ni même envisagé, en droit global »[78].

Le droit cosmopolitique se présente ainsi comme un ensemble de principes philosophiques basé sur une conception humaniste de la société mondiale et pouvant guider l'application ou la création du droit ; s'il peut être considéré comme « le grand chantier du droit international au XXIè siècle »[79], il ne constitue pour l'instant qu'un paradigme et un cadre de lecture du droit international aux reflets de droit naturel. L'exposé des sujets du droit cosmopolitique en est une preuve manifeste :

> « [l]es États sont donc des sujets du droit cosmopolitique ; ils en sont même peut-être bien les premiers. Le résultat le plus clair de cette nécessité est que le droit cosmopolitique est du droit international ; il en fait partie ; il est de la même essence, sans être pourtant du droit international classique. À quoi tient la différence ? La réponse tient au paradigme qui les gouverne respectivement »[80].

18. ***Conclusion.*** Il existe donc une différence de nature entre le droit cosmopolitique et le droit global, qui tient en réalité à l'endroit où le curseur est placé : d'un côté, au sein du droit international public avec une volonté de recentrer la société mondiale autour de l'individu ; de l'autre, à l'extérieur de l'ordre juridique international[81]. Rapportée au droit administratif global, la remarque est similaire : grille de lecture sociologique, philosophique, voire juridique de son émergence[82], le droit cosmopolitique n'est pas considéré comme un concurrent doctrinal du droit administratif global.

B. Les distinctions entre le *GAL* et les constructions doctrinales proches

[78] GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *RQDI*, vol 26-2, 2008, p. 235.

[79] ZOLLER Élisabeth, « Le droit cosmopolitique, droit de la « Fédération des États libres » du monde. Une mise en perspective fédérale », *op. cit.* note 76, p. 309.

[80] *Ibid*., p. 304. Voir *contra*, GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit*. note 78, p. 235. Selon ce dernier auteur, « pour ce qui est des sujets de droit, le droit administratif global semble être plus englobant que le droit cosmopolitique », en ce que le droit cosmopolitique n'aurait pour sujets que les individus alors que le droit administratif global, et le droit global en général, comprendraient aussi les personnes morales. Cette vision paraît attachée à une lecture stricte de la doctrine kantienne, contrairement à celle d'É. Zoller, plus actuelle et aboutie.

[81] *Contra*, voir RACINE Jean-Baptiste, « Approches de droit global », *op. cit.* note 64, pp. 678-679, qui considère qu'il « serait possible de faire de fines distinctions entre droit global, droit universel, droit mondial et droit cosmopolitique. Cependant, selon nous, il n'y a pas lieu d'entrer dans de telles subtilités. Le globe, l'univers, le monde ou le cosmos renvoient aux mêmes réalités. […] Nous préférons l'expression de droit global, car c'est elle qui a tendance aujourd'hui à s'imposer dans le discours juridique. […] Pour le reste, nous tenons les quatre expressions employées de droit global, de droit universel, de droit mondial et de droit cosmopolitique pour équivalentes, même si la subtilité pourrait conduire à des nuances et distinctions » (p. 679).

[82] L'on parle même de « lien de filiation » entre droit cosmopolite et droit administratif global : GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit*. note 78, pp. 222 et 230.

19. ***Ancêtres et concurrents modernes.*** Le droit administratif global n'est pas la première tentative d'explication de phénomènes administratifs au-delà de l'État. Ainsi est-il devenu de coutume, dans la doctrine, de distinguer le droit administratif global d'autres objets proches, qui ont pu être conceptualisés dans le passé (1) ou plus récemment, se posant alors en concurrents doctrinaux (2).

1. Droit administratif international et droit international administratif, deux ancêtres doctrinaux du droit administratif global

20. **GAL *et droit administratif international.*** Le *GAL* se distingue tout d'abord du droit administratif international, en ce que ce dernier est constitué des actes administratifs internes présentant un caractère d'extranéité. Tout comme le droit pénal international se distingue du droit international pénal en ce que le premier relève du droit interne et le second désigne une branche du droit international, le droit administratif international, défini en 1930 comme « [l']activité extérieure de caractère juridique »[83] des États, concerne notamment les relations entre un État et ses administrés résidant sur le territoire d'un État tiers.

21. **GAL *et droit international administratif.*** Le *GAL* se distingue ensuite du droit international administratif, « discipline juridique qui ressemble fort au droit administratif »[84] sans en relever pourtant. À l'heure actuelle, il est loisible de considérer que ce dernier désigne l'ensemble des règles et procédures relatives au fonctionnement des organisations internationales et à la fonction publique internationale[85]. Toutefois, l'acception du droit international administratif a évolué, et on ne peut que constater que la théorie du droit administratif global présente une forme de « parenté »[86] avec celui-ci. Paul Negulesco relève en 1935 que « la communauté internationale a des services publics dotés d'une compétence

[83] GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, vol. 34, 1930, p. 8.
[84] NÉGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, p. 612.
[85] L'entrée « droit administratif international » du manuel des professeurs Daillier, Forteau et Pellet renvoie pourtant à des développements sur le statut des agents internationaux, ce qui démontre d'une part la difficulté à distinguer clairement ces matières, d'autre part le manque de consensus de la doctrine sur ces questions. Voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, pp. 1503 (index alphabétique) et 696 et ss.
[86] AUBY Jean-Bernard, « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », *op. cit*. note 3, p. 1. Voir aussi BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *op. cit*. note 21, p. 45 : « [le] droit administratif global s'inscrit expressément dans la continuité de ces différents précédents, tout en proposant de rénover la perspective pour l'élargir ».

spéciale et déterminée, mais elle possède aussi un organe à compétence générale, la Société des Nations ; qui exerce un certain droit de commandement [...] »[87] puisque « tous ces services publics internationaux interviennent vis-à-vis des États, afin de développer la coopération entre ceux-ci, de coordonner les activités de leurs services qui ont une portée internationale [...] »[88]. C'est sur ce dernier point que le droit administratif global diffère, du fait de sa contemporanéité, de l'ancienne théorie du droit international administratif : il n'est pas centré sur les organisations internationales, ni sur les États ; il est au contraire polycentrique.

22. ***Mobilisation de ces théories par la doctrine du* GAL**. Ces deux distinctions sont devenues des classiques dans la doctrine du *GAL*, spécifiquement lorsqu'il est question de présenter le projet. La doctrine francophone relative au droit administratif global est d'ailleurs abondante à leur propos[89]. Il est néanmoins intéressant de relever que le *GAL* entend s'inscrire dans une forme de continuité doctrinale avec des constructions fondées sur une définition claire du droit administratif en cause. Le fait que tel ne soit pas le cas du *GAL* s'explique peut-être par le fait que la revendication de cette continuité doctrinale, dont la globalisation appellerait l'adaptation, paraît essentiellement analogique et non téléologique ni même chronologique.

2. Les concurrents doctrinaux du droit administratif global

23. ***Constitutionnalisme global et exercice international de l'autorité publique***. Parmi un indéniable foisonnement doctrinal, deux propositions retiennent particulièrement l'attention lorsqu'il est question de droit administratif global[90]. L'une réside dans le projet de « constitutionnalisme global » avancé par la doctrine européenne (a) ; l'autre, proche, a été initiée par l'école dite de l'autorité publique (b). Il convient d'exposer les principaux traits de

[87] NEGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *op. cit.* note 84, p. 612.
[88] *Ibid.*, p. 613. L'idée de service public international renvoie inévitablement à la contribution de Charles Chaumont à ce propos, qui définissait ses missions comme « toute activité internationale ayant pour but de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général » (CHAUMONT Charles, « Perspective d'une théorie du Service public à l'usage du droit international contemporain », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1950, pp. 115-178 ; la citation est extraite de la p. 123).
[89] Voir, notamment, BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit.* note 21, pp. 45-51. L'exposé qui suit est partiellement tiré de cette référence.
[90] La doctrine s'intéressant à la genèse du *GAL* fait également, parfois, référence au projet *Informal International Lawmaking* (ou IN-LAW) ; voir LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 72, pp. 285-287, ou encore D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit*. note 43, p. 86. Sur le projet lui-même, voir BERMAN Ayelet, DUQUET Sanderijn, PAUWELYN Joost, WESSEL Ramses A., WOUTERS Jan (dir.), *Informal International Lawmaking : Case Studies*, The Hague, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, 537 p.

ces doctrines, mais surtout les raisons qui ont conduit à se positionner dans le champ du droit administratif global plutôt que dans le leur.

a. Le constitutionnalisme global : un projet intégralement prescriptif

24. ***Prémices communes.*** Le constitutionnalisme global, dont la principale thèse « consiste à séparer le concept de constitution du concept d'État »[91] est un « effort conceptuel et théorique de grande ampleur en vue d'affronter la manière dont nous sommes aujourd'hui gouvernés globalement, et pour appréhender des thèmes tels que la construction progressive de notre société globale à venir, la manière dont le pouvoir y est exercé, fonctionne, se trouve limité, les fins auxquelles ce pouvoir est utilisé, etc. »[92]. L'idée peut être ainsi résumée :

> « [l]e « constitutionnalisme » est un programme politique et juridique avec une dimension substantielle et non seulement formelle. C'est en ce sens que les constitutionnalistes revendiquent l'alignement du droit sur le droit constitutionnel, en comprenant non pas ce dernier comme reposant sur un quelconque acte juridique, mais bien plus sur un contenu spécifique et un ensemble de principes fondamentaux tels que le *rule of law*, la séparation des pouvoirs (ou le système de *checks and balances*), la protection des droits de l'homme et la démocratie. […] Depuis peu, le constitutionnalisme, en tant que revendication juridique et politique se transformant par conséquent en un projet scientifique et pratique, a été introduit dans les relations internationales et dans le droit international public sous le terme « constitutionnalisme global ». […] Le constitutionnalisme est ainsi « global » au sens de la prise en compte des intérêts et des préoccupations de chacun au sein de cultures et de contextes économiques différents, mais aussi au sens d'une orientation vers des principes de droit (même minimalistes) universellement reconnus »[93].

Projet scientifique non normatif, le constitutionnalisme global est un « fait linguistique »[94] particulièrement critiqué par la doctrine, qui considère parfois que « le discours constitutionnel

---

[91] TUSSEAU Guillaume, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *in* CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit*. note 58, p. 184.
[92] *Idem*.
[93] PETERS Anne, « Introduction », *in* PETERS Anne, DEVERS Manuel, THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, ZBINDEN Patrizia (dir.), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global / Actors in the age of global constitutionalism*, Paris, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 35, 2014, pp. 21-22.
[94] TUSSEAU Guillaume, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *op. cit.* note 91, p. 187. Voir également TUSSEAU Guillaume, « Éligible...mais frappé par une incompatibilité en cas d'élection ; le droit électoral aux prises avec le constitutionnalisme multiniveaux », *RFDA*, Chronique de jurisprudence, Droit administratif et droit constitutionnel, 2012, n°3, p. 540 et TUSSEAU Guillaume, « Plaidoyer

global relève davantage de la manipulation ou du pur jeu de mots que de l'analyse objective »[95]. Le projet partage néanmoins les mêmes prémices que le *GAL*, ce qui a amené les auteurs tenants des deux écoles à débattre de leurs approches respectives ; il en ressort essentiellement que la vision holistique du constitutionnalisme global est moins adaptée à l'étude académique juridique que le *GAL*[96]. Il convient donc de ne pas mésestimer l'importance théorique de l'approche constitutionnelle dans la fondation du projet. En particulier, Benedict Kingsbury semblait, quelques années avant la publication des premiers travaux sur le *GAL*, plutôt réceptif à la théorie du constitutionnalisme international, qui lui semblait pouvoir constituer un cadre d'analyse satisfaisant de phénomènes normatifs qu'il étudiera plus tard sous l'angle du *GAL*[97].

25. ***Choix d'écarter le constitutionnalisme global.*** La présente étude ne se plaçant ni sur le plan prescriptif, ni principalement dans le champ de la philosophie du droit auquel le constitutionnalisme global mène inévitablement, il n'apparaît pas pertinent de retenir ce dernier comme cadre de pensée initial. Toutefois, il faut reconnaître que le *global administrative law* et le constitutionnalisme global étudient des réalités objectivement proches et que leur plus grande différence est de type méthodologique. Les travaux doctrinaux relatifs au constitutionnalisme global peuvent dès lors, et dans cette mesure, constituer des matériaux de recherche pertinents pour l'étude, sans pour autant que cette grille de lecture soit adoptée.

b. L'exercice international de l'autorité publique : une approche complémentaire

26. ***L'école de l'autorité publique.*** Une proposition doctrinale proche du droit administratif global a fait son apparition à Heidelberg, laquelle s'attache à étudier l'encadrement de l'exercice de l'autorité publique au niveau international. Dans l'ouvrage de référence sur la question, publié en 2010, les auteurs expliquent :

> « [w]e argue that any kind of governance activity by international institutions, be it administrative or intergovernmental, should be considered as an exercise of international public authority if it determines individuals, private associations, enterprises, states, or

pour le droit processuel constitutionnel », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué,* 2012, nº. 4, p. 585.

[95] MUIR-WATT Horatia, TUSSEAU Guillaume, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *in* BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 213.

[96] Voir sur ce point LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 72, pp. 282-284.

[97] Voir notamment KINGSBURY Benedict, « First Amendment Liberalism as Global Legal Architecture: Ascriptive Groups and the Problems of the Liberal NGO Model of International Civil Society », *CJIL*, vol. 3, n°1, 2002, pp. 183-196, spec. pp. 194-195.

> other public institutions. We believe that this concept enables the identification of all those governance phenomena which public lawyers should study […]. Proposing this concept means complementing the concept of global governance with a concept more appropriate for legal analysis and the development of legal standards for legitimate governance. On a more general level, this concept should contribute to a deeper understanding of the historic transformation underlying the concept of global governance »[98].

Ce projet de recherche ne s'inscrit en réalité pas comme un concurrent direct et inconciliable avec le droit administratif global. Il a finalement vocation, en s'inspirant des différentes propositions doctrinales existantes à propos des mêmes phénomènes, à opérer une conciliation entre elles. Cumulant la doctrine du constitutionnalisme global, du droit administratif global et du droit institutionnel des organisations internationales, ce projet novateur vise à remédier à leurs lacunes.

27. ***Rapports avec le* GAL.** Les promoteurs du projet d'Heidelberg avancent l'imprécision du droit administratif global, qui serait porteur de confusions, tout en le considérant comme une base d'analyse[99]. La principale critique formulée au *GAL* est ainsi la suivante :

> « [a]gain, this does not advocate drawing all too simple "domestic analogies": the differences between domestic institutions and international institutions are too important. Precisely for that reason, our approach differs from that of global administrative law as we conceive it as too "global": it risks to efface or to blur distinctions essential to the construction, evaluation and application of norms concerning public authority. Put differently, we wonder what would be the overarching legal basis of a global administrative law. Would it be general principles? Or would it have a status of its own, above positive law? The notion of global administrative law implies a fusion of domestic administrative and international law that does not give consideration to the fact that international legal norms and internal norms possess a categorically different "input legitimacy": state consent versus popular sovereignty, according to the classical understanding. A global approach thus glosses over and threatens to obscure this fundamental difference »[100].

---

[98] VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *in* VON BOGDANDY Armin, WOLFRUM Rüdiger, VON BERNSTORFF Jochen, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg Dordrecht London New York, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, p. 5. Cet extrait est issu d'un article initialement publié dans le *German Law Journal* : VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *GLJ*, vol. 9 (2008), pp. 1375-1400.

[99] D'ailleurs, certains éminents auteurs du droit administratif global ont été conviés à participer à l'ouvrage susmentionné. Voir notamment CASSESE Sabino, « Is there a Global administrative Law ? », *ibid.*, pp. 761-776).

[100] VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *op. cit.* note 98, pp. 25-26.

Si la critique est parfaitement recevable, la vision selon laquelle le droit administratif global implique une « fusion » des droits nationaux et international semble quelque peu caricaturale, d'autant que l'une des principales difficultés théoriques affirmée par la doctrine du *GAL* réside justement dans l'impossibilité, tant du fait de la diversité des premiers que de la structure systémique du second, de transposer les droits administratifs internes au niveau international – ou global, selon l'approche retenue. Il est néanmoins exact que la doctrine du *GAL* ne fait généralement pas de distinction quant à la source de la légitimité, qu'elle soit interne ou internationale, ce qui est particulièrement critiqué par les tenants de l'école de l'autorité publique[101].

28. ***Réponse aux critiques.*** Il ressort de ces éléments que la plus profonde divergence réside dans la remise en cause, par l'école d'Heidelberg, de la méthode première de la doctrine du *GAL*, à savoir le raisonnement par analogie. Si celui-ci doit être manié avec la plus grande précaution, il n'est pour autant pas absent des méthodes tant de la doctrine, qui y recourt fréquemment en droit interne, comparé comme international, que du juge interne[102] et international[103]. À l'exception des cas où un instrument conventionnel l'interdit[104], ce type de raisonnement est même commun en droit international, spécifiquement lorsqu'il s'agit d'appréhender un phénomène nouveau[105]. Il apparaît donc que la méfiance de l'école de l'autorité publique ne doit pas constituer un obstacle à toute réflexion sur le droit administratif

[101] Dans le même sens, voir LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 72, pp. 280-281.
[102] Parmi de nombreux exemples, il est loisible de citer celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en droit interne français. En jugeant, s'agissant de la condition de nouveauté de la question soumise, qu'« une QPC ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel » (Conseil constitutionnel, Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009*, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Considérant n°21), le Conseil prévoit clairement la possibilité de déclarer une question non nouvelle si un raisonnement par analogie permet au juge du fond d'appliquer une solution jurisprudentielle constitutionnelle préexistante. Le juge administratif français use lui aussi du raisonnement par analogie, par exemple en constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition qui n'a pourtant pas été examinée par le Conseil constitutionnel lorsqu'elle est identique à une disposition censurée par le juge constitutionnel (CE, 16 janvier 2015, n° 386031, *Société Métropole Télévision*).
[103] Ce raisonnement est même envisagé par l'article 38 §1 c) du Statut de la CIJ, comme le rappelle le juge Tanaka dans son opinion dissidente (CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain* (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, opinion dissidente du juge Tanaka, *CIJ Recueil 1966*, p. 296). Voir également CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 11ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2012, pp. 69-70, p. 334.
[104] C'est par exemple le cas de l'article 22.2 du Statut de Rome, qui dispose que « [l]a définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ».
[105] Par exemple dans le cas d'Internet, pour la régulation duquel le raisonnement par analogie est indispensable ; LAGRANGE Philippe, « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'internet à un droit international du cyberespace ? », *in* SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014*,* spéc. pp. 69 et ss.

global, mais plutôt inspirer la prudence dans la construction du raisonnement analogique. Par ailleurs, cette méfiance rappelle que le *GAL* est un *projet prescriptif*, et non de droit positif[106].

II. La notion de droit administratif global retenue comme champ de l'étude

29. ***Construction et contenu de la notion.*** L'exposé qui précède montre qu'en l'état, le projet du *GAL* ne constitue pas un ensemble identifié de normes dont il serait possible de déterminer les sources. Au contraire, l'accent mis sur son volet prescriptif[107], notamment lorsque ses concepteurs sont critiqués quant au manque de fondements ou d'assise théorique du *GAL*, tend à décrédibiliser l'hypothèse de la découverte de normes positives, c'est-à-dire existantes en droit positif[108] ; celles-ci sont pourtant recensées par la doctrine. Dès lors, il apparaît pertinent d'écarter de l'étude les éléments prescriptifs du projet pour ne conserver que les éléments permettant de dégager les bases d'une catégorie de règles qu'il serait acceptable, en droit positif, de qualifier de « droit administratif global ». Sur la base des éléments positifs dégagés par la doctrine du *GAL*, il est ainsi possible de construire une notion de droit administratif global (**A**) dont le contenu normatif servira de socle à l'étude (**B**).

A. La notion retenue de « droit administratif global »

30. ***Position du problème.*** Sur la base d'écrits doctrinaux récents dont on a contesté certains aspects terminologiques et méthodologiques, puis constaté qu'ils ne pouvaient servir de champ d'étude en l'état, il s'agit dorénavant de dégager des éléments de droit positif constituant le matériau d'une étude sur leurs sources. La méthodologie juridique classique est de peu de secours face à telle tentative, dans le sens où elle consiste généralement à partir des *sources* pour identifier les normes en vigueur – tandis que l'inverse est ici entrepris. La démarche peut susciter scepticisme voire rejet : ne s'agit-il pas, finalement, de sélectionner ce qui nous convient dans la théorie du *GAL* pour construire à partir de ces éléments une nouvelle théorie ?

---

[106] Sur la notion de « droit positif » retenue, voir *infra*, note 108.

[107] Voir sur ce point *supra*, §2.

[108] La définition du droit positif est assurément malaisée en droit international, comme l'a amplement démontré Roberto Ago dès les années 1950 (ROBERTO Ago, « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 14-62). La doctrine contemporaine semble s'accorder pour y voir le « droit en vigueur », sans référence à ses sources, à sa validité à ou son effectivité, mais des sens différents peuvent être donnés à cette expression (*ibid*., p. 43 et pp. 60-62 ; voir également, sous l'angle du *GAL*, FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 68-76). Sans prétendre arbitrer cette délicate question, l'accent peut être mis sur la distinction entre le droit positif entendu comme le droit *tel qu'il est* et le droit *prescrit*, c'est-à-dire le droit tel que l'observateur suggère qu'il devrait ou pourrait être.

Le raisonnement ne s'expose-t-il pas à une inévitable circularité, ses conclusions étant prédéterminées par des choix arbitraires mais conscients ? Il faut d'abord s'accommoder de ce que ces écueils ne sont pas totalement surmontables. La définition d'un droit – voire *du* droit – est une construction intellectuelle reflétant nécessairement la conception de son auteur, de sorte qu'il n'existe aucune définition parfaitement *objective* d'un droit, ni de ses sources[109]. Pour tenter d'échapper à ces critiques tout en admettant qu'elles sont inhérentes à toute recherche juridique, il est proposé d'adopter une méthode que nous considérons comme la plus « objective » possible. Afin de ne conserver que les éléments considérés comme de droit « positif », il convient ainsi, au préalable, d'écarter le cadre conceptuel prescriptif du *GAL* (1). Une fois cette nécessité admise, la méthode consistera d'abord à identifier, au sein des écrits doctrinaux relatifs au *GAL*, ce qui relève du droit positif. Dans un second temps, il s'agira par un raisonnement inductif « classiquement utilisé par la doctrine pour construire les catégories juridiques »[110] de tenter de dégager, à partir de ces éléments, les caractères généraux du droit administratif global en droit positif (2).

1. La nécessité de s'affranchir du cadre conceptuel du *GAL*

31. ***Possibilité d'analyser le* GAL *sous l'angle du droit positif.*** La principale difficulté de l'étude, qui transparaît de ce qui précède, est la définition du droit administratif global. L'absence de notion juridique en droit positif ne facilite pas la tâche : ni les droits internes, ni le droit international ne reconnaissent pour l'instant l'existence d'une catégorie juridique dénommée « *GAL* » ou « droit administratif global », laquelle pourrait constituer un indice ou une base de recherche. Par ailleurs, les deux écoles de la doctrine du *GAL* ne s'accordent pas sur la question. En effet, « [s]i Benedict Kingsbury considère le *GAL* comme un facteur de changement du droit positif existant, Sabino Cassese comprend plutôt le *GAL* comme un exemple d'un droit positif global en émergence »[111]. Les phénomènes observés sont, au choix,

[109] Voir sur ce point JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », *RTDCiv*, n°4, 2017, pp. 775-782 et, adoptant le même parti pris, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 31.

[110] RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation : Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012,

[111] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 76. Voir également FROMAGEAU Édouard, « The concept of positive law in global administrative law: A glance at the manhattan and italian schools », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 121-132, expliquant ces différences par des motifs essentiellement culturels, ainsi que la critique de MONIZ LOPES Predro, « Are we positive about positive law in a global sphere? A comment on Edouard Fromageau's « The concept of positive law in global administrative law » », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 133-143.

considérés en droit positif comme du non-droit, du droit international public ou privé, du droit administratif international, du droit international administratif ou encore du droit transnational[112]. Il faut donc se contenter de la doctrine, qui servira de base par défaut ; une telle démarche, sans doute critiquable, n'est pour autant pas totalement iconoclaste[113]. Il apparaît cependant que la doctrine est d'une part non unanime, d'autre part souvent imprécise quant au volet positif du projet du *GAL*. Comme le rappelle Édouard Fromageau, cherchant à déterminer si le *GAL* peut être qualifié de système juridique, il est « commun de voir décrit le *GAL* comme un « objet juridique émergeant ». Il est cependant moins commun de voir qualifiée la forme juridique sous laquelle ce *GAL* apparaîtra une fois émergé »[114]. L'auteur ajoute qu'il « n'existe pas de réponse claire et unanime à ce sujet »[115]. La démarche la plus aboutie, à cet égard, semble être celle consistant à le définir comme

> « comprenant les mécanismes, principes, pratiques, et arrangements sociaux […] qui promeuvent ou ont une incidence sur l'*accountability*, c'est-à-dire sur l'obligation de rendre des comptes, des organes administratifs internationaux, en particulier en garantissant qu'ils se conforment à des normes adéquates en matière de transparence, participation, motivation et légalité des décisions, et en fournissant un recours effectif face aux règles et décisions qu'ils émettent »[116].

Sous l'angle positif et sans préjudice de la définition des « organes administratifs internationaux », cette définition est dans l'ensemble peu satisfaisante. Elle exprime, principalement, une confusion entre les normes primaires et les normes secondaires en cause : ne relèveraient du *GAL* que les normes *ayant une incidence* sur une série de principes, donc le *GAL* ne serait constitué que de normes secondaires. En outre, l'inclusion d'un critère qualitatif par la mention de l'« adéquation » des normes à un référentiel indéfini – mais manifestement déterminé de manière axiologique – renvoie à une appréciation subjective du *GAL*, sans aucun doute liée à la dimension prospective du projet. Cette frilosité doctrinale, volontaire ou non, à définir précisément le *GAL* sous sa forme positive incite à faire des choix.

---

[112] Sur ce terme et son utilisation, voir *infra*, §35.

[113] C'est, par exemple, la méthode utilisée par Thomas Perroud pour déterminer la notion juridique d'autorité de régulation. Voir PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, notamment pp. 59-70.

[114] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 19, citant KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5, p. 15.

[115] *Idem*.

[116] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5, p. 17. Cette traduction française par Aline LEMOINE est issue de l'ouvrage collectif de BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law* ?, *op. cit.* note 21, p. 337.

32. ***Nécessité d'une (re)définition du droit administratif global.*** Le *GAL* apparaît comme un outil scientifique développé pour expliquer mais surtout favoriser le développement de normes dans le cadre de la globalisation, en s'appuyant sur des notions que la doctrine n'a pas souhaité définir avec précision. Celle-ci a en effet focalisé son énergie sur la recherche d'exemples susceptibles, d'une part, d'être interprétés comme relevant du projet, et d'autre part de servir de base analogique pour promouvoir le développement des normes jugées pertinentes. Sans liste ni critère de reconnaissance plus précis des normes en relevant, rechercher les sources du *GAL* en lui-même apparaît donc difficile sinon impossible, mais en outre peu souhaitable dans le cadre d'une étude de droit positif – une telle démarche conservant sans doute un certain degré de pertinence dans le cadre d'analyses historiques ou philosophiques de la doctrine. Le *GAL* constitue un excellent matériau de recherche dont il convient de se démarquer, non pour proposer un nouveau « projet normatif »[117] concurrent ou intégré[118], mais pour l'envisager comme la base d'une réflexion de droit positif. Il est pour ce faire indispensable d'engager un processus de réflexion afin de déterminer dans quelle mesure certains éléments du projet « *GAL* » peuvent donner lieu à une telle recherche. Cette entreprise implique d'abandonner dès maintenant la terminologie du « *GAL* » au profit de la mise en évidence d'une notion de « droit administratif global » ouvrant des perspectives de droit positif.

33. ***« Droit administratif global » et non « GAL ».*** Dans la présente étude, seule l'expression française « droit administratif global » sera employée. Ce choix est d'abord justifié par l'impératif de ne pas faire coïncider le champ d'analyse de l'étude au projet du *GAL* tel que pensé par ses créateurs, auquel on fera à partir de dorénavant systématiquement référence en employant le nom anglais du projet[119]. Le *GAL* présente une importante – sinon principale – dimension prospective n'intéressant pas directement l'analyse menée, qui se réclame du positivisme – entendu généralement comme la démarche tendant à observer la réalité du droit

[117] Cette expression est également employée pour désigner le *GAL* ; voir KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5, p. 42 ou HENNEBEL Ludovic, « Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ?*, *op. cit*. note 21, p. 79.

[118] Comme le rappelle Jean-Marc Thouvenin : « s'il apparaît que l'école de la *Global Administrative Law* essaime, elle le fait de manière assez anarchique. Des courants s'en réclamant naissent ici et là tout en affirmant immédiatement leur différence » (THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *op. cit.* note 27, p. 334).

[119] Dans le même sens et utilisant exclusivement le terme anglais « pour mettre en lumière le fait qu'il est question d'une théorie ou d'un courant doctrinal et non d'un droit », voir COLEMAN Philippe, « La reconnaissance/construction de principes par le courant du *global administrative law*, *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.* note 25, p. 75, note infrapaginale n°1.

tel qu'il existe, et non tel qu'il pourrait ou devrait être[120]. Les travaux menés par cette école seront utilisés comme base de recherche et à titre d'illustration de certaines normes et sources *existantes* du droit. Mais l'abandon du cadre conceptuel prescriptif du *GAL* invite également à s'interroger sur les limites assignées par ses concepteurs, notamment lorsque ceux-ci ont entendu exclure telle ou telle institution du champ d'analyse[121]. Une réévaluation de ces choix à l'aune de l'impératif de mise en évidence du droit positif invitera ainsi à inclure l'intervention normative de certains acteurs de la globalisation dans le champ d'analyse, quand bien même ceux-ci auraient été écartés par la doctrine du *GAL*. L'emploi de la traduction française incite enfin à ne pas entendre l'expression « *administrative law* » comme une émanation exclusive de la doctrine administrativiste américaine, sans pour autant raisonner uniquement sur la base de la doctrine administrative française. En d'autres termes, la notion doit être intégralement reconstruite ; mais renoncer au cadre prescriptif d'analyse du *GAL* n'implique pas pour autant de rejeter toutes ses composantes, sans quoi l'intitulé de l'étude n'aurait pas grand sens.

2. La détermination des caractères du droit administratif global

34. ***Droit administratif global ou droit global administratif.*** La méthodologie choisie consiste à distinguer les éléments pertinents pour l'étude, de ceux qui ne permettent pas de dégager une définition positive du droit administratif global. Pour ce faire, il faut tenter d'induire de la présence de caractères déterminés – en partie par la doctrine du *GAL* – l'existence d'une catégorie de normes que la notion ainsi (re)construite permettrait de désigner, en considérant qu'une notion n'est rien d'autre qu'une « connaissance élémentaire, intuitive ou vague de quelque chose »[122]. Or, l'une des intuitions, nécessairement subjectives, qui a guidé cette démarche est celle selon laquelle l'expression « droit administratif global » est *in fine* adaptée pour décrire les phénomènes juridiques positifs analysés par la doctrine du *GAL*. Le

[120] Le « positivisme » ainsi conçu se distingue clairement du « positivisme volontariste », bien que le premier terme soit trop souvent employé comme diminutif du second. Le « positivisme » désigne une méthode d'observation et d'appréhension du droit, tandis que la seconde expression désigne une école doctrinale qui « repose, pour l'essentiel, sur l'idée que les normes juridiques internationales sont le fruit d'un acte de volonté des États et de procédés de création du droit extériorisés et préétablis à cette fin » (DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la *soft law* : Réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors-série Hommage à Katia Boustany, 2007, p. 254, note 30). Voir également *supra*, note 108 concernant l'utilisation de l'expression « droit positif ».

[121] L'on pense notamment aux entreprises transnationales, lorsqu'elles interviennent dans certains domaines ; voir *infra*, §36.

[122] MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *RDP*, 2007, n° 5, p. 1306. Voir également les développements, sur la base des sciences sociales, concernant la différence entre la « notion » et le « concept », le premier étant moins rigoureusement défini que le second et désignant un « objet général et abstrait en prise avec le réel et certaines valeurs » par BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 552, 2014, pp. 8-9 (la citation est extraite de la p. 9).

développement fulgurant et constaté par la doctrine de médiateurs, de recours ouverts aux individus, de mesures de transparence au sein des organisations internationales ou encore les obligations de publicité, de présentation de comptes et de protection de l'environnement pesant sur les entreprises transnationales dont les activités ont des effets à l'échelle planétaire, nous semblent en effet pouvoir être analysés de manière conjointe et sous l'angle d'un « droit administratif global ». Dans la mesure où l'exposé « d'une notion juridique ne peut faire l'économie d'une formulation construite autour ou sur des critères […] »[123], la notion désignée par l'expression peut être dégagée en étudiant d'abord ses composantes, qui constituent ses caractères intrinsèques et impliquent sa nature comme sa fonction : il s'agit d'un droit « global » (*a*) et d'un droit « administratif » (*b*). L'inversion des caractéristiques proposée par ce plan amène bien sûr à s'interroger sur la pertinence de l'expression « droit administratif global » choisie. Ne devrait-on pas dire « droit global administratif », étant entendu que ce droit est d'abord global, ensuite administratif ? La question n'a en réalité pas grande importance, dans la mesure où les deux éléments sont cumulatifs, et qu'en fonction du caractère étatique ou non de l'acteur global soumis ou générateur de droit administratif global, l'on pourra – par exemple – considérer que les règles relèvent d'abord du droit administratif interne d'un État ou d'une organisation, ou principalement du droit international classique. Si la traduction en français a revêtu une importance significative au regard de la démarche entreprise, l'inversion des termes apparaît à ce stade cosmétique, et la présentation adoptée relève avant tout d'un souci de clarté.

a. Le caractère « global » du droit administratif global

35. ***Intérêt d'une approche simplifiée du phénomène juridique.*** À l'occasion d'une réflexion sur le droit global, Hervé Ascensio indique qu'une manière « prometteuse de concevoir l'étude du droit global consiste, d'une part, à repenser la base sociale du droit, d'autre part à revenir aux outils conceptuels les plus simples de la pensée juridique, sans idée préconçue à propos des systèmes »[124]. Cette approche paraît parfaitement adaptée à l'étude du droit administratif global dans sa dimension positive, mais aussi à l'étude des phénomènes normatifs causés par la globalisation, qui impliquent parfois plusieurs ordres juridiques et des interactions complexes. En ce sens, elle se rapproche finalement de la notion de « droit transnational » de

[123] MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *ibid*., p. 1309.
[124] ASCENSIO Hervé, « Du droit international classique au droit global », *in* CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit*. note 58, p. 138. Il faut noter qu'il ne s'agit pas d'une définition du droit global mais d'une vision de l'étude du droit global.

Jessup : « [t]ransnational law then includes both civil and criminal aspects, it includes what we know as public and private international law, and it includes national law, both public and private »[125]. Cette proximité amène d'ailleurs certains auteurs contemporains à plaider pour l'utilisation du terme « transnational » plutôt que « global », au motif que le premier exprimerait « l'actualité de la recherche qui rend à réévaluer le rôle des États dans cette mondialisation du droit et s'oppose à ce droit sans État »[126]. Comme le rappelle Alain Pellet, l'auteur américain désignait par cette expression « l'ensemble des règles – nationales, internationales, privées, canoniques, propres aux organisations internationales, *etc*. – s'appliquant à de telles relations, quel que soit leur objet »[127]. De nos jours, « [l]'épithète transnational se réfère plus correctement à une forme d'autonomie que les entreprises ayant des établissements dispersés sur les territoires de plusieurs États ont su conquérir à l'égard de chacun de ceux-ci »[128] ; ou encore, la transnationalité d'une situation « provient de ce qu'elle dépasse le cadre d'un seul ordre juridique étatique et, partant, aucun d'entre eux n'est en mesure d'exercer sur elle une autorité effective. Il s'agit donc d'une situation objet d'une plurilocalisation »[129]. Dans la lignée de ces approches, il sera considéré que le droit transnational désigne les « normes applicables à des relations transfrontières impliquant au moins un acteur non-étatique »[130], contrairement au droit global qui peut également désigner des situations purement interétatiques. La filiation du droit global tel qu'envisagé avec le « *transnational law* » de Jessup n'est pour autant pas reniée ; mais il apparaît, d'une part, que les divers sens qu'a donnés la doctrine à cette dernière expression ne facilitent pas son utilisation dans son acception première, tandis que le « droit global », sous sa forme positive, jouit pour l'instant d'une relative neutralité scientifique. D'autre part, le vocable « global » présente un lien lexical irrésistible avec la globalisation, phénomène qui a multiplié les

[125] JESSUP, Philip C., *Transnational law*, New Haven / London, Yale University Press / Cumberlege, 1956, p. 106.
[126] LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, *op. cit.* note 57, p. 9.
[127] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, p. 566.
[128] RIGAUX François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p. 335. L'auteur évoque les *situations* transnationales, et non le droit transnational à proprement parler.
[129] OSMAN Filali, *Les principes généraux de la* lex mercatoria. *Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 224, 1992, p. 9
[130] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *op. cit.* note 127, p. 566. Parmi une très abondante biographie sur la définition du droit transnational et l'opportunité d'un tel vocable, voir en particulier RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, pp. 369-372 ; ROBERT Jean, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ / Éditions de l'AFA, 1988, pp. 1-8 ; LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, pp. 10-21 ; CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 103, pp. 69-70 ; KAMTO Maurice, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 35-37.

situations transnationales – au sens de Jessup comme au sens moderne – et implique aujourd'hui un regard différent sur le droit applicable à des situations qui n'existaient pas au moment où l'auteur américain écrivait.

36. ***Définition proposée de la notion.*** Sur la base de ce qui précède, il est possible de proposer une approche simplifiée du droit global, lequel reflète une vision elle-même simplifiée du phénomène juridique. En ce sens, le droit global peut être considéré comme composé de l'ensemble des normes, générées ou conditionnées par la globalisation des activités humaines, qui sont applicables aux relations entre plusieurs acteurs hors ou au-delà de l'ordre juridique étatique, sans préjudice de leur mode de formation ni du statut desdits acteurs dans d'autres ordres juridiques. Cette proposition de définition inclut donc le droit international public, sans s'y limiter ; elle permet ce faisant de décentrer[131] l'analyse classique de ces normes du prisme étatique ou interétatique en faveur d'une vision neutre, qui n'ignore pas leur rattachement aux ordres juridiques tout en ne le considérant pas comme le seul prisme d'analyse possible. Demeure la question des « acteurs », qui peuvent être dans un premier temps[132] définis comme toutes les personnes, privées ou publiques, physiques ou morales, menant des relations économiques, politiques et juridiques dans le cadre de la globalisation – celle-là même qui constitue la cause[133] de l'émergence des normes étudiées. Dans ces conditions, il n'y a pas de raisons d'exclure de l'analyse du droit administratif global, comme le fait pourtant la doctrine du *GAL*, les entreprises transnationales[134]. En effet et d'une part, ces dernières existent, ou à tout le moins peuvent mener certaines de leurs activités ayant un rayonnement transnational, du

[131] Décentrer, et non recentrer sur un autre type d'acteur ou de sujet : le droit global – et, partant, le droit administratif global – est vu comme « polycentrique » dans la doctrine du *GAL* (voir par exemple FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 33-34), ce qui ne paraît pas contrevenir à l'observation du droit positif.

[132] La question sera débattue *infra*, §§46-49.

[133] Par cause, il est ici entendu que la globalisation est le premier facteur d'émergence des normes étudiées, par le fait qu'elle crée des situations juridiques nouvelles qu'il devient à un moment *nécessaire* de réguler ou de réglementer.

[134] Sur la définition de l'entreprise transnationale, et notamment l'utilisation du terme « transnational » plutôt que « multinational », nous partageons la position d'Alain Pellet : « « entreprises » vaut mieux que « sociétés » car le mot est juridiquement neutre et ne préjuge pas la qualification juridique de l'entité en cause dans un droit interne particulier. J'ai plus de doute sur l'adjectif « multinationales » : il suppose une pluralité de nationalités […]. « Transnationales » rend mieux compte de la réalité de ce que l'on entend décrire : des créatures (des entreprises…) dont les activités se déploient à travers les frontières, quelle que soit leur nature juridique – ou celle(s) des entités qui les composent » (PELLET Alain, « Préface », *in* SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Pedone, 2017, pp. 3-4. Sur le plan technique, l'on peut se référer à la proposition de Yann Kerbrat, selon lequel la notion est à géométrie variable et nécessairement fonctionnelle. Voir KERBRAT Yann, « Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international », *ibid*, pp. 57-69.

fait de la mondialisation[135]. D'autre part, il n'est pas niable que certaines de leurs décisions – en matières environnementale et numérique notamment – revêtent des effets dans le monde entier. Enfin et surtout, la similitude des normes qu'elles s'auto-imposent, ou qui leurs sont imposées, avec d'autres normes analysées comme relevant du *GAL*, notamment en matière environnementale et de responsabilité sociale des entreprises, rendrait peu compréhensible leur exclusion du champ de la présente recherche[136].

37. ***Rapports entre droit global et droit international : position du* GAL.** Une autre question anime particulièrement la doctrine amenée à s'intéresser à la définition du droit global ou au *GAL* en particulier : doit-on considérer que le droit administratif global, et le droit global en général, relève du droit international public ? La conception initiale du *GAL* repose sur le constat de l'existence de « nouveaux acteurs » que le droit international ne serait pas apte à prendre en compte, selon ses fondateurs. En effet, « pour la quasi-totalité des internationalistes contemporains, l'inter-étatisme reste consubstantiel au droit international public, dont il fournit la super-structure »[137]. Le *GAL* se propose donc de dépasser cette conception, ou, à tout le moins, d'ouvrir une piste afin de tenir compte du caractère stato-centré du droit international[138] inapte, toujours selon cette doctrine, à se saisir de toutes les situations générées par la globalisation. La question des rapports entre le *GAL* et le droit international ne se pose en réalité pas dans le cadre de l'approche retenue ; elle a par ailleurs fait l'objet d'une thèse récente qui se donnait justement pour finalité de déterminer la nature des interactions, de manière conceptuelle et pratique, entre *GAL* et droit international public, en s'appuyant sur la théorie des institutions[139]. Attentif au postulat selon lequel le droit international classique, tel que pris

---

[135] Cette position est d'ailleurs défendue par certains observateurs français critiquant le droit administratif global ; voir THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *in* C. BORIES (dir), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit*. note 21, p. 330.

[136] D'autres auteurs critiques aboutissent à des conclusions proches ; voir notamment ASCENSIO Hervé, « Les principes communs de procédure administrative en droit international économique », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.* note 25, pp. 66-67 : « [o]n pourrait même penser que ce mouvement [de procéduralisation] ne se limite pas aux États mais produit également des effets dans le fonctionnement interne des opérateurs économiques, notamment des entreprises multinationale. Les normes internationales de droit souple relatives à leur responsabilité sociétale et environnementale, axées sur des devoirs de transparence et de diligence, peuvent être comprises comme une tentative d'extension de la procédure administrative aux acteurs privés, en raison de préoccupations d'intérêt général ».

[137] ASCENSIO Hervé, « Du droit international classique au droit global », *in* CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit*. note 58, p. 132.

[138] Dans le même sens, voir MEGRET Frédéric, « L'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, pp. 105-129 et notamment la note 71 (p. 127), où l'auteur appelle « à en finir avec ce formalisme [stato-centré] pour dégager un paradigme plus adapté à la réalité », évoquant l'idée de pluralisme juridique global.

[139] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12.

en compte par les promoteurs du *GAL*, est caractérisé par son stato-centrisme, Édouard Fromageau conclut qu'il convient de séparer l'expression « droit administratif global » de sa substance – laquelle vient effectivement combler des lacunes, au moins paradigmatiques, du droit international[140]. Pour lui, et après examen des mêmes phénomènes sous l'angle du droit international public et sous celui du *GAL*, c'est surtout la notion de personnalité juridique internationale, telle que conférée par le droit international public actuel, qui doit être repensée pour répondre à l'évolution du monde[141]. Cette approche théorique, consistant à appliquer deux grilles de lecture aux mêmes phénomènes puis à comparer les résultats obtenus, ne correspond pas à l'objectif de la présente étude. Il s'agit ici d'observer des phénomènes juridiques de droit positif, puis de vérifier dans quelle mesure la théorie générale des sources du droit permet de les appréhender.

38. ***Position retenue : une différence de nature.*** Par ailleurs, le présupposé des concepteurs du *GAL*, selon lequel le droit international serait incapable d'appréhender un certain nombre de situations engendrées par la globalisation et considérées assez subjectivement comme problématiques, n'est pas admis comme prémisse de cette étude. Il semble en effet que cette appréciation résulte d'un positionnement doctrinal spécifique. Une autre partie de la doctrine considère à l'inverse que, « ensemble d'instruments dotés d'une grande plasticité, propre à s'adapter à la spécificité des matières très diverses qu'on lui donne à traiter, le droit international n'a pas de vocation limitative »[142], et plus encore, qu'il « a, quoi qu'il en soit, manifesté dans les dernières décennies son égale aptitude à réguler les champs les plus divers de l'activité internationale »[143]. Si l'on adhère totalement à ces propos, une autre difficulté apparaît : contribuer à une recherche sur le droit global « risque de dénaturer une partie de la dynamique complexe » du droit international, si l'on en croit d'autres auteurs[144]. Le risque paraît cependant

[140] *Ibid.*, pp. 222-223.
[141] *Ibid.*, p. 218.
[142] DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, 10ème éd., Paris, Dalloz, Précis, 2010, p. 588.
[143] *Ibid.* Dans le même sens, voir LATTY Franck, *La* lex sportiva – *Recherche sur le droit transnational*, *op. cit.* note 130, p. 83, citant DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 652 : « De même que le champ matériel de compétences de l'État au niveau interne est illimité, l'intervention régulatrice du droit international ne connaît pas de zone impénétrable. […] Nul secteur d'activité humaine n'est en effet suffisamment spécifique pour lui échapper », bien que « le droit international demeure essentiellement interétatique » (*ibid.*, p. 664).
[144] FORTEAU Mathias, « Le droit administratif global, signe d'une évolution des techniques du droit international ? », *in* C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law* ?, *op. cit.* note 21, p. 174.

évitable. En effet, le droit international est un ordre juridique[145] qui a structurellement pour objet les relations interétatiques, de sorte qu'il est soit « traditionnellement défini par ses sujets plutôt que par son objet »[146], soit défini par ses sources[147]. La définition proposée du droit global implique que ce dernier n'est pas, *a priori*, un ordre juridique ou à tout le moins qu'il ne s'agit pas là d'un élément de sa définition ; par ailleurs il n'est pour l'instant pas défini ni par ses sujets, ni par ses sources mais par son contenu. Le droit global n'a ainsi pas pour objet les relations entre des sujets définis et ne s'identifie pas par ses modes de formation, mais rassemble toutes les normes issues de divers ordres juridiques, dès lors qu'elles sont matériellement en lien avec la globalisation. Il existe donc une différence de *nature* entre un droit international schématiquement défini soit par ses sujets, soit par ses modes de formation, et un droit global fondamentalement défini par son objet – les conséquences de la globalisation. Quand bien même l'on objecterait qu'une analyse fonctionnaliste de ces deux ensembles serait préférable, celle-ci n'aboutit pas à un résultat différent[148].

b. Le caractère administratif du droit administratif global

39. ***Difficultés à définir un « droit administratif ».*** Comment qualifier une norme d'administrative par nature ? La question est loin d'être résolue par la doctrine, et ramène à celle de la définition du droit administratif. Les travaux de la doctrine française, qui s'est particulièrement attachée à résoudre cette question du fait de la place spécifique du droit administratif dans l'histoire du droit et des institutions en France, peuvent constituer une

[145] Parmi de nombreuses références, voir KOLB Robert, *Théorie du droit interna*tional, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 271 et p. 548.
[146] *Ibid*., p. 56.
[147] Plusieurs auteurs définissent encore largement le droit international par ses sources. Voir ainsi, outre la référence *supra*, note 142, SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 39 et suivantes – bien que ne s'appuyant pas uniquement sur ses sources. Voir également THOUVENIN Jean-Marc, « Ordre juridique de l'Union européenne et droit international : ignorance, soumission, révolte ? », *in* BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAŞ Ulaş, CUJO Églantine (dir.), *Union européenne et droit international*. *En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, Cedin, 2012, pp. 854-855 (« en relèvent les normes […] d'*origine internationale*. […] [L]e droit est international lorsqu'il émane de sources internationales – c'est-à-dire non exclusivement internes » ; italique dans l'original). Dans un ordre d'idées comparable, Serge Sur considère que « tout le droit international est contenu » dans l'article 38 du Statut (SUR Serge, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, p. 306). Preuve que cette démarche ne fait cependant pas l'unanimité, Alain Pellet relève que faire de l'article 38 « la matrice de la définition même du droit international » est « abusif » (PELLET Alain, « Note de lecture », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 912).
[148] Une analyse fonctionnaliste consisterait par exemple à constater que le droit international a pour fonction de réglementer les rapports entre les entités dotées de la personnalité juridique internationale, tandis que le droit global a pour fonction de réglementer les rapports nés du fait de la globalisation – incluant donc le droit international. Dans cette mesure, il serait possible d'avancer que la différence n'est pas de nature mais de degré. Cette affirmation ne résiste cependant pas à l'analyse : il s'agit toujours d'une part d'un droit centré sur sources des normes réglementant les relations entre des acteurs d'une part, et d'un droit focalisé sur les relations causées par un phénomène d'autre part, ce qui constitue bien une différence de nature.

première base de recherche, à condition d'élargir rapidement le propos. Il faut en effet rappeler que le droit administratif français est tout à fait exceptionnel dans le paysage juridique mondial, atteignant un degré de complexité[149] mais aussi d'originalité qui rend presque malaisée l'appréhension du *GAL* par les administrativistes français, le projet étant largement inspiré de principes de droits administratifs étrangers[150]. Au-delà des tentatives de définition du droit administratif par des critères[151], qui ne relève pas que du « temps des cathédrales »[152], Yves Gaudemet estime que le droit administratif peut être défini comme « la branche du droit public interne qui étudie l'organisation et l'activité de ce qu'on appelle couramment l'administration, c'est-à-dire l'ensemble des autorités, agents et organismes, chargés, sous l'impulsion des pouvoirs politiques, d'assurer les multiples interventions de l'État et des collectivités locales »[153]. Prosper Weil et Dominique Pouyaud résument ainsi la conception classique du droit administratif – avant de démontrer qu'elle n'est plus valable : « la collectivité publique agissant dans un but d'intérêt général avec des moyens exorbitants du droit commun »[154]. En Allemagne, si la doctrine classique a pu considérer que l'expression « droit administratif » ne désignait pas, « au contraire d'en France, une sorte particulière de droit »[155] mais « le droit public établi à la mesure des nécessités de l'administration publique »[156], elle estime de nos jours qu'il s'agit du « corps des règles juridiques […] qui s'appliquent de manière spécifique à l'administration »[157]. Sans qu'il soit nécessaire – ni possible – d'exposer l'état complet de la doctrine interniste sur la question, il est notable que, quelle que soit l'acception retenue, « la définition du droit administratif comporte […] une certaine part de relativité ou d'imprécision et même, à certains égards, d'arbitraire »[158]. Aussi s'avère-t-il aussi difficile de définir un droit

[149] Sur ce point, voir PONTIER Jean-Marie, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, pp. 187 et ss.
[150] Le droit administratif français présente plusieurs spécificités qui font son originalité : il est notamment ancien, prétorien, évolutif, lié aux transformations de l'action publique et protecteur des citoyens – sans parler du modèle de dualisme juridictionnel qu'il implique. Pour une présentation synthétique de ces particularités, voir PONTIER Jean-Marie, « *Le droit administratif français* », *in* DUBREUIL Charles-André (dir.), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, Paris, PUF, 2016, pp. 1-20.
[151] Voir sur la question l'éclairante introduction de MURGUE-VAROCLIER Paul-Maxence, *Le critère organique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 306, 2018, pp. 6-21.
[152] BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 323.
[153] GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, Tome 1, Droit administratif général, Paris, LGDJ, 16ème éd., 2001, p. 11.
[154] WEIL Prosper, POUYAUD Dominique, *Le droit administratif*, Paris, PUF, Que sais-je ?, n° 1152, 23ème éd., 2010, p. 27.
[155] FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduit par Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, 1933, p. 44.
[156] *Idem*.
[157] MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Paris, LGDJ, 1994 (édition originale : München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992), p. 36.
[158] DE LAUBADÈRE André, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1953, p. 11. Le constat demeure le même aujourd'hui.

administratif que de comparer entre eux des droits dits administratifs[159]. Tout au plus peut-on en retirer quelques rares éléments communs. Ainsi Frédéric Rolin relève-t-il que les droits administratifs présentent au moins deux caractéristiques communes : d'une part, un système d'allocation et de vérification des compétences, d'autre part un corpus de procédés dits « administratifs », c'est-à-dire d'actes pouvant fixer des règles de comportement, déterminer des allocations de droits, fonder ou institutionnaliser le fonctionnement d'une administration, ou encore sanctionner[160]. Le problème majeur de ces deux dénominateurs communs est qu'ils peuvent tout autant servir à désigner un droit « administratif » qu'un droit « constitutionnel », qu'un droit « public », voire qu'un ordre juridique entier. À ce stade, il est tentant de conclure que l'existence d'une spécificité *du* droit administratif est introuvable.

40. ***Spécificité de chaque droit administratif.*** Frédéric Rolin relativise son propos et conclut ainsi :

> « si l'analyse des pratiques administratives et des théories du droit administratif permet de mettre en évidence des analogies de structures, et sans doute de faire émerger l'idée que les droits administratifs présentent des identités suffisamment nombreuses pour qu'on puisse considérer qu'il existe bien « un droit administratif » délimité par ces identités, il ne faudrait pas essentialiser la somme de ces identités et considérer que cet ensemble commun constitue « le droit administratif », et que les notions propres à des ensembles nationaux ou régionaux ne seraient que des notions accidentelles et inutiles pour définir chaque droit administratif »[161].

Ces éléments appellent plusieurs remarques. Tout d'abord, rien n'empêche manifestement l'existence d'un droit administratif global, quand bien même il ne serait pas sécrété par un État ou un pouvoir centralisateur. D'autre part, chaque droit administratif possède ses spécificités – et ses propres fondements téléologiques, le cas échéant. Il convient donc de ne pas considérer comme nécessaire de retrouver dans le droit administratif global des éléments essentiels des droits administratifs nationaux, sauf à rechercher, à titre explicatif ou critique, les traces d'influence des droits administratifs existant dans les États d'origine des auteurs de la doctrine du droit administratif global. Ce dernier point ouvre également une perspective intéressante : si chaque droit administratif, national ou régional, dispose de ses spécificités, il n'y a pas de raison

[159] Comme l'exprime clairement F. Haut, « [c]omparer l'incomparable, c'est un peu la gageure de ceux qui veulent appliquer la méthode comparative au droit administratif : en cette matière, que chacun n'entend pas dans le même sens, se dénombrent une diversité de conceptions, de règles et d'institutions » (HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, vol. 41, n°4, Octobre-décembre 1989, p. 907.)
[160] ROLIN Frédéric, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », *in* C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law* ?, *op. cit.* note 21, pp. 119-124.
[161] *Ibid.*, p. 126.

pour que le droit administratif global, s'il existe sous sa forme positive, n'en dispose pas. Il s'agira donc de rechercher les éléments communs du droit administratif précités, sans chercher à y déceler artificiellement une similarité avec un droit administratif national ; cette conclusion utile à l'analyse des sources du droit administratif global est néanmoins de peu de secours dans la tentative de définition du caractère administratif de ce droit.

41. ***Fonction sociale secondaire du droit administratif.*** C'est dans l'examen des fonctions du droit généralement désigné comme administratif qu'il paraît possible de déceler un critère permettant de définir cette caractéristique, sur la base des propos qui précèdent. L'existence d'une fonction sociale secondaire du droit administratif est en effet une caractéristique commune à l'ensemble des droits administratifs. Toute norme a une fonction, c'est-à-dire qu'elle vise, en tant qu'instrument de direction ou de guidage des conduites humaines[162], à s'acquitter d'une mission particulière. La fonction sociale du droit et l'importance qu'il faut y accorder ont fait l'objet de nombreux débats[163] ; Léon Duguit va jusqu'à affirmer que c'est cette fonction sociale, qu'il traduit par le service public, qui fonde dorénavant le droit public[164]. L'on considèrera ici que la fonction sociale de la norme se révèle sur deux plans distincts ; co-existent ainsi la fonction sociale première ou primitive du droit administratif – l'allocation et la vérification des compétences évoquées *supra* – et une fonction sociale secondaire qui réside dans les conséquences de la norme pour l'administré. En effet, l'on observe que les administrés, désignés comme membres de la société civile, sont de plus en plus soucieux de la légitimité des décisions prises par les administrations, et plus largement par toute institution dotée du pouvoir de prendre des décisions les affectant. Ce phénomène relativement inconnu à l'époque de Duguit est né et a progressé du fait de l'évolution des technologies d'information des administrés, mais aussi de la globalisation et de la multiplication des institutions habilitées à prendre de telles décisions, parfois hors du cadre et du contrôle étatique. Jean Rivero en identifie un volet lorsqu'il évoque de manière comparée l'essence du droit administratif : « [c]ette essence, il faut sans doute la chercher ailleurs que dans les techniques – fussent-elles aussi

[162] AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, p. 9.
[163] On retrouve ce débat chez Habermas et Luhmann, notamment. Voir RABAULT Hugues, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n°33, 2011, p. 203, note 1.
[164] Le doyen de Bordeaux écrit ainsi : « [l]e droit public est le droit objectif des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'État, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics » (DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Amand Colin, 1913, pp. 52-53).

capitales que celles par lesquelles la règle est créée – et plus haut : dans la volonté de soustraire le citoyen à l'arbitraire »[165]. Cette « préoccupation de rapprocher l'administration des administrés […] est, à notre époque, beaucoup plus présente et ne cesse de se traduire par de notables renforcements des droits et garanties des administrés »[166], en droit administratif français, jusqu'à approcher d'une certaine « démocratie administrative » dont relèvent, pêle-mêle, l'accès au droit, la transparence, la participation ou encore le droit de s'adresser à l'administration[167]. Ce phénomène, lié aux évolutions sociales d'après-guerre puis technologiques, se retrouve dans la plupart des États du monde – sinon tous ; par exemple aux Pays-Bas[168] ou aux États-Unis[169], dont les systèmes sont très différents. L'on peut ainsi constater que la norme administrative, en garantissant le respect des compétences, imposant des conditions à la validité de la norme émise par l'institution et offrant un certain nombre de garanties aux administrés, remplit un rôle de *légitimation* de l'institution et, par extension, des normes sécrétées. Dès lors, il est possible de soutenir – à condition de ne pas y voir une grille de lecture systématique des droits administratifs nationaux existant – que le terme « administratif » peut, dans l'absolu, être utilisé pour qualifier des normes visant à encadrer l'exercice concret du pouvoir afin de limiter son arbitraire et de le rendre plus légitime.

42. ***Légitimité et droit administratif global.*** Un rapide examen des différentes normes considérées par la doctrine comme relevant du *GAL* conduit à un constat sans appel : à l'inverse des droits administratifs nationaux au sein desquels la fonction légitimatrice n'est apparue que récemment, la fonction du *GAL* est prioritairement de rendre plus *légitimes* les décisions prises par certains acteurs intervenant dans la globalisation[170]. La démarche prescriptive du projet est

[165] RIVERO Jean, « Réflexion sur les sources comparées des droits administratifs », *in Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 146.
[166] CHAPUS René, *Droit administratif général*, tome 1, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 476.
[167] TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2011, pp. 146-156. Pour une étude approfondie en droit administratif interne, voir TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 304, 2018, 765 p.
[168] DE WAARD Boudewijn W.N., DE MOOR-VAN VUGT Adrienne J.C., « Les changements récents dans le droit administratif néerlandais », *in* MARCOU Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1995, p. 231 : « l'évolution sociale des années 1960 et le besoin de plus de démocratie et de participation plus grande ont amené à modifier la législation pour permettre aux citoyens de participer aux décisions administratives, d'une part, et de déposer des plaintes relatives à la façon d'agir de l'administration, d'autre part ».
[169] CUSTOS Dominique, « Chapitre 3. Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », *in* AUBY Jean-Bernard (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative Law, 2016, p. 47. L'ouvrage fournit également des éléments confirmatifs de ces propos pour de nombreux États. Le principe de participation à la règle administrative fait par exemple l'objet d'un titre complet, prouvant qu'il existe, sous des formes et modalités diverses, en Italie, en Allemagne, au Brésil, en Espagne, aux États-Unis, et dans l'ordre juridique administratif de l'Union européenne.
[170] Ces acteurs, les « entités globales », sont identifiés et définis *infra*, §§47-48.

d'ailleurs fondée sur l'observation du développement de cette fonction en droit positif, laquelle préexiste à la conception du *GAL*. Dans la mesure où elle relève d'un phénomène positif considéré comme commun à toutes les normes concernées, cette fonction des normes analysées peut à notre sens être entendue comme fondant le critère matériel du droit administratif global positif existant.

43. ***Critère retenu de l'« administrativité » des normes de droit administratif global.*** Au regard de tout ce qui précède, peuvent donc être qualifiées d'administratives, dans le cadre de la notion proposée de droit administratif global, non pas les règles décidées par des acteurs de la globalisation dotés d'un certain pouvoir ou d'une certaine autorité sur le fondement d'un intérêt général ou public, mais les normes qui, applicables au processus décisionnel, à sa contestation et à celle de son impact ou au fonctionnement de l'acteur qui émet la décision, visent à rendre la décision émise plus légitime[171]. Cette définition fonctionnelle de l'administrativité d'une norme adoptée dans cette étude peut à certains égards paraître contre-intuitive, puisqu'elle a pour conséquence d'écarter tout critère organique d'« administration » et donc de permettre, théoriquement, la qualification de certaines normes privées comme étant « administratives » dès lors que les entités qui y sont soumises sont « globales »[172]. Cependant, en sus de reposer sur ce que Rivero pensait pouvoir qualifier d'« essence » des droits administratifs[173], cette définition est moins insatisfaisante que l'absence de détermination du caractère administratif de l'« administration globale » prônée par la doctrine du *GAL*. Plus encore, elle semble constituer une approche originale de phénomènes normatifs similaires par-delà la distinction entre organes publics et privés, en incluant un grand nombre d'entités dont certaines exercent, en pratique, un pouvoir décisionnel global. Dès lors, et quand bien même l'administrativité de certaines normes considérées dans cette étude comme relevant du droit administratif global paraîtrait *prima facie* douteuse au regard de l'absence de tout critère organique, cette grille de lecture normative fondée sur la fonction d'encadrement du pouvoir décisionnel global en vue de légitimer la décision ou son auteur permet de dépasser efficacement les impasses du projet du *GAL* sur ce point.

[171] Il faut préciser à ce stade que l'existence d'un critère de reconnaissance du droit administratif global fondé sur la *fonction légitimatrice des normes* n'induit pas, ni n'interdit, pas que leurs *sources* puissent poursuivre une fonction similaire. Autrement dit, il faut bien distinguer la découverte d'un critère permettant d'identifier les normes faisant l'objet de l'étude de l'étude ultérieures des fonctions des sources des normes étudiées.
[172] Sur ce point, voir *infra*, §47.
[173] Voir *supra*, note 165.

B. Le contenu positif du droit administratif global

44. ***Aspects institutionnels et substantiels du droit administratif global***. Une fois ses caractères établis, il est nécessaire de compléter l'identification de la notion de droit administratif global par la précision de son contenu. Sa détermination implique d'abord d'examiner la question de ses acteurs et de ses sujets, d'autant que la doctrine du *GAL* servant de base à la recherche du droit positif pertinent est parfois confuse sur ce point (1). Tous les éléments établis jusqu'ici permettent ensuite, et enfin, d'identifier les principales normes qui seront considérées comme relevant du droit administratif global dans la présente étude (2).

1. Aspects institutionnels du droit administratif global : la question des sujets et des acteurs

45. ***Justification de l'exclusion de la question dans la définition de la notion de droit administratif global.*** La définition de la notion de droit administratif global qui vient d'être esquissée est, à l'évidence, vierge de toute notion organique d'acteur et de sujet, ce qui pourrait la rendre contestable ; il convient donc d'expliciter le choix d'aborder seulement ici cette problématique. La présentation d'une matière juridique passe, généralement, par une définition de l'objet juridique étudié. Cette présentation comprend classiquement un certain nombre de composantes, parmi lesquelles figurent en bonne place, dans de nombreux manuels, les sources, les sujets et / ou acteurs du droit en question[174]. Mais, « [l]e droit étant un outil de régulation

[174] Les manuels de droit administratif français en sont un bon exemple. Celui de Martine Lombard et Gilles Dumont suit le classique « sources / acteurs » avant d'évoquer les actes (LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 9ème éd., Paris, Dalloz, Hypercours, 2011, 646 p.) ; celui de Didier Truchet s'attache, après une partie générale sur l'existence du droit administratif, aux acteurs, avant d'aborder les règles et leurs sources (TRUCHET Didier, *Droit administratif*, *op. cit.* note 167) ; celui de Philippe Foillard s'attache d'abord aux acteurs avant d'aborder les sources (FOILLARD Philippe, *Droit administratif*, 4ème éd., Bruxelles, Larcier, coll. Paradigmes, 2015, 486 p.) ; le manuel référence de René Chapus suit ce même schéma : sources du droit administratif, puis organisation administrative (CHAPUS René, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 166). L'on retrouve la même organisation, plus clairement encore, dans les manuels de droit international public qui opèrent soit une présentation 1/ Acteurs-Sujets ; 2/ Sources (VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p. ; DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 142 ; SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, *op. cit*. note 147, 276 p. ; ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 2014, 279 p.), soit l'inverse (DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Ngyuen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 85 ; RIVIER Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, 623 p. ; sous une forme un peu différente, COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 11ème éd., Paris, LGDJ, Domat droit public, 2014, 830 p.). Certains manuels consacrés à des matières émergentes ou sectorielles de droit international conservent ce format sources / acteurs particulièrement adapté ; par exemple BEURIER Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2010, 288 p. ; DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 431 p. L'une des rares exceptions, motivée par un souci de présenter la matière sous un angle transnational et dynamique, réside dans le manuel de

de rapports sociaux, la première question qui se pose est de savoir à qui s'adressent ses règles et qui sont ses « sujets » »[175]. La question principale est donc, ici, de savoir si l'ordre d'analyse des ensembles « sources », « acteurs », « sujets » et « contenu » revêt une importance significative. Or, les éléments dégagés *supra* sont éclairants quant à la structure probable du système administratif global : par nature polycentrique, l'ordre global, si tant est qu'il existe un « ordre », ne présente pas de hiérarchie d'acteurs habilités par une norme ou par une autorité à en créer ou à en appliquer une autre. Il s'agit plutôt d'une logique de réseaux qui fait d'une multitude d'entités à la fois des acteurs et des sujets susceptibles de créer, d'appliquer ou de faire appliquer les normes de droit administratif global. Par ailleurs, la définition du « droit global » retenue implique de ne pas s'attacher à la capacité juridique de ses acteurs et sujets. En d'autres termes, ni la qualité de sujet, ni celle d'acteur du droit administratif global n'est conditionnée par l'existence d'une personnalité juridique attribuée du fait de l'appartenance à un ordre juridique déterminé. Dans cette mesure, cette question des acteurs et des sujets apparaît importante pour comprendre le fonctionnement et l'application du droit administratif global, mais ne constitue pas un critère essentiel de sa définition.

46. ***Le flou doctrinal du* GAL.** Les auteurs du *GAL* entretiennent une confusion certaine à propos des acteurs du droit administratif global. Refusant de s'appuyer sur la notion de sujet du droit international[176], ceux-ci les définissent par leur appartenance à un « espace administratif global » peu défini[177] ou à une « Administration globale » aux contours théoriques flous[178]. Tout au plus sait-on qu'un très grand nombre d'organisations, institutions et personnes relèvent de cette catégorie, comme le rappelle Thomas Perroud :

> « [l]e champ d'étude du droit administratif global est conditionné d'abord par un critère organique, celui des instances administratives globales, dont la définition est

Dominique Carreau et Fabrizio Marrella : CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 103.

[175] ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, *op. cit.* note 174, p. 35.

[176] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 32-33 et suivantes.

[177] *Ibid.*, p. 8.

[178] C'est le terme employé par les fondateurs du droit administratif global ; voir KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5. Sabino Cassese considère pour sa part que « a global administration is now well-established » (CASSESE Sabino, « A Global Due Process of Law? », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, *op. cit*. note 8, p. 17). C'est pourtant devant l'impasse théorique constituée par l'impossibilité de conceptualiser une « administration » au niveau global que l'école d'Heidelberg a proposé de « préférer la notion d'autorité publique internationale » (DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *in* BORIES Clémentine (dir), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit*. note 21, p. 100). Il est donc d'autant plus pertinent d'éviter de définir le caractère administratif du droit administratif global par l'existence d'une quelconque administration, écueil dans lequel est en grande partie tombée la doctrine américaine.

> suffisamment large pour inclure un grand nombre de phénomènes : depuis les organisations internationales classiques jusqu'aux réseaux d'agences, aux agences nationales qui mettent en œuvre des normes internationales, aux instances à la frontière du public et du privé dotées d'un pouvoir réglementaire, jusqu'aux organes privés ayant un pouvoir réglementaire. Ensuite, si le champ des critères organique du droit administratif global est large et recouvre au final des instances qui n'ont que peu d'affinités entre elles, c'est qu'un autre critère est utilisé, celui des pouvoirs détenus. La définition et les études insistent beaucoup sur l'existence d'un pouvoir réglementaire »[179].

Renvoyant à la notion de « régulation » qui n'est pas plus définie[180], les fondateurs du *GAL* ont donc identifié cinq types[181] de « régulateurs globaux »[182] : les organisations internationales et leurs organes[183], les réseaux transnationaux d'administrations nationales[184], les autorités administratives nationales soumises aux administrations internationales[185], les administrations hybrides public-privé[186] et certaines entités purement privées[187]. Ces différents régulateurs, qui présentent la particularité d'être également les *sujets* du droit administratif global en plus d'en être les acteurs[188], sont parfois qualifiés d'« administration globale », d'« institution globale »[189] ou encore d'« organisation globale »[190]. Ces régulateurs globaux peuvent ainsi être

[179] PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *in* BISMUTH Régis (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 200-201.
[180] Il faut noter que la notion n'est pas aisée à cerner, même en droit interne où elle recoupe des définitions différentes. Voir, pour un exemple parmi d'autres sur ce point, AUBY Jean-Bernard, « Régulations et droit administratif », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. pp. 210-217.
[181] La liste qui suit constitue une synthèse de la contribution très complète de Laurence Dubin à ce propos ; voir DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit*. note 178, spéc. pp. 101-106.
[182] Cette expression est utilisée par la doctrine du droit administratif global. Sabino Cassese évoque ainsi l'existence d'environ 2000 régimes de « régulation globale » (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, *op. cit.* note 16, p. 16), et qualifie l'UNHCR de « global regulator » (*ibid.*, p. 18). Les auteurs évoquent toutefois souvent des « autorités globales de régulation administrative », la traduction exacte de l'expression « *Global regulatory administrative authorities* » étant assez difficile. Voir notamment STEWART Richard B., « Addressing Problems of Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness », *IILJ Working Paper*, 2014/2, Global Administrative Law Series, p. 3.
[183] Par exemple, le Conseil de sécurité.
[184] Par exemple, le Comité de Bâle en matière bancaire.
[185] Par exemple, les administrations nationales des États membres de l'OMC.
[186] Par exemple, la Commission du *Codex alimentarius* ou l'ICANN – le caractère public provenant alors essentiellement de sa mission d'intérêt général et pouvant d'ailleurs être débattu.
[187] Par exemple, l'ISO ou l'AMA (Association Mondiale Anti-dopage).
[188] Voir en particulier l'explication de FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 100.
[189] L'expression est utilisée par Sabino Cassese pour qualifier l'ICANN, l'ISO, le Comité de Bâle sur la supervision bancaire, etc. (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, *op. cit.* note 16, pp. 18-19).
[190] L'expression est également utilisée par Sabino Cassese pour qualifier la *Commission for the conservation of Southern Bluefin Tuna*, un organe créé par un traité international (CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit*. note 7, p. 93) comme le CIRDI (*ibid.*, p. 97). L'auteur utilise aussi le terme d'administration globale, de manière synonymique. L'expression « d'organisation globale » pourrait être retenue ; toutefois, définie comme « [l]'ensemble des organes investis d'une fonction » (CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, Quadrige, 2011, p. 716), elle semble impliquer une pluralité d'acteurs – une personne physique, comme un

à la fois acteur et sujet de droit administratif global, par exemple lorsqu'ils créent une règle qui s'applique à eux-mêmes :

> « [l]es *subjects* de l'Administration globale peuvent être aussi bien des États, des individus, des entreprises, des organisations non gouvernementales ou d'autres collectivités. Ils sont les « destinataires réels des régimes régulateurs globaux ». L'expression « sujet » est à comprendre ici dans le sens d'entités assujetties à l'Administration, et non dans le sens que l'on peut donner à cette expression en droit international public. Certains auteurs préfèrent utiliser d'ailleurs les termes d'administrés ou de bénéficiaires afin de marquer cette différence »[191].

La plus grande confusion doctrinale règne donc autour de la notion d'administration globale, et par ricochet sur la notion de droit administratif global. En effet, il n'est pas possible, en l'état actuel de la doctrine, d'expliquer en quoi une administration globale est réellement « administrative » si ce n'est en constatant des ressemblances plus ou moins ténues avec des missions administratives dans divers droits internes, en particulier avec le modèle de la régulation que connaissent les administrativistes américains[192] ; parallèlement, les normes qui s'appliquent à ces entités sont qualifiées « d'administratives » selon un critère parfois bien différent. De manière générale, la distinction entre l'entité A qui *prend des décisions de type administratif au sens courant* – ce sens étant souvent déterminé par la nationalité de l'observateur de la décision – et l'entité B qui *applique* ou *fait appliquer des normes de droit administratif global* n'est pas clairement faite[193]. Cette lacune s'explique vraisemblablement par le prisme et l'influence du droit administratif des États d'origine des auteurs. Or, bien que les entités A et B puissent ponctuellement être les mêmes, cette distinction est fondamentale pour définir la notion de droit administratif global ; ce n'est pas parce que l'entité A va

---

conciliateur, un objecteur ou un médiateur, ne saurait être qualifiée d'organisation à elle seule. L'emploi de ce terme créerait en conséquence une contrainte préétablie injustifiée.

[191] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 38

[192] *Ibid*., p. 44 ; PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit*. note 179, p. 201. Au contraire, l'expression « régulation » « n'est pas encore d'un usage aussi courant qu'on aurait pu le croire » en droit administratif français, de sorte que sauf exception elle « reste assez largement cantonnée dans le secteur du droit économique et n'a pas vocation à devenir un paradigme explicatif du droit administratif contemporain ». Pour « la totalité des auteurs [de manuels de droit administratif français], la régulation est un concept étroitement lié (et peut-être exclusivement lié) au monde de l'économie, de sorte que son usage ne peut être que technique et donc limité » (MIAILLE Michel, « La régulation dans les manuels de droit administratif », *in Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, 2013, respectivement p. 469, p. 471 et p. 472).

[193] Pour un exemple, bien que l'auteur se positionne en tant que théoricien du droit sans s'inscrire dans un des courants du *GAL* : « le caractère « administratif » suppose l'existence d'organes non gouvernementaux de type administratif dans leur composition (fonctionnaires nationaux ou internationaux), dans leurs fonctions (émission normes techniques) et dans leur régime (ensemble de principes assurant une procédure juste et équitable) » (GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit*. note 78, p. 233).

finalement appliquer une norme de droit administratif global qu'elle devient pour autant une « administration globale ». Par ailleurs, l'idée de « régulation », dans la doctrine du *GAL*, renvoie essentiellement à l'idée selon laquelle il existe un pouvoir décisionnel exercé dans un but – mal défini – « d'intérêt général », pouvoir d'une part distinct de celui exercé classiquement par l'État et les organisations internationales, d'autre part plus informel[194]. Le problème est que le raisonnement est circulaire, puisque l'interprétation de la fonction de régulation comme étant « administrative », qui intervient dans un deuxième temps et qui permet *in fine* d'identifier les acteurs et sujets du *GAL*, passe à peu près par les mêmes critères : « le but de l'activité, la nature de l'activité et le type de l'organe exerçant l'activité »[195]. Il convient donc, là encore, de s'affranchir de la stricte vision des auteurs du *GAL* pour identifier les acteurs et les sujets du droit administratif global – tout en conservant la coïncidence entre « sujets » et « destinataires » de ce droit, qui paraît adaptée à l'observation du phénomène juridique global.

47. ***Notion d'entité globale***. L'impossibilité de justifier de manière convaincante le terme « administration globale » ni de déterminer en quoi il permet d'identifier les acteurs et les sujets du droit administratif global amène donc, d'abord, à l'abandonner, au profit de l'expression « entité globale ». Cette dernière sera utilisée du fait de sa neutralité. Évoquer une « institution », une « administration » et même une « organisation » n'est pas neutre, dans le sens où chacun des termes cités revêt ou peut revêtir un sens spécifique en droit, ce dont l'expression « entité » ne peut se prévaloir. L'entité est au sens philosophique une « [r]éalité abstraite qui n'est conçue que par l'esprit »[196], correspondant bien à la neutralité nécessaire à la qualification d'entité globale[197] – bien que l'expression soit parfois utilisée pour qualifier l'Union européenne[198] ou l'un de ses organes[199]. Le remplacement du premier terme ne permet néanmoins pas de résoudre la question des acteurs et des sujets : au contraire, il substitue à un critère d'identification jugé insatisfaisant un vide conceptuel qu'il est impératif de combler pour identifier un droit administratif global positif. Ce remplacement implique néanmoins un nouveau paradigme du droit administratif global, conformément à la vision du droit global

[194] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 45-46.
[195] *Ibid.*, p. 46.
[196] Dictionnaire *Le Petit Larousse illustré 2011*, Paris, Larousse, 2010, p. 373.
[197] L'expression est d'ailleurs utilisée par Jean-Marc Thouvenin ; THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *op. cit*. note 134, p. 331.
[198] GAUTIER Philippe, « The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union », *Max Planck UNYB*, vol. 4, 2000, p. 359. ; COLARD Daniel, « L'Allemagne unie et les nouvelles relations franco-allemandes dans la nouvelle Europe. 1990-2006 », *AFRI*, vol. VIII, 2008, p. 398.
[199] Par exemple, l'Eurosystème : ADALID Sébastien, *La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale*, Thèse de droit public soutenue le 9 novembre 2012, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 338.

retenue : dans cette étude, le droit administratif global n'est pas le droit applicable aux « entités *administratives* globales » dont la définition est introuvable, mais le droit qualifiable d'*administratif* appliqué par les entités globales dans leur activité décisionnelle. Un tel choix, qui contrevient certainement à l'esprit des concepteurs du *GAL*, est rendu indispensable tant par le constat des failles de la doctrine[200] que par la volonté d'étudier uniquement la dimension positive du droit qu'elle prescrit. Dans cette mesure, seule la notion d'« entité globale » doit être retenue, au détriment du qualificatif « administratif » qui ne sera utilisé que pour – tenter de – qualifier certaines normes.

48. ***Conséquences de l'abandon de la théorie de la fonction administrative des entités globales.*** Il est donc proposé de considérer que l'identification des acteurs et sujets du droit administratif global ne dépend pas tant de la fonction sociale des normes créées ou appliquées par ces entités – c'est-à-dire de leur critère administratif – que d'un ensemble de critères matériels que remplissent l'activité des entités qui y sont soumises ou qui s'y soumettent. Il a été précisé *supra* que le caractère global d'une norme réside – à notre sens – dans le fait qu'elle est d'une part générée ou conditionnée par la globalisation des activités humaines, et d'autre part qu'elle est applicable aux relations entre plusieurs acteurs hors ou au-delà d'un ordre juridique étatique donné. La notion de « décision » peut alors utilement être invoquée pour définir l'*activité* des sujets du droit administratif global, dont dépend leur qualification. C'est lorsqu'elles prennent une « décision globale », c'est à-dire un acte obligatoire ou non mais produisant des effets juridiques sur ses destinataires[201], issu ou conditionné par l'existence de la globalisation, qui traverse les ordres juridiques et les espaces et peut affecter indifféremment des acteurs étatiques, interétatiques, transnationaux ou encore physiques dans certains

[200] Celles-ci sont d'ailleurs mises en évidence par Laurence Dubin, qui, sans pour autant conclure dans le sens proposé, évoque une « circularité conceptuelle du GAL » et la nécessité de « mener son analyse critique en intégrant le droit international public » déjà disponible et capable d'encadrer la légalité de l'action des diverses entités évoquées (DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit*. note 178, p. 97).

[201] Le terme de « décision » est ambigu et semble *prima facie* renvoyer exclusivement à un acte obligatoire. Ainsi, conformément à une définition matérielle de la décision, « ce n'est que lorsqu'il dispose de la force obligatoire qu'un acte émanant d'une organisation internationale est qualifié de « décision » ; dans les autres cas, on utilise le terme « recommandation » » (ASCENSIO Hervé, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 1997, Université Paris-X Nanterre, p. 25). Cependant, le terme « décision » est parfois utilisé pour décrire des actes non-contraignants, en droit international (voir notamment SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 298, entrée « décision ») comme en droit administratif (voir la synthèse, sur ce point de TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.* note 167, pp. 26-27). C'est dans ce sens qu'est employé le terme « décision globale », celle-ci n'étant donc pas systématiquement obligatoire – l'on pense par exemple à la standardisation internationale privée.

domaines, que ces entités peuvent être considérées comme des « entités globales »[202]. Le critère de la décision globale, qui fonde la qualité d'entité globale et peut entraîner l'application d'une norme de droit administratif global, est donc double. La décision globale intervient du fait de la globalisation, c'est-à-dire qu'elle contribue à résoudre une question qui se pose au-delà de l'État[203], et a un effet ou un impact dans au moins un ordre juridique différent[204]. L'on peut certes reprocher à cette tentative de définition le fait qu'elle renvoie un critère de la décision globale – le fait qu'elle soit déterminée par la globalisation – à des éléments extra-juridiques peu définis. Cette approche apparaît toutefois d'une part plus complète que celles qui ont pu être consultées jusqu'ici, et suffisante pour identifier de manière générale les « entités globales » soumises au droit administratif global. Permettant d'englober la plupart les exemples analysés par la doctrine du *GAL* tout en en donnant une grille de lecture positive, cette définition amène également à élargir son champ d'étude. En effet, compte-tenu de ces éléments, il paraît artificiel de se borner à la liste de cinq catégories dressée par la doctrine du *GAL*. À titre principal et comme il l'a été suggéré *supra*, il n'y a pas de raisons logiquement valides d'exclure du raisonnement et de l'analyse du droit administratif global les entreprises transnationales qui correspondraient aux critères susmentionnés, en particulier lorsqu'elles décident d'investir dans un État, lorsqu'elles financent ou mènent un projet ayant un impact sur l'environnement, ou encore lorsqu'elles commercialisent un produit ou un service dont l'utilisation est susceptible d'avoir un impact sur la protection des données personnelles des consommateurs dans divers États.

49. ***Conclusion quant aux sujets et acteurs du droit administratif global.*** Le champ des sujets *potentiels* du droit administratif global est ainsi déterminé : il s'agit des « entités globales ». Ses sujets réels, ou destinataires[205], sont les entités globales qui *appliquent* les

[202] Cette définition est applicable à la plupart des cas analysés par la doctrine du *GAL* comme relevant du projet, si ce n'est quelques exceptions qui seront écartées comme ne relevant, logiquement, pas du droit administratif global au sens de cette étude.

[203] L'on pense, pêle-mêle, au terrorisme international, à la lutte contre la dégradation de l'environnement, à la régulation d'Internet, à la standardisation internationale privée, mais aussi aux échanges commerciaux entre États, aux investissements internationaux, à la lutte contre la corruption financière, à la création et au fonctionnement des organisations internationales, *etc*.

[204] Ainsi, la décision purement interne d'une organisation internationale concernant l'un de ses employés – fonctionnaire international – n'est pas considérée comme une « décision globale » puisqu'elle n'a aucun impact en dehors de l'ordre juridique de l'organisation. Le sera, en revanche, celle de fixer des quotas de pêche à l'égard des États, puisque celle-ci aura des effets sur les États et les individus concernés par l'activité de pêche.

[205] Il convient à cet égard de distinguer clairement les *destinataires du droit administratif global*, qui sont toutes des entités globales, des *destinataires des décisions globales*. Ces derniers constituent un ensemble vaste, pouvant notamment inclure les individus (par exemple lorsqu'ils sont visés par une mesure prononcée par un comité des sanctions des Nations unies ; ou lorsqu'ils utilisent internet et sont ainsi soumis aux décisions des entités globales régulant son architecture). L'identification de ces seconds destinataires n'est utile, pour cette étude, qu'au stade de

normes de droit administratif global. De leur côté, les *acteurs* du droit administratif global sont, de manière plus large encore, toutes les entités qui créent, appliquent ou font appliquer des normes administratives – dans le sens dégagé *supra* – soit à elles-mêmes, soit à d'autres entités prenant des « décisions globales ». Ces choix constituent un pas de plus vers l'affranchissement de la doctrine du *GAL* qui identifie à l'inverse, mais de manière peu convaincante, les acteurs et sujets du *GAL* par leur fonction administrative[206]. Ils n'affectent toutefois pas la validité des observations empiriques que cette doctrine a pu réaliser s'agissant du *contenu matériel* du droit administratif global.

2. Aspects substantiels du droit administratif global : la question du contenu matériel

50. ***Absence de liste des normes relevant du droit administratif global.*** Prétendre étudier les sources du droit administratif global implique de déterminer au moins sommairement quelles sont les normes dont la formation sera analysée. Il ressort ainsi de ce qui précède qu'est norme de droit administratif global toute norme mise en œuvre par une entité globale en amont, au cours ou en aval du processus décisionnel ayant pour finalité l'amélioration de la légitimité des décisions prises. Dans la doctrine du *GAL*, ces normes sont avant tout d'essence procédurale, conformément « aux problématiques du droit administratif américain : la question de la responsabilité (ou *accountability*), celle de la participation et de la justification démocratique de l'exercice du pouvoir administratif »[207]. Les auteurs parlent d'ailleurs plus volontiers de *principes* que de normes ; certains en identifient cinq : la transparence, l'information, la participation, le « *reason-giving* » et l'*accountability*[208]. Cette liste de principes varie selon les auteurs et la date des publications, mais le socle commun demeure le même : « transparency, participation, reasoned decision, [...] legality, and [...] effective review of the rules and decisions »[209], ou très largement « legality, rationality, transparency, reason-giving,

---

la détermination du caractère d'« entité globale » de l'organisation qui prend cette décision, conformément à l'idée selon laquelle ne peut être « globale » qu'une décision présentant des impacts dans plusieurs ordres juridiques.

[206] Ce choix s'inscrit également en opposition avec certains commentateurs voyant favorablement la démarche des auteurs du *GAL* ; voir par exemple MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. p. 47, p. 7 : « [c]e qui est clair et qui confirme la pertinence de ce champ de recherche, c'est l'existence d'un ensemble d'organismes non gouvernementaux du type administratif qui remplissent des fonctions administratives (au sens habituel de ce terme en droit administratif) ».

[207] PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit*. note 179, p. 201.

[208] KINGSBURY Benedict, CASINI Lorenzo, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *International Organizations Law Review*, vol. 6, n°2, 2009, p. 325.

[209] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 5, p. 17.

proportionality, the rule of law and human rights »[210]. À ce jour, la catégorisation la plus complète des normes relevant du *GAL* en distingue quatre types : la transparence et les procédures de participation, la motivation des décisions, les mécanismes de « *review* » comprenant la réévaluation des décisions et le contrôle contentieux, et les normes relatives aux relations inter-institutionnelles qui semblent désigner le pouvoir juridictionnel national, international ou arbitral en cas de conflit de normes[211]. Aucune liste plus précise n'a jamais été dressée par la doctrine, pour des raisons aisément compréhensibles ; la principale étant que le projet n'a pas pour ambition unique de décrire de manière exhaustive, mais également de prescrire des procédures ou standards procéduraux sur la base d'une « boîte à outils » mouvante. Par ailleurs, la « fluidité » des principes invoqués, lesquels relèvent tantôt du droit administratif, tantôt du droit public général, tantôt de la science politique voire de la gestion[212], ne facilite pas l'établissement d'un catalogue dont l'utilité serait douteuse. Enfin, telle entreprise se serait rapidement heurtée à l'une des réalités avancées par les adversaires du projet : quand bien même une liste serait arrêtée, les normes n'ont ni le même sens, ni la même portée d'un ordre juridique à l'autre voire d'une situation à l'autre, de sorte, par exemple, que la notion de « transparence » au sein d'une organisation internationale ne revêtira pas le même sens au sein d'un réseau d'agences administratives nationales, ni au sein d'une société privée de standardisation comme l'ISO. C'est la raison pour laquelle les références au contenu du *GAL*, une fois épurées des renvois à une fonction ou à un droit « administratif », présentent un degré de généralité particulièrement élevé – par exemple : « mécanismes, règles et procédés […] utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation »[213]. L'établissement d'un catalogue précis est donc rendu impossible par l'indétermination qu'implique le relativisme juridique lié à l'ampleur du champ de l'étude.

51. ***Distinction entre normes relatives au fonctionnement général des entités globales et normes relatives au processus décisionnel.*** Malgré la quasi-absence d'une telle tentative par la doctrine, il reste possible d'identifier des *catégories de normes* relevant, sous réserve du sens qui leur est conféré *in concreto*, du droit administratif global. Sans préjudice de leurs sources

[210] CRAIG Paul, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, CUP, 2015, p. 647.
[211] KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 468-482.
[212] Voir MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. p. 47, pp. 31-32.
[213] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 1.

qui font l'objet de l'étude, celles-ci peuvent par exemple être présentées sur la base d'une distinction entre les normes relatives à l'*élaboration des décisions globales* et celles relatives à la *contestation des décisions globales*[214]. Cette présentation, adaptée à l'analyse de la standardisation internationale privée, ne permet toutefois pas de mettre en évidence la fonction sociale légitimatrice de toutes les normes recensées, ni d'embrasser la diversité des normes en présence au-delà du champ étudié par l'auteur. Pour tenir compte de ces contraintes, il est proposé de dégager une grille de lecture reposant sur une distinction entre les normes relatives au fonctionnement général des entités globales et celles qui concernent plus directement le processus décisionnel en leur sein.

52. ***Normes relatives au fonctionnement général des entités globales.*** Dans la première catégorie peuvent être classées les normes qui n'encadrent pas directement la décision globale, mais son environnement juridique. Autrement dit, il s'agit des normes qui ont pour fonction de garantir que l'entité globale a de manière générale un comportement et des activités acceptables pour ses destinataires. Par exemple, les décisions globales prises par une organisation internationale dont le mode de fonctionnement serait parfaitement opaque et qui financerait notoirement des projets aux conséquences dévastatrices pour l'environnement, ou par une entreprise multinationale privée qui refuserait de publier l'état de ses comptes et afficherait publiquement son mépris pour le respect du droit interne auquel elle est censée être assujettie, serait inévitablement entachée d'un déficit de légitimité lié entre autre au manque d'acceptation et au peu de crédibilité, pour les destinataires de la décision dont l'objet et le contenu importent peu, de l'entité émettrice. Ces normes recoupent donc, de manière non exhaustive et sans définitions puisque celles-ci varient d'un ordre juridique voire d'une entité à l'autre : la prééminence du droit, la *rule of law*, les normes par lesquelles d'autres entités exercent un contrôle sur l'activité sur l'entité globale – par exemple en imposant une autorisation préalable d'investir sur le sol national –, l'audit interne et externe, l'évaluation interne, les mesures de lutte contre la corruption et l'évasion fiscale, l'établissement de règles générales de transparence dans le fonctionnement de l'entité incluant la publication régulière d'informations sur sa gouvernance, le respect de certains droits considérés comme relevant des « droits de l'homme », la protection des consommateurs, la protection des données personnelles, et de

[214] C'est par exemple la distinction retenue par PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit*. note 179, pp. 201-202.

manière générale ce qui relève de l'*accountability* – ou « redevabilité », « reddition de comptes » en français[215].

53. ***Normes relatives au processus décisionnel au sein des entités globales***. Dans la seconde catégorie peuvent être classées les normes qui visent à encadrer spécifiquement le processus décisionnel, qu'il s'agisse de l'élaboration, de l'application ou de la contestation de la décision globale. Ces normes recoupent, de manière là encore non exhaustive et abstraite pour l'instant : la transparence dans l'adoption de la décision, la participation et la consultation des destinataires ou des tiers, la motivation de la décision, la soumission de la décision à un contrôle avant son application, la prise en compte de l'impact environnemental de la décision, la publication de la décision, l'application d'un principe de précaution ou de *due diligence*, l'existence d'un recours contre la décision ou d'une possibilité de la faire réévaluer, ou encore l'existence de droits procéduraux à l'occasion de la réévaluation ou du recours tels que par exemple le caractère contradictoire des débats, l'existence préalable de la procédure, la publicité de la procédure ou encore la possibilité pour des tiers d'y participer.

54. ***Relativisation de la portée de la liste proposée et méthode adoptée dans les développements.*** La proposition qui précède ne doit cependant pas être interprétée comme constituant un catalogue exhaustif de normes relevant du droit administratif global. Ainsi qu'il l'a été précisé *supra*, la conclusion quant à l'appartenance ou non de la norme observée au droit administratif global dépend d'une multitude de facteurs concrets parmi lesquels figurent son sens conféré au sein de l'ordre juridique concerné, le fait qu'elle s'applique ou entend s'appliquer à une « entité globale », ou encore la confirmation qu'elle participe bien à la légitimation d'une décision en la rendant plus acceptable aux yeux de ses destinataires. En d'autres termes, cette liste constitue un guide de normes relevant *prima facie* et *in abstracto* du droit administratif global, la confirmation ne pouvant venir qu'*in concreto*. Par ailleurs, l'on voit que le champ couvert par le droit administratif global est immense, de sorte qu'il est matériellement impossible de définir chaque norme mentionnée et de démontrer

[215] De manière générale, « [a]ccountability, in its plainest sense, is the state of being answerable to someone. It means, roughly, that one actor must provide explanations or justifications to another act regarding his/her actions and that the second actor could reward or punish the first based on his/her performance » (ASSAF Dan, « Conceptualising the use of public-private partnership as a regulatory arrangement in critical information infrastructure protection », *in* PETERS Anne, KOECHLIN Lucy, FÖRSTER Till, FENNER ZINKERNAGEL Gretta (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, CUP, 2009, p. 73). Pour une analyse plus approfondie, voir les propos de HARLOW Carol, « Accountability as a Value in Global Governance and for Global Administrative Law », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, *op. cit.* note 8, pp. 173-192, spéc. pp. 174-181.

systématiquement en quoi elle relève du droit administratif global : cette entreprise pourrait faire l'objet d'une autre recherche, plus descriptive. Dans la suite de l'étude, l'appartenance au droit administratif global des normes rencontrées ne sera justifiée et spécifiquement démontrée que lorsque celle-ci paraîtra susceptible de soulever des doutes particuliers, le propos se focalisant sur leurs sources.

Conclusion quant au champ de l'étude. Il faut concéder que le raisonnement adopté a conduit à définir *a priori* un « droit administratif global » dont on pourrait reprocher le caractère purement personnel et subjectif. Cependant, le droit administratif global, c'est-à-dire le *champ* de l'étude qui ne constitue que l'exposé des choix d'inclusion et d'exclusion de la recherche, paraissait mal défini, d'autant que la notion n'existe pas en dehors du projet prescriptif du *Global Administrative Law*. Comme le reconnaît Clémentine Bories, les « différents critères » du *GAL* souffrent « d'une définition encore trop peu précise. Une telle situation de flou est le fruit des tâtonnements qui caractérisent la doctrine depuis l'apparition de phénomènes administratifs au-delà de l'État […] » [216] ; le *GAL* souffre en général des « difficultés de perception de l'ensemble et de sa cohérence »[217]. La redéfinition d'une notion de droit administratif global, dans et pour le cadre de cette étude, ne s'interprète pas autrement que comme une proposition de contribution à la résolution de ces difficultés, sans laquelle toute analyse de droit positif s'avérait à notre sens impossible. Il n'est d'ailleurs pas inhabituel que le constat de l'imprécision du champ d'une recherche conduise leur auteur à le requalifier préalablement, le cas échéant en en adoptant une conception radicalement différente de celle de la majorité de la doctrine[218]. Par ailleurs, la définition adoptée du droit administratif global n'a

[216] BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *op. cit.* note 86, p. 56.
[217] *Idem*.
[218] Voir en particulier le choix fait par Jean Sirinelli de définir le « droit administratif européen » comme champ de son étude tout en en dégageant un sens très différent de ceux habituellement utilisés par la doctrine (SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 266, 2011, pp. 3-10). En qualifiant de « droit administratif européen » les éléments de droit administratif français influencés par le droit de l'Union européenne, à contre-courant d'une autre partie – majoritaire – de la doctrine du droit administratif européen qui y voit plutôt une branche *administrative* du droit de l'Union européenne, l'auteur redéfinit en effet intégralement le champ de sa recherche (voir spéc. pp. 7-10). La doctrine relative au droit administratif européen doit néanmoins être elle-même abordée avec précaution, dans la mesure où il n'existe pas vraiment de consensus sur sa définition – comme concernant le droit administratif global ; voir AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Introduction générale », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3 : « [i]l faut confesser que les auteurs [au nombre de 43 dans l'ouvrage] qui abordent la question du droit administratif européen n'ont pas tous absolument la même définition de ce qu'est cet objet juridique – mais y a-t-il une branche du droit dans lequel il n'en va pas de même ? ». Pour un autre exemple de redéfinition du champ de l'étude, voir GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, pp. 44-54.

pas d'impact direct sur les sources des phénomènes étudiés, lesquelles constituent l'*objet* de l'étude.

SECTION 2. L'OBJET DE L'ETUDE : LA RECHERCHE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

55. ***Sources du droit et application au droit administratif global.*** L'intérêt de l'étude proposée, qui est d'une part inédite compte tenu de son champ retenu, découle d'autre part de son objet[219]. En effet, la doctrine du *GAL* rejette fondamentalement la théorie des sources formelles au bénéfice de celle de « pratique normative »[220], de sorte que l'objet de l'étude aurait pu être perçu comme provocateur – si la définition du champ de l'étude n'avait pas permis de résoudre la contradiction apparente. Il convient toutefois de préciser ce qu'il faut entendre par « source » (**I**) avant d'exposer l'hypothèse de l'étude, c'est-à-dire qu'il est possible de concevoir une théorie des sources du « droit administratif global » (**II**).

I. Le concept de « sources » du droit

56. ***Foisonnement des analyses.*** « L'image est belle et exacte : les sources du droit produisent des règles juridiques comme celles des rivières produisent de l'eau »[221], écrit Didier Truchet ; mais « tout d'abord, le mot source conseille la prudence »[222], avertissait dès 1920 Jan de Louter dans son *Manuel de droit international public positif*. Les ressources bibliographiques relatives au concept de source du droit sont légion, quand bien même l'on se limiterait aux sens conférés à la notion dans les deux branches de droit dans lesquelles ont jusqu'ici été puisés des éléments analytiques – le droit international public et le droit administratif[223]. Plutôt que d'en entreprendre un exposé systématique qu'il serait difficile de

[219] Il n'est pas rare que l'objet d'une recherche soit présenté comme constituant un élément de son intérêt ; voir par exemple LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2014, p. 58.

[220] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, pp. 49-51. Sur cette vision qualifiée de « *behavioraliste* », voir également D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *in* BORIES Clémentine (dir), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit*. note 21, p. 89.

[221] TRUCHET Didier, *Droit administratif*, *op. cit.* note 167, p. 167.

[222] DE LOUTER Jan, *Le droit international public positif*, Tome 1, Bibliothèque internationale de Droit des Gens, Oxford, 1920, p. 42.

[223] La sélection de ces deux matières peut sembler arbitraire, d'autant que la démonstration de la diversité des présentations et des conceptions des sources des différentes branches de droit n'est en réalité plus à faire ; il suffit à cet égard de consulter le troisième volume du *Recueil Gény* (*Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. III – Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Sirey, 1977, 546 p.). Il convient donc de préciser qu'elles ne sont choisies qu'à titre d'exemples, et non de modèles fixes sur lesquels baser l'approche de l'étude ; exemples qu'il a paru pertinent de sélectionner dans la simple mesure où ils font écho

mener à son terme et qui existe par ailleurs[224], il est proposé de relever qu'au-delà de la diversité de ces approches, il est possible d'en dégager des constantes. Ces informations permettront de mieux cerner l'essence du concept de « source », étant entendu que dans la doctrine juridique, un « concept » est « une idée ou représentation de l'esprit qui abrège et résume une multiplicité d'objets empiriques ou mentaux par abstraction et généralisation de traits communs identifiables »[225].

57. ***Identification du concept de source retenu***. Sur la base des travaux doctrinaux sur la question[226], il est possible de dégager les dénominateurs communs de la « source » du droit, qui se distingue d'abord par sa double dimension. Il faut pour ce faire d'abord identifier la distinction entre sources formelles et sources matérielles pour formuler un choix (**A**) avant de fixer les contours du concept de « source » tel qu'il sera utilisé dans l'étude (**B**).

A. La distinction entre sources formelles et sources matérielles

58. ***Polysémie du terme « source ».*** L'une des difficultés de l'étude réside dans l'existence de différents sens donnés au même terme. Cependant, la doctrine distingue dorénavant classiquement les sources dites « formelles » des sources dites « matérielles » (1) – bien qu'une partie d'entre elle estime que « personne, pas même le grand François Geny, n'a pu clairement expliquer en quoi une source formelle diffère d'une source matérielle »[227] –, de sorte qu'il est nécessaire de formuler dès à présent un choix d'approche (2).

---

au champ de la recherche et où le *GAL* entend puiser son contenu dans ces droits – entre autres, puisque le droit administratif français n'est pas le « réservoir » privilégié du projet.

[224] Voir, récemment, l'exposé complet de GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, pp. 19-35.

[225] MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *op. cit.* note 122, p. 1307. Voir plus généralement, sur le « concept » dans la doctrine juridique, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 322-324.

[226] En France et outre les travaux de François Gény, il faut ici mentionner les trois volumes publiés en son honneur et particulièrement le tome premier : *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. I – Aspects historiques et philosophiques*, Paris / Liechtenstein, Librairie Duchemin / Topos Verlag AG Vaduz, 1977, 309 p. Deux publications remarquables doivent également être citées : le tome 27 des *Archives de philosophie du droit* consacré aux sources du droit (*APD*, t. 27, « sources » du droit, Paris, Sirey, 1982, 536 p.) et les quatre volumes des *sources du droit revisitées* (HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées, Volume 1. Normes internationales et constitutionnelles* ; *Volume 2. Normes internes infraconstitutionnelles* ; *Volume 3.* précité note 56 ; *Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012).

[227] JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », *op. cit*. note 109, p. 781.

1. La réalité de la distinction : les sources formelles privilégiées

59. ***Origine de la règle ou mode de formation de la règle.*** La différenciation opérée entre source formelle et source matérielle – ou source « réelle » – revient à distinguer l'origine de la règle de son mode de formation. L'assimilation de la source à l'« origine de la règle » n'est toutefois pas unanime ; ainsi Paul Amselek différencie-t-il « les origines du droit, les origines de la technique juridique entendue dans sa totalité »[228] des sources matérielles :

> « [l]es sources dites « matérielles » ou « réelles » recouvrent deux sens, très mêlés en pratique. Tantôt on désigne par-là les facteurs qui influent sur le contenu de la règlementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. Il s'agit ici de s'intéresser à tout ce qui contribue à motiver le législateur et à le déterminer dans son œuvre de création du droit. Cette acception est particulièrement utilisée dans les différents courants du positivisme sociologique, mais elle s'y trouve intimement liée et souvent confondue avec une autre. Tantôt, en effet, on désigne par « sources matérielles » ou « réelles » le fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques, mais d'invoquer des faits justificatifs. C'est notamment dans la perspective d'une telle démarche « légitimatrice » que Cicéron a utilisé – le premier, selon certains – cette métaphore des « sources » dans son *De Legibus*, – la source fondatrice de la morale et des lois juridiques qui en sont l'expression étant, selon lui, le *logos*, la raison »[229].

La polysémie du vocable « sources », susceptible de signifier tout à la fois mode de formation, origine historique, justification, fondement voire fonction[230], constitue à l'évidence « un danger, commun à toutes les notions équivoques, qui est celui de passer plus ou moins subrepticement d'un sens à l'autre, de traiter syncrétiquement de problèmes très différents à la faveur d'une identité purement nominale »[231]. Déjà, Kelsen affirmait que « la multiplicité des significations du terme *sources de droit (ou du droit)* le laisse apparaître comme vraiment inutilisable »[232]. La doctrine continue néanmoins à utiliser le terme, qui paraît utilisable dès lors qu'une distinction est opérée entre les sources formelles qui désignent *les modes de formation*

---

[228] AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 252.
[229] *Ibid*., p. 253.
[230] Paul Amselek note que la doctrine range souvent dans la catégorie des sources matérielles à la fois des faits, des principes et des fondements (*idem*) ; certains auteurs opèrent parfois des distinctions précises : « [s]i les fondements de la responsabilité répondent à la question de la justification, les fonctions répondent à la question du but » (CAMGUILHEM Benoit, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 132, 2014, p. 23).
[231] AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *op. cit*., note 228, p. 254.
[232] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 314.

de la règle sur le plan de la technique juridique, et les sources matérielles que constitue *l'ensemble des raisons juridiques et/ou extra-juridiques justifiant la formation de la règle*.

60. ***Réalité de cette distinction dans la doctrine – cas du droit international***. Une recherche sommaire dans la doctrine s'intéressant aux sources du droit international indique un certain foisonnement doctrinal focalisé sur ses sources formelles. L'on recense en effet pas moins de trois cours de l'Académie de La Haye sur les sources en général[233] – sans compter les cours consacrés aux sources d'une branche spécifique du droit international[234], quelques ouvrages généraux[235] et un nombre très important d'ouvrages consacrés à une source du droit international en particulier. La plupart des approches internationalistes des sources du droit international partent, de manière logique, de l'article 38, §1er, du Statut de la Cour internationale de Justice qui codifie les moyens de détermination du droit applicable par la Cour. Les manuels actuels de droit international public analysent toujours les sources du droit international sur la base de cet article, qui, « vieux de plus d'un demi-siècle, et remont[ant] à une époque où la société internationale n'avait ni la dimension ni l'hétérogénéité qui sont les siennes actuellement […] offre tout au plus un guide utile et une typologie opératoire »[236]. Toutefois, la doctrine prend acte de l'évolution du droit international et notamment de ses modes de formation[237] pour émettre de nouvelles approches s'émancipant de ce carcan, en proposant empiriquement de nouveaux modes de formation[238] – revisitant parfois au passage la

[233] HEILBORN Paul, « Les sources du droit international », *RCADI*, vol. 11, 1926, pp. 1-63 ; FINCH George A., « Les sources modernes du droit international », *RCADI*, vol. 53, 1935, pp. 531-651 ; GUGGENHEIM Paul, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 1-84. La question des sources du droit international fait également l'objet de développements significatifs dans certains cours généraux, par exemple : CAHIER Philippe, « Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 195, 1985, pp. 161-252, où l'auteur note que c'est surtout du côté du droit des traités que les sources ont évolué jusqu'à la date de rédaction du cours (p. 252).

[234] JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 9-216 ; MARCOFF Marco G., « Sources du droit international de l'espace », *RCADI*, vol. 168, 1980, pp. 9-121.

[235] Celui du juge SØRENSEN, bien que daté, reste une référence : SØRENSEN Max, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munskgaard, 1946, 274 p.

[236] DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 142, p. 295. Dominique Carreau affirme pour sa part « le caractère incomplet et désuet de la liste contenue à l'article 38 du Statut de la C.I.J. » (CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 103, p. 114).

[237] Ce terme est souvent préféré à celui de « sources ». Voir par exemple RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, p. 29 : « L'expression « mode de formation » est plus précise que celle de « source formelle » : la première renvoie aux techniques de formation, la seconde inclut leurs produits ». Dans le même sens, voir COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, pp. 42-43. À l'inverse, Joe Verhoeven conserve la terminologie classique : VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, p. 313 – à noter toutefois que ce dernier manuel n'est pas des plus récents. Les deux expressions seront cependant utilisées de manière synonymique dans cette étude.

[238] Voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 85, p. 129. Les auteurs différencient la formation conventionnelle du droit international de celle non conventionnelle du droit international, cette dernière étant subdivisée entre les modes de formation

conception des modes traditionnels[239] – et/ou en proposant une analyse critique de leur évolution[240]. Il ressort indéniablement de tous ces éléments que les modes de formation du droit international évoluent et que les sources se diversifient, quelle que soit la classification choisie. Pourtant, il apparaît que ne sont souvent présentées, dans les manuels et la doctrine en général, que les sources *formelles* du droit international, qui peuvent être définies ainsi :

> « [l]es sources formelles du droit sont les procédés d'élaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle appartient au droit positif. Les sources matérielles constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit »[241].

61. ***Réalité de cette distinction dans la doctrine – cas du droit administratif.*** L'étude et l'examen des sources du droit revêtent une importance particulière chez les administrativistes français. Ainsi René Chapus y consacre-t-il le tout premier développement de son célèbre manuel[242]. Ce souci d'étudier les sources du droit administratif est pourtant relativement récent[243], ce qui n'est par exemple pas le cas en doctrine étrangère. Ainsi, tandis que la doctrine

---

spontanés (coutume, principes généraux de droit, équité) et les modes de formation volontaires (actes unilatéraux et actes concertés non conventionnels) du droit international. Voir également la proposition de voir dans les « résolutions légiférantes » une source ignorée par l'article 38 (VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, pp. 355-363).

[239] Dans son récent manuel, Raphaële Rivier estime que « Traité et coutume sont les supports principaux du droit international, auxquels s'ajoutent les actes unilatéraux des États » (RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, p. 30), ce qui correspond à la prise en compte quasi-unanime des actes unilatéraux comme mode de formation du droit international (voir, par exemple VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, pp. 441-448). En revanche, les principes généraux de et du droit relèvent pour Raphaële Rivier du droit coutumier, respectivement formellement ou par leur origine (RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 174, p. 176), ce qui est contestable s'agissant des principes généraux « de » droit découlant directement de l'article 38 ; sur ce point, voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 85, p. 381.

[240] Voir par exemple DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 142 ; un chapitre « constantes et évolutions des modes de formation du droit international contemporain » (pp. 401-442) qui présente et analyse notamment de manière critique la « thèse de la crise du système normatif international » de Prosper Weil (pp. 403-407).

[241] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 85, p. 124.

[242] CHAPUS René, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 166, p. 27 : « [l]orsqu'on se trouve en présence d'une norme juridique, on peut entreprendre de rechercher pourquoi elle existe, de quelles considérations elle procède, à quelles aspirations elle tend à répondre. Ce faisant, on recherche les sources matérielles de la norme. […] On peut aussi s'attacher à déterminer par quel *jurislateur*, c'est-à-dire par quelle autorité créatrice de normes juridiques, ou bien par quel acte, les normes ont été édictées. Il s'agit alors de la détermination de leurs sources formelles […] » (italique dans le texte original).

[243] Firmin Laferrière n'évoque que les sources générales, départementales et communales de l'impôt dans son Cours des années 1840 (LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, deuxième édition, Paris, Joubert, 1841-1846, p. 208). Les travaux contemporains font de même ; voir par exemple le Précis d'É.-V. Foucart dans les mêmes années, qui n'évoque pas les sources autrement que sous l'angle…de la propriété des sources des cours d'eau naturels (FOUCART Émile-Victor, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videcoq Père et Fils, 1844, §§451 et suivants, p. 202) ou encore, plus tard, BATBIE Anselme, *Précis du cours de droit public et administratif*, troisième édition, Cotillon, Paris, 1869, 872 p. (aucune mention). Quarante ans après son père, Édouard Laferrière, dans son Traité majeur, ne les aborde que dans la préface du tome premier (LAFERRIÈRE

allemande consacre au début des années 1930 d'importants développements, parmi les « notions fondamentales » du droit administratif allemand, à ses sources[244], le Doyen Hauriou n'y consacre pour sa part aucun développement spécifique dans son *Précis* de 1933 alors qu'il développe largement la question de l'autonomie du droit administratif[245], ce qui ne manque pas d'étonner le juriste contemporain habitué à démontrer l'autonomie d'un droit – notamment – par ses sources[246]. Si l'on met de côté les écrits du Doyen Bonnard qui démontrent un intérêt particulier pour cette question[247], ce n'est que dans les années 1950 que la doctrine française – comme italienne[248] – commence à s'intéresser aux sources du droit administratif. En 1953, André de Laubadère évoque rapidement, dans son manuel, les sources du droit administratif

---

Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome premier, Paris, Berger-Levrault, 1887, pp. VII-VIII) puis évoque, dans le tome second et de manière insignifiante, « les sources multiples auxquelles la jurisprudence du Conseil d'État a dû puiser pour régler [le contentieux spécial de la répression en matière de domaine public] » (LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome second, Paris, Berger-Levrault, 1888, p. 602). Le Doyen Berthélémy, bien qu'affirmant d'emblée que « [l]e fondement de l'autorité administrative se trouve dans la Constitution » (BERTHÉLÉMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11ème éd., Paris, Arthur Rousseau, 1926, p. 11), ne fait aucune mention en 1926 des sources du droit administratif ; Gaston Jèze n'évoque qu'au détour d'un développement le fait que le juge « trouve [le droit] très ordinairement inscrit dans un texte de loi, ou bien dans les arrêts concordants des tribunaux supérieurs (jurisprudence) » (JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 2ème éd., Paris, Marcel Giard, 1925, p. 35).

[244] FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, *op. cit*. note 155, pp. 48-62. L'auteur introduit le sujet en précisant que « [l]es règles du droit administratif découlent des mêmes sources que les normes juridiques en général. Aussi nous bornerons-nous à extraire de la théorie générale des sources du droit ce qui a une particulière importance pour le droit administratif » (p. 48).

[245] Voir HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, (Sirey, 12ème éd., édition revue et mise à jour par André HAURIOU, 1933), réédition présentée par Pierre DELVOLVÉ et Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2002, pp. 22 et suivantes. Alors qu'il présente un chapitre deuxième portant sur la définition du droit administratif, sa place dans l'ensemble du droit et donc son autonomie, ce dernier ne fait mention que des « règles spéciales exceptionnelles » (p. 22) et des emprunts à titre supplétif aux règles de droit privé pour affirmer l'existence d'un « droit exceptionnel autonome » (p. 30).

[246] Cette absence est d'autant plus marquante qu'elle contraste parfaitement avec l'attention particulière que portent, à la même époque, les internationalistes aux sources du droit qu'ils étudient (voir *supra*, note 233). L'absence totale de mention des sources dans le manuel de droit administratif de René Foignet en 1893 (FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit administratif*, deuxième édition, Paris, Rousseau, 1893, 411 p.) est ainsi saisissante, dans la mesure où son manuel de droit international public de 1899 (FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit international public*, troisième édition, Paris, Rousseau, 1899, 430 p.) expose les « [s]ources du droit des gens positif » dès la cinquième page, et propose très rapidement un exposé de leur dimension théorique (pp. 7-9).

[247] Déjà dans son *Précis élémentaire de droit public* de 1932, le futur Doyen de la Faculté de Bordeaux fait une large part aux « sources du droit public français » en introduction (BONNARD Roger, *Précis élémentaire de droit public*, 2ème éd., Paris, Sirey, 1932, pp. 30-32 ; les développements spécifiques aux sources du droit administratif dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif* dix ans plus tard sont tout à fait notables également (BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Paris, LGDJ, 1943, pp. 22-23).

[248] Pas plus que celui d'Antonio Salandra en 1921 (SALANDRA Antonio, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1921, 375 p.) l'ouvrage de Tino Vitta ne prévoit aucun développement spécifique relatif aux sources du droit administratif italien, ni en 1949 (VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Terza edizione riveduta e aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, 691 p.), ni en 1954 (VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Quarta edizione aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, 743 p.). En revanche, la plupart des manuels y consacrent des développements substantiels au moins dès 1945. Voir par exemple ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, Quarta edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1945, pp. 55-86 ; ou DE VALLES Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, Terza edizione, Padova, CEDAM, 1956, pp. 12-38.

dans un chapitre premier sur « l'originalité du droit administratif français » ; il affirme alors que « le droit administratif est issu des trois sources que l'on trouve dans toutes les branches du droit : la *loi écrite*, la *coutume* et la *jurisprudence* »[249], avant se consacrer plus loin l'étude des sources de la légalité aux sources écrites[250] d'une part, et non écrites[251] d'autre part. Marcel Waline, qui écrit lui aussi – de manière expéditive – que « [p]our le droit administratif, comme pour toutes les branches de droit, les sources sont le droit écrit, la coutume et, indirectement, la jurisprudence »[252], reprend cette distinction en l'adaptant, considérant que puisque « la coutume proprement dite, l'usage répété, suivi avec la conviction que c'est la règle de droit, joue un assez faible rôle en droit administratif »[253], il n'est pas pertinent de l'étudier[254]. D'autres auteurs français écrivant à cette époque voient dans la doctrine – synthétisant la jurisprudence – une source, aux côtés du législateur et de la jurisprudence[255] ; enfin peut-on citer utilement le *Cours* de Charles Eisenmann de 1952-1953, qui évoque cette fois en profondeur l'ambivalence du terme « source » dans sa recherche de l'affirmation de l'autonomie du droit applicable à l'administration[256]. Certains ouvrages contemporains traitent des sources du droit administratif dans le cadre de l'étude du principe de légalité comme un seul titre, sans différencier les sources écrites et non écrites[257] ; d'autres se conforment à la distinction classique entre sources écrites et non écrites pour présenter les sources administratives hiérarchisées[258] en leur sein, en les faisant parfois apparaître là où on ne les attend pas[259]. Celles-ci sont principalement – mais pas exclusivement – constitutionnelles, internationales, communautaires, légales, règlementaires,

[249] DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* note 158, p. 28.
[250] *Ibid.*, pp. 205-209. L'auteur distingue le « bloc légal des lois et règlements », les lois constitutionnelles, le Préambule de la Constitution de 1946 alors en vigueur et « le problème des règles de droit individuelles » dont l'auteur considère que l'illégalité de leur violation réside « dans la violation d'une *règle générale non écrite* » (p. 208, italiques dans le texte).
[251] *Ibid*., pp. 209-211 ; sont mentionnés la coutume, la jurisprudence et les principes généraux du droit.
[252] WALINE Marcel, *Droit administratif*, Paris, Sirey, Traités Sirey, 8ème éd. mise à jour de la Constitution de 1958, 1959, p. 105.
[253] *Idem*.
[254] L'auteur ne traite donc que du « droit écrit » (*ibid.*, pp. 106-130) et de la jurisprudence ou plutôt des « juridictions administratives », incluant dans la recherche des sources des règles du droit administratif des développements très conséquents sur l'organisation du contentieux, les frais de procédure, la saisine des tribunaux, les voies de recours et les garanties procédurales (*ibid.*, pp.131-242) ; autant d'éléments qui, aujourd'hui, ne sont plus présentés – certainement à raison – comme relevant des sources du droit administratif.
[255] DUEZ Paul, DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 3-4.
[256] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, DES Droit public 1952-1953, Paris, Les cours de droit, pp. 21-52.
[257] GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2011, pp. 383-528.
[258] Comme le relève un auteur, les règles sont « hiérarchisées et cette hiérarchie constitue un nouvel élément du mécanisme de légalité » (GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, *op. cit.* note 153, p. 532) ; il paraît donc logique d'en tenir compte dans l'exposé des sources desdites règles.
[259] Yves Gaudemet ne les évoque par exemple que dans un titre consacré aux « actes administratifs » (*ibid*., pp. 530-597).

coutumières et jurisprudentielles. De ces éléments ressortent essentiellement deux idées : l'inexistence d'une méthode universelle de présentation des sources, qui traduit un flou conceptuel autour de la manière par laquelle peuvent être appréhendées les sources d'un droit ; mais à l'inverse un consensus pour ne présenter que les sources *formelles* du droit administratif. Ces deux constats ne sont pas démentis par les présentations proposées – lorsque les sources font l'objet de développements[260] – dans les manuels et ouvrages relatifs aux droits administratifs belge[261], allemand[262], espagnol[263], italien[264], britannique[265] et européen en général[266], ou encore africain d'origine française[267] – ce malgré leurs grandes différences historiques, conceptuelles et matérielles, et l'existence de systèmes spécifiques[268]. Au regard de ces divergences cependant, la comparaison ne saurait aller plus loin sans « comparer

[260] Par exemple, les sources du droit administratif américain ne font la plupart du temps pas l'objet de sections spécifiques ; voir ainsi SCHWARTZ Bernard, *Le droit administratif américain. Notions générales*, Paris, Sirey, 1952, 249 p. ; plus récemment PIERCE Richard J. Jr., *Administrative Law*, Second Edition, New York, Foundation Press, 2012, 185 p.

[261] BATSELÉ Didier, MORTIER Tony, SCARCEZ Martine, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 19-56. Les auteurs énumèrent toutefois une série de sources « réelles » du droit administratif belge, en ce qu'elles « expriment les besoins de la société à un moment déterminé et se caractérisent par leur évolutivité en fonction des changements sociaux, économiques ou politiques » (p. 19).

[262] Voir, adoptant une distinction entre « sources » et « sources du droit non organisées » – la coutume et les usages locaux –, FORSTHOFF Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Bruxelles, Bruylant, 1969 (édition originale : München, Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 9ème éd., 1966), pp. 205-242 ; adoptant une distinction hiérarchique entre sources écrites, sources non écrites coutumières, principes généraux de droit, circulaires puis droit des *Land*, MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, *op. cit.* note 157, pp. 60 et ss. Voir également JACQUEMET-GAUCHÉ Anne, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 275, 2013, pp. 29-30.

[263] FRANCH Marta, « Le droit administratif espagnol dans le creuset européen », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, *op. cit.* note 218, p. 814

[264] FRANCO Italo, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 137-178.

[265] PARPWORTH Neil, *Constitutional & Administrative Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 185-251. Les sources spécifiques du droit administratif ne sont cependant pas distinguées, mais traitées dans une partie « Sources of Public Law » de manière générale. D'autres manuels ne traitent, *contra*, pas les sources du droit administratif britannique (par exemple : ENDICOTT Timothy, *Administrative Law*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, 644 p.), tandis que d'autres les traitent très succinctement (par exemple : CANE Peter, *Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 17).

[266] FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, pp. 74-86 ; l'auteur distingue les règles écrites de droit interne des règles non écrites de droit interne et des règles de droit international et européen.

[267] LATH Yédoh Sébastien, « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, 2011, n°5, pp. 1255-1288. L'auteur précise que les sources de ces droits sont globalement moins jurisprudentielles qu'en France. Parmi d'autres, voir l'exemple congolais (MOUDOUDOU Placide, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 15-31) ou l'exemple sénégalais – la doctrine évoque une « inversion des sources » par rapport à l'héritage français (SY Demba, *Droit administratif*, 2ème édition revue, corrigée et augmentée, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, Crédila, 2014, pp. 44-45).

[268] Le droit administratif polonais se caractérise par exemple par une distinction constitutionnelle entre les sources de droit « à validité universelle » et les sources « internes » ; mais celle-ci concerne davantage les destinataires des normes que leurs modes de formation. Les sources sont ainsi similaires à celles des autres États mentionnés (voir WOJTYCZEK Krysztof, « Le droit administratif polonais dans le creuset européen », *in* AUBY Jean-Bernard DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, *op. cit.* note 218, pp. 845-849).

l'incomparable »[269] et verser dans le contresens : il suffit de constater à ce stade qu'un certain modèle se dessine autour de la présentation de sources purement formelles.

2. Le choix opéré : la recherche des sources formelles enrichie par la mesure du rôle des sources matérielles

62. ***Choix opéré dans l'étude.*** Si ce choix terminologique devenu classique répond aux difficultés issues de la « réalité protéiforme » désignée par le terme « source »[270], encore faut-il déterminer si les deux outils seront mobilisés, ou dans la négative lequel des deux outils sera mobilisé pour analyser le droit administratif global. Si une approche fondée sur l'analyse du droit positif conduit à retenir une approche basée sur les sources formelles, il est toutefois soutenable que faute de rechercher les sources matérielles d'une norme,

> « on abandonne le point de vue qui pouvait justifier la métaphore de la source ; délaissant l'origine ultime – *la* source – des normes concrètes que déterminent les règles relatives à leur formation et à leur régime, pour s'intéresser aux caractères propres de chaque classe de règles – *les* sources –, on perd volontairement de vue la source du fleuve »[271].

Il apparaît néanmoins nécessaire de sacrifier la justesse de la métaphore sur l'autel de la logique scientifique. À l'instar de Cécile Granier dans son étude sur les sources du droit financier, le choix d'écarter préalablement les sources matérielles est justifié « tant par l'impossibilité de systématiser les sources réelles du droit, du fait de la pluralité et du désordre qui les caractérisent, que par le caractère a-juridique d'un tel objet d'étude, ce qui le place hors du champ d'investigation direct du juriste »[272], malgré la tentation d'une compréhension en profondeur du droit administratif global :

> « [c]hez le juriste superficiellement positiviste, la tentation est grande de ne pas s'en tenir, en réalité, aux seules sources formelles. Mais le danger est double. Il est assez artificiel d'essayer de synthétiser les causes réelles de toutes les règles d'une discipline juridique : le risque est d'aboutir à des généralisations approximatives, sinon erronées, tant les sources d'inspiration et d'influence sont variables et contingentes d'une règle de droit à l'autre. […] On voit un autre danger aux études trop synthétiques des causes réelles du droit : celui de tomber dans le sociologisme, le moralisme, le jusnaturalisme, le déterminisme ou le conservatisme »[273].

---

[269] Voir HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, vol. 41, n°4, 1989, pp. 907-914. La citation et tirée de la page 907.
[270] GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 21.
[271] COMBACAU Jean, « Chapitre VI – Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », *in* TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome 1, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2012, p. 414 (en italique dans le texte original).
[272] GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 23.
[273] PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 12.

Certains choix théoriques pourraient permettre, à première vue, de contourner le problème. Ainsi, selon l'objectivisme sociologique de Scelle, il n'existe qu'une seule source matérielle, et elle est extra-juridique[274]. Il faut toutefois, pour l'analyser pleinement, avoir recours à des outils de sociologie, philosophie, anthropologie voire ethnologie, dont la pertinence est douteuse dans le cadre de cette étude. Quand bien même cette option méthodologique serait adoptée, il faut constater que cette vision de la source matérielle est insuffisante. La présence de sources matérielles dérivées ou accessoires, rassemblant les raisons plus pragmatiques conduisant à l'adoption de la règle[275], serait inévitablement décelée, engendrant la conceptualisation d'une nouvelle distinction au sein des sources matérielles, ce qui aurait pour conséquence de faire tomber l'étude dans le premier écueil décelé par Benoit Plessix. Sa proposition d'une « voie médiane [qui] peut consister, tout en se plaçant dans le cadre des sources formelles, de prendre la mesure de leur rôle réel »[276] est à cet égard à la fois plus sage et réaliste. Il s'agira donc de développer une approche fondée sur le concept de source formelle, sans ignorer pour autant l'existence de sources matérielles qui pourront contribuer à affiner l'analyse du droit administratif global.

B. La source formelle : un outil dynamique

63. ***Diversité de la notion de source formelle.*** Le choix de rechercher les sources formelles du droit administratif global implique enfin de déterminer le contenu de cet objet d'étude. De nombreux jalons sont posés par la doctrine, qui admet que « ce qu'on appellera « source du

[274] SCELLE Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. III – Les sources des diverses branches du droit*, *op. cit.* note 223, p. 399 : « il faut bien entendre que *la* source dite matérielle n'est pas une source. C'est la nappe juridique profonde et une qui donne naissance à plusieurs sources extérieures […] par qui s'expriment la nature et l'intensité du fait originaire, le fait social, seule *cause* réelle de l'existence du droit *objectif* et de ses sources formelles ». D'autres auteurs ont pu affirmer l'existence d'une source matérielle unique, mais bien différente. Ainsi René Capitant, dans sa thèse restée célèbre, écrit : « *L'inventeur d'une règle est toujours un individu*. [...] C'est un individu qui formule pour la première fois une règle nouvelle. C'est le journaliste qui en lance l'idée, ou l'auteur d'une proposition de loi, ou l'écrivain qui se fait l'apôtre d'une réforme, ou le théoricien qui construit tout un ordre juridique idéal, Rousseau, Karl Marx. Cet individu est législateur de droit idéal. Ainsi la source du droit est toujours individuelle. Le droit, comme toutes les institutions sociales, prend naissance dans le cerveau des inventeurs » (CAPITANT René, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, pp. 127-128, italique dans le texte original). L'auteur différencie toutefois la *source* du *créateur de la positivité*, qui est la masse sociale (p. 129).

[275] L'on pourrait par exemple évoquer les *lobbies*, dont l'activité européenne a pu être qualifiée de « force créatrice du droit » (voir LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 175, ainsi que les références citées), et d'une manière générale les « forces » identifiées par G. Ripert : RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955, 431 p.

[276] PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 273, p. 12.

droit » dépend d'un *choix* relativement arbitraire, c'est-à-dire de la façon dont chacun aimera mieux utiliser cette expression »[277].

64. ***Vision souple et pluridimensionnelle de la source formelle.*** Philippe Jestaz estime que l'expression « source formelle » est « [p]robablement une absurdité sémantique. La rigueur de l'épithète contredit la fluidité du substantif »[278]. Le fait que cette terminologie soit toujours employée actuellement par la doctrine – bien que de manière toujours contestée – contredit l'idée de son inutilité, ou, à tout le moins, valide la thèse de son absence d'inutilité totale ; toutefois, l'idée latente selon laquelle la source formelle devrait être appréhendée de manière souple paraît à la fois cohérente et adaptée à l'étude du droit administratif global. Ainsi la source formelle constitue, pour Isabelle Hachez, « un instrument qui suit un processus d'élaboration déterminé, ou en tout cas répond à certains critères de reconnaissance, sans nécessairement être le fait d'un auteur habilité à dire le droit »[279]. Cette proposition traduit bien le caractère pluridimensionnel du concept de source formelle que synthétise Cécile Granier[280]. En effet, il est possible de distinguer trois volets dans la confection de la norme juridique : un versant organique par « l'intervention d'entités déterminées » aux missions diverses, comme déterminer le contenu de la norme ou l'adopter formellement[281], un versant matériel qui réside dans le *support* normatif utilisé[282] – c'est-à-dire l'instrument formel – et un versant procédural désignant « la mise en œuvre de procédures déterminées, qui conditionnent l'entrée en vigueur ou l'extériorisation des normes juridiques »[283], comme le vote de la loi. Chacun de ces volets correspond au concept de source formelle du droit, mais peut être individualisé. En d'autres

[277] HABA Enrique P., « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 238-239. Voir, dans le même sens, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 35 : « [t]toute recherche sur les sources semble ainsi fondée sur des assises mouvantes et relatives », du fait de la dimension idéologique de « toute entreprise d'identification ou de définition des sources [, qui] apparaît reposer sur un positionnement intellectuel initial » (*ibid.*, p. 33).

[278] JESTAZ Philippe, « Source délicieuse… (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDCiv*, 1993, p. 73. Un florilège de ce type de sentence sans concessions a d'ailleurs été relevé récemment : HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit*. note 226, pp. 51-52.

[279] HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *ibid.*, p. 55, note n°18. L'auteur se base en particulier sur les travaux de VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, 226 p. Sa vision selon laquelle les sources formelles sont les « modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence historique : s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité » (p. 148) demeure d'actualité.

[280] GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 23.

[281] *Idem*.

[282] *Ibid.*, pp. 23-24.

[283] *Ibid*., p. 24.

termes, il convient d'adopter une conception large et ouverte de la source formelle pour désigner *les techniques et processus permettant à une norme donnée d'intégrer le droit positif et d'être identifiée comme telle*.

II. L'hypothèse de l'étude : l'existence de « sources du droit administratif global »

65. ***Exposé des arguments opposables et formulation de l'hypothèse.*** La thèse suppose l'existence de sources formelles des normes composant le droit administratif global et prend le pari qu'il est possible d'en rendre compte par une théorie des sources, entendue comme une manière de présenter de manière ordonnée les modes de formation du droit positif[284]. Telle est, sommairement, l'hypothèse que la présente étude propose de vérifier. Une telle approche a pourtant été d'abord rejetée par les concepteurs du *GAL* avant que sa pertinence soit globalement admise ; d'autres approches réticentes à l'idée d'une analyse des sources formelles du droit administratif global peuvent par ailleurs être identifiées. Pour formuler la thèse proposée de manière complète (**B**), il est ainsi convenable d'examiner au préalable les objections – existantes ou possibles – apportées à la question de la possibilité d'utiliser les sources formelles pour analyser le droit administratif global (**A**).

A. Le rejet des objections relatives à l'étude des sources du droit administratif global

66. ***Suffisance des sources du droit international et inadéquation des sources formelles au droit administratif global.*** Deux séries de considérations pourraient être opposées à l'objet de la recherche ; elles sont d'ailleurs contradictoires. Il faut d'abord rejeter l'idée de la suffisance des sources du droit international pour analyser les phénomènes relevant du droit administratif global (1) puis surmonter le postulat – plus que la démonstration – selon lequel le droit administratif global, et de manière générale les phénomènes normatifs issus de la globalisation, seraient totalement rétifs à toute analyse sous le prisme des sources du droit (2).

1. L'argument de la suffisance des sources du droit international public

67. ***Nécessité de ne pas enfermer les phénomènes normatifs observés dans un cadre pré-imposé.*** Une première approche consiste à admettre l'utilité d'une théorie des sources, et, appliquée au droit international public, de considérer qu'elle suffit à appréhender l'ensemble

[284] Voir la définition précise développée §72.

des nouveaux phénomènes identifiés sous l'expression « droit administratif global ». S'appuyant sur une vision souple des sources du droit international, un tel argument peut séduire : sous réserve de ne pas se borner à la formulation de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le droit international public paraît effectivement suffisamment flexible pour être étendu à la plupart des situations traitées par les entités globales. Toutefois, une telle analyse néglige la dimension « globale » du droit étudié, laquelle implique notamment de ne pas chercher à faire coïncider artificiellement l'intégralité des phénomènes normatifs rencontrés avec des sources relevant de l'ordre juridique international. L'une des plus-values de l'étude réside justement dans le choix d'observer la formation de ces normes sans présupposé quant à leur ordre juridique d'origine, ce qui permet d'inclure des processus qui ne sont pas considérés par le droit international classique comme des modes de formation de ce droit ; l'on pense aux sources de certaines normes de droit interne étatique, mais également et surtout à celles de normes de droit administratif global relevant des « droits internes » développés par les entreprises multinationales ou organisations non gouvernementales. Il n'est pas soutenu que l'inclusion de ces processus de formation normative parmi les modes de formation du droit international est impossible, ce qui relèverait d'une position idéologique préalable tout aussi critiquable que celle qui est écartée ici ; elle ne peut néanmoins s'opérer, en l'état actuel du droit international et malgré sa souplesse, sans quelques contorsions intellectuelles qui s'avèrent dispensables. Une approche basée sur la simple observation du droit positif sans rattachement préalable à un système de sources préconçu apparaît donc à la fois plus souple et plus pertinente.

2. L'argument de l'inadéquation des « sources formelles » face à la globalisation

68. ***Absence de système de prédétermination des sources et nécessité d'une approche non formaliste du phénomène juridique.*** Une seconde approche consiste à renoncer à utiliser les « sources formelles » à propos du droit administratif global ; elle se divise en deux branches. La première réside dans l'idée que tenter de dégager une théorie des sources du droit administratif global serait une aporie du fait de l'impossibilité d'identifier un mode de production des sources formelles – soit des « méta-sources » formelles. La seconde, propre à la doctrine du *GAL* bien qu'elle semble l'avoir nuancée, a consisté à rejeter de manière générale le *formalisme* inhérent à toute théorie des sources, lequel serait inadapté à l'étude de la réalité du phénomène juridique dans le contexte de la globalisation.

69. ***L'argument de l'absence de système de prédétermination des sources formelles***. Pour Bruno Oppetit,

> « la notion de source du droit […] constitue bien un mode d'édiction du droit, mais c'est un mode *prédéterminé* ; en d'autres termes, elle ne saurait se reconnaitre compétence à elle-même à l'effet de produire des règles de droit, encore faut-il que ce rôle lui ait été imparti. Mais alors, selon quel processus tel ou tel mode de production de normes va-t-il accéder au rôle de source de droit ? Qui trouve-t-on à l'origine de cette prédétermination ? À quelle autorité revient-il d'instaurer les normes de compétence normative ? C'est précisément le rôle d'une théorie des sources du droit que de répondre à ces questions »[285].

Une telle définition paraît éloignée des considérations et surtout des spécificités du droit administratif global, dont aucune autorité ne saurait *a priori* prédéterminer l'édiction des règles étudiées, essentiellement car les sources recherchées du droit administratif global ne s'analysent pas sous le prisme d'un seul ordre juridique – au sein duquel il serait possible de rechercher un système de détermination unique. Cet argument ramène également à l'absence de base constitutionnelle du droit administratif global[286] ; deux réponses peuvent y être apportées. D'une part, il faut relever que la question n'est pas différente dans d'autres domaines, comme en droit international public[287] où elle a trouvé de nombreuses réponses doctrinales : « l'absence d'un texte de nature constitutionnelle définissant à l'avance, et de façon définitive, les sources du droit n'est pas nécessairement un obstacle à l'existence d'un système juridique formel et unitaire »[288] – un tel système n'étant néanmoins pas recherché dans le cadre de cette étude. D'autre part, il n'est pas question d'affirmer de manière préalable que les normes de droit administratif global jaillissent hors de tout ordre juridique. Au contraire, l'angle proposé conduit à envisager la production normative en se plaçant à chaque fois du point de vue de l'ordre juridique concerné, ce qui implique d'en étudier un très grand nombre du fait du postulat pluraliste adopté. La question du système d'attribution de la qualité de source formelle ne peut donc recevoir une réponse unique : chaque ordre juridique dispose de son propre système, certains étant particulièrement institutionnalisés, d'autres très peu. Lorsque l'ordre juridique observé semble défaillant à déterminer une telle qualité, la théorie de Hart[289] selon laquelle « dans un système juridique moderne, les critères d'identification fournis par la règle de

[285] OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 44.
[286] Cette question est notamment abordée par CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit*. note 7, pp. 102-104.
[287] Voir par exemple PAYANDEH Mehrdad, « The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart », *EJIL*, vol. 21-4, 2011, pp. 990-991.
[288] PROST Mario, *Unitas Multiplex. Unités et fragmentations en droit international*, *op. cit.* note 11, p. 104.
[289] HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, Deuxième édition augmentée, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 334 p.

reconnaissance incluent une diversité de sources du droit »[290], peut être mobilisée. Selon le théoricien britannique, la « plupart du temps, la règle de reconnaissance ne se trouve pas énoncée, mais son existence se *manifeste* dans la manière dont les règles particulières sont identifiées, soit par les simples particuliers, soit par leurs conseils »[291]. Il apparaît donc que l'absence d'un système général de prédétermination des sources formelles n'est nullement un obstacle à la recherche.

70. ***L'argument de l'incapacité d'une théorie des sources à saisir le droit administratif global.*** La doctrine du *GAL* semble rejeter si fermement la notion de source formelle qu'il paraît indispensable de s'arrêter sur ses arguments. Selon Édouard Fromageau, ce rejet initial, impliquant celui d'une théorie des sources, a pour conséquence

> « d'écarter du canevas conceptuel du GAL la principale caractéristique de cette théorie, à savoir son formalisme en tant que « méthode d'identification du droit au travers de l'utilisation de critères formels, [...] qui vise ainsi à différencier le droit du non-droit ». Dans le cadre de la théorie des sources, cela signifie que le droit est reconnu comme tel en prenant comme critère son « pedigree formel ». La source formelle sera donc celle qui pourra se prévaloir d'une conformité à un ensemble de procédures spécifiques. Telle ne semble pas être l'approche adoptée par les concepteurs du GAL lorsqu'il s'agit d'identifier ce qu'est le droit au sein du GAL. Sont considérées comme sources du GAL aussi bien les standards (alors dénommés *Global Standards*) émis par des entités publiques ou privées, que les normes de droit international public et, particulièrement, les traités. De ces deux exemples de normes du GAL, le formalisme ne ressort pas comme caractéristique commune. Plutôt que de se référer à la forme des normes et décisions de l'Administration globale pour les identifier, les promoteurs du GAL font usage de la notion de pratique normative »[292].

---

[290] GÉRARD Philippe, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit*. note 278, p. 67.

[291] HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* note 289, p. 120. La règle de reconnaissance étant susceptible d'établir un ordre hiérarchique entre différentes sources formelles afin de résoudre d'éventuels conflits (GÉRARD Philippe, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *ibid.*, p. 74 ; PAYANDEH Mehrdad, « The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart », *op. cit.* note 287, p. 989), il est même possible par extension de fonder une théorie des sources sur une ou plusieurs règles de reconnaissance. L'idée de définir la règle de reconnaissance comme instituant une pratique coordonnée d'identification des sources du droit a d'ailleurs pu être développée par la doctrine ; voir par exemple MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 199-217. S'agissant du propos, il est en réalité assez difficile de déterminer si Hart imagine que les sources sont elles-mêmes des règles de reconnaissance – l'hypothèse est douteuse – ou que chaque source est fondée sur une règle de reconnaissance, et qu'ainsi seule la règle de reconnaissance *ultime* intervient dans le jugement externe quant à l'existence du système (HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* note 289, pp. 130-131). Cette dernière option reviendrait en somme à concevoir plusieurs règles de reconnaissances dérivées d'une règle de reconnaissance ultime apte, le cas échéant, à fonder la cohérence du système, ce qui ne contredit pas le raisonnement sur lequel est basée cette étude.

[292] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 12, p. 49.

La doctrine du *GAL* décline ainsi l'expression de « pratique », entendue comme les mesures prises par les « institutions administratives globales qui ne rentrent dans aucune des catégories formelles utilisées en droit international public »[293], en faisant référence d'une part à la « pratique institutionnelle », laquelle renvoie aux « façons d'agir des institutions du GAL »[294], et d'autre part à la « pratique normative », qui « semble décrire cette part de la pratique institutionnelle ayant une dimension normative et qui, ainsi, constitue une source du GAL »[295]. Si l'on en croit ces conclusions, les auteurs du *GAL* participeraient donc du mouvement de déformalisation du droit international amplement dénoncé par ailleurs[296]. L'interprétant en partie comme une sorte de mode dictée par la « course effrénée à la production doctrinale »[297], Jean d'Aspremont analyse son invocation par la doctrine du *GAL* et note que le projet « repose sur une méthodologie dialectique en vertu de laquelle à une déformalisation initiale et un abandon de la théorie des sources succède […] un retour au formalisme en vue de l'élaboration des principes »[298]. Ainsi démontre-t-il que le rejet de la théorie des sources formelles est « compensé […] par la rémanence d'une théorie de la validité substantielle. En effet, les principes et procédures [...] sont dérivés d'un *ius gentium* qui prend, dans la théorie du droit administratif global, la forme particulière d'un principe de *publicness* »[299] ; ce dernier principe, mal défini, revenant à « une sorte de règle de reconnaissance renvoyant à certains principes normatifs immanents et transcendantaux »[300]. En d'autres termes, le rejet de l'idée de sources

[293] *Ibid.*, p. 50.
[294] *Idem*.
[295] *Idem*. L'auteur cite ici BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », *in* SFDI, *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 22, laquelle évoque les pratiques financières ainsi que les pratiques environnementales, lesquelles « sont dénuées ainsi de toute constance ou uniformité […]. Ce sont des pratiques qui sont prises en compte en dehors de toute référence au processus de formation de la coutume internationale. L'élément juridique n'est pas absent car le développement de ces pratiques s'arrime à des cadres institutionnels ou conventionnels. Ces derniers jouent le rôle de cercles de légalité et de légitimité ».
[296] D'ASPREMONT Jean, « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit*. note 278, pp. 289-293. L'auteur note plusieurs « conséquences néfastes de la déformalisation et de l'abandon de la théorie des sources du droit international » (p. 290) : l'érosion du caractère normatif du droit international, la cacophonie doctrinale, la diminution du potentiel d'évaluation critique du droit ou encore l'affaiblissement de l'État de droit. Voir également, pour un plaidoyer convaincant contre la déformalisation entendue dans un sens restrictif : D'ASPREMONT Jean, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 322 p., et notamment les pp. 222-224.
[297] D'ASPREMONT Jean, « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », *ibid.*, p. 287.
[298] *Ibid.*, p. 294.
[299] D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit*. note 220, p. 91.
[300] *Idem*. Cette réminiscence évidente du droit naturel visible notamment dans l'article de B. Kingsbury sur le concept de droit dans le droit administratif global (KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 40), a conduit à de nombreuses critiques. Parmi elles, voir celle d'Alexander Somek qui voit dans le droit administratif global tel que conçu un « *natural administrative law* » (SOMEK Alexander, « The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20-4, 2009, pp. 990-991).

formelles pour la raison qu'elle serait trop formaliste pour appréhender la réalité des phénomènes administratifs globaux apparaît vain, puisque la doctrine du *GAL* lui substitue finalement un autre type de formalisme – dont les contours apparaissent complexes et en partie indéterminés.

71. ***Pondération du rejet des sources formelles dans la doctrine du* GAL.** Néanmoins, ce rejet apparent doit être nuancé. Ainsi, Kingsbury note dès 2005 que

> « [i]t is uncontroversial that the sources of global administrative law include applicable treaties, some rules of customary international law, and authoritative decisions of intergovernmental organizations. It is argued here that the sources also include practices in many different forums that exert a normative pull in the operation of intergovernmental and transnational governance »[301].

Dans la même veine, Benedict Kingsbury et Megan Donaldson énumèrent en 2011 une série de « Possible Sources of Global Administrative Law »[302] : les sources du droit international public, du *ius gentium* – qui comprend par exemple la *lex mercatoria* –, du droit administratif international, du droit public interne et des « Autonomous Systems Generating Internal Norms »[303]. Dès lors que le *GAL* semble procéder à une formalisation très proche de celle de la théorie des sources et que ses concepteurs finissent par admettre que le concept de source est pertinent pour comprendre son émergence, il est difficile de déterminer en quoi la proposition des concepteurs du droit administratif global est réellement différente d'une théorie des sources. L'on peut même soupçonner, à l'origine du rejet, une confusion entre *théorie des sources* en tant qu'outil de systématisation des indices d'existence du droit et *sources formelles classiques du droit* – international public dans un premier temps –, dans la mesure où ce rejet semble essentiellement être fondé sur le fait que les standards et autres pratiques normatives citées ne sont pas unanimement reconnus comme issus de sources formelles du droit international[304]. Ce type d'argument, face à un phénomène inconnu ou face à la rigidité d'une présentation contemporaine et majoritaire des sources, n'est pas nouveau. Déjà, constatant qu'elle « ne permet pas d'accorder sa place exacte à la jurisprudence »[305], René Sève estimait en 1982 que

[301] KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *op. cit.* note 77, p. 146.
[302] KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 211, §§20 et ss.
[303] *Ibid*., §25. Les auteurs évoquent « the creation of norms within autonomous systems, which may include not only separate economic units (such as a factory) but also separate functional communities engaged in repeated practice », mais n'en donnent pas d'exemple.
[304] La confusion est entretenue par B. Kingsbury lui-même, lorsqu'il associe concept de droit – et par là théorie des sources – en droit international *et* en droit administratif global : « Hart's theory of law thus provides a more promising starting point for a modern positivist approach to the concept of law in international law and in GAL » (KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 40, p. 6).
[305] SÈVE René, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 262.

« [l]a métaphore de la source, bien qu'elle puisse être employée pédagogiquement, n'est pas apte à permettre de penser un ensemble complexe d'éléments »[306]. Rien ne permet néanmoins de tirer une telle conclusion de ce qui précède concernant le droit administratif global. Les arguments concernant la déformalisation doivent dès lors être écartés.

B. L'approche proposée des sources du droit administratif global

72. ***Définition d'une « théorie des sources »***. Norberto Bobbio relève, à partir de l'œuvre kelsenienne, qu'une théorie des sources du droit – même si l'auteur autrichien rejette l'expression au profit de celle de « méthodes de création du droit » –, consiste à « décrire, analyser et classifier les diverses procédures à travers lesquelles s'opère la création du droit »[307]. Ce type de démarche, qui consiste à passer non de la source à la norme mais de la norme à sa supposée source, permet de remplir l'une « des tâches de la science du droit [qui est] de dresser des typologies de ces « sources », et en l'occurrence de relever celles qui accompagnent et justifient la production d'une norme »[308] :

> « qu'est-ce donc […] qu'une théorie des sources du droit ? Dans son essence, c'est une idée : une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux. Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires. Cette doctrine devient elle-même une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et traduit, dès lors son aptitude à produire des normes »[309].

Dès lors, la finalité d'une théorie des sources – désignant *l'idée* de théorie de sources sans référence à une discipline en particulier[310] – est essentiellement descriptive[311]. C'est d'ailleurs du fait de cette fonction descriptive et des diversités des présentations disciplinaires qui peuvent

---

[306] *Idem*.
[307] BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 137.
[308] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », *in* CHAGNOLLAUD Dominique, TROPER Michel (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 1. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2012, p. 261.
[309] OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *op. cit*. note 285, p. 45.
[310] Sur cette question, voir DEUMIER Pascale, « Les sources du droit et les branches du droit. À propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 180-199, spéc. p. 184 : « [c]haque discipline se préoccupe […] des spécificités de ses propres sources, sans que cette abondance de spécificités semble jamais remettre en cause la vision classiquement unitaire des sources. Pourtant, les branches du droit ne se contentent pas de modeler un contenu adapté : elles le fondent dans un outil normatif approprié, creusant l'écart entre la présentation traditionnelle des sources et leur utilisation disciplinaire ». En ce sens, une théorie des sources désigne un cadre conceptuel général et doctrinal visant à décrire de manière ordonnée la formation du droit ; son contenu varie selon les disciplines – et non nécessairement les ordres juridiques – étudiées.
[311] GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 28, p. 35. Dans le même sens en droit administratif allemand : « [à] l'aide de la théorie des sources du droit, on apporte quelque ordre dans cette diversité » (MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, *op. cit.* note 157, p. 60).

être dégagées que peut être faite la « constatation banale que le classement des sources du droit ne suscite aucun accord général »[312].

73. ***Thèse soutenue.*** L'étude a pour objectif d'élaborer, à partir des phénomènes existants en droit positif et considérés comme relevant du droit administratif global, une théorie des sources du droit administratif global. L'hypothèse première, au regard des éléments qui précèdent, consiste donc à suggérer qu'il est possible d'identifier les modes de formation du droit administratif global et d'en proposer une présentation cohérente et ordonnée – ce qu'aucune étude n'a tenté de faire pour l'instant, et *a contrario* de la doctrine du *GAL* qui postule l'indifférence réciproque des notions de *GAL* et de source du droit[313]. Mais une théorie des sources *formelles* a ses limites, et ne peut expliquer l'ensemble des motifs juridiques qui conduisent à la formation du droit administratif global. Pour pallier cette lacune structurelle de l'analyse formelle, il est proposé d'élargir la théorie des sources à de nouveaux éléments d'analyse afin non seulement d'appréhender la formation du droit administratif global, mais encore de le *définir*[314]. En proposant d'inclure de nouveaux éléments à la méthode permettant de définir un droit par ses sources, l'étude entend également contribuer à la revalorisation de l'outil que constitue le concept de théorie des sources.

74. ***La méthode permettant d'élaborer une théorie des sources du droit administratif global.*** Il s'agira donc de rechercher les modes de formation des normes de droit administratif global identifiées, en utilisant une méthode de type inductif – l'induction étant une « technique de connaissance qui a le mérite d'être très disponible (à peu près toujours utilisable) : on observe une régularité et on induit une règle »[315]. Il est en effet impossible de recenser toutes les normes relevant du droit administratif global au sein de toutes les entités globales, de sorte qu'une étude exhaustive est inenvisageable. Les développements proposent plutôt d'identifier les principales dynamiques régissant ces modes de formation et de démontrer par l'exemple, et sauf preuve du contraire – conformément à la logique inductive[316].

---

[312] JESTAZ Philippe, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RGD*, n°27, 1996, p. 7.
[313] Sous réserve des nuances présentées par B. Kingsbury ; voir *supra*, §71.
[314] De la même manière que le droit international public est encore souvent défini par ses modes de formation ; voir par exemple SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, *op. cit*. note 147, pp. 39 et ss.
[315] SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 33.
[316] L'inconvénient principal de la méthode inductive est, en effet, qu'elle « ne permet pas d'exclure logiquement la solution contraire à la solution induite : on observe que quelque chose s'est produit dans une certaine circonstance un grand nombre de fois mais on ne peut pas, par ce seul constat, exclure que « la fois d'après » une chose différente se produise » (*idem*).

75. ***Plan de l'étude***. La première étape de la vérification de l'hypothèse selon laquelle il est possible de concevoir une théorie des sources du droit administratif global consiste à déterminer dans quelle mesure la création des normes qui en relèvent répond systématiquement à des modes, techniques ou procédés identifiables et catégorisables (**PREMIÈRE PARTIE**). Mais cette acception somme toute classique des sources confine l'étude à une analyse relativement procédurale de la création juridique[317]. Celle-ci ne permet pas de mettre en évidence une éventuelle spécificité des normes rassemblées sous l'expression « droit administratif global ». Elle permet simplement de démontrer que celles-ci n'échappent pas au modèle selon lequel les normes répondent à un ou plusieurs modes de formation et d'identifier des constantes et des dynamiques. Cette spécificité, comme le suggère la notion de droit administratif global dégagée plus haut, découle d'autres éléments qu'une théorie des sources strictement *formelles* ne permet pas d'appréhender. Il convient dès lors d'inclure dans l'étude d'autres éléments permettant d'identifier cette spécificité. Cette entreprise est rendue possible par la considération d'un second niveau d'analyse, qui tiendra compte de l'intégration des sources identifiées dans un *système*. Une analyse systémique, c'est-à-dire une « présentation de l'objet comme faisant système »[318] peut être utilement mobilisée à cet effet[319]. Pour ce faire, il s'agit de rechercher les éléments constitutifs d'un système, soit un « ensemble d'éléments liés par un ensemble de relations ayant un degré de finalité »[320]. En s'appuyant sur le contexte de la formation des sources identifiées, sur leurs interactions, leur objet et leurs conséquences, il est possible de caractériser un « système » des sources du droit administratif global. Une inclusion de cette dimension systémique dans la théorie des sources du droit administratif global (**DEUXIÈME PARTIE**) permet ainsi de les inscrire dans un ensemble cohérent et, partant, de contribuer à

[317] N. Bobbio le relève d'ailleurs ; voir BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *op. cit*. note 307, p. 137.
[318] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit*. note 225, p. 4.
[319] L'analyse systémique a notamment été utilisée par la doctrine juridique pour définir la notion de « régulation ». Voir, sur ce point, PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.* note 113, pp. 557-558.
[320] GUGLIELMI Gilles J., *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 157, 1991, p. 4. Voir plus généralement les développements relatifs à l'application, en science juridique, de cette méthode empruntée à d'autres sciences telles que la biologie moléculaire ou la gestion, pp. 4-13. Voir aussi la contribution de l'analyse systémique à l'identification du droit de l'environnement, et notamment les travaux de Michel Prieur selon lequel « [u]n système se caractérise par un ensemble d'éléments, l'existence de relations entre eux et le caractère globalisant (ou d'unité organisée de l'ensemble » (PRIEUR Michel, avec la collaboration de BÉTAILLE Julien, COHENDET Marie-Anne, DELZANGLES Hubert, MAKOWIAK Jessica, STEICHEN Pascale, *Droit de l'environnement*, 7ème édition, Paris, Dalloz, Précis, 2016, pp. 12-13).

définir le droit administratif global – et non plus d'en dégager une simple notion[321]. Dans cette perspective élargie, il apparaît qu'il est non seulement possible de présenter une théorie des sources du droit administratif global, mais encore de le définir par ses sources.

[321] Dans ce contexte, la « notion » est entendue comme entendue comme « une connaissance élémentaire, intuitive ou vague de quelque chose » (MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *op. cit.* note 122, p. 1306).

PREMIÈRE PARTIE.

L'IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

76. ***Objet de la Partie***. L'ambition de cette recherche est de déterminer la mesure dans laquelle les phénomènes considérés comme des manifestations du « droit administratif global » peuvent être analysés sous l'angle de *la* théorie des sources du droit – le singulier signifiant l'absence de rattachement initial à une classification existante dans telle ou telle discipline. Dans un premier temps, il est donc indispensable de vérifier si ces manifestations répondent à un mode de formation identifiable, c'est-à-dire s'il est possible, pour chaque norme, d'identifier une ou plusieurs *sources formelles* lui donnant naissance. Il ne peut cependant s'agir, à ce stade, de valider théoriquement l'existence de normes juridiques par la découverte empirique de sources formelles susceptibles de leur donner naissance, conformément aux enseignements de la théorie du droit. La démarche est inverse : l'existence des normes de droit administratif global est considérée comme un *fait*, mais leurs sources demeurent indéterminées – et, selon la doctrine du *GAL*, largement indéterminables. Autrement dit, la recherche consiste à partir des manifestations du droit administratif global, sans préjudice de leur caractère obligatoire ou de leur éventuelle qualification de *soft law* qui sont des conclusions découlant d'une analyse impliquant l'identification préalable des sources[325], pour déterminer si celles-ci proviennent ou non de *sources* formelles qu'il est possible d'examiner précisément. Ce n'est qu'à la condition qu'une telle entreprise soit réalisable qu'il sera possible d'affirmer que la théorie des sources formelles est applicable à l'objet « droit administratif global » ; encore faut-il déterminer selon quelles modalités « la » théorie, en général, peut être mobilisée. Il ne peut en effet suffire ni de relever l'existence de sources formelles sans chercher de motifs récurrents – auquel cas l'étude serait purement descriptive et ne permettrait pas de participer à une *théorie des sources du droit administratif global* – ni de se borner à constater que les sources identifiées ne correspondent

[325] Certains auteurs affirment certes que « le droit souple mériterait d'être traité comme un phénomène juridique, une source du droit » (LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 202). Le *soft law* constitue pour nous une caractéristique possible du droit, mais non l'une de ses sources – bien qu'il existe, logiquement, des sources de *soft law*. Un mode de formation du droit peut en ce sens produire des normes de droit souple, mais il s'agit d'une *conséquence* de la mobilisation de la source, et non de l'une de ses qualités intrinsèques. La variabilité de l'obligatoriété des normes dites « souples », selon l'ordre juridique du point de vue duquel l'observateur se place, en est la meilleure illustration. Cette question sera analysée en détail *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1.

pas à « une » théorie des sources connue – par exemple, celle du droit international. La recherche doit donc s'affranchir des théories disciplinaires des sources et s'attacher, dans la mesure du possible, à identifier à la fois les modes de formation du droit administratif global et les constantes qui les caractérisent. Pour y parvenir, certains positionnements doctrinaux généraux doivent être précisés.

77. ***Le prérequis à la recherche les sources formelles du droit administratif global : une approche pluraliste.*** Penser les sources du droit administratif global implique préalablement, d'un point de vue théorique, d'accepter l'idée que l'État, seul ou en groupe, n'est pas le seul acteur capable de, et habilité à, prendre des décisions dotées de force normative sur le plan global – ou même international. Une telle réflexion, qui n'est pas nouvelle mais est particulièrement indispensable pour appréhender la complexité du phénomène normatif global, implique de s'interroger sur la notion d'ordre juridique, si l'on admet l'idée que le droit naît toujours au sein d'un ordre juridique. La théorie du pluralisme institutionnel, développée notamment par Santi Romano[326] enseigne que « tout groupe social organisé dispose d'un ordre juridique correspondant »[327]. Sans aller jusqu'à nier, avec Scelle, l'existence juridique de l'État comme sujet du droit international[328], il est ainsi considéré que ce dernier n'est pas la source ni le fondement de tout droit, et que celui-ci peut naître en-dehors de lui, dans la lignée de l'objectivisme sociologique contemporain : « le droit est fondé sur les nécessités sociales desquelles dérivent à la fois son contenu et son caractère obligatoire »[329], c'est-à-dire qu'il trouve son fondement hors du droit lui-même.

78. ***Pluralité des institutions et des ordres juridiques dans la sphère globale.*** Dans le contexte du droit administratif global, la pluralité des institutions, qu'elles soient publiques, privées ou informelles, est un obstacle important à la recherche et à la systématisation de ses résultats. L'ordre juridique, tel que défini par Santi Romano à qui la conception du pluralisme est empruntée, peut en effet résider dans chaque « institution », ce qui implique nécessairement que plusieurs ordres juridiques peuvent se rencontrer et régir un même objet. La superposition de deux ou plusieurs ordres juridiques est donc une réalité bien établie pour la doctrine familière

[326] ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.
[327] LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, Leiden / Boston, 2007, p. 9.
[328] SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, Sirey, 1932, p. 42.
[329] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 116.

des théories pluralistes. Ceux-ci ne présentent toutefois pas nécessairement la même *ampleur*, laquelle est déterminée par l'importance de l'institution génératrice de l'ordre juridique. La question de leur articulation entre eux, qui n'est pas propre au droit administratif global, se pose alors. Par exemple et à cette fin, en droit transnational du sport, Franck Latty dégage la notion d'ordres juridiques « centraux » ; les ordres juridiques des fédérations internationales sportives englobent et centralisent ceux des différentes fédérations nationales relatives à chaque sport – qui sont, eux, présentés comme structurellement décentralisés[330]. L'idée d'ordre juridique central pourrait servir de base à l'analyse, sous l'angle des sources, des rapports que les entités globales entretiennent avec les ordres juridiques qui fondent leurs statuts. Néanmoins, elle induit l'idée d'une *dynamique* de centralisation, ou à tout le moins d'un *moteur* de centralisation[331] qui l'explique et lui donne une réalité. En l'absence d'un tel moteur en droit administratif global, qui ne dispose *a priori* pas d'organes centraux ou centralisateurs, cette solution n'apparaît pas idoine. Dans un autre registre, bien que là encore déterminé par les difficultés liées par les interactions juridiques internationales impliquant des personnes privés, Prosper Weil a défendu dès les années 1960 l'idée de l'existence d'une distinction entre la question de la détermination des règles gouvernant le contrat d'État d'une part, et celle de savoir quel est l'ordre juridique qui confère validité à ce contrat d'autre part. Pour lui, seule l'existence d'une « *Grundlegung* », ou « ordre juridique de base », permet d'expliquer le fait que le caractère obligatoire d'un contrat passé entre un État et une personne privée puisse, potentiellement, dériver du droit international[332]. Sévèrement critiquée par Pierre Mayer qui y voit un concept inutile et contradictoire fruit du « désir qui a animé la doctrine de soustraire ces contrats à la loi de l'État partie, en les enracinant dans un autre ordre juridique »[333], l'idée d'ordre juridique « de base » paraît pourtant, *prima facie*, adaptée à la présente étude :

---

[330] Les différentes fédérations internationales sont d'ailleurs elles-mêmes centralisées par l'ordre juridique central que constitue la *lex sportiva* du Comité international olympique (CIO ; voir LATTY Franck, *La* lex sportiva. *Recherche sur le droit transnational*, *op. cit.* note 327, p. 123, p. 156 et pp. 159 et ss). Trois ordres juridiques au moins se superposent ainsi selon des règles analysées par l'auteur.

[331] *Ibid*., p. 161.

[332] Voir, sur cette distinction entre loi applicable et ordre juridique dont découle la validité du contrat d'État, WEIL Prosper, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969, vol. 128, pp. 94-240, ainsi que WEIL Prosper, « Droit international et contrats d'État », *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582. L'auteur, évoquant l'enracinement du contrat dans l'ordre international, défend notamment l'idée que « [t]andis que l'ordre juridique de base, du fait même qu'il tient à des données objectives, est nécessairement unique, le droit applicable, qii dépend essentiellement de la volonté des parties, peut être multiple » (p. 561).

[333] MAYER Pierre, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, vol. 217, 1989, pp. 390-392. La citation est extraite de la p. 390. La controverse remonte à quelques années auparavant ; voir MAYER Pierre, « Le mythe de la *Grundlegung* » *in*, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 199-216.

> « [s]i le droit international peut englober les relations juridiques entre organisations internationales et fonctionnaires internationaux, on ne voit pas pourquoi il devrait évacuer toute relation juridique entre États et cocontractants privés étrangers. Ce qui est déterminant, c'est moins l'aspect technique de la personnalité juridique des partenaires à telle ou telle relation que la réalité de cette irradiation internationale, de ce centre de gravité international qui caractérisent certains contrats d'État »[334].

Sans qu'il soit besoin d'analyser en profondeur les motifs qui conduisent Pierre Mayer à considérer, à l'inverse, que les contrats d'États ne sont en fait soumis à aucun ordre juridique (« contrat sans loi »[335]), l'on peut tenter de tirer les enseignements de ce débat pour la compréhension des relations entre les entités globales, notamment privées et/ou ne disposant pas d'une pleine personnalité internationale, et les États ou les organisations internationales.

79. ***Notion d'ordre juridique de référence.*** L'idée « d'ordre juridique de base », dans lequel toute entité globale puise sa validité, peut certainement être étendue aux situations posées par la coexistence d'ordres juridiques des entités globales et d'ordres juridiques dont elles sont en partie, à des degrés très variables, autonomes, tout en étant soumises statutairement aux normes qui y sont générées. L'objet de la recherche dépasse cependant la stricte question du droit applicable aux contrats d'États. Si la notion était directement empruntée du contexte doctrinal qui est le sien en vue d'une transposition « brute » dans le champ très différent du droit administratif global, il pourrait en résulter des confusions, voire des contradictions. Les prémisses de la *Grundlegung* étant similaires à celles qui ont permis de constater l'existence de liens juridiques entre les ordres juridiques « partiels » des entités globales et les ordres étatiques et interétatiques, un raisonnement par analogie semble congruent. La notion d'*ordre juridique de référence* lui sera, donc, préférée. Dans le contexte pluraliste d'analyse du droit administratif global, ce dernier peut être défini non comme l'ordre juridique dans lequel l'observateur, l'acteur ou le juge entend se placer, mais plutôt comme l'ordre juridique au sein duquel l'entité globale a émergé en tant qu'institution naissante, et auquel elle répond structurellement et statutairement[336]. Autrement dit, l'ordre juridique de référence est celui dans lequel l'entité globale puise sa *capacité juridique* – la plupart du temps de manière incontestée –, qu'elle soit

[334] WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 98.
[335] Pour une synthèse claire des arguments des deux auteurs, voir par exemple LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État en droit international des investissements », *RCADI,* vol. 302, 2003, pp. 252-264.
[336] Dans un sens voisin, reprenant l'idée de la *Grundlegung* en adaptant une autre terminologie, voir KOHLER Christian, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, p. 343 : « [a]ucun contrat ne peut exister sans un « statut de base » (*Grundstatut*) ou « ordre juridique de référence » qui fournit l'environnement et l'encadrement juridique de l'activité des parties ».

complète ou non. À titre d'exemples, l'ordre juridique international sera l'ordre de référence des organisations internationales, tandis que l'ordre juridique interne français sera l'ordre de référence des entreprises transnationales fondées selon ce droit. Ce schéma, simplificateur s'il en est[337], présente des vertus pédagogiques et explicatives qui permettront de cartographier avec précision les sources étudiées, et, le cas échéant, d'analyser leur degré d'externalité par rapport à l'ordre juridique de chaque entité globale. Ces préliminaires admis, l'on peut exposer que l'identification formelle des sources du droit administratif global est un processus en deux étapes.

80. ***Classification des sources formelles identifiées***. Après avoir recensé l'ensemble des normes qui en relèvent et constaté qu'il est toujours possible d'identifier leur mode de formation, encore faut-il, pour prétendre proposer une théorie des sources du droit administratif global, présenter ces modes de formation de manière cohérente ou ordonnée, c'est-à-dire adopter une classification. Si la catégorisation[338] n'est pas une étape essentielle à l'*identification* des sources, elle est indispensable à la restitution de cette recherche et, ce faisant, contribue à l'élaboration d'une théorie des sources formelles du droit administratif global, dans la mesure où cette dernière poursuit un but descriptif de la formation de ces normes. Face à la question de la classification à adopter, récurrente dans d'autres disciplines juridiques, il convient en premier lieu d'écarter la méthode de l'énumération, qui ne révèle aucune tendance générale :

> « [p]our se repérer dans le labyrinthe de ces règles de droit, le juriste ne saurait procéder par simple énumération : il lui faut au moins classer grossièrement les différents types de règles, comme l'amoureux de la nature classe les feuilles mortes dans son herbier. […] Plusieurs classifications purement organisationnelles sont alors à disposition, en fonction des modes d'expression des sources (sources édictées, sources non édictées), de leur hiérarchie (sources supérieures, sources inférieures) ou de leur origine (sources publiques étatiques, sources privées) »[339].

[337] Une difficulté peut ainsi se poser d'une part lorsque plusieurs ordres juridiques sont en jeu – par exemple quand un organe de l'Union européenne crée une entité globale –, d'autre part lorsqu'aucun ordre juridique n'est en jeu – ainsi le cas des réseaux informels sans structure juridique. Elles peuvent toutefois être écartées si l'on considère que l'ordre juridique de référence est le *dernier* ou le *plus large* ordre juridique auquel il est raisonnablement possible de remonter en analysant le régime dans lequel les textes fondateurs de l'entité globale s'inscrivent ; ici, l'ordre international. Cette solution rejoint d'ailleurs en partie le propos de Pierre-Marie Dupuy, qui considère que « le droit international public constitue la *Grundlegung*, ou ordre juridique de base duquel le droit communautaire tire lui-même son caractère obligatoire. Sans ordre juridique international, pas de droit communautaire ! » (DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, vol. 297, 2003, p. 441).

[338] Les termes « classification » et « catégorisation » sont entendus comme synonymes.

[339] PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, 2ème édition, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 15-16. Il est notable que la première édition de l'ouvrage comprenait, s'agissant du critère de l'origine, une distinction entre sources publiques étatiques et « sources privées *ou négociées* » (PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 15 ; nous soulignons). Au-delà des raisons ayant motivé cette correction, celle-ci démontre toute la complexité des classifications des sources. *Nota bene* : les renvois ultérieurs à cette note font systématiquement référence à la deuxième édition de l'ouvrage.

Rapportées au droit administratif global et étant donné que la diversité de ses normes interdit d'emblée d'adopter la présentation classique des sources du droit international, ces présentations n'apparaissent pas optimales. En effet, le caractère édicté ou non des sources de droit administratif global n'est pas un indice pertinent en l'absence d'institution centralisatrice, et la notion de hiérarchie est fort relative, voire inutilisable du fait de la multiplicité des ordres juridiques en jeu. L'origine privée ou publique des sources pourrait constituer une catégorisation intéressante ; mais il sera montré que la régulation globale a notamment pour conséquence de mener à une confusion du public et du privé de sorte que cette distinction n'a pas toujours de réalité, ni, par conséquent, de pertinence en tant que dichotomie fondatrice d'une théorie des sources[340]. Diverses tentatives évitant ces écueils ont pu être proposées par la doctrine, notamment lorsque l'étude s'attache à un objet scientifique nouveau ; ainsi, une distinction entre les sources *directes* et les sources *médiates* du droit administratif européen a pu être utilisée pour démontrer l'enrichissement du droit administratif interne par le droit de l'Union européenne[341]. Mais là encore, cette proposition paraît peu adaptée à l'étude des sources du droit administratif global, notamment en ce qu'elle peine à tenir compte de l'existence de modes de formation coutumiers. Il ressort cependant de ces éléments que toute classification des modes de formation peut reposer sur les liens d'analogie identifiables entre les sources – qu'il s'agisse de leurs auteurs ou de leur forme, par exemple –, lesquels amènent à former des ensembles de sources pouvant ensuite être distingués par leurs caractéristiques les plus saillantes.

81. ***Plan de la Partie***. L'étude des sources du droit administratif global fait apparaître plusieurs liens d'analogie entre elles et, partant, plusieurs ensembles. L'on peut ainsi distinguer les sources d'actes autonormateurs – en ce sens qu'ils sont élaborés par l'entité globale qui a directement vocation à les appliquer – des sources d'actes concertés entre plusieurs entités globales. Par ailleurs, des acteurs, ne constituant pas nécessairement des entités globales mais disposant d'une capacité juridique de contrainte sur certaines entités globales, génèrent également des normes pouvant être considérées comme relevant du droit administratif global. Ce droit est donc, cette fois, à vocation externe – ce qui n'empêche pas ces acteurs d'adopter

[340] Voir par exemple la tentative effectuée *infra*, §88.
[341] SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 266, 2011, p. 27.

simultanément, parfois, des actes autonormateurs de droit administratif global lorsqu'ils agissent eux-mêmes en tant que décideur global. Enfin le développement simultané, concordant et tacite de normes administratives globales amène-t-il à envisager l'existence de sources non écrites. Ce bref exposé met en lumière la complexité de la classification des sources formelles du droit administratif global, qui relèvent souvent de plusieurs catégories possibles. Il ressort de l'étude que la seule constante non soumise à exceptions réside dans la distinction entre les normes élaborées par *un* acteur, qu'il soit une entité globale ou non, de celles produites par le concours d'une *pluralité* d'acteurs. Cette dernière permet, d'ailleurs de faire apparaître avec le plus de clarté la diversité des modes de formation du droit administratif global. Seront en conséquence étudiées, successivement, les sources unilatérales (**TITRE PREMIER**) puis les sources plurilatérales (**TITRE DEUXIEME**) du droit administratif global.

TITRE PREMIER.
LES SOURCES UNILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

82. ***Définition de l'unilatéralité.*** Alors qu'il est courant d'évoquer des « actes unilatéraux » et de questionner leur qualité de sources du droit international[342], il est rare d'utiliser l'expression de « source unilatérale » du droit[343]. En droit international, il existe effectivement une certaine confusion sur l'opportunité de qualifier les actes unilatéraux – étatiques et des organisations internationales, principalement – de mode de formation de ce droit. Ils sont ainsi « difficiles à rattacher aux sources formelles traditionnelles du droit international »[344] :

> « [o]n parle de mode unilatéral de mode de formation du droit international lorsqu'un (acte individuel) ou plusieurs sujets (acte collectif) expriment une volonté unique. Ne comportant aucun échange de volonté, le mode unilatéral se distingue du mode conventionnel ou coutumier et, à première vue, de l'image d'un droit international produit par l'action conjointe des États. Ainsi envisagée, l'action unilatérale des sujets internationaux est ambiguë. Elle paraît relever des techniques d'exécution du droit international plus que de sa production. […] Le mode unilatéral développe l'essentiel de ses effets dans le contexte de la réalisation d'un droit international créé par le concours des États mais il peut, et doit même, être étudié en toute autonomie des modes conventionnel et coutumier en tant qu'il repose sur un ou plusieurs actes juridiques dont l'intervention produit des effets de droit »[345].

La principale problématique rencontrée par la doctrine internationaliste repose donc sur le fait que les actes unilatéraux constituent des actes étatiques d'application de normes plus générales,

---

[342] Voir, sur ce point, la récente étude de ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 704 p.

[343] Voir cependant CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 12ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2018, pp. 291 et suivantes, indiquant que les actes unilatéraux transnationaux sont des sources du « droit international/transnational », ou encore MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, Thèse soutenue le 9 décembre 2014, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p. 61, évoquant « la différence entre la source conventionnelle et la source unilatérale en droit international ». L'expression est également utilisée s'agissant du droit dérivé de l'Union européenne (GUILLOUD Laetitia, « La nouvelle nomenclature des actes dans le Traité de Lisbonne », *RIEJ*, 2011, vol. 66, n°2011/1, pp. 92-93) ; voir aussi, distinguant les sources unilatérales des sources multilatérales des régimes internationaux de sanctions, KOWALSKI Mateus, MACHADO Sofia, « The United Nations Sanctions Regimes through a Judicialized European Union Perspective », *in* VINCENTE Dário Moura (dir.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 476. Si l'on parle volontiers de « formation coutumière » et de « formation conventionnelle » du droit international, l'expression « formation unilatérale » cède généralement la place, en doctrine, à l'étude des « actes unilatéraux du droit international » sans la reconnaissance explicite qu'il s'agit de sources de droit international (voir par exemple SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 45, 65 et 111 ; à l'inverse, voir *infra* la référence mentionnée par la note 345).

[344] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 393.

[345] RIVIER Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, p. 187.

lesquelles sont issues de sources classiques du droit international, ce qui conduit encore une partie de la doctrine à ne pas les considérer comme des modes de formation du droit international à part entière[346]. La définition proposée de l'adjectif « unilatéral » par le *Dictionnaire de droit international public* en permet toutefois une utilisation large, celui-ci qualifiant comme tel « toute manifestation de la volonté imputable à un seul sujet de droit international ou qui ne concerne qu'un seul sujet de droit international »[347].

83. ***Application aux sources du droit administratif global.*** Comme cela a été relevé, le droit administratif global est un ensemble de normes dont l'appartenance formelle à l'ordre juridique international n'est pas une condition fondamentale, bien que ce dernier apparaisse en pratique comme le siège principal de son développement. Dès lors, la question de la pertinence du rattachement des sources identifiées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice apparaît secondaire voire sans objet, puisque le droit administratif global peut être généré par des entités globales internationales, nationales, transnationales voire informelles – c'est-à-dire sans qu'elles présentent les qualités institutionnelles permettant de constater leur existence juridique dans un ordre en particulier. Dans cette mesure, l'utilisation de l'expression « source unilatérale » ne doit pas être comprise comme marquant une opposition avec les sources considérées comme caractérisant principalement et historiquement l'ordre juridique international. Plus prosaïquement, les « sources unilatérales » désignent, dans le cadre de cette étude, les modes de formation du droit administratif global imputables à *un unique sujet de droit*, cette qualité étant appréciée au sein de l'ordre juridique de référence pertinent.

84. ***Distinction entre les sources unilatérales à vocation interne et externe.*** Contrairement à la doctrine internationaliste qui différencie généralement et logiquement les actes unilatéraux étatiques des actes unilatéraux des organisations internationales[348], une distinction organique

---

[346] En ce sens, voir DEHAUSSY Jacques, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, pp. 113-115. Si l'auteur estime que l'article 38 du Statut de CIJ présente une lacune – aux motifs historiques – quant aux actes normateurs de certaines organisations internationales ou de leurs organes, à l'instar du Conseil de sécurité, il réfute la capacité, dans « leur grande majorité », des actes unilatéraux étatiques à créer des normes « entrant dans l'ensemble de normes qu'est l'ordre international » (p. 115). Il admet tout au plus que, « trouvant leur fondement dans des normes coutumières ayant valeur constitutionnelle dans l'ordre international, certains actes unilatéraux étatiques doivent être considérés comme ayant dans cet ordre des effets normatifs. Ce sont ceux qui déterminent l'étendue des compétences de l'État dans ses rapports avec les autres États et avec leurs ressortissants. […] Ce sont des sources non formellement internationales du droit international » (*idem*).

[347] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 1115, entrée « unilatéral ».

[348] Voir cependant CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 343, pp. 291-295, évoquant la nécessité de transformer ce diptyque en triptyque incluant les actes unilatéraux transnationaux.

fondée sur les seules caractéristiques institutionnelles des producteurs du droit administratif global n'est pas pertinente. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que ces auteurs sont extrêmement variés et qu'ils ne se laissent pas aisément enfermer dans des catégories organiques fermes ; par ailleurs et à l'inverse, les sources unilatérales qu'ils mobilisent présentent parfois des similitudes qui rendent peu utile une telle différenciation[349]. Une distinction peut cependant être opérée à propos des *destinataires* des normes formées de manière unilatérale. D'une part, le droit administratif global peut en effet être généré unilatéralement par une entité globale qui entend se l'appliquer à elle-même et, le cas échéant, à ses organes subsidiaires ou à ses émanations juridiques. Il s'agit de la formation unilatérale *interne* du droit administratif global, laquelle présente la caractéristique de s'affranchir, parfois, du formalisme pourtant inhérent à ce type de source – ce qui peut rendre son identification complexe de prime abord (**Chapitre 1**). D'autre part, le droit administratif global peut être unilatéralement imposé par une entité juridiquement extérieure à l'entité globale destinataire, l'*imposition* ne revêtant pas nécessairement, par ailleurs, la forme d'une contrainte juridique et pouvant constituer une simple prétention[350]. Du point de vue de l'entité globale réceptrice de la norme, qui constitue le point d'observation de ces développements, il s'agit alors de la formation unilatérale *externe* du droit administratif global (**Chapitre 2**).

[349] Par exemple, les normes de droit administratif global générées unilatéralement par certaines organisations statutairement privées, comme l'ICANN, ne le sont pas de manière fort différente de celles crées au sein des organisations internationales.

[350] L'ordre de présentation des développements – sources *internes* puis sources *externes* – est, cette fois et en l'absence de pratique doctrinale sur ce point chez les internationalistes, guidé par la démarche classique « chez les juristes administrativistes, de mettre l'accent sur l'opposition entre les sources propres et *internes* à l'ordre étatique, et celles […] issues d'ordre juridiques *extérieurs* » (PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 339, p. 16).

CHAPITRE 1. LES SOURCES UNILATERALES INTERNES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

85. ***Démarche adoptée.*** L'une des démarches logiques possibles consiste à observer d'abord le droit administratif global dans son lieu de développement et d'application privilégié. En l'absence d'institution centralisatrice de la formation de ce droit, il est ainsi cohérent de chercher à déterminer en premier lieu les modalités de sa formation au sein des entités globales, avant de tenter de remonter à d'autres sources. Ce premier mode de formation du droit administratif global peut être qualifié de *formation unilatérale interne*, en ce sens qu'il est techniquement hermétique : aucune autre entité n'intervient juridiquement dans l'élaboration et l'adoption de la norme – ce qui n'empêche pas l'entité globale de subir, sur un plan matériel, l'influence d'autres acteurs, valeurs ou idées. Ce chapitre vise donc à étudier la manière dont le droit administratif global peut être créé de manière interne à l'entité globale, c'est-à-dire lorsqu'il est généré par une ou plusieurs *décisions* de ladite entité. Peu importe, à ce stade, le degré d'obligatoriété des normes créées : cette caractéristique possible de la norme est liée aux *conséquences* de l'existence de sources du droit administratif global, qu'il n'est pour l'instant question que d'identifier le plus précisément possible[351]. Il est en effet important de rappeler que la définition adoptée de la source formelle de droit administratif global n'implique pas une évaluation préalable de l'obligatoriété du droit produit ; il s'agit seulement d'identifier les modes de production unilatéraux de *normes* – qu'elles soient *hard* ou *soft* – relevant de l'ensemble « droit administratif global ».

86. ***Formalisation et absence de formalisation des sources.*** À titre liminaire, il convient de rappeler que la formalisation de la norme, qui est une *formulation* de la norme, doit être distinguée de la formalisation de la *source*, laquelle constitue un moyen d'identifier le processus de création de la norme. Or, la recherche met en évidence une caractéristique originale de la formation unilatérale interne du droit administratif global : dans de nombreux cas, la source unilatérale n'est pas identifiable par un *instrument* qui indiquerait clairement son existence, bien que de nombreux instruments formalisent des normes de droit administratif global. Autrement dit, alors qu'il est généralement possible, à partir de l'instrument contenant une norme – par exemple, une décision d'un Conseil d'administration inscrite au procès-verbal d'une réunion –, de « remonter » à la source formelle à son origine, tel n'est pas toujours le cas

[351] Ce sujet sera traité *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1.

du droit administratif global observé. Ce dernier est, parfois, issu d'une *pratique institutionnelle* qui n'a soit jamais fait l'objet de codification au sein d'un instrument qu'il serait possible de consulter, ou a été codifié ultérieurement pour des raisons qu'il convient d'expliciter. Lorsque la norme est issue d'une source formalisée, il n'est, par ailleurs, pas toujours possible d'identifier clairement une base juridique fondant son adoption, de sorte qu'il apparaît que la formalisation du processus de formation du droit administratif global unilatéral et interne constitue une question secondaire pour les entités globales, ce qui a sans doute contribué à ce que la doctrine du *GAL* choisisse d'écarter la théorie des sources formelles pour étudier ces phénomènes. Il faut pour s'en convaincre distinguer les sources unilatérales *formalisées* (**Section 1**) de celles caractérisées par une *absence de formalisation* (**Section 2**)[352].

SECTION 1. LA FORMALISATION DES SOURCES UNILATERALES INTERNES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

87. ***Plan de la section.*** Comme cela a été suggéré, le fait que les sources unilatérales internes du droit administratif global soient formalisées, c'est-à-dire qu'elles trouvent leur expression par un instrument tel qu'un document comportant la mention de son auteur, ne signifie pas pour autant que la norme soit fondée, juridiquement, sur une base identifiable. Autrement dit, la formalisation de ces sources se traduit par deux manifestations bien distinctes. Soit, d'une part, le mode de formation de la norme de droit administratif global est formalisé par un instrument mettant en évidence le fondement juridique qui a permis son adoption (**I**). Soit, d'autre part, une volonté de formaliser le processus apparaît par l'existence d'un instrument, mais aucun élément ne permet *a priori* d'identifier un fondement juridique (**II**).

I. La formalisation des sources par l'appui sur une base juridique identifiée

88. ***Formalisation au sein des entités publiques et privées.*** Bien que la distinction entre entités globales publiques et privées soit dans de nombreux cas contreproductive du fait de sa porosité, celle-ci peut être pertinemment sollicitée dans un premier temps s'agissant de la formalisation des sources unilatérales internes. En effet, il existe une différence notable qui devrait justifier un traitement différent du formalisme[353] observé entre ces deux types d'entités globales. Si la formalisation est inhérente aux fonctionnements des entités globales

[352] Par commodité, l'expression « sources unilatérales » peut être employée, dans le strict cadre de ce chapitre, pour désigner les « sources unilatérales *internes* » du droit administratif global.
[353] Les termes « formalisme » et « formalisation » sont entendus comme synonymes.

publiques (**A**), tel n'est pas nécessairement le cas des entités privées, dont les actes internes ne répondent pas formellement d'un principe de légalité. La légalité interne, dans l'ordre juridique de l'entité globale privée et donc sans préjudice de la légalité externe qui s'impose à elle[354], s'apprécie effectivement de manière autonome : libre à chaque entité globale privée de déterminer à sa guise sa hiérarchie interne des normes, dans la mesure – notable – où cette dernière est pleinement conforme aux dispositions légales en vigueur dans son ordre juridique de référence. Il serait, dans cette mesure, attendu ou à tout le moins peu surprenant que l'impératif de formalisation des sources du droit administratif global soit moindre au sein des entités globales privées. Or, tel n'est pas le cas, ce qui démontre d'emblée que la distinction public / privé doit être, sinon abandonnée, du moins relativisée (**B**).

A. La mobilisation des sources internes de l'ordre juridique des entités globales publiques

89. ***Niveaux étatique et interétatique.*** Schématiquement, les entités globales publiques amenées à adopter unilatéralement et de manière autonormatrice des normes relevant du droit administratif global sont les États (1) et les organisations internationales (2).

1. La formation unilatérale interne du droit administratif global par l'État

90. ***Cas dans lesquels l'État agit comme entité globale.*** L'État agit comme entité globale lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : lorsque ses actions ont un impact sur son territoire mais également au-delà, et qu'elles concernent une activité conditionnée par la globalisation dont la régulation contribue à résoudre une question qui se pose au-delà de ses frontières[355]. L'État adopte régulièrement de nombreuses normes qui pourraient matériellement relever du droit administratif global, mais qui ne correspondent pas toujours à la dimension « globale » requise. Concrètement, l'État agit principalement – mais non exhaustivement – en tant qu'entité globale dans les domaines de la préservation de l'environnement et de la lutte contre la pollution, y compris en contrôlant les activités industrielles sur son territoire ; de la protection du consommateur, notamment par son information quant à la fabrication des

[354] La « légalité externe » désigne ici la légalité de l'acte par rapport à l'ordre juridique de référence de l'entité globale. Par exemple, un contrat fournisseur passé par un service quelconque d'une grande entreprise française pourra être considéré comme licite en droit français, mais peut s'avérer contraire à un code de conduite interne de l'entreprise. Le droit français, en tant qu'ordre juridique de référence, constitue ici la « légalité externe » tandis que le code de conduite relève de la légalité interne, du point de vue de l'entité globale.
[355] Voir *supra*, §47.

produits ; de la protection des données numériques ; ou encore de la lutte contre la corruption et la promotion d'une bonne gouvernance d'entreprise de manière générale.

91. ***Exemple de l'environnement en France.*** En France, le cas le plus topique est celui de l'environnement – mais il n'est pas le seul[356]. Depuis l'adoption de la Charte de l'environnement par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, de très nombreuses dispositions législatives et règlementaires sont en effet venues préciser sa portée, créant des règles relevant du droit administratif global. Celles-ci sont de sources constitutionnelle, législative ou règlementaire, ce qui ne soulève pas de difficulté quant à leur formalisation. Outre son article 4, deux dispositions de la Charte de l'environnement[357] peuvent servir directement de fondement à la création de droit administratif global : l'article 5[358] et l'article 7[359]. En application de l'article 5 de la Charte, le législateur français a précisé le contenu du principe de précaution. C'est ainsi qu'aux termes de l'article L110-1 du Code de l'environnement, le principe de précaution implique que

> « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable »[360].

L'on sait que cette définition préexistait à la norme constitutionnelle, puisqu'elle figurait déjà à l'ancien article L200-1 du Code rural et de la pêche maritime depuis la loi du 2 février 1995[361]. Dans la mesure où cette définition fait entrer le principe de précaution dans le champ du droit administratif global, ce dernier est donc d'abord de source législative interne. L'article 7 de la

[356] L'on pense par exemple à la « charte de l'élu local » figurant, depuis la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, à l'article L. 1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales, et qui proclame des principes relevant du droit administratif global, tel que l'impartialité, l'interdiction de la corruption, la responsabilité de l'élu local, et de manière générale des normes éthiques. Voir, sur cette charte et l'émergence de la question de l'éthique en France, DUBREUIL Charles-André, « L'éthique de la décision publique, garantie de l'intérêt général », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 187-201., spéc. p. 195-196.

[357] Charte de l'environnement de 2004 rattachée à l'alinéa 1er du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, article 4 : « [t]oute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».

[358] « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

[359] « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

[360] Article L110-1 du Code de l'environnement, modifié par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016, II 1°.

[361] Article L200-1 du Code rural ancien, modifié par la loi n°95-101 du 2 février 1995. La référence au principe de précaution, restée inchangée jusqu'à l'abrogation de cette disposition par l'ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000, n'existait pas dans la version précédente codifiée par le décret n°89-804 du 27 octobre 1989.

Charte, pour sa part, codifie le principe d'accès à l'information environnementale et celui de participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence environnementale – mais non à celle des décisions législatives[362]. Si le Code de l'environnement ne fait que rappeler le principe d'accès à l'information[363], il enrichit le principe de participation d'une précision. En vertu de celui-ci en effet, « toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente »[364]. Cette disposition fait écho à la loi du 27 décembre 2012, dont l'article 2 constitue un mode d'emploi opérationnel de la procédure pertinente[365]. Celui-ci, qui institue l'article L120-1 du Code de l'environnement, renforce largement la portée du principe, notamment en ce qu'il précise que « [a]u plus tard à la date de la publication de la décision et pendant une durée minimale de trois mois, l'autorité administrative qui a pris la décision rend publics, par voie électronique, la synthèse des observations du public ainsi que, dans un document séparé, les motifs » de la décision et que « [l]a synthèse des observations indique les observations du public dont il a été tenu compte »[366]. L'ajout d'une obligation de motivation des décisions basée sur la synthèse des observations du public démontre que la loi constitue, dans ce cas, une source unilatérale interne du droit administratif global. L'article L121-10 du même Code constitue une autre manifestation de la formation de droit administratif global *par* l'État et *pour* l'État :

> « [l]orsque le Gouvernement souhaite organiser un débat public national sur l'élaboration d'un projet de réforme relatif à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, il peut saisir la Commission nationale du débat public en vue de l'organisation du débat public. Celle-ci peut également être saisie par soixante députés ou soixante sénateurs, ou cinq cent mille ressortissants majeurs de l'Union européenne résidant en France, en vue de l'organisation d'un tel débat »[367].

92. ***Sources constitutionnelles du droit administratif global.*** Dans le même sens, de nombreux énoncés constitutionnels prévoient que l'État est garant du droit à un environnement

[362] Sur cette question et la constitutionnalisation du principe de participation en matière environnementale, voir BÉTAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse de droit public soutenue le 7 décembre 2012, Université de Limoges, pp. 390-391.

[363] La question de l'accès du public à l'information environnementale n'est, d'ailleurs, pas nouvelle non plus. L'article 2 de la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, qui peut être considéré comme l'ancêtre de ce principe, prévoyait ainsi, outre l'obligation d'inclure une étude d'impact environnemental au sein des études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages ayant une incidence environnementale, qu'un décret devait déterminer « [l]es conditions dans lesquelles l'étude d'impact sera rendue publique ».

[364] Article L110-1 du Code de l'environnement, modifié par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016, II 5°.

[365] Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, article 2.

[366] Article L120-1 du Code de l'environnement.

[367] Article L121-10 du Code de l'environnement.

sain, créant du droit administratif global unilatéral interne[368]. La plupart du temps, ils sont complétés par la loi qui est plus aisément invocable au contentieux. Certaines formulations constitutionnelles sont à cet égard plus précises et paraissent plus directement applicables ; ainsi en est-il de l'article 129 de la Constitution du Venezuela :

> « [t]outes les activités susceptibles de générer des dommages à l'écosystème doivent être préalablement accompagnées d'études d'impact environnemental et socioculturel. L'État empêchera l'entrée dans le pays de déchets toxiques et dangereux, ainsi que la fabrication et l'usage des armes nucléaires, chimiques et biologiques. Une loi spéciale réglementera l'usage, la manipulation, le transport et le stockage des substances toxiques et dangereuses. Dans les contrats que réalisera la République avec des personnes physiques ou juridiques, nationales ou étrangères ou dans les autorisations octroyées, qui insèrent les ressources naturelles, sont considérées incluses même si n'apparaît pas explicitement, l'obligation de conserver l'équilibre écologique, de permettre l'accès à la technique et leurs transferts dans les conditions mutuellement convenues et de rétablir l'environnement dans son état naturel, si celui-ci est altéré, dans les termes fixés par la loi »[369].

Dans l'ensemble, les règles constitutionnelles en rapport avec le droit administratif global concernent la protection de l'environnement ou la protection des droits de la défense. Particulièrement développées en Amérique du Sud du fait de textes constitutionnels moins synthétiques que ceux de la plupart des États européens et africains, elles se traduisent par un droit de former un recours contre les décisions et actions de toute personne – au-delà de l'État, donc – qui y contreviendraient[370]. La plupart du temps, les modalités de ces recours sont précisées par la loi.

93. ***Absence de difficulté.*** Dans ces cas, les sources du droit administratif global sont les plus aisément identifiables, le constituant et le législateur – tout comme le pouvoir règlementaire,

---

[368] Pour ne citer que quelques exemples : Constitution de la République du Mali du 25 Février 1992, article 15 ; Constitution de la République socialiste du Vietnam du 15 avril 1992, articles 43 et 65 ; Constitution de la République du Paraguay du 20 juin 1992, article 8 ; Constitution de la République d'Angola du 21 janvier 2010, article 39 ; Constitution tunisienne du 26 janvier 2014, article 45 ; Constitution de la République du Niger du 25 novembre 2010, article 35. D'un point de vue purement pratique, l'on pourrait considérer que ces dispositions constitutionnelles devraient permettre aux citoyens de saisir les juridictions compétentes pour atteinte à l'environnement lorsqu'une entreprise privée multinationale de droit étranger, par exemple, adopte des décisions conduisant à lui causer des dommages ou prévoyant de le faire. Dans ce cas, la norme constitutionnelle pertinente intègre le droit administratif global, en ce qu'elle fonde un droit de recours contre une décision ayant des conséquences à plusieurs niveaux imposée par une personne extérieure.

[369] Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela du 15 décembre 1999, article 129. Voir aussi l'article 35 du projet – avorté – de Constitution islandaise du 29 juillet 2011 : « [l]a loi garantit au public le droit de participer à la préparation des décisions ayant des impacts environnementaux ou naturels et la possibilité de recourir à un arbitrage impartial. Les décisions des autorités qui affectent la nature et l'environnement islandais s'appuient sur les principes du droit environnemental ».

[370] Par exemple, Constitution de la République d'Angola du 21 janvier 2010, article 74 sur le « droit d'action populaire » ; Constitution de la République du Paraguay du 20 juin 1992, article 38.

dans la limite de ses compétences constitutionnelles – étant habilités, au sein de l'ordre juridique étatique, à adopter de tels actes. Tel est également le cas de la formation du droit administratif global par actes unilatéraux des organisations internationales.

2. La mobilisation des compétences explicites des organisations internationales

94. ***Compétences des organisations internationales.*** La notion de compétence des organisations internationales est indissociable de celle de personnalité juridique, et par ricochet de la définition-même de l'organisation internationale[371]. Depuis le célèbre avis de la CIJ en 1949[372], la question ne fait plus débat : « [l]a personnalité *in concreto* correspond à l'exercice de toutes les compétences, y compris implicites, nécessaires à la réalisation des objectifs impliqués par la spécialité de l'organisation, et seulement de ces compétences »[373]. Il n'est dès lors pas surprenant que ces compétences soient mobilisées pour créer du droit administratif global, et en particulier des organes subsidiaires remplissant des fonctions de droit administratif global. Selon les Professeurs Daillier, Forteau et Pellet :

> « [l]a quasi-totalité des actes constitutifs d'organisation contiennent des dispositions selon lesquelles les organes originaires pourront à l'avenir créer de nouveaux organes. Même dans le silence des chartes sur ce point, on admet qu'une telle compétence fait partie des compétences implicites de toute organisation internationale. […] Cette capacité de créer des organes subsidiaires peut être l'objet d'une habilitation explicite ou implicite »[374].

Lorsque la compétence est *explicite*, l'analyse ne soulève, à l'instar des propos précédents, pas de difficulté particulière.

95. ***Exemple du système des sanctions ciblées.*** Le système des sanctions ciblées des Nations Unies, en matière de lutte contre le terrorisme, constitue un exemple topique de l'utilisation d'une compétence explicite pour créer du droit administratif global de source unilatérale et

[371] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 329, p. 658.
[372] CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 174 ; spéc. p. 182.
[373] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 329, p. 659.
[374] *Ibid.*, p. 683. Sur la notion d'organe subsidiaire en général, voir REUTER Paul, « Les organes subsidiaires des organisations internationales », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 415-440. Une vingtaine d'exemples – à l'époque – d'actes constitutifs prévoyant cette possibilité est citée p. 417. Il convient par ailleurs de noter que l'hypothèse que des organes *principaux* d'organisations internationales relèvent eux-mêmes du droit administratif global n'est pas exclue par principe ; mais leur création serait déterminée par des sources *plurilatérales*, lesquelles sont examinées *infra*, cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1, section 1.

interne. Par sa résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, décide en effet d'imposer des sanctions aux Taliban – interdiction de décollage et d'atterrissage pour les aéronefs leur appartenant et gel des fonds et autres ressources financières – et de « créer […] un comité du Conseil de sécurité composé de tous les membres du Conseil, pour accomplir les tâches ci-après et rendre compte de ses travaux au Conseil en présentant ses observations et recommandations »[375]. Ce nouvel organe (« Comité 1267 ») a essentiellement pour mandat de recueillir les rapports et informations des États concernant l'application, l'incidence et le développement des sanctions imposées. S'il est précisé que le Comité pourra décider de la suite à donner aux éventuelles demandes de dérogation aux mesures imposées, aucune procédure spécifique n'est prévue pour ce faire. La résolution 1333 (2000), qui inaugure une série d'actes unilatéraux créateurs de droit administratif global – de nature procédurale et non plus organique – confie donc au Comité 1267 la responsabilité de « [d]resser et tenir à jour, à partir des informations communiquées par les États et les organisations régionales, des listes concernant les individus et entités identifiés comme étant associés à Usama bin Laden »[376]. La question du retrait de la liste ne se pose alors qu'en interne : le Conseil de sécurité décide que les mesures prononcées feront l'objet d'un réexamen par lui-même au bout de douze mois, « délai au terme duquel soit il les maintiendra, soit il décidera de les améliorer, dans le respect des principes et objectifs de la présente résolution »[377]. Ce n'est qu'en 2004 que le Conseil adopte une procédure de radiation ouverte et applicable aux 11 différents comités qu'il a créés depuis 1992[378] : un « point focal » chargé de recevoir et de traiter les demandes de radiation est alors créé. Ce dernier ne suffisant pas à pallier les nombreuses difficultés « d'ordre juridique et autre » auxquelles sont confrontés les États dans la mise en œuvre de leurs obligations découlant de l'inscription sur la liste de personnes et entités résidant sur leur territoire, le Conseil de sécurité affirme en 2006 son « intention de continuer d'œuvrer à rendre ces procédures équitables et transparentes »[379]. Cet objectif est matérialisé par la création d'un Bureau du Médiateur et d'un Médiateur[380] qui recevra « les demandes des personnes et entités qui souhaitent être radiées de la Liste »[381] et assurera en toute indépendance et impartialité les fonctions jusqu'alors attribuées au point focal – mais uniquement concernant le comité 1267.

[375] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, S/RES/1237 (1999).
[376] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1333 (2000) du 19 décembre 2000, S/RES/1333 (2000), §16.
[377] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1390 (2001) du 16 janvier 2002, S/RES/1390 (2002), §3.
[378] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1730 (2006) du 19 décembre 2006, S/RES/1730 (2006).
[379] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1904 (2009) du 17 décembre 2009, S/RES/1904 (2009), Préambule.
[380] *Ibid.*, §§20-22.
[381] *Ibid.*, §21.

96. ***Formalisation de la source unilatérale.*** Bien que la résolution 1267 se réfère exclusivement au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, la création du Comité relève de l'exercice d'une compétence traduite par l'article 29 de la Charte : « [l]e Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions ». Si le point focal et le Bureau du Médiateur ne sont pas présentés textuellement comme des organes subsidiaires du Conseil de sécurité, leur statut juridique ne fait aucun doute, de la même manière que la source de ce droit administratif global.

97. ***Autres exemples.*** D'autres exemples pourraient être développés pour démontrer la prégnance du recours aux compétences explicites des organisations internationales pour créer des organes et procédures relevant du droit administratif global, consolidant ainsi la place des actes des organisations internationales parmi les principales sources unilatérales internes du droit étudié. L'on renverra, pour une autre illustration, au *Compliance Committee* établi en 2002 par la Conférence des Parties à la célèbre Convention d'Aarhus[382]. Ce comité de suivi du respect de la Convention sur la base du *reporting*[383] est en effet un organe subsidiaire de la Conférence, institué sur le fondement de l'article 10, §2, d) de la Convention, selon lequel, lors de leurs réunions, « les Parties suivent en permanence l'application de la présente Convention sur la base de rapports communiqués régulièrement par les Parties et, en ayant cet objectif présent à l'esprit : [...] d) [c]réent des organes subsidiaires si elles le jugent nécessaire »[384]. La norme le créant n'est dès lors pas de source conventionnelle, mais bien unilatérale interne.

[382] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel à la justice en matière d'environnement, Rapport de la première réunion des parties, Décision I/7 adoptée à la première réunion des Parties, tenue à Lucques (Italie) du 21 au 23 octobre 2002, ECE/MP.PP/2/Add.8.

[383] Sur ce comité et son activité, voir par exemple BENVENISTI Eyal, « The Law of Global Governance », *RCADI*, vol. 368, 2014, pp. 178-180 ; MARSHALL Fiona, « Two Years in the Life: The Pioneering Aarhus Convention Compliance Committee 2004–2006 », *International Community Law Review*, vol. 8, n°1, 2006, pp. 123-154 ; ou encore ZENGERLING Cathrin, *Greening International Jurisprudence. Environmental NGOs before International Courts, Tribunals, and Compliance Committees*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 128-152, tirant des conclusions élogieuses à son propos : « in terms of democratic governance for sustainable development, the Aarhus Convention Compliance Committee is the most advanced international quasi-judicial institution. The independence of its members, transparent and reasoned decision-making, and access of stakeholders in environmental protection interests, render the Aarhus Compliance Committee an accountable and to this extent democratically functioning body » (p. 149).

[384] Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU*, vol. 2161, 2003, p. 473, article 10§2.

B. Le recours au formalisme au sein des entités globales privées

98. ***Relatif mimétisme avec les organisations internationales.*** L'une des caractéristiques principales de la formation unilatérale interne du droit administratif global au sein des entités privées réside certainement dans un certain mimétisme avec la manière dont les entités globales publiques formalisent ces sources. Une observation superficielle, se bornant à rechercher les manifestations du droit administratif global sans préjudice de la qualité d'organisation internationale ou privée de l'entité génératrice de normes unilatérales internes, aboutirait sans doute à des confusions tant les entités globales privées reproduisent parfois le même formalisme – alors qu'elles sont, théoriquement, à l'abri des contentieux quant à la compétence de l'auteur de la norme. Il convient cependant de ne pas exagérer la portée de ce formalisme, qui s'avère limité aux compétences générales des entités globales.

99. ***Un exemple de formalisation : le COPOLCO.*** L'un des exemples possibles de la volonté de formaliser les sources unilatérales internes du droit administratif global par une entité privée réside dans la création d'un organe de participation[385] auprès du Conseil de l'ISO[386]. Justement, l'ISO est une « organisation privée internationale [qui] est plus proche dans ses objectifs et modes de fonctionnement d'une organisation parapublique »[387]. Le Comité de l'ISO pour la

[385] L'« organe de participation » est compris comme un organe permettant la *participation* des destinataires et/ou de tiers à l'élaboration de la norme finale. La participation a fait l'objet de nombreuses définitions que la doctrine a eu l'occasion d'examiner de manière exhaustive (voir sur ce point CASTELLARIN Emanuel, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, Pedone, 2017, spéc. pp. 47-52). Démocratique dans les idées de Capitant, elle est pour lui « le fait pour une personne de prendre part à une action collective et notamment à un acte juridique collectif » (CAPITANT René, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, 1972, p. 31. Sur la doctrine de Capitant à ce sujet, voir MORELOU Jean-Pierre, « La participation démocratique », *Pouvoirs*, n°7, 1978, pp. 85-94, spéc. pp. 89 et ss.). La notion, parfois rapprochée de la transparence, a peu à peu irrigué la plupart des branches de droit interne comme international et particulièrement en droit français de l'environnement ; Michel Prieur la définit ainsi comme une « forme d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative » (PRIEUR Michel, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, vol. 13, n°4, 1988, p. 398. Sur la participation en matière environnementale, voir entre autres références VAN LANG Agathe, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°43, 2014/2, pp. 25-41). Le principe de participation se retrouve également dans les droits administratifs d'autres États, à l'instar de celui des États-Unis d'Amérique (voir FUNK William, « Public Participation and Transparency in Administrative Law - Three Examples as an Object Lesson », *in* HOFMANN Herwig C. H., WEAVER Russell L. (dir.), *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 171-202). Il faut également préciser que la participation revêt en réalité deux sens différents dans la doctrine : l'on peut désigner d'une part l'association d'une ou plusieurs personne(s) extérieure à l'entité à l'élaboration et, d'autre part, la possibilité d'intervenir dans un contentieux. Le premier sens est visé dans ce développement.

[386] Organisation internationale de normalisation. Il s'agit d'une association de droit suisse (Statuts de l'ISO, dix-septième édition, 2013, article 18). La mission d'intérêt général découle de son activité ; par exemple, le droit français reconnait explicitement que « [l]la normalisation est une activité d'intérêt général » (Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation).

[387] CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, t. XXIV, n° 4, 2010, p. 404.

politique en matière de consommation (COPOLCO) a, pour sa part, fait l'objet de très peu d'analyses juridiques[388]. Formellement, il s'agit d'un comité permanent de participation dont la création est rendue possible par les Statuts de l'ISO, de la même manière qu'une organisation internationale crée des organes subsidiaires[389]. C'est en 1978, face au constat d'un certain déficit démocratique, relevé dès 1964 par une résolution évoquant l'importance de promouvoir la participation des consommateurs[390], que l'ISO a constitué « un comité consultatif pour soutenir la participation des représentants des consommateurs, le Consumer Policy Committee (COPOLCO) »[391]. Celui-ci « soutient la participation des représentants des consommateurs par la tenue de formations, la définition de thèmes prioritaires, la publication de documents de vulgarisation à l'intention des consommateurs et par une veille portant sur les travaux techniques »[392]. Il est surtout connu pour son idée « un peu folle »[393] de créer une norme sur la responsabilité sociale, prélude de la norme ISO 26 000[394] que d'aucuns qualifient de « quête profonde de légitimité, presque d'utopie universelle »[395]. Bien que cette description laisse plutôt à penser à un comité pour la transparence de l'ISO faisant le lien avec les « consommateurs »[396] et usagers, la création de la norme ISO 26 000 montre bien qu'il s'agit d'un organe de participation :

> « [l]a norme ISO 26 000 a été développée par un groupe de travail très différent des comités techniques habituellement chargés de cette opération, suite aux recommandations de deux instances internes : le COPOLCO, qui représente plus spécifiquement les consommateurs au sein de l'ISO, et le SAG SR, un comité consultatif ayant pour mandat

[388] Voir néanmoins DILLER Janelle M., « Private Standardization in Public International Lawmaking », *MJIL*, vol. 33, 2012, pp. 481-536.
[389] L'article 7.6 des Statuts permet en effet au Conseil de créer des comités tels que le COPOLCO : « [d]es comités permanents peuvent être établis par le Conseil pour donner des avis à ce dernier. C'est le cas, par exemple, des comités chargés de donner des avis sur des questions stratégiques ou financières. Le Conseil détermine la composition et le mandat de ces comités permanents ».
[390] Conseil de l'ISO, Résolution 48/1964 « Organisations nationales et internationales de Consommateurs Liaisons ».
[391] HAUERT Christophe, AUDÉTAT Marc, BÜTSCHI Danielle, KAUFMANN Alain, GRAZ Jean-Christophe, « Les arènes de la normalisation internationale à l'épreuve de la participation : le projet INTERNORM », *Participations*, n°14, 2016/1, p. 216. Sur le déficit démocratique dû à la difficulté de participer à l'activité de l'ISO, voir *idem* et DILLER Janelle M., « Private Standardization in Public International Lawmaking », *op. cit* note 388, spéc. p. 493.
[392] *Idem*.
[393] MAZEAU Pierre, « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, n°67, 2012/3, p. 70.
[394] La norme ISO 26 000 est une norme complexe et non certifiable, comprenant notamment sept principes de comportement – parmi lesquels la transparence et la « redevabilité ». Voir le très clair schéma bilan de l'ISO 26 000 *in* CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *op. cit.* note 387, p. 412.
[395] *Ibid.*, p. 417.
[396] Selon la définition retenue par le COPOLCO dans une résolution de 1998, l'expression « consommateurs » signifie « an individual member of the general public purchasing or using goods, property or services for private purposes » (ISO, *The consumer and standards. Guidance and principles for consumer participation in standards development*, March 2003, p. 7).

> d'analyser la pertinence et la faisabilité d'une norme internationale de responsabilité sociale. Ce groupe de travail a compté pas moins de 400 experts provenant de près de 80 pays différents, notamment du Sud, et il a été co-présidé par un pays du Nord (Suède) et un pays du Sud (Brésil). Chaque délégation nationale était constituée de représentants de six catégories d'acteurs sociaux […] »[397].

En 2001, le COPOLCO est en effet « inquiet des pratiques des multinationales en matière de respect de la vie, de l'environnement et des conditions de travail dans certains États »[398]. Il décide d'agir et d'élaborer la norme 26 000 dans le respect d'une « forme de démocratie participative »[399] :

> « [l]enquête publique avait fait l'objet de 2543 commentaires de la part de tous les participants et lors du premier vote décisif sur le projet de norme ISO 26000, en février 2010, 72 avis motivés étaient à analyser pour la réunion de Copenhague, du 15 au 21 mai 2010. Le taux de votes négatifs (23 %) y compris, la légitimité conférée aux experts était alors insuffisante : la force normative de ces lignes directrices était plus faible ; les remarques ont par conséquent toutes été analysées et certaines intégrées dans le corps même de la norme. Le dernier vote en revanche, dans le courant de l'été 2010, ne pouvait plus soulever de réserves. Mais le seul fait d'avoir accepté de négocier le contenu de la norme est la preuve que l'éthique de la discussion présidait à l'éclosion de l'ISO 26000 : le système démocratique élaboré était accepté »[400].

C'est donc grâce à un organe de participation, créé par application d'une disposition statutaire, qu'une autre norme de droit administratif global telle que la norme ISO 26 000 a pu voir le jour. L'on retrouve donc un schéma d'appel aux compétences statutaires déjà observé dans le cadre des organisations internationales.

100. ***Exemple de l'ICANN***. Au sein des entités globales privées, il n'est ainsi pas rare que la décision de recourir à une procédure consultative publique soit parfaitement unilatérale. La consultation publique est, pour prendre un second exemple, une procédure particulièrement courante au sein de l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, en français Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet), qui est une société à but non lucratif de droit californien créée en 1998. Cette dernière est une organisation « reconnue d'utilité publique rassemblant des participants du monde entier qui

[397] GENDRON Corinne, « ISO 26 000 : une définition socialement construite de la responsabilité sociale », *in* CAPRON Michel, QUAIREL-LANOIZELÉE Françoise, TURCOTTE Marie-France (dir.), *ISO 26 000 : une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2011, p. 19.
[398] CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *op. cit.* note 387, p. 407.
[399] *Ibid.*, pp. 406-407.
[400] *Ibid.*, p. 410.

œuvrent à la préservation de la sécurité, la stabilité et l'interopérabilité de l'Internet »[401] ; elle « permet un accès ordonné à l'internet dans le monde entier »[402] en fournissant les noms de domaine de premier niveau, ou *TLD* pour *top level domains*. Elle est donc à raison considérée comme la « principale autorité de régulation d'Internet sur le plan mondial »[403]. La décision de recourir à la consultation du public, au sein de l'ICANN, est permise par la section 3.6.b des Statuts de la société, laquelle dispose que « [w]here both practically feasible and consistent with the relevant policy development process, an in-person public forum shall also be held for discussion of any proposed policies »[404]. Son utilisation est telle que même les propositions de dates des grands *meetings* de l'organisation sont soumises à commentaires publics[405]. En général, jusqu'à une demi-douzaine de consultations sont simultanément ouvertes, portant sur des sujets très différents[406], et une page du site internet de l'ICANN annonce toutes les futures consultations – incluant leur échéance estimée et le contact du référent ICANN qui sera en

[401] Site web de l'ICANN, page d'accueil en français, disponible à l'adresse : https://www.icann.org/fr [page consultée pour la dernière fois le 12 août 2019].
[402] PELLET Alain, « Une gestion privée de l'ordre public de l'internet ? », *in* SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, p. 239.
[403] BOTTINI Eleonora, « La construction de principes de procédure administrative (globale) par des personnes privées : le cas de l'ICANN », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, p. 42.
[404] ICANN, *Bylaws for ICANN*, as amended 22 July 2017. Voir également CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 207.
[405] ICANN, Proposed Dates for ICANN Public Meetings 2021–2023, 21 août 2017 – 2 novembre 2017, *Summary Report of Public Comment Proceeding* du 23 octobre 2017. Le rapport fait mention de plusieurs « conflits » de dates relevés par plusieurs organisations intéressées et diverses institutions de l'ICANN, dont ce dernier s'engage à tenir compte tout en précisant ne pouvoir satisfaire intégralement : le Ramadan, le Canada Day ou encore l'organisation d'un *Internet Freedom Festival* en Espagne. Selon la réponse de l'ICANN, le dernier « conflit » ne pourra pas être évité, mais les deux autres pourront l'être. Cet exemple, ainsi que les développements en note suivante, invitent à relativiser la portée de certaines critiques selon lesquelles « [d]ans la pratique, on constate que l'ICANN a du mal à respecter ces mêmes principes de procédure qu'elle se donne et qui correspondent à l'effort normatif des théoriciens du droit administratif global » (BOTTINI Eleonora, « La construction de principes de procédure administrative (globale) par des personnes privées : le cas de l'ICANN », *op. cit.* note 403, p. 60). Il apparaît qu'au contraire, l'ICANN respecte parfaitement la lettre desdits principes en ouvrant un maximum de consultations et en effectuant un suivi efficace. Ce respect des procédures auto-imposées ne préjuge cependant pas, et le cœur de la critique pourrait se situer sur ce plan, de l'efficacité ou de l'effectivité de ces principes dans la pratique, qui constituent une autre problématique (voir, sur cette question, *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2 ; sur le cas spécifique de l'ICANN, §396).
[406] Par exemple, en octobre 2017, outre la question des dates 2021-2023, les cinq consultations suivantes étaient en cours : Operating Standards for ICANN's Specific Reviews, Internationalized Domain Name (IDN) Implementation Guidelines – Second Public Comment, Proposal for Cyrillic Script Root Zone Label Generation Rules, ICANN Reserve Fund – Public Comment on Rationale and Target Level, Draft PTI and IANA FY19 Operating Plans and Budgets. Pour le seul mois d'août 2019, cinq consultations sont arrivées à leur terme : GNSO Policy Development Process on IGO-INGO Access to Curative Rights Protection Mechanisms Policy Recommendations for ICANN Board Consideration, Proposed Definition of Name Collisions and Scope of Inquiry for the Name Collisions Analysis Project, Evolving the Governance of the Root Server System, Draft Financial Assumptions & Projections and Operating Initiatives for the development of Fiscal Years 2021-2025 Operating & Financial Plan, Draft Final Report of The Second Country Names Supporting Organization Review. Leur durée d'ouverture varie selon les sujets, et peut aller d'un mois et demi à trois mois.

charge de la consultation et recevra les commentaires[407]. Ces décisions unilatérales d'ouverture de consultations sur le fondement des Statuts, qui remontent visiblement à 2007[408], ont été très nombreuses durant les trois premières années de leur exercice avant de faire l'objet d'une réduction très significative depuis lors[409] – rendue possible par la marge conférée par la rédaction de l'article 3.6.b. Dès la seconde consultation[410], les débats montrent une prise en compte des commentaires par les gestionnaires du projet et de la consultation, laquelle se manifeste à la fois par son affirmation *via* la récurrence de l'expression « [w]e have taken the suggestion into account » dans les échanges et par la modification subséquente des procédures, projets de décisions ou documents soumis à la consultation par l'ICANN.

101. ***Relativisation du formalisme volontaire.*** Il ne faut cependant pas exagérer la portée du formalisme observé dans ces cas. Ainsi, si la création du COPOLCO et l'ouverture des consultations est formellement prévue par l'ordre juridique de l'entité globale, ce qui lui permet de se prévaloir publiquement d'un principe d'auto-soumission au droit qui sera étudié *infra*, les actes formels prévoyant, individuellement, l'ouverture de chaque consultation de l'ICANN sont introuvables – et n'existent probablement pas. De la même manière, la résolution de 1978 créant formellement le COPOLCO n'a pu être trouvée, la transparence de l'ISO en matière de fonctionnements juridiques internes étant très perfectible. Autrement dit, il est possible d'observer un mimétisme dans la formalisation des sources unilatérales internes au sein des entités globales privées, lequel leur permet d'informer le public et de montrer la qualité de leur gouvernance et de leur fonctionnement, mais celui-ci est limité aux compétences primaires des entités. Celles-ci n'estimant pas utile de formaliser à outrance, il leur suffit manifestement d'avancer l'existence d'une compétence statutaire ou d'une décision-cadre permettant l'adoption d'actes unilatéraux informels pour créer du droit administratif global.

[407] En août 2019, une dizaine de consultations étaient déjà programmées pour l'année 2020 ; voir la page dédiée à l'adresse : https://www.icann.org/resources/pages/upcoming-2012-02-25-en [consultée pour la dernière fois le 12 août 2019].
[408] Les archives du site de l'ICANN proposent un accès libre à l'intégralité des consultations depuis celle relative au Neustar New Registry Service (8 juin 2007 - 29 juin 2007). Au regard de ses résultats peu convaincants (deux commentaires, dont l'un était un *spam* et l'autre concernait un sujet différent), il s'agit vraisemblablement du premier essai.
[409] 28 consultations ont été clôturées en 2007, 53 en 2008, 75 en 2009, 84 en 2010 ; la réduction est ensuite visible avec 67 consultations clôturées en 2011, 60 en 2012, 57 en 2013, 50 en 2014, 51 en 2015, 46 en 2016, 41 en 2017. Un regain d'activité est notable depuis, avec 48 consultations en 2018 et 52 annoncées pour l'année 2019.
[410] Cela n'a pas été possible pour la première consultation (voir *supra* note 408).

II. La formalisation des sources en l'absence de base juridique identifiée

102. ***Compétences implicites et absence de compétence manifeste.*** Dans de nombreux cas, le processus de formation unilatérale du droit administratif global est formalisé par une décision ou un instrument, mais celui-ci ne découle pas d'une compétence connue de l'entité globale. L'ordre juridique international est coutumier de cette situation qui a conduit les organisations internationales, la jurisprudence et la doctrine à recourir à la théorie des compétences implicites. Bien que celle-ci soit parfois trop réductrice pour permettre d'appréhender la complexité de certains processus, elle permet dans l'ensemble d'identifier le procédé à l'œuvre lorsqu'une source unilatérale interne est formalisée, au sein d'une organisation internationale, sans renvoyer à une compétence elle-même formalisée par un instrument fondateur de l'entité globale (**A**). L'analyse est plus complexe lorsque ledit instrument ne dispose pas, ou pas de manière incontestée, du statut de source de droit dans l'ordre juridique de l'entité globale – autrement dit, lorsqu'il n'est pas possible d'identifier une compétence implicite (**B**).

A. La mobilisation des compétences reconnues des organisations internationales

103. ***Compétences implicites et compétences « non explicites »***. Il est des cas où le droit originaire de l'organisation internationale ne prévoit pas clairement la possibilité de créer des organes subsidiaires – de droit administratif global ou non. La technique des compétences implicites permet ainsi la création d'organes sans pour autant modifier les Statuts de l'organisation pour en prévoir la possibilité, ce qui présente l'avantage de la flexibilité (1). Dans le cas des organisations les plus institutionnalisées, à l'instar de l'Union européenne, cette qualification n'est parfois pas pertinente pour qualifier l'outil juridique servant de support à la formation du droit administratif global (2).

1. La mobilisation des compétences implicites des organisations internationales

104. ***Principe des compétences implicites.*** Le principe de la compétence implicite « admet la possibilité d'exercer des pouvoirs qui ne sont pas explicitement attribués dans le traité constitutif d'une organisation, dès lors qu'ils sont nécessaires (voire indispensables) pour l'exercice des fonctions qui lui ont été conférées »[411]. L'existence de ces compétences relève

[411] CESONI Maria Luisa, SCALIA Damien, « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *RQDI*, vol. 25.2, 2012, p. 43.

du minimal « droit commun » des organisations internationales[412] et ne fait plus débat. La théorie n'étant cependant « rien d'autre qu'une directive d'interprétation des chartes constitutives des organisations internationales »[413], de sorte qu'il conviendrait en réalité de reconsidérer le qualificatif de « théorie » au profit de celui de « technique » des compétences implicites. Selon la distinction de Bernard Rouyer-Hameray, il est possible de qualifier une compétence d'*implicite* (ou inhérente) ou d'*impliquée* en fonction du rapport logique entre une compétence explicite et la compétence implicite étudiée. La compétence sera selon cette proposition *inhérente* lorsqu'elle est incluse par une autre : « le rapport d'inclusion repose sur le lien organique qui unit deux notions, dont l'une contient l'autre. Je pose la notion « A », donc je pose en même temps et de ce seul fait la notion « B » qui lui est inhérente »[414]. Au contraire, le rapport d'implication « crée entre deux notions, ou deux phénomènes, étrangers l'un à l'autre, un lien qui est fonction d'une tierce notion ou d'un tiers phénomène. Nous ne sommes plus en présence d'un lien immédiat entre deux données, mais d'un lien médiat ; d'un lien par l'intermédiaire d'une troisième donnée »[415]. Si cette précision permet de mieux appréhender la structure d'une compétence implicite, elle n'épuise pas la question des limites à leur exercice. En droit des organisations internationales, celles-ci sont cependant rares. L'une d'entre elles est soulevée par Alina Miron, selon laquelle les compétences implicites ne peuvent être « distendue[s] au point de faire admettre un pouvoir de décision au bénéfice d'un organe qui n'est investi que d'un pouvoir de recommandation »[416], sauf s'agissant des « actes intervenant dans la sphère interne de l'organisation »[417]. Le recours à cette technique serait également exclu « dans l'ordre juridique pénal, dès lors que ce dernier est fondé sur le principe de légalité des incriminations et des peines »[418].

---

[412] SUR Serge, « L'inhérence en droit international », *RGDIP*, n°2014-4, pp. 785-797. Voir également KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Second edition, Cambridge, CUP, 2009, pp. 59-64.

[413] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, *op. cit*. note 329, p. 670. L'ouvrage fondateur de B. Rouyer-Hameray relevait déjà ce point : « [l]e problème des Compétences Implicites, c'est-à-dire le problème de l'attribution des compétences dont l'exercice n'est ni formellement confié à une organisation donnée par sa charte fondamentale, ni expressément réservé aux États par cette même charte, se ramène donc *juridiquement* à la possibilité de tirer naturellement cette attribution des sources du droit ; *techniquement* : au problème de l'interprétation des sources obscures » (ROUYER-HAMERAY Bernard, *Les compétences implicites des organisations internationales*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome 25, 1962, pp. 13-14).

[414] *Ibid*., p. 59.

[415] *Idem*.

[416] MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 343, p. 88.

[417] *Idem*, note 91.

[418] CESONI Maria Luisa, SCALIA Damien, « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *op. cit.* note 411, p. 43.

105. ***Utilisation de la technique dans le cadre du droit administratif global.*** Le peu de limites de la technique rend finalement aisé son usage : un lien avec une disposition statutaire suffit théoriquement, en droit des organisations internationales, quand bien même l'organe de droit administratif global n'aurait que peu de rapport avec les préoccupations initiales des organisateurs. Un exemple de l'utilisation des compétences implicites pour créer un organe qualifiable de droit administratif global réside dans l'institution du Panel d'inspection de la Banque Mondiale[419]. La création du Panel, par deux résolutions des Directeurs exécutifs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD)[420] et de l'Agence internationale pour le développement (AID)[421] le 22 septembre 1993, n'était effectivement pas prévue par les Statuts respectifs de ces organisations. Si les Statuts de la BIRD prévoient que « [l]e Conseil des Gouverneurs, ainsi que, dans la mesure où ils y sont habilités, les Administrateurs peuvent adopter les règles et règlements nécessaires ou appropriés à la conduite des opérations de la Banque »[422], il est difficile d'en déduire un pouvoir créateur d'organes par résolution et de manière conjointe avec une autre organisation. L'histoire de la création du Panel d'inspection, et donc la réflexion à ce sujet, est pourtant courte. En effet, les débats relatifs à son établissement ont eu lieu entre août et septembre 1993[423], la décision d'y procéder ayant été prise en juin 1993. D'autres possibilités, issues du Rapport Wapenhans de novembre 1992 et des enseignements tirés de la pratique, avaient été évoquées durant la période précédant l'établissement du Panel – par exemple, en mai 1993, celle de créer un *Ombudsman*, abandonnée au profit d'une solution collégiale[424]. L'empressement, venu tant de facteurs internes qu'externes, de créer un mécanisme impliquant le public[425] a conduit à adopter la solution la plus rapide et la plus efficace, sans que la question de la compétence juridique le permettant ne semble centrale – ni évoquée par la doctrine de l'époque.

106. ***Exemple d'INTERPOL.*** Par analogie, le cas du Panel évoque celui de l'institution de Commission de contrôle des fichiers au sein d'INTERPOL, qui est une organisation internationale spéciale. Comme le relève en effet Évelyne Lagrange, « certaines organisations

[419] Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale est un organe permettant à tout individu ou à toute communauté s'estimant lésée par les effets d'un projet financé par la Banque Mondiale de contester sa conformité avec les règles internes de l'organisation. Le panel rend des conclusions examinées par le Conseil d'administration de la Banque.
[420] Résolution BIRD-93-10, SecM93-988.
[421] Résolution AID 93-6, SecM93-313.
[422] *Statuts de la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement*, adoptés à Bretton Woods le 22 juillet 1944, modifiés les 17 décembre 1965 et 16 février 1989, article V, section 2 (f).
[423] FORGET Louis, « Le « panel d'inspection » de la Banque mondiale », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 648.
[424] SHIHATA Ibrahim F.I., *The World Bank Inspection Panel*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 23-25.
[425] Voir FORGET Louis, « Le « panel d'inspection » de la Banque mondiale », *op. cit.* note 425, p. 647.

internationales publiques ne sont en apparence que des associations d'organes de l'État »[426], ce qui est le cas d'INTERPOL, qui est bien « une organisation internationale publique présentant la particularité d'être adossée à l'accord tacite des États ». Présentée comme une création fondée sur l'article 2 du Statut de l'organisation[427] qui prévoit « d'assurer et de développer l'assistance réciproque la plus large de toutes les autorités de police criminelle, [...] dans l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'homme »[428], la Commission de contrôle des fichiers, chargée de veiller à la licéité du traitement des données personnelles des personnes fichées par l'organisation, a été créée en 1982. Si son existence a été codifiée en 2008 dans les Statuts[429], le principe d'un contrôle a d'abord été prévu par l'accord de siège conclu avec la France le 3 novembre 1982[430], et résulte d'une négociation : sa mise en place a en effet pour objet de « contrarier la volonté de la France de soumettre l'Organisation aux effets de la loi du 6 janvier 1978 »[431] sur la protection des données. La Commission a ensuite été créée de manière unilatérale « par un règlement de l'OIPC/Interpol de 1982, lequel confère aux personnes privées un droit d'accès aux informations les concernant dont la procédure, pour des raisons tenant au

[426] LAGRANGE Évelyne, « Chapitre 2. La catégorie « organisation internationale » », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 56, §98.

[427] Cela était expressément admis sur le site internet d'INTERPOL jusqu'à son évolution en 2018 : « [l]a France ne voulait pas renforcer le Statut d'INTERPOL sur son territoire en l'absence de garanties concernant le traitement des données à caractère personnel protégées par la loi de 1978. L'Organisation tenait à maintenir le bon déroulement de l'œuvre de coopération internationale de police criminelle engagée par elle. Ces deux objectifs furent conciliés grâce à l'attachement des deux parties à la protection des données, tant pour protéger l'action de la coopération policière internationale (la France est membre de l'O.I.P.C.-INTERPOL), que pour protéger les droits individuels (l'article 2 du Statut d'INTERPOL cadre son action dans l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'homme) » (site internet d'INTERPOL, anciennement accessible à l'adresse : http://www.interpol.int/fr/%C3%80-propos-d%27INTERPOL/Structure-et-gouvernance/CCF/Historique [dernière consultation le 5 juin 2017]). Si ces précisions ont disparu, le nouveau site prend le soin, quelque peu superfétatoire, d'inclure dans la catégorie « À propos » de la Commission un sobre paragraphe « Fondement juridique », selon lequel (citation *in integrum*) « [l]a Commission de contrôle des fichiers d'INTERPOL agit dans un cadre juridique défini par son Statut, les normes juridiques internationales applicables et la réglementation d'INTERPOL » (page « À propos de la CCF » accessible à l'adresse : https://www.interpol.int/fr/Qui-nous-sommes/Commission-de-controle-des-fichiers-d-INTERPOL-CCF/A-propos-de-la-CCF [dernière consultation le 11 août 2019]).

[428] Statut de l'O.I.P.C.-INTERPOL, adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation en sa 25ème session (Vienne – 1956), tel que modifié au cours de la 86ème session (Beijing – 2017), I/CONS/GA/1956 (2017), article 2.

[429] *Ibid.*, article 36 : « [l]a Commission de contrôle des fichiers est un organe indépendant qui veille à ce que le traitement d'informations à caractère personnel par l'Organisation soit conforme à la réglementation dont celle-ci s'est dotée en la matière ».

[430] Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale de police criminelle relatif au siège d'Interpol et à ses privilèges et immunités sur le territoire français, Paris, 3 novembre 1982, *RTNU*, vol. 2387, 2006, n° 43105, article 8 : « [l]es fichiers sont soumis au contrôle interne mis en œuvre par l'Organisation selon les règles générales fixées par échange de lettres avec le Gouvernement de la République française ».

[431] VENTURA Daniel, « La mise en place d'une voie de recours effectif au sein d'INTERPOL. Quelques réflexions autour de la réforme de la Commission de contrôle des fichiers », *AFDI*, vol. 63, 2017, p. 300.

caractère confidentiel des requêtes, est totalement opaque »[432]. Si l'échange de lettre de 1982 renvoie bien au Statut d'INTERPOL, que la procédure de traitement des données devait respecter, l'opération intellectuelle consistant à faire découler juridiquement la création de cette Commission de l'article 2 du Statut apparaît particulièrement artificielle ; il s'agit plutôt, là encore, de l'exercice d'une compétence implicite de l'organisation.

107. ***Conclusions quant à la mobilisation des compétences implicites.*** L'utilité de faire appel aux compétences implicites apparaît avec évidence : il s'agit d'un moyen rapide, efficace et peu limité de créer des organes, dans un contexte où la célérité est très souvent de rigueur. Il en ressort également que la question de la compétence n'est pas prioritaire lorsque la nécessité de créer un organe se fait ressentir, et qu'elle ne se pose finalement qu'*a posteriori*, par exemple au stade éventuel de la contestation de sa création ou de sa compétence[433]. Aussi la formalisation des sources unilatérales internes semble-t-elle jouer un rôle essentiellement communicationnel, et non juridique : la pratique montre que les entités globales concernées se préoccupent d'abord de créer l'organe de droit administratif global, puis d'établir un fondement juridique le justifiant.

2. Le cas particulier des « compétences informelles » de l'Union européenne

108. ***Cas de l'OLAF.*** D'autres normes relevant du droit administratif global adoptées par certaines organisations internationales particulièrement structurées, à l'instar de l'Union européenne, semblent enfin ne relever ni des compétences explicites, ni implicites des organisations. Tel est le cas de la norme établissant l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF), créé en 1999 pour lutter contre la fraude et, de manière générale, toute activité illégale lésant les intérêts financiers de l'Union[434]. Sa seconde mission relève du droit administratif global, dans le sens où il s'agit de renforcer la légitimité de l'Union en s'assurant d'une bonne gouvernance de l'organisation. Celui-ci doit en effet

[432] DUBIN Laurence, BODEAU-LIVINEC Pierre, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », *in* DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, pp. 231-259. Voir également, sur la Commission, ASCENSIO Hervé, « Chapitre 36. Les différends opposant une organisation internationale à des personnes privées », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, *op. cit.* note 426, p. 1114, §2281, ainsi que REPOLT Bertrand, « Le principe de neutralité d'INTERPOL comme vecteur d'une protection croissante des droits et intérêts individuels », *in* SFDI, *La souveraineté pénale de l'État au XXIe siècle*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2018, pp. 67-76.

[433] Pour un exemple, voir *infra*, note 451.

[434] Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF).

> « rechercher les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales ou un manquement aux obligations analogues des membres des institutions et organes, des dirigeants des organismes ou des membres du personnel des institutions, organes et organismes non soumis au statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou au régime applicable aux autres agents de ces Communautés »[435].

La décision fondatrice de l'OLAF prévoit également la création d'un comité de surveillance chargé d'effectuer « un contrôle régulier sur l'exécution de la fonction d'enquête de l'Office »[436], selon l'idée qu'il faut « veiller à ce que l'OLAF soit tenu de rendre des comptes »[437]. Bien que son avis soit consultatif, certains de ses rapports ont eu un impact important lorsqu'ils constatent des manquements importants dans l'exercice de la fonction de l'OLAF. Le comité de surveillance a ainsi eu l'occasion d'exprimer « des inquiétudes concernant le manque de transparence qui entoure la question de la participation de l'OLAF aux réunions du « Clearing House » organisées par la Commission et les risques qui en découlent pour l'indépendance de l'OLAF dans l'exercice de ses fonctions d'enquête »[438], lesquelles ont été entendues par le Parlement européen[439].

109. ***Technique de l'accord interinstitutionnel.*** Ce système élaboré – sans qu'il soit à ce stade besoin de se prononcer sur son efficacité – révèle le haut degré d'organisation institutionnelle qui caractérise l'Union européenne. À la différence de la Charte des Nations Unies cependant, « les traités de l'Union restent très discrets sur la création éventuelle d'organes subsidiaires »[440], qui prolifèrent néanmoins. Une analyse rigoureuse doit donc conduire à exclure la compétence créatrice de l'OLAF de la catégorie des compétences explicites, puisque rien, dans les traités en vigueur à l'époque, ne précise directement et expressément cette possibilité. Toutefois, la décision tripartite établissant l'OLAF renvoie à trois fondements juridiques distincts qui permettent de rattacher, au regard de la technique des accords interinstitutionnels, ce mode de création à une compétence. La décision du 28 avril 1999 se fonde tout d'abord sur l'article 162 du Traité instituant la CEE, lequel dispose que « [l]e Conseil et la Commission procèdent à des

[435] *Ibid*, article 2b.
[436] *Ibid*, article 4.
[437] Résolution 2016/C 407/05 du Parlement européen du 10 juin 2015 sur le rapport annuel 2014 du comité de surveillance de l'OLAF (2015/2699(RSP)), point H. Voir, dans le même sens, CHEVALIER Émilie, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 462-463.
[438] *Ibid.*, point M.
[439] *Ibid.*, point P. 10.
[440] BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ème édition, Paris, LexisNexis, 2016, p. 339.

consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur collaboration »[441]. La deuxième base de compétence réside dans l'article 16 du Traité instituant la CECA selon lequel « [l]a Haute Autorité prend toutes mesures d'ordre intérieur propres à assurer le fonctionnement de ses services. Elle peut instituer des comités d'études, et notamment un comité d'études économiques »[442]. Enfin, la troisième base de compétence réside dans l'article 131 du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique[443], qui s'avère être exactement le même que l'article 162 du Traité instituant la CEE. Bien que classés parmi les « procédures informelles » de décision de l'Union par la doctrine[444], les accords-institutionnels ne relèvent pas pour autant des « compétences implicites » des organes, dans le sens où ils sont le reflet d'une pratique bien établie – et dorénavant codifiée par le TFUE[445]. En faisant référence à la disposition de l'article 218 du Traité d'Amsterdam[446], Claude Blumann note que « les accords interinstitutionnels se distinguent des autres actes atypiques dans la mesure où ils ne sont pas complètement inconnus des traités »[447]. Ainsi, « [l]a compétence des institutions pour conclure de tels accords ne saurait être récusée »[448]. Même si l'on ne peut nier que la création de l'OLAF est un cas *sui generis* par rapport aux dispositions classiques des accords interinstitutionnels[449], cette attache coutumière, récemment codifiée, permet de classer la création d'un organe par accord interinstitutionnel dans la catégorie des compétences non implicites de l'organisation[450].

[441] Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957, article 162. La nouvelle numérotation introduite par le Traité d'Amsterdam le reporte sans modification au numéro 218 (Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, 2 octobre 1997). Abrogé par le Traité de Lisbonne, sa version actualisée figure dans l'article 295 du TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 13 décembre 2007).
[442] Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 18 avril 1951, article 16.
[443] Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, 25 mars 1957, article 131. La disposition a disparu de la version consolidée actuelle.
[444] BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* note 440, p. 491.
[445] TFUE, article 295 : « [l]e Parlement européen, le Conseil et la Commission procèdent à des consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération. À cet effet, ils peuvent, dans le respect des traités, conclure des accords interinstitutionnels qui peuvent revêtir un caractère contraignant ».
[446] Voir *supra* note 441 sur la numérotation.
[447] BLUMANN Claude, « Accords interinstitutionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 193, §1.
[448] BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* note 440, p. 651.
[449] BLUMANN Claude, « Accords interinstitutionnels », *op. cit.* note 447, §24.
[450] Il est également entendu que dans la mesure où les trois institutions mentionnées relèvent toutes juridiquement de l'entité « Union européenne » au moment de la création de l'OLAF, l'acte créateur ne peut être analysé, au sens du droit administratif global, comme un échange de volonté relevant du Titre Deuxième.

B. La formalisation par des instruments ne disposant pas du statut de source

110. ***Entités globales publiques et privées.*** L'existence de démarches de formalisation des sources du droit administratif global développé unilatéralement, alors même que les sources en question ne sont pas formellement reconnues comme telles par la théorie des sources, interroge nécessairement. Lorsque le mode de création d'une norme de droit administratif global n'est pas contesté, à l'inverse de ce qui a pu être le cas en différents domaines[451], deux situations peuvent survenir : soit ledit mode de formation, bien que tacite, était bien établi dans l'ordre juridique de référence, soit il ne l'était pas mais l'absence de contestation, la répétition du précédent – ou « théorie de la pratique subséquente »[452] – ou encore le raisonnement par analogie amènent à considérer que le droit prend acte du fait, et que jusqu'à l'éventuelle formation d'une règle l'excluant, la source peut être identifiée comme un mode de production du droit. La formalisation de ces sources indéterminées du droit administratif global achève ainsi de démontrer que l'existence d'une source formelle clairement identifiée et matérialisée au sein d'un instrument n'est pas un élément indispensable dans le processus de création du droit administratif global, spécifiquement au sein des entités globales publiques (1). Si le constat est similaire s'agissant des entités globales privées, une certaine volonté de formaliser les normes par des instruments ne disposant théoriquement – et paradoxalement – pas de la qualité de sources apparaît (2).

1. Une formalisation indifférente à l'existence d'une source reconnue au sein des entités globales publiques

111. ***Création de normes de transparence par notes du Président du Conseil de sécurité.*** Dans la mesure où les décisions prises par le Conseil de sécurité ne s'appliquent généralement qu'aux membres de l'Organisation, la source formelle – ou, à tout le moins, leur formalisation par des instruments – des obligations de transparence que cet organe a décidé d'adopter à son propre égard réside dans les notes et déclarations de la présidence du Conseil. Les notes du Président du Conseil de sécurité évoquent ainsi, dans un premier temps, un simple objectif (le

[451] L'on pense notamment à l'arrêt *Tadic* du TPIY, par lequel le Tribunal rejeta les arguments relatifs à l'illégitimité de la résolution 827 (CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, S/RES/827 (1993) ; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995, §§ 21 à 28). Le TPIY adopte, §27, un raisonnement célèbre, concluant qu'« aucun bon argument n'a été avancé pour interpréter l'article 41 [de la Charte] comme excluant la création » du Tribunal.

[452] CESONI Maria Luisa, SCALIA Damien, « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *op. cit.* note 411, p. 44.

souci de transparence[453], l'optique d'accroître la transparence[454]) qui préside néanmoins à l'adoption de règles de fonctionnement. Si la préoccupation est ancienne[455] et que des mesures ont été prises dès le début des années 1990 – notamment le recours accru aux réunions publiques du Conseil[456] – ce n'est qu'en 2010 que celui-ci s'engage réellement en faveur de la transparence : « [d]ans l'optique d'accroître l'efficacité et la transparence des travaux du Conseil de sécurité […], les membres du Conseil s'engagent à mettre en œuvre »[457] une série conséquente de dispositions portant sur les publications, la transmission de documents, la publication de rapports et des réunions sur le site Web de l'ONU, le contenu des rapports annuels... Cette note 507 du 26 juillet 2010, fondamentale bien que peu analysée par la doctrine[458], est citée à de multiples reprises par la suite, confirmant que son contenu engage le Conseil de sécurité[459] – ce qui n'empêche pas, sur un autre plan, les États membres de se montrer préoccupés, en évoquant clairement la transparence, par les méthodes de travail du Conseil de sécurité[460].

[453] Note du Président du Conseil de sécurité du 26 mars 2002, S/2002/316, §1.
[454] Note du Président du Conseil de sécurité du 17 décembre 2012, S/1012/937, §1.
[455] La première mention d'une préoccupation de transparence remonte à 1993, avec une note prévoyant la publication non confidentielle de plusieurs documents (Note du Président du Conseil de sécurité du 30 juin 1993, S/26015). Un document synthétique rassemble d'ailleurs les initiatives de la présidence du Conseil entre 1993 et 2006 « [a]fin de faire mieux connaître à tous les États Membres les initiatives que le Conseil de sécurité a prises ces dernières années pour rendre ses travaux plus efficaces et plus transparents » (Note du Président du Conseil de sécurité du 7 février 2006, S/2006/78).
[456] Voir particulièrement la Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 16 décembre 1994, S/PRST/1994/81.
[457] Note du Président du Conseil de sécurité du 26 juillet 2010, S/2010/507.
[458] Voir néanmoins RODILES Alejandro, « Non-Permanent Members of the United Nations Security Council and the Promotion of the International Rule of Law », *GoJIL*, vol. 5, n°2, 2013, spéc. pp. 349-350 et surtout 362-366.
[459] Voir en particulier : Note du Président du Conseil de sécurité du 12 décembre 2012, S/2012/922 ; Note de la Présidente du Conseil de sécurité du 28 août 2013, S/2013/515, §1 ; Note du Président du Conseil de sécurité du 15 octobre 2014, S/2014/739 ; Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 30 octobre 2015, S/PRST/2015/19. Par ailleurs, l'intégration, depuis 2012, d'un développement « Mise en œuvre des dispositions de la note du président de Conseil de sécurité parue sous la cote S/2010/507 » dans les rapports annuels du Conseil ne laisse plus la place au doute sur leur valeur. Voir ainsi ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-huitième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2012-31 juillet 2013, A/68/2, p. 207 ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-neuvième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2013-31 juillet 2014, A/69/2, p. 219 ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-dixième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2014-31 juillet 2015, p. 196 ; *etc*.).
[460] La question de la transparence dans le fonctionnement du Conseil de sécurité ou dans la gestion des sanctions ciblées est régulièrement évoquée par certaines délégations. Par exemple, voir le « Document de réflexion destiné au débat public du Conseil de sécurité consacré à la question intitulée « Mise en œuvre des dispositions de la note du Président du Conseil de sécurité parue sous la cote S/2010/507 » », Annexe à la lettre datée du 15 octobre 2015 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Espagne auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2015/793, ou encore MAE, Intervention du représentant permanent de la France auprès des Nations Unies, Réunion d'information publique sur les sanctions, *Déclarations officielles de politique étrangère du 04 août 2017*, p. 9 : « [i]l est essentiel que nous continuions d'améliorer le fonctionnement et la transparence des régimes de sanction ».

112. ***Rapport avec la théorie des sources du droit des organisations internationales.*** Bien que l'expression ne soit, à notre connaissance, pas employée par la doctrine, il est communément admis que l'existence des organisations internationales a des impacts importants sur la théorie des sources du droit international. Ceux-ci sont dus au fait que chaque organisation sécrète son propre ordre juridique partiel, demeurant soumise au droit international – et donc liée par sa théorie des sources – tout en menant une « vie » juridique interne l'amenant à adopter des actes que la théorie des sources du droit international ignore. Comme le précise Mathias Forteau,

> « [s]i le renvoi au droit commun s'impose pour définir les sources du droit applicable aux organisations internationales, il reste qu'il s'avère en partie insuffisant. Les traits originaux de ces nouveaux sujets du droit, et singulièrement le fait que leur naissance se soit accompagnée de la mise en place d'un ordre juridique dérivé (quel que soit le sens, fort ou faible, que l'on assigne à l'expression, qui peut désigner autant l'apparition d'un ordre juridique autonome au sens propre du terme que, plus modestement, la mise en place d'un cadre institutionnel), n'ont pu manquer d'exercer une certaine incidence sur la nature, la physionomie et le régime des sources traditionnelles du droit. D'une part, la création des organisations internationales a permis, sinon l'éclosion, du moins le développement, sans commune mesure avec la situation passée, de nouvelles catégories de sources du droit »[461].

Ces propos prennent tout leur sens à l'étude de la manière dont le Conseil de sécurité a développé, à sa propre destination, des normes de droit administratif global telles que des obligations de transparence. Les notes du Président du Conseil de sécurité relèvent certainement de la catégorie des actes autonormateurs impliqués par l'existence d'un ordre juridique partiel propre à chaque organisation internationale. Ces actes « relèvent, dans le sens le plus étroit de l'expression, du « droit propre » de l'organisation, à un point tel qu'ils n'entretiennent que de lointains rapports avec le droit international pour se rapprocher des techniques du droit administratif interne »[462]. Sans qu'il existe le moindre doute quant à la compétence qu'a le Président du Conseil de sécurité pour diffuser des « notes », le fait que leur contenu soit clairement normatif apparaît plus discutable. Le choix d'un tel instrument pour développer du droit administratif global ne peut donc qu'interroger, sur le plan purement formel. Il démontre surtout qu'une fois la *compétence* de l'auteur de la norme acquise aux yeux de ses destinataires – ici, les membres du Conseil de sécurité eux-mêmes –, la source formelle importe peu, au point même que l'instrument qui la formalise ne lui est pas fidèle. En effet, les notes sont signées du Président du Conseil de sécurité, alors que les normes de transparences semblent, à leur lecture,

[461] FORTEAU Mathias, « Chapitre 8. Organisations internationales et sources du droit », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, *op. cit.* note 426, p. 258, §511.
[462] *Ibid*., p. 262, §518.

avoir été adoptées par l'*ensemble* des membres du Conseil. Une formalisation parfaitement précise aurait donc plutôt impliqué l'existence de « notes du Conseil de sécurité », et non de son Président. Sans que ce point de détail revête une importance significative, il convient cependant de relever que cet exemple est topique du peu de considération portée par les entités globales publiques au lien entre source formelle et formalisation de cette source par un instrument spécifique, lorsqu'il est question de normes de droit administratif global générées de manière unilatérale et interne. Autrement dit, la formalisation revêt un intérêt pour les entités globales qui y recourent ; mais elles se gardent d'un *formalisme excessif*, se contentant du principe de la formalisation de la source.

113. ***Exemple des circulaires.*** Une illustration supplémentaire de cette formalisation empreinte de peu de formalisme peut être relevée dans la création du Bureau de la déontologie des Nations Unies en 2006. En amont de la création du Bureau par le Secrétaire général des Nations Unies, l'Assemblée Générale s'est ainsi contentée de demander au Secrétaire général de lui communiquer « des indications détaillées sur le bureau de la déontologie, doté d'un statut indépendant, qu'il compte créer »[463], et a, depuis lors, salué son travail et sa gestion financière sans formaliser plus avant son existence bien acquise[464]. Bien que le fondement juridique formel de cette création soit présenté comme étant la résolution 60/1, et particulièrement son point 161 e) qui n'évoque pourtant pas clairement cette création[465], la formalisation de la création du Bureau est intervenue par l'intermédiaire d'une Circulaire du Secrétaire général qui prévoit clairement des obligations – sa section 5 crée ainsi une « obligation de coopérer avec le Bureau »[466]. Au visa de la circulaire est mentionné le fondement, discutable, de la résolution 60/1 et d'une résolution ultérieure consacrée au budget de l'organisation :

> « [a]fin de veiller à ce que les fonctionnaires satisfassent aux plus hautes qualités de compétence et d'intégrité prescrites par le paragraphe 3 de l'Article 101 de la Charte des Nations Unies, le Secrétaire général, vu le paragraphe 161 du Document final du Sommet

[463] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixantième session, Résolution 60/1 adoptée le 16 septembre 2005, Document final du Sommet mondial de 2005, A/RES/60/1, Point 161, d).
[464] Voir par exemple ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-huitième session, Résolution 68/690 adoptée le 27 décembre 2013, A/68/690, point 26 : « [l'Assemblée] [s]alue l'action remarquable que mène le Bureau de la déontologie pour favoriser une culture de comportement éthique, d'intégrité, de transparence et de responsabilité au sein de l'Organisation et note avec satisfaction qu'il s'attache à mieux faire connaître les questions de déontologie en menant des activités de communication, de sensibilisation et de formation ».
[465] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Résolution 60/1 adoptée le 16 septembre 2005, précitée note 463, Point 161, e) : « [n]ous nous engageons à mettre à la disposition de l'Organisation des Nations Unies des ressources suffisantes en temps voulu pour lui permettre d'exécuter ses mandats et d'atteindre ses objectifs eu égard aux priorités dont l'Assemblée générale est convenue et à la nécessité de respecter la discipline budgétaire. Nous soulignons que tous les États Membres doivent remplir leurs obligations de financement des dépenses de l'Organisation ».
[466] SECRÉTARIAT, Circulaire du Secrétaire général du 30 décembre 2005, Création du Bureau de la déontologie et définition de son mandat, ST/SGB/2005/22.

> mondial de 2005 et la résolution 60/248 de l'Assemblée générale, promulgue ce qui suit »[467].

En définitive, s'il existe une volonté de formaliser la création du Bureau, la question du fondement juridique précis est là encore secondaire, personne ne contestant la compétence du Secrétaire général – Kofi Annan – pour adopter cette norme, dans la mesure où l'Assemblée générale a eu connaissance de l'initiative et qu'elle a approuvé le budget nécessaire à sa réalisation. Ce type de situations, notamment par l'intermédiaire de circulaires qui sont des instruments particulièrement employés au sein des organisations internationales, est tout à fait courant, bien que leur intitulé varie parfois – ce qui renforce le constat du peu de souci pour le formalisme en la matière[468].

2. Une volonté de formalisation au sein des entreprises transnationales

114. ***Profusion d'instruments privés.*** De prime abord, la production normative des entités globales privées apparaît foisonnante, ce qui peut déconcerter l'observateur. La recherche des sources formelles du droit administratif global au sein des ordres juridiques des entreprises transnationales se heurte ainsi, d'emblée, à deux difficultés principales. D'une part, une difficulté pragmatique : la profusion de documents, intitulés fort différemment (Code de conduite, Charte d'éthique, Code d'éthique, Principes de conduite des affaires, …) par les entreprises qui sont très nombreuses à en avoir adopté un ou plusieurs, de manière individuelle ou collective[469]. D'autre part, une difficulté substantielle : malgré son identification claire par la loi, l'entreprise « n'entre pas dans les catégories juridiques classiques »[470] du point de vue de son organisation normative interne, ce qui fait qu'il n'existe pas, à ce jour, de théorie des

---

[467] *Idem*. La résolution 60/248 prévoit seulement un point « Bureau de la déontologie ; examen global du dispositif de gouvernance comprenant une évaluation externe indépendante du système d'audit et de contrôle ; comité consultatif indépendant pour les questions d'audit » au sein duquel l'Assemblée « [n]ote que les ressources approuvées couvriront la création d'un bureau de la déontologie et la réalisation de l'évaluation visée à l'alinéa b du paragraphe 164 de sa résolution 60/1 du 16 septembre 2005 » (ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixantième session, Résolution 60/248 adoptée le 23 décembre 2005, A/RES/60/248, point XIII, 3).

[468] Voir FORTEAU Mathias, « Chapitre 8. Organisations internationales et sources du droit », *op. cit.* note 461, p. 262, §518.

[469] Le nombre exact de tels codes de conduite – cette expression étant la plus couramment utilisée par la doctrine – est impossible à déterminer. Clémentine Bories cite plusieurs études qui montrent une augmentation massive de cette pratique, allant jusqu'à 92,6% des entreprises interrogées en 2006 (BORIES Clémentine, « Chapitre 5 – La participation des personnes privées à l'élaboration du droit international social. Section 1 – Les entreprises transnationales », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*. Tome 1, Particularités du droit international social, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, p. 464). Voir également *infra*, §142 sur ce point.

[470] ROBÉ Jean-Philippe, « Les entreprises multinationales, vecteurs d'un nouveau constitutionnalisme », *Archives de philosophie du droit*, t. 56, 2013, p. 342.

sources claire la concernant. Tout comme la doctrine interne[471], la doctrine internationaliste relève régulièrement cette difficulté, s'interrogeant sur le statut de ces codes de conduite des entreprises au regard des sources du droit international[472]. Si les auteurs s'accordent pour constater que le code de conduite est « un ensemble global de recommandations, susceptibles de juridicisation, qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient »[473], l'identification du mode de formation des normes de droit administratif global est rendue peu aisée du fait du flou régissant cette importante production normative privée. Pourtant, ceux-ci formalisent très régulièrement des normes de droit administratif global, de sorte qu'il est légitime de penser qu'ils formalisent également ces sources.

115. ***Formalisation de l'existence d'organes.*** Parmi le vaste corpus des codes de conduite des entreprises[474], de nombreuses normes de droit administratif global se trouvent formalisées par ces instruments, sans qu'il soit pour autant possible d'affirmer que les codes constituent la source formelle primaire de leur création. L'on peut d'abord relever la création de plusieurs organes de droit administratif global, c'est-à-dire d'organes susceptibles d'être analysés, par leur existence même, sous l'angle du droit administratif global. Ainsi en est-il du « Comité

[471] Voir notamment LAROUER Marion, *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, 2018, 598 p. L'auteur, qui passe en revue l'ensemble des hypothèses de qualification possible en droit interne, s'interroge en profondeur sur la nature des codes de conduite, dans une démarche axée sur la comparaison entre la doctrine des sources et la réalité des codes de conduite des entreprises du CAC40.

[472] Voir par exemple WEBLEY Simon, « The nature and Value of Internal Codes of Ethics », *in* ADDO Michael K. (dir.), *Human Rights Standards and the Responsability of Transnational Corporations*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 107-113, et plus récemment BORIES Clémentine, « Chapitre 5 – La participation des personnes privées à l'élaboration du droit international social. Section 1 – Les entreprises transnationales », *op. cit.* note 469, p. 466 (§6) et pp. 471-474.

[473] VILLABLANCA Lusitania, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, Thèse soutenue le 17 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, p. 257. L'auteur cite une version plus ancienne de cette définition par LAZARUS Claude, « L'organisation des Nations Unies et les entreprises multinationales », *in* GOLDMAN Berthold, FRANCESCAKIS Phocion (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977, p. 417 : « un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient. Bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique ». Cette dernière définition est elle-même issue, avec quelques nuances, du travail du Groupe de personnalités réuni par le secrétaire général des Nations Unies quelques années plus tôt (NATIONS UNIES, Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, rapport du Groupe de personnalités, Rapport du Secrétaire général du 14 juin 1974, E/5500/Rev.1/ESA/6, pp. 62-63).

[474] La présente étude s'appuie d'abord sur le rapport de OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2001, 123 p., au sein duquel sont identifiés et analysés 246 codes de conduites – mais tous ne sont pas « individuels ». Afin de l'actualiser, notre étude s'appuie de surcroît sur l'analyse d'un échantillon d'environ 70 codes de conduites individuels, dont ceux de la plupart des entreprises du CAC40. Leur liste est consultable en Annexe ; tous sont très aisément accessibles en ligne, de sorte que les liens vers les pages pertinentes ne sont pas mentionnés en référence.

d'éthique du Groupe » Total, qui est notamment chargé du suivi des résultats des « évaluations d'éthiques » effectuées par des « tiers »[475] (non identifiés), mais également « de veiller au respect du Code de conduite »[476]. Le modèle n'est pas propre à Total ; l'on retrouve le même chez CGG[477] ou encore, selon la doctrine, chez IBM[478]. La réalité du travail des Comités d'éthique, chez Total comme chez CGG, demeure difficilement tangible, dans la mesure où aucune information n'est accessible de l'extérieur. Les rares témoignages, dont la fiabilité n'est pas démontrée[479], font néanmoins état d'un fonctionnement sérieux et d'un discours engagé en faveur du respect des codes adoptés[480]. L'on peut également utilement mentionner, pour illustration, le « Responsable de la Conformité et du Contrôle Interne » chez Siparex[481] et le déontologue chez Engie[482]. Si les codes prévoient leur existence et formalisent leurs compétences et la manière dont les salariés ou les tiers peuvent les saisir s'ils constatent un manquement – par exemple aux normes environnementales en vigueur, ou aux règles anti-corruption – il n'est jamais clairement précisé qu'ils constituent la source de ces normes. Autrement dit, il est vraisemblable que la *décision*, manifestement non écrite, de créer un comité d'éthique, un médiateur ou un déontologue soit prise en amont de la conception et de la

[475] TOTAL, *Code de conduite*, 2015, p. 21.
[476] *Ibid.*, p. 9.
[477] CGG, *Code de conduite des affaires*, non daté, p. 18. Le Comité d'éthique CGG (la Compagnie Générale de Géophysique-Veritas étant une entreprise française spécialisée dans l'exploration des sous-sols), créé en 2004 et chargé « de veiller au respect du Code de Déontologie » (*idem*), coexiste avec une structure d'Audit Interne dotée d'une charte (p. 16). Il faut noter que les expressions « Code de conduite des affaires » et « Code de déontologie » sont utilisées de manière synonymique par l'entreprise.
[478] BENBRAHIM Zouhair, « Éthique et gouvernance : entre intentions et pratiques », *Management & Avenir*, n°7, 2006/1, p. 56, note 50. L'entreprise IBM relève du secteur de l'informatique.
[479] Une seule étude menée par un média sérieux a pu être consultée. Elle cite un extrait concernant l'entreprise ALCATEL, qui, dans son Rapport « Développement Durable » 2005, fait état (p. 5) des travaux de son comité d'éthique. Il aurait, au cours de quatre sessions dans l'année 2005, revu et mis à jour le code de bonne conduite, travaillé sur un dossier de corruption de fonctionnaires alléguée, examiné les rapports de comités d'éthique locaux provenant de trois États et « débattu de questions soumises par des salariés » (voir NOVETHIC, « Transparence en matière de lutte anti-corruption. Panorama des bonnes pratiques de *reporting* « corruption » », Étude Novethic / SCPC, septembre 2006, p. 91). Néanmoins, les rapports plus récents – notamment le rapport 2012 accessible en ligne – n'en font pas état à notre connaissance.
[480] « Éthique : L'expérience Total », *L'économiste.com*, 23/12/2003, accessible à l'adresse : http://www.leconomiste.com/article/ethique-l-experience-total [lien consulté en dernier lieu le 12 septembre 2019].
[481] SIPAREX CROISSANCE, Rapport du Conseil de surveillance à l'Assemblée générale mixte du 7 juin 2011, *Document de référence 2010*, déposé auprès de l'Autorité des Marchés Financiers le 16 mai 2011, p. 36 : « [u]n contrôleur interne nommé et travaillant sous l'autorité directe du Président de la Gérance de la Société veille tant au respect des normes réglementaires et professionnelles qu'au respect des procédures internes de fonctionnement et de contrôle ». Son rapport est destiné au Président qui est libre de le transmettre ou non à certains comités (de surveillance, d'éthique...). L'entreprise Siparex est spécialisée dans le capital d'investissement au sein d'entreprises.
[482] ENGIE, *Code de conduite à l'usage des financiers du groupe*, 2008, article 6, p. 5 : [l]a personne responsable de l'application de ce Code au plus haut niveau sera le déontologue du Groupe, qui en rendra compte au Président du Comité d'Éthique, de l'Environnement et du Développement durable et au Président du Comité d'Audit ». La société Engie est la première entreprise du secteur de l'énergie en France.

publication du code. Ces codes constituent donc avant tout le moyen de formaliser des sources formelles primaires de droit administratif global, qui demeurent dans tous les cas unilatérales et internes.

116. ***Les codes privés, sources d'obligations de soumission au droit.*** Outre la création d'organes, les codes de conduite contiennent de nombreuses normes de droit administratif global. Parmi elles, la formulation d'un principe de « soumission au droit » est très courante. Il s'agit du phénomène qui conduit une entité à se référer à des règles de droit considérées comme hiérarchiquement supérieures et à admettre que son fonctionnement, et spécifiquement les modes décisionnels internes, doivent s'y conformer, moyennant le cas échéant des interprétations et autres réserves. L'idée qu'une entité globale doive se soumettre au droit qui s'impose à elle semble évidente ; plus surprenante est la soumission volontaire d'entités globales privées, par leurs codes de conduites, à des normes extérieures. Ces références confèrent ainsi force obligatoire[483] à des normes issues de sources externes dont la valeur initiale, dans leur ordre juridique de référence, est inexistante. En effet, si une entreprise, localisée dans un État X, méconnaît une convention internationale à laquelle ni l'État X ni aucun État susceptible d'appliquer sa juridiction aux activités de l'entreprise ne sont parties, aucune action en justice ne sera *a priori* possible – sauf si l'État X ou tout autre État compétent a adopté, par ailleurs, le contenu matériel des règles prévues par la convention dans son droit interne. Bien que le niveau de généralité des codes de conduite rende ce cas d'école hautement improbable – ceux-ci ne citent en général que les Conventions de l'OIT ou les Pactes des Nations Unies qui sont très largement ratifiés[484] – une entreprise transnationale n'a donc pas spécifiquement intérêt à s'inscrire dans une démarche de respect d'obligations de ce type, sauf pour promouvoir sa bonne gouvernance et gagner ainsi des parts de marché. La dimension « *marketing* » de cette pratique commune, puisque l'écrasante majorité des codes consultés

[483] Sous réserve des développements relatifs à la force normative du contenu de ces codes (voir *infra*, §482).
[484] Voir par exemple : CRÉDIT AGRICOLE, *Charte éthique*, 2017, p. 3 ; ORANGE, *Charte de déontologie du Groupe*, 2010, p. 4 ; SOLVAY, *Charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du Groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociétale d'entreprise*, 2008, p. 4 ; DANONE, Principes de Conduite des Affaires de Danone, 2009, p. 3 ; ACCORHOTELS, *Charte Éthique et responsabilité sociétale d'entreprise*, 2015, p. 5 ; TOTAL, *Code de conduite*, 2015, p. 9 ; ROCHER, *Code de conduite du Groupe Roch*er, 2015, p. 4 ; BOUYGUES, *Code d'éthique*, 2006, p. 5 ; MICHELIN, *Code d'éthique de Michelin*, 2014, p. 8. L'on trouve parfois des références à d'autres instruments, tout aussi universels : Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (LVMH, *Code de conduite*, 2014, p. 21), Convention relative aux droits de l'enfant (SOLVAY, *Charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du Groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociétale d'entreprise*, 2008, p. 4 ; LIMAGRAIN, *Le Code de Conduite Limagrain*, 2015, p. 3), ou encore Convention des Nations Unies contre la corruption (ENGIE, *Guide pratique de l'éthique*, 2016, p. 4).

renvoie à au moins un instrument relatif aux droits de l'homme[485], est nettement appréciable lorsque la structure renvoie à des instruments purement déclaratifs, le plus souvent la Déclaration universelle des droits de l'homme[486]. Il n'en demeure pas moins que la plupart des codes précisent très clairement que l'entreprise entend se soumettre aux principes cités. Par ailleurs, certains codes excèdent le simple et courant principe de légalité conduisant l'entreprise à rappeler qu'elle respecte la législation locale. Par exemple,

> « [l]a première règle est que L'ORÉAL respecte les lois nationales et donc que tout Collaborateur violant la législation nationale en matière d'harcèlement sexuel pourra faire l'objet de sanctions. Dans certains pays, L'ORÉAL considère que la législation sur le harcèlement sexuel n'est pas assez protectrice contre certains comportements que notre Société considère inacceptables. Selon les circonstances, des comportements peuvent être considérés inappropriés en raison de leur gravité ou de leur fréquence »[487].

En agissant ainsi, les entreprises transnationales montrent non seulement une volonté de se soumettre au droit local – leur marge de manœuvre juridique étant en tout état de cause inexistante dans ce domaine – mais également celle d'exporter (ou d'importer) certaines valeurs et règles et de s'y soumettre, unilatéralement, volontairement et généralement. Ce faisant, les codes de conduite formalisent volontairement une source unilatérale et interne d'une catégorie de normes de droit administratif global particulièrement originale. Celle-ci révèle déjà l'une des caractéristiques matérielles des sources du droit administratif global : leur fonction communicationnelle[488].

SECTION 2. L'ABSENCE DE FORMALISATION DES SOURCES UNILATERALES INTERNES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

117. ***Place de la pratique parmi les sources unilatérales internes.*** La section précédente a mis en évidence l'existence d'instruments formalisant les sources du droit administratif global, c'est-à-dire d'instruments qui traduisent l'existence d'une source formelle unilatérale et interne plus ou moins clairement, selon les besoins et la volonté de l'entité globale concernée. Le propos a permis de noter que la précision, dans la formalisation d'une source, n'était pas systématiquement de mise puisque celle-ci peut poursuivre d'autres objectifs, mais qu'il était cependant, et malgré ce fait, généralement possible d'identifier précisément le mode de

[485] Certains peuvent préciser les droits de l'homme protégés sans pour autant mentionner l'instrument de référence. Par exemple : HILTON WORLDWIDE, *Code de conduite. Politiques et Obligations pour travail au Hilton*, 2012, Chapitre « Citoyenneté mondiale », p. 10.
[486] Voir par exemple : SCHNEIDER ELECTRIC, *Nos principes de responsabilité*, 2013, p. 4 ; VALÉO, *Code de conduite des partenaires Valéo*, 2015, p. 7.
[487] L'ORÉAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 2014, p. 21.
[488] Ce point sera envisagé *infra*, §§380 et ss.

formation des normes observées. Lorsque celui-ci apparaît peu tangible, il y a lieu de penser qu'il s'agit d'une *pratique* interne, non écrite. La pratique, qu'elle soit qualifiée d'usage, d'habitude ou encore de manière de fonctionner, existe au sein de toute entité globale. Par exemple, « la pratique de l'organisation internationale [...] joue un rôle important dans son fonctionnement quotidien, à l'image de la pratique parlementaire dans les ordres juridiques internes »[489] :

> « [c]ela a justifié que suivant la proposition formulée par la CDI en 1982 […], la conférence de Vienne qui devait aboutir à l'adoption de la Convention de 1986 relative aux traités des organisations internationales ait inclus dans les « règles de l'organisation » sa « pratique bien établie » (art. 2, § 1, al. j). Vingt-cinq ans plus tard, la Commission confirma le bien-fondé de cette inclusion en la réitérant dans l'article 2, alinéa b), de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (A/66/10, p. 73). La Commission a souligné à cette occasion que cette inclusion était « importante en ce qu'elle donne un poids considérable à la pratique » qui exerce une influence notable « pour modeler les règles de l'organisation » »[490].

Il n'est dès lors pas iconoclaste d'envisager qu'elle constitue une source à part entière du droit administratif global (**I**). Malgré sa prégnance, l'*usage* institutionnel apparaît cependant voué non à la disparition, mais à la formalisation (**II**).

I. La formation unilatérale interne de droit administratif global par l'usage

118. ***« Usage » plutôt que « pratique ».*** À l'orée des développements relatifs à la mise en évidence de sources informelles, unilatérales et internes de droit administratif global, il convient de s'attarder sur la terminologie. L'expression de « pratique » institutionnelle a été utilisée par la doctrine pour qualifier la source de l'action normative informelle des organisations internationales[491]. Cependant, ce terme n'est pas neutre. Il renvoie à un élément conditionnant l'existence d'une source de droit international public : la coutume, dont la pratique est le premier élément[492]. Dans la mesure où les pratiques institutionnelles observées concernent, comme on le verra, tout autant les entités globales publiques et privées, il est important de ne pas induire une confusion, par l'emploi d'une terminologie renvoyant à un élément constitutif d'une source de droit international public. Afin de ne pas l'entretenir, la terminologie « usage » sera adoptée, sauf en cas de référence à des travaux doctrinaux lui préférant celle de

[489] FORTEAU Mathias, « Chapitre 8. Organisations internationales et sources du droit », *op. cit.* note 461, p. 266, §566.
[490] *Idem*.
[491] *Idem*.
[492] Voir par exemple VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, Précis de la Faculté de Droit et de l'Université catholique de Louvain, 2000, p. 321.

« pratique ». Il ne faut toutefois pas déduire de cette précaution linguistique le rejet de l'hypothèse de l'existence de phénomènes de nature coutumière qui pourraient être « alimentés » par les usages ; au contraire, celle-ci sera étudiée *infra*[493].

119. ***Usages contentieux et non contentieux.*** Il est possible de distinguer deux catégories d'usages, en se plaçant dans deux perspectives différentes. D'une part, les propos précédents démontrent que certains usages sont mobilisés, en tant que *source* de droit administratif global, dans le quotidien des entités globales, en particulier pour développer des « procédures non contentieuses » (**A**). D'autre part, les organes contentieux des entités globales – et en premier lieu leurs juridictions – développent également des techniques et procédures relevant du droit administratif global unilatéral interne par l'usage (**B**).

A. La formation informelle de normes non contentieuses

120. ***Contenu de la notion de procédure non contentieuse.*** La procédure non contentieuse s'entend de toute procédure étrangère au traitement d'un litige ; c'est ainsi la *contestation* qui fait naître le contentieux[494]. Les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse, en droit administratif européen, comprennent ainsi « l'ensemble des moyens et techniques mis à la disposition de l'administration pour exercer son action et spécialement adopter des décisions »[495]. Il peut s'agir de normes régissant la publicité de la prise de décision, ou encore de normes instituant un organe consultatif. La recherche de leurs sources amène rapidement à la question de la bonne gouvernance :

> « [c]e terme de gouvernance a connu depuis les années 1980 au moins un indéniable succès. Associé au qualificatif « bonne » pour former l'expression positive « bonne gouvernance », ce terme exprime une appréciation qualificative de la gestion des affaires publiques qui permet d'envisager une perspective optimiste du développement économique et social de la société considérée. Il apparaît désormais comme fil conducteur des politiques et des réformes en faveur de la réduction de la pauvreté, de la démocratisation et de la sécurité au niveau des États mais aussi au niveau mondial »[496].

---

[493] Voir *infra*, §§283-290 puis 325 et ss.

[494] DAILLIER Patrick, BENLOLO-CARABOT Myriam, SUSANI Nadine, VAURS-CHAUMETTE Anne-Laure, « La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines. Chronique n° 1 – Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 645. La « fonction contentieuse » est, de la même manière, la fonction de trancher les litiges – de manière juridictionnelle ou non (voir PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, spéc. p. 8). Voir également et de manière générale ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, 732 p.

[495] CHEVALIER Émilie, « Les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse de l'Union », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, 2ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 201.

[496] KAMTO Maurice, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 7.

Les définitions de la gouvernance sont dorénavant légion[497], tandis que la « « bonne gouvernance », concept inconnu ou quasiment au début des années 1990, s'est rapidement imposé comme une exigence incontournable dans le monde des institutions du développement, qu'elles soient universelles, régionales ou même nationales »[498]. Les promoteurs du droit administratif global estiment de leur côté que la gouvernance globale est une « forme d'action administrative »[499] dont les points cardinaux sont la transparence, le respect de l'État de droit – ou du droit tout court –, *l'accountability* et la participation[500]. Ces quatre avatars de la « bonne gouvernance », auxquels il faudrait sans doute ajouter la précaution environnementale – bien qu'elle puisse relever à la fois du respect de l'État de droit et de l'*accountability* – regroupent de vastes réalités qui constituent des indices de la formation de droit administratif global, y compris lorsque leur source n'apparaît pas avec évidence.

121. ***Sources des normes relatives à l'activité et au contrôle de l'activité.*** Les entités globales mobilisent des sources informelles pour développer unilatéralement du droit administratif global répondant à cette définition ; de nombreux exemples *formalisés* en ont été donnés ci-dessus. De la même manière et dans les mêmes conditions que lorsque la source est formalisée, la source unilatérale non écrite que nous dénommons « usage » est ainsi employée pour créer soit des procédures relatives à l'activité des entités globales (1), soit des procédures relatives au *contrôle* de l'activité des entités globales (2) – cette distinction étant purement didactique et n'entraînant pas de conséquences quant aux sources elles-mêmes.

---

[497] Voir notamment CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 189-207 ; pour une réflexion large, BARON Catherine, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, n° 54, 2003/2, pp. 329-349. Sur la gouvernance « globale », voir ITEN Jean-Louis, « L'organisation intergouvernementale à l'épreuve de la « gouvernance mondiale » », *in* DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, *op. cit.* note 432, pp. 83-84.

[498] GHERARI Habib, « Le respect de l'État de droit comme élément de la « bonne gouvernance » en droit international économique », *in* SFDI, *L'État de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, p. 159. Pp. 153-176.

[499] BODEAU-LIVINEC Pierre, « Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, n° 28, 2012, p. 228.

[500] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., WIENER Jonathan B., « Global Governance as Administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, p. 3. Voir également NDIOR Valère, *La participation d'entités privées aux activités des institutions économiques internationales. Contribution à l'étude de l'*accountability *des organisations internationales*, Thèse de droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université de Cergy Pontoise, pp. 64-65.

1. L'usage, source de normes procédurales concernant l'activité des entités globales

122. ***Multiplication des sources de normes de transparence.*** Le mouvement vers une plus grande transparence constaté en droit des organisations internationales[501] est également observable également au sein d'organisations transnationales telles que le Comité international olympique[502], ainsi que dans le secteur privé où cette norme est spécifiquement prévue ou au moins mentionnée par plus de la moitié des codes de conduite consultés. Ces diverses sources unilatérales internes sont complétées par de nombreuses *pratiques* non formalisées. Outre les codes de conduite, les entreprises transnationales publient ainsi un nombre significatif de documents relatifs à leur gouvernance ou à tout sujet en rapport avec leurs activités. Au-delà de la publication des *Documents de référence* et autres rapports – par exemple relatifs au développement durable – qui répondent parfois à des exigences légales[503], ces nombreux documents supplémentaires, dont le contenu exact est pleinement laissé à l'appréciation des entreprises, servent également à montrer l'investissement de leurs auteurs pour la cause environnementale et de manière générale leur bonne gouvernance[504]. Cette extension du *reporting* à des données volontairement délivrées est un phénomène universel au sein des entreprises transnationales comme au sein des entités globales publiques qui s'y livrent également, parfois en l'absence de tout texte[505]. La pratique de plus en plus généralisée de la publication de rapports sur les sites internet des entités globales, ce y compris en l'absence de

[501] Voir les propos, *supra* §111, concernant la transparence du Conseil de sécurité.
[502] Voir par exemple l'Agenda olympique 2020, adopté en 2014 en Session du CIO, qui constitue un recueil de recommandations internes (CIO, Agenda olympique 2020, adopté par l'Assemblée générale du CIO lors de sa 127ème Session à Monaco, 9 décembre 2014, spécifiquement la Recommandation 27 « Respecter les principes de base de la bonne gouvernance » et la Recommandation 29 « Accroître la transparence »).
[503] Voir par exemple AMF, *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*, version en vigueur du 30/07/2017 au 02/01/2018, articles 212-1 et suivants.
[504] Voir LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.* note 471, pp. 385-386. Pour ne prendre qu'un exemple, la page internet archivant les rapports de l'entreprise Coca-Cola indique que la plupart du temps, la société publie entre un et deux rapports officiels de plus que l'*Annual Report on Form 10-K*, lequel est exigé par la *Securities and Exchange Commission*. Selon l'entreprise, « [t]o ensure the trust of our people, those with whom we do business and our other stakeholders, we publish a variety of reports annually regarding our performance in various aspects of our business, not just financial performance. These reports reflect, among other things, our performance and accomplishments in the areas of product safety, quality and integrity, marketing and innovation, community support, workplace rights and protecting the environment » (Site internet de THE COCA-COLA COMPANY, page « Company Reports Archive », accessible à l'adresse : https://www.coca-colacompany.com/our-company/company-reports-archive [dernière consultation le 16 août 2019]). L'entreprise va encore plus loin en publiant, chaque année depuis 2011, quatre rapports intermédiaires trimestriels, lesquels indiquent notamment les chiffres les plus actualisés – non encore validés par l'audit – et les initiatives en matière environnementale ou de transparence (Site internet de THE COCA-COLA COMPANY, page « Archive Of Quarterly Earnings Releases », accessible à l'adresse : https://www.coca-colacompany.com/investors/quarterly-earnings-releases [dernière consultation le 16 août 2019]).
[505] Voir par exemple : UNITED KINGDOM GOVERNMENT, Voluntary Report on the Implementation of International Humanitarian Law at Domestic Level, Foreign & Commonwealth Office, 2019, 47 p. Ce rapport est publié de manière parfaitement volontaire et en l'absence de tout texte le prévoyant.

norme imposant cette transparence, laisse ainsi à penser qu'il existe une forme de conscience collective que ces publications régulières sont nécessaires pour se conformer à un « standard » – au sens d'une norme minimale respectée par tous –. Le fait que les rapports soient annuels ou à tout le moins réguliers montre une répétition caractéristique d'une pratique habituelle, de telle sorte que la question de la source de la norme prévoyant ces publications ne se pose plus. Il est ainsi possible de qualifier cette source informelle de normes unilatérales et individuelles d'*usage* institutionnel.

123. ***Exemple de l'ouverture de consultations par la source informelle***. L'exemple du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), entité globale informelle qualifiable de réseau transnational, peut également être mentionné[506]. Les observateurs notent en effet que « [d]epuis sa création, le Comité a publié de nombreux textes dans le but d'harmoniser et renforcer les contraintes prudentielles applicables aux banques et aux entreprises d'investissement »[507] ; le plus intéressant étant l'ouverture totalement informelle de consultations à ce propos :

> « [a]u moment des négociations sur l'accord de Bâle II, le Comité de Bâle a publié en 1999 un document consultatif ouvrant une période de près de dix mois pour recevoir des commentaires. Le Comité y souligne qu'il « explorera […] de nouvelles voies pour permettre au dispositif de mieux refléter les risques et sollicite des commentaires sur la meilleure façon de procéder [et] invite toutes les parties intéressées à faire part de leurs observations ». Suite à cette invitation, le Comité a reçu plus de 200 commentaires, notamment d'institutions bancaires et d'associations professionnelles. Deux autres documents consultatifs ont été publiés par la suite en 2001 et 2003, lesquels ont suscité près de 400 commentaires provenant d'un public plus varié (des gouvernements, des organisations internationales et des universitaires ayant pris part à ce processus). Le Comité a rendu public l'ensemble des commentaires reçus en les publiant sur son site internet. Qui plus est, le Comité a été réceptif aux préoccupations qui ont été soulevées lors de ces consultations, le texte ayant été de nombreuses fois « profondément remanié pour tenir compte des principales observations ». Le produit final de la négociation précise en effet que le Comité a « bénéficié grandement des contacts fréquents qu'il a eus avec la profession et espère un approfondissement du dialogue », et qu'il compte, à l'avenir, « tenir la profession informée de son programme de travail futur ». Le Comité

[506] Il n'est pas aisé de donner une définition satisfaisante du CBCB, du fait de sa nature informelle. Celle d'Anaïs Lagelle demeure la plus claire : « [c]e comité est ainsi dénommé parce qu'il se réunit dans la ville Suisse de Bâle, siège de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) qui en assure le secrétariat. Ce Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a été institué en 1974 par les gouverneurs des banques centrales des 10 grands pays industrialisés consécutivement à la faillite de la banque Herstatt. Il se compose aujourd'hui des représentants des banques centrales ou des autorités de supervision du secteur bancaire de 28 États » (LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internatio*nale, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2014, p. 241, note infrapaginale 681). Voir également le résumé complet de la structure et du rôle du CBCB, sous l'angle du *GAL*, par FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 199-202.

[507] LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internatio*nale, *ibid*., p. 241.

> s'est tenu à cet engagement en sollicitant systématiquement des commentaires du public pour chacun de ses travaux »[508].

La source de la norme prévoyant cette consultation est si informelle que Sabino Cassese estime, sous l'angle du *GAL*, que dans ce cas, contrairement aux dix autres exemples qu'il développe, la participation intervient *de facto* et non *de jure*[509]. L'analyse du processus conduit effectivement à admettre que c'est de l'usage qu'est née la procédure consultative – même si elle a été inspirée par des facteurs extérieurs[510].

2. L'usage, source de normes procédurales concernant le contrôle de l'activité des entités globales

124. ***Qualification des normes établissant un contrôle des entités globales.*** Les normes relatives au contrôle de l'activité des entités globales sont parfois envisagées sous l'angle de la transparence, ce qui illustre le caractère tentaculaire de cette norme formée par des sources multiples. Citant les auteurs du *GAL*[511], Édouard Fromageau rapporte ainsi que « la transparence [...] se manifeste sous différentes formes : publication de documents, adoption de mesures permettant la participation de membres observateurs, ou encore attribution de pouvoirs d'enquête à des organes d'audit interne »[512]. Il semble néanmoins que seule la publication de documents relève réellement de la transparence, entendue comme la mise à disposition du public d'informations sur la prise de décision et le fonctionnement d'une organisation. En effet, les organes d'audit interne ou d'enquête interne, qu'il s'agisse d'organisations internationales ou d'entreprises privées – lesquelles ne sont pas concernées par le projet normatif du *GAL* –, ne publient souvent aucune information qui permettrait au public de mieux connaître le

---

[508] MARTINEAU Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 136-137.

[509] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit.* note 404, p. 208. Régis Bismuth utilise la même expression (BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 487).

[510] Régis Bismuth souligne l'importance des processus administratifs nationaux, mais note qu'il « peut sembler aventureux d'expliquer l'évolution de la procédure l'élaboration des standards du Comité de Bale par les seules contraintes administratives nationales » (BISMUTH Régis, « Les pratiques procédurales internationales comme produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de l'élaboration des standards financiers internationaux », *op. cit.* note 499, p. 207). La doctrine montre que si une « filiation avec le système américain [de *notice and comment*] ressort clairement » (FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 506, p. 206), le processus est différent. Sa compatibilité avec ce système est bien voulue mais il ne s'agit pas pour autant d'une imposition depuis l'extérieur de l'entité globale.

[511] DONALDSON Megan, KINGSBURY Benedict, « Power and the Public : The Nature and Effects of Formal Transparency Policies in Global Governance Institutions », *in* BIANCHI Andrea, PETERS Anne (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, CUP, 2013, p. 504.

[512] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 506, p. 66.

fonctionnement de l'institution concernée[513]. Il n'y a dès lors pas de raison logique de classer les mécanismes d'audit interne parmi les manifestations de la transparence. Au contraire, si la publication des rapports d'audit constitue effectivement une manifestation de la transparence, il s'agit là d'une norme bien distincte de celle instituant le contrôle interne. Or, au-delà de la transparence, les sources des normes créant ces divers contrôles internes sont particulièrement topiques du développement de l'usage en tant que mode de formation du droit administratif global.

125. ***Émergence de l'audit par la source unilatérale interne.*** Le contrôle se matérialise essentiellement par trois mécanismes universels – il n'a en effet pas été possible, au cours de la recherche, d'identifier ne serait-ce qu'une entité qui ne serait pas auditée, si ce n'est les réseaux transnationaux par nature informels. Ces mécanismes sont communément désignés par les expressions « évaluation », « audit interne » et « audit externe »[514]. Des différences de terminologies relatives à la distinction entre audit, évaluation et contrôle sont néanmoins génératrices de confusion au sein des entreprises transnationales[515] et au-delà[516]. Chaque activité a pour objet une recherche d'efficacité de l'entité : « qu'elles soient publiques ou privées, nationales ou internationales, les organisations qui recourent à l'activité d'audit la considèrent comme une méthode destinée à optimiser leurs activités »[517]. Elles constituent par ailleurs une garantie de fiabilité et de sécurité – notamment juridique – aux yeux des investisseurs et de la direction. C'est notamment lorsque l'organe ou l'office chargé de l'audit dispose d'une fonction de contrôle de la bonne application des règles internes à l'entité globale et de sa bonne gestion (financière, humaine, *etc.*) qu'il relève, dans l'absolu, du droit administratif global. Ainsi certaines entreprises prévoient-elles que l'audit assure directement

[513] De nombreuses exceptions peuvent cependant être recensées, à commencer par les publications du Corps commun d'inspection du système des Nations Unies. Sur cette question, voir CAZALA Julien, « Chapitre 30. Appréciation de l'efficacité de l'organisation internationale », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, *op. cit.* note 426, p. 981.
[514] Sur les trois mécanismes, auxquels s'ajoutent parfois des fonctions d'enquête et d'inspection, voir *ibid.*, pp. 970-973. Sur l'audit en particulier, voir NDIOR Valère, « Le recours aux mécanismes d'audit au sein des institutions internationales. Compte-rendu du colloque de Toulouse (2017) », *AFDI*, vol. 63, 2017, pp. 282-294.
[515] Ainsi, l'on peut parfois lire que « l'audit interne procède à une évaluation indépendante des systèmes de contrôle interne » (LAFARGE, *Code de conduite des affaires*, 2004, p. 10 ; pour une formulation similaire, voir LVMH, *Code de conduite*, 2014, p. 15).
[516] Comme le relève Valère Ndior, « [i]l apparaît parfois difficile d'opérer une véritable distinction entre l'évaluation, l'audit, l'inspection, la conformité, le contrôle et le suivi, alors même que ces activités sont présentées par les institutions comme étant distinctes. Cet enchevêtrement d'organes, de fonctions et de dénominations est parfois critiqué par les rapports d'évaluation eux-mêmes – par exemple au FMI –, relevant qu'il constitue une source de confusion pour l'ensemble des parties prenantes » (NDIOR Valère, « Le recours aux mécanismes d'audit au sein des institutions internationales. Compte-rendu du colloque de Toulouse (2017) », *op. cit*. note 514, p. 293).
[517] *Ibid.*, p. 282.

le contrôle de la bonne application du code : « les services d'audit doivent prêter attention aux violations du Programme de Vigilance ainsi qu'aux risques de dérive susceptibles d'être facilités par les procédures inadéquates d'une société auditée »[518]. Pourtant, la définition de l'audit interne donnée par l'Institute of Internal Auditors (IIA) ne prévoit rien de tel :

> « [l]'audit interne est une activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations, lui apporte ses conseils pour les améliorer, et contribue à créer de la valeur ajoutée. Il aide cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle, et de gouvernance, et en faisant des propositions pour renforcer leur efficacité »[519].

Cette définition est la référence mondiale en la matière, comme le démontre sa mention expresse par de très nombreuses entités, aussi diverses que la Banque asiatique de développement (BAsD)[520], l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)[521] ou encore l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)[522]. Le droit de l'audit interne se trouve donc structuré autour de l'IIA, une association professionnelle de standardisation privée qui peut elle aussi être considérée comme une entité globale – de droit américain, l'IIA centralise un véritable réseau transnational d'associations nationales[523] ou régionales[524] – sa propre soumission au droit administratif global soulève d'ailleurs quelques questions, au regard de l'absence de transparence du processus d'élaboration des standards[525]. Le fait que l'IIA ne prévoie pas le contrôle de la légalité interne montre que l'émergence de cette fonction, au sein de certains organes internes d'audit, n'est pas liée à cette organisation, mais bien à la volonté propre des entités globales.

---

[518] VIVENDI, *Programme de vigilance*, 2012, p. 13.

[519] IIA, *Définition de l'audit interne*, revue en janvier 2009. Cette définition, intégrée dans les *Standards & Guidance* dégagés par l'IIA, fait l'objet d'une traduction officielle en ligne dans la plupart des langues. La version française diffère légèrement de la version anglaise de référence en ajoutant la mention de l'efficacité : « [i]nternal auditing is an independent, objective assurance and consulting activity designed to add value and improve an organization's operations. It helps an organization accomplish its objectives by bringing a systematic, disciplined approach to evaluate and improve the effectiveness of risk management, control, and governance processes » (Site de l'IIA, https://na.theiia.org/standards-guidance/mandatory-guidance/Pages/Definition-of-Internal-Auditing.aspx [page consultée en dernier lieu le 15 août 2019]).

[520] BAsD, *Operations Manual Bank Policies*, 15 décembre 2003, OM Section L2/BP, p. 1.

[521] OIM, *Charter of the Office of the Inspector General*, 1er décembre 2015, IN/74 Rev.1.

[522] OMPI, *Revised Internal Oversight Charter as adopted by the WIPO General Assembly*, annexé au Summary Report, Fifty-Sixth Series of Meetings, Geneva, October 3 to 11, 2016, 11 octobre 2016, A/56/16.

[523] Par exemple, l'Institut français de l'audit et du contrôle internes, The Institute of Internal Auditors Belgium ou encore l'IIA Switzerland.

[524] Le *Chartered Institute of Internal Auditors* est commun au Royaume-Uni et à l'Irlande.

[525] Les informations disponibles en ligne ne permettent pas de saisir clairement le fonctionnement de l'institution, tout comme le rapport annuel de l'association, qui présente néanmoins un bilan financier clair. L'une des seules informations disponibles réside dans l'existence d'un Comité d'audit interne à l'IIA. Nos sollicitations d'informations à ce propos, par courriel, n'ont pas reçu de réponses.

126. ***Source informelle au sein des organisations internationales.*** Si la pratique de l'audit dans le secteur privé résulte souvent de l'application de la législation nationale ou d'un code sectoriel que l'entreprise a volontairement choisi d'appliquer tout en personnalisant occasionnellement le mandat des auditeurs pour y inclure une procédure de contrôle supplémentaire, il n'existe aucune d'obligation de ce type à la charge des organisations internationales en droit international. Or, « [l]e recours à l'audit tend à devenir le principe, et son absence, l'exception, à l'égard des activités d'une autorité publique, qu'elle soit nationale ou internationale »[526]. L'audit, au sein des organisations internationales, qu'il soit institutionnalisé par le biais d'un système formalisé ou non[527], résulte dans la plupart des cas de la pratique, ce qui conforte l'idée de l'existence de l'usage en tant que source informelle unilatérale interne de droit administratif global.

B. La formation informelle de normes contentieuses

127. ***Participation au contentieux et procédure contentieuse.*** À l'inverse de la procédure non contentieuse, la procédure contentieuse désigne la procédure applicable au contentieux, c'est-à-dire à « [c]e qui oppose ou fait l'objet d'une contestation »[528]. Cette définition large est différente du contentieux entendu comme l'ensemble « des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux, soit globalement, soit dans un secteur déterminé »[529] : les litiges résolus par certaines entités globales, par exemple en matière de déontologie, ne sont en effet pas susceptibles d'être soumis à un « tribunal » au sens strict du terme – c'est même d'ailleurs pour cette raison qu'un mécanisme contentieux est parfois développé. Le droit administratif global, en matière contentieuse, est dès lors constitué, d'une part, des normes procédurales concernant le règlement des litiges de nature globale – incluant, par exemple et par nature, la jurisprudence interétatique – et, d'autre part, des normes procédurales concernant le règlement des litiges *au sein des entités globales*, dans la mesure où ces derniers sont relatifs à une décision globale[530].

---

[526] NDIOR Valère, « Le recours aux mécanismes d'audit au sein des institutions internationales. Compte-rendu du colloque de Toulouse (2017) », *op. cit*. note 514, p. 294.

[527] Par exemple, l'Organisation Internationale de la Vigne et du Vin ne dispose pas d'une division ou d'un bureau de l'audit. À l'inverse, certaines organisations ont chargé leur secrétariat général de cette fonction avant d'instaurer une cellule d'audit interne ; voir par exemple COMMUNAUTÉ DU PACIFIQUE, *Proceedings of the South Seas Commission Conference*, Camberra, 28th January – 6th February, 1947, p. 36.

[528] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 347, p. 248, entrée « contentieux ».

[529] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, 2011, p. 252, entrée « contentieux ».

[530] Cette précision conduit à écarter du champ de l'étude une grande partie de l'activité des tribunaux administratifs internationaux, à l'instar du Tribunal contentieux des Nations Unies (TCNU). En effet, les litiges que ces tribunaux ont généralement à connaître concernent uniquement la contestation, par des agents internes à l'organisation, d'une décision les concernant directement. Ainsi, la décision à l'origine du différend agent international / organisation

L'analyse de la mesure dans laquelle les sources informelles, unilatérales et internes sont mobilisées par les entités globales, ou, dans ces cas spécifiques, par ceux que la doctrine du *GAL* qualifie de « juges globaux »[531], peut être menée en distinguant – par opportunité didactique – la création des normes relatives à l'accès à l'organe contentieux (1) de celles concernant la procédure contentieuse *stricto sensu* (2).

1. L'usage, sources de normes quant à la participation au contentieux

128. ***Source des normes ouvrant le recours aux personnes extérieures à l'entité globale.*** La « personne extérieure » à une entité globale peut se définir comme toute personne ne participant ni au processus décisionnel dans le cadre de l'accomplissement de la mission de l'entité, ni à sa réalisation technique par l'intermédiaire d'un lien contractuel direct (contrat de travail) ou indirect (contrat de travail au sein d'une entreprise sous-traitante d'une entité globale, par exemple). Lorsqu'elle est concernée par une décision d'une entité globale au sens large, deux solutions s'offrent logiquement : soit un *forum* voire des *fora* lui permettent de débattre du bien-fondé – sur le plan juridique ou non – de cette décision, soit il n'en existe aucun. L'existence de tels *fora* permet à l'évidence d'améliorer la confiance que peut éprouver la société civile envers les entités globales et participe à rendre plus acceptables les décisions qu'elles peuvent prendre. Lorsque ces recours sont créés en même temps que l'organe de droit administratif global chargé de les examiner, ils relèvent de la formalisation des sources envisagée en section précédente. C'est en revanche lorsqu'ils interviennent *postérieurement* à l'établissement d'un

internationale – par exemple une décision de licenciement – ne saurait être « globale » : bien que contribuant par nature à résoudre une question se posant au-delà de l'État, elle ne présente pas d'effets au-delà de l'ordre juridique partiel de l'organisation. Voir, sur ce point, *supra*, introduction générale, §47.

[531] L'expression est utilisée par la doctrine du *GAL* pour qualifier, notamment, l'Organe de règlement des différends de l'OMC (voir CASSESE Sabino, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8, p. 18, note 35, ou encore ALBANESI Antonella, « The WTO « Science-Fest »: Japanese Measures Affecting the Importation of Apples », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, p. 182). Elle est aussi utilisée concernant la Cour internationale de Justice (D'ALTERIO Elisa, « Medellín v. Texas : A « Parochial » Approach? », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. VI. Conflicting Jurisdictions, p. 75). La qualification de « global judicial body » est utilisée s'agissant de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CRAIG Paul, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 43), du Tribunal international du droit de la mer (AGUS Diego, CONTICELLI Martina, « The International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS): The Juno Trader Case », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, ouvrage précité dans cette note, p. 126) ou encore du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après : le « CIRDI » ; CAROLI CASAVOLA Hilde, « The International Centre for Settlement of Investment Disputes: The Tokios Tokelès Case », *ibid*., p. 152).

organe et à l'initiative de l'organe contentieux lui-même – et non de l'entité globale qui le crée – qu'ils intéressent ce développement, en ce qu'ils traduisent l'émergence d'un nouveau besoin ou une prise de conscience de l'organe qui établit le recours. Ce type de recours peut se développer au sein de certaines institutions internationales de manière conventionnelle, postérieurement à l'établissement de l'organe – tel est par exemple le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, « juge global »[532] dont la saisine par des personnes privées n'est totalement possible que depuis récemment au regard de la date de sa création[533]. Le plus souvent, ces cas relèvent donc du droit administratif global créé par une source plurilatérale[534]. Cependant, le cas de l'ouverture postérieure de recours juridictionnels à des personnes extérieures aux entités globales, par la jurisprudence, constitue une utilisation originale de la source unilatérale de droit administratif global. La jurisprudence de certains organes de droit administratif global est en effet parfois venue élargir l'établissement conventionnel de recours ouverts aux personnes extérieures (souvent des personnes privées), en acceptant par exemple d'examiner les recours d'ONG représentant des requérants. Tel est par exemple le cas du Panel d'inspection de la Banque Mondiale[535] depuis 1999, à l'occasion d'une affaire politiquement sensible et pour laquelle les requérants avaient requis la confidentialité[536]. L'on retrouve également ce type de novation jurisprudentielle en droit interne[537] et en droit de la fonction

[532] Sur l'utilisation de ce terme, voir *infra*, note 570.

[533] Si le Protocole n°9, entré en vigueur le 1er octobre 1994, prévoyait un droit de saisine individuel de la Commission, c'est le Protocole n°11, entré en vigueur le 1er novembre 1998, qui rend la Cour « compétente d*e plano* pour statuer sur toute requête individuelle dirigée contre tout État partie » (COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1er novembre 1998 », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 734). Voir sur cette question DRZEMCZEWSKI Andrew, « Protocole n°11 à la CEDH : préparation à l'entrée en vigueur », *EJIL*, vol. 8-1, 1997, pp. 59-76. Sur les difficultés survenues du fait de l'adoption du Protocole n°11, voir notamment SICILIANOS Alexandre, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la CEDH », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 611-640.

[534] Voir *infra*, cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1.

[535] Voir *supra*, §105.

[536] Requête PIBM, 18 août 1999, *Chine – Western Poverty Reduction Project*, Eligiblity Report. Voir NDIOR Valère, *La participation d'entités privées aux activités des institutions économiques internationales. Contribution à l'étude de l'*accountability *des organisations internationales*, *op. cit*. note 500, pp. 192-193 ; BEYERLIN Ulrich, « The Role of NGOs in International Environmental Litigation », *HJIL*, vol. 61, 2001, pp. 369-370, spéc. note 65 et ROOS Stefanie Ricarda, « The World Bank Inspection Panel in its Seventh Year: An Analysis of its Process, Mandate, and Desirability with special reference to the China (Tibet) case », *MPYUNL*, vol. 5, 2001, spéc. pp. 489-494.

[537] Par exemple, en France : CE, 9 juin 1999, *Mme Forabosco*, n°190384. Dans cette affaire, et alors que le juge administratif refuse traditionnellement de juger de la légalité et des conséquences des actes des autorités étrangères ou des organisations internationales (CE, 22 juillet 1994, *Chambre syndicale du transport aérien*, n°145606), celui-ci a décidé qu'en cas d'inscription illégale sur le système Système d'Information Schengen (SIS ; voir la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Schengen, 19 juin 1990) effectuée par une autorité étrangère et dans la mesure où aucun autre juge n'a déjà statué sur ce point, le juge français a la compétence de l'écarter pour assurer aux requérants l'exercice de leurs droits. Suivant le raisonnement quelque peu extensif de son commissaire du gouvernement, le juge administratif semble déduire des dispositions conventionnelles (notamment les articles 111 et 116 de la Convention) une « habilitation explicite permettant au juge administratif français de censurer toute

publique internationale, même si les décisions contestées sont, dans ce dernier cas, administratives et internes à l'entité et ne relèvent donc pas du droit administratif global[538]. Dans ce cas, la norme est formalisée par une décision jurisprudentielle d'acceptation du recours, mais sa *source* ne l'est pas. La théorie des sources du droit des organisations internationales balbutiante n'incluant pas l'hypothèse de la jurisprudence comme source unilatérale de droit de la procédure contentieuse[539] – ce qui n'empêche nullement, au demeurant, de classer les décisions contentieuses ou juridictionnelles parmi les actes unilatéraux des organisations internationales[540] – il est possible, là encore, de conclure que l'usage, ici jurisprudentiel, constitue le mode de formation de ces normes.

129. ***Exemple de l'acceptation des*** **amici curiae.** Le recours à l'*amicus curiae* est un autre exemple particulièrement intéressant. C'est en effet le mouvement de renforcement de la bonne gouvernance « qui a amené certaines juridictions internationales ou tribunaux arbitraux à permettre l'intervention d'*amicus curiae*, tout en tâchant de la rationnaliser »[541]. Alors que cette possibilité est généralement prévue statutairement, et peut ainsi permettre « une forme de participation au procès de l'État de nationalité des victimes, ce qui fait penser à un substitut au

décision administrative d'inscription au Système d'Information Schengen » (GAUTIER Yves, « Ordre public », *Répertoire de droit européen*, Août 2004 (actualisation : Avril 2018), §58). Il est possible d'y voir avec une partie de la doctrine une interprétation téléologique de la convention (GAUTIER Marie, « Acte administratif transnational et droit de l'Union européenne », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 495, pp. 1314-1315) ; *contra*, voir KINGSBURY Benedict, « The concept of 'law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20-1, 2009, p. 43. Sous l'angle du *GAL*, voir en outre l'analyse de cette affaire par BENEDETTI Mariangela, « The *Conseil d'État* and Schengen », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 531, vol. VI. Conflicting Jurisdictions, pp. 90-95). Il n'en demeure pas moins que le juge interne ouvre une voie de recours à des victimes présumées d'erreurs commises par des autorités étrangères dans le cadre du SIS.

[538] Voir sur ce point *supra*, note 530. Anne-Marie Thévenot-Werner relève néanmoins que le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe reconnaît « aux fins de la garantie de la prééminence du droit – caractéristique de l'état de droit –, le droit d'accès au juge à toute personne qui fait l'objet d'un acte administratif d'une organisation internationale » (THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, *Le droit des agents internationaux à un recours effectif. Vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2016, p. 403). En l'espèce, l'affaire concernait l'accès au Tribunal d'un candidat évincé à un concours ouvrant droit à un recrutement au sein de l'organisation internationale (TACE, *Zimmermann c/ Secrétaire général*, recours n° 226/1996, 24 avril 1997).

[539] Ainsi Mathias Forteau ne mentionne-t-il pas cette source autonome dans son analyse des sources renouvelées du droit interne des organisations internationales (pp. 257-285). L'auteur mentionne cependant le rôle de la jurisprudence pour l'interprétation des actes unilatéraux des organisations d'intégration, « compte tenu du caractère sophistiqué des voies de recours juridictionnelles ouvertes au sein de ces organisations » (p. 265, §524).

[540] Voir en ce sens DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 80, §4.

[541] BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, *op. cit.* note 509, p. 476.

mécanisme de constitution de partie civile »[542], plusieurs exemples montrent que certains organes ont pu décider unilatéralement d'accueillir favorablement les demandes d'intervention au titre d'*amicus curiae* sans fondement juridique formel :

> « [s]uivant la pratique favorable de l'*amicus curiae* au sein de plusieurs juridictions internationales, l'arbitrage transnational s'est récemment ouvert à la possibilité que des « amis de la cour » – dans la pratique essentiellement des organisations non gouvernementales – fassent valoir en cours de procédure leur point de vue sur des questions d'intérêt général. Paradoxalement, dans ce type de situations, la défense de l'intérêt général, irréductible à l'intérêt de la personne publique qu'est l'État partie, se traduit par l'intervention de personnes privées »[543].

En effet, la procédure d'*amicus curiae*, inexistante du système CIRDI[544] est le fruit d'une interprétation extensive de l'article 44 de la Convention de Washington[545], consacrée dans l'affaire *Suez-Vivendi*[546]. Dans le paragraphe 14 de sa décision, le Tribunal opère un raisonnement par analogie entre l'article 44 de la Convention CIRDI et l'article 15(1) des Règles de la CNUDCI, qui avait été interprété par le Tribunal CNUDCI de l'affaire *Methanex c. USA* comme permettant d'accepter des mémoires d'*amici curiae*[547]. Une telle interprétation extensive de dispositions conventionnelles avait déjà été menée par l'Organe d'appel de

---

[542] ASCENSIO Hervé, MAISON Rafaëlle, « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1998) », *AFDI*, vol. 44, 1998, p. 384. Il s'agissait alors de la décision du TPIR d'accepter l'intervention des autorités belges à titre d'*amicus curiae* dans l'affaire Bagosora (TPIR, *Le Procureur c. Théoneste Bagosora*, affaire n° ICTR-96-7-T, Décision de la Chambre II sur l'application de l'*amicus curiae* par le Gouvernement du Royaume de Belgique, 6 juin 1998). Bien que le représentant de la Belgique, Éric David, s'était appuyé sur les règles 56 et 115 du Règlement de procédure, relatifs respectivement à la coopération des États et aux preuves additionnelles, la Chambre avait finalement rappelé l'article 74 du Règlement de procédure et de preuve selon lequel « [u]ne Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout État, toute organisation ou toute personne à comparaître devant elle et lui présenter toute question spécifiée par la Chambre » (TPIR, Règlement de procédure et de preuve, adopté le 29 juin 1995, version modifiée au 13 mai 2015. L'article 74 existait dans la même formulation en 1998). Hervé Ascensio et Rafaëlle Maison jugent cette initiative du TPIR « particulièrement novatrice », notamment du fait que celui-ci n'avait jamais accepté d'*amicus curiae* jusqu'alors. Sur cette question, voir également ADJOVI Roland, FOMÉTÉ Jean-Pelé, « Les relations entre le Tribunal pénal international pour le Rwanda et les États. L'obligation de coopération dans l'exécution du mandat du Tribunal », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 180-196. Sur l'*amicus curiae* en général, voir ASCENSIO Hervé, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, n°2001-4, pp. 897 et ss.

[543] LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI*, vol. 55, 2009, p. 718.

[544] Le CIRDI, organe formant le Groupe de la Banque mondiale, est un centre d'arbitrage proposant le règlement des litiges opposant les États à des personnes privées, des investisseurs s'estimant lésés par le traitement leur ayant été réservé par l'État d'accueil de l'investissement. Dans la quasi-totalité des cas (hors demandes reconventionnelles), le demandeur est en effet l'investisseur, ce qui s'explique essentiellement par le fait que l'arbitrage d'investissement est le seul cas dans lequel une personne privée peut accéder à un règlement international d'un litige le concernant sans épuiser préalablement (sauf exceptions) les voies de recours internes. L'État, en revanche, fait plus volontiers appel à ses tribunaux internes en cas de contentieux, à un son initiative, à l'encontre d'un investisseur sur son territoire.

[545] LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, n° 2011-2, pp. 478-479.

[546] CIRDI, *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, affaire n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à la demande de transparence et la participation en tant qu'*amicus curiae,* 19 mai 2005, §§11 et ss.

[547] CNUDCI/ALENA, *Methanex Corporation c. United States of America*, Décision du Tribunal sur les requêtes de tiers à intervenir en tant qu'*amici curiae*, 15 janvier 2001.

l'OMC[548] appelé à se prononcer sur l'acceptation de deux interventions non sollicitées provenant de trois ONG[549], et confirmée par la suite[550]. La circulation de la jurisprudence qui a conduit le Tribunal CIRDI, dans l'affaire *Suez-Vivendi*, à citer l'affaire *Methanex*, laquelle se référait déjà à celle des *Droits compensateurs* de l'Organe d'appel de l'OMC, renvoyant elle-même à l'affaire *Crevettes*, peut certainement surprendre. La doctrine avait d'ailleurs pu qualifier l'acceptation des interventions dans l'affaire des *Crevettes* d'appel aux principes généraux de droit[551] ; il semble toutefois que la qualification de principe général de droit doive être employée avec plus de prudence, dans la mesure où la norme admettant l'*amicus curiae* découlait, dans le cas précis cité par l'auteur, d'une interprétation novatrice du Mémorandum[552] sans qu'aucune référence à d'autres systèmes normatifs ne soit présente. Dès lors, il s'agit plutôt d'une œuvre prétorienne caractéristique de la *pratique* observée. Cependant, le fait que la jurisprudence d'un organe extérieur intervienne dans la formation jurisprudentielle d'une norme de droit administratif global au sein d'autres organes n'est pas anodin. C'est sa répétition,

[548] L'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce, institué en 1995 conformément au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, est un organe permanent de l'organisation relevant de l'Organe de règlement des différends. Dans le système de l'OMC, des demandeurs étatiques se plaignant de la violation des règles du commerce international par un État tiers peuvent solliciter l'ouverture de consultations, puis, en cas d'échec, la constitution d'un « groupe spécial » établissant un rapport sur les violations alléguées. L'Organe d'appel examine les appels interjetés à l'encontre des rapports des groupes spéciaux et se prononce lui-même à l'occasion d'un rapport transmis à l'Organe de règlement des différends. Lorsque ce dernier adopte ledit rapport – ce qui est systématiquement le cas – ce dernier revêt un caractère obligatoire pour les parties au différend.

[549] OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§99-110. L'interprétation faite des articles 12 et 13 du Mémorandum d'accord (voir la note précédente sur le Mémorandum) peut être qualifiée de particulièrement extensive, puisqu'elle conduit à déduire, de la double possibilité du Groupe spécial de demander des renseignements et ne pas en demander combinée à la flexibilité suggérée par l'article 12, une possibilité pour des tiers de transmettre d'office des renseignements – que le Groupe aura loisir d'accepter ou non : « nous affirmons, que le Groupe spécial a commis une erreur dans son interprétation juridique selon laquelle accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales est incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord. Dans le même temps, nous considérons que le Groupe spécial a agi dans les limites du pouvoir que lui confèrent les articles 12 et 13 du Mémorandum d'accord en permettant à une partie au différend d'annexer les interventions d'organisations non gouvernementales, en tout ou partie, à sa propre communication » (§110).

[550] OMC, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, Rapport de l'Organe d'appel, 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, §§41-42. Il convient de préciser que Julio Lacarte Muró siégeait dans les deux affaires comme membre de l'Organe d'appel. La jurisprudence *Crevettes* avait d'ailleurs été confirmée, moins nettement, dans un rapport intervenu peu avant – M. Lacarte Muró ne siégeant cette fois pas dans le Groupe spécial : OMC, *Australie – Mesures visant les importations de saumons* – recours du Canada à l'article 21:5, Rapport du Groupe spécial, 18 février 2000, WT/DS18/RW, §7.9. En l'espèce, il s'agissait d'une lettre d'un groupe de pêcheurs et de transformateurs de poisson d'Australie du Sud dont le Groupe spécial avait jugé les informations contenues pertinentes.

[551] DOMINICÉ Christian, « La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 370, 2014, p. 332. Le paragraphe 107 du rapport, auquel renvoie l'auteur en note, ne mentionne néanmoins aucun principe général de droit.

[552] Le « Mémorandum d'accord » est l'instrument fondant la procédure contentieuse devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC ; voir *supra*, note 548.

par l'emprunt et la référence, qui consolide la norme et invite naturellement à s'interroger sur la formation informelle des normes par circulation.

2. L'usage, sources de normes quant à la procédure contentieuse

130. ***Normes relatives à la motivation des décisions contentieuses.*** En droit interne français, la motivation des décisions a pu être considérée comme « rien d'autre qu'un des aspects du droit à la loi »[553], ne devant son existence qu'à la nécessité de pouvoir vérifier que le juge a bien appliqué la loi. Selon les internationalistes, cette norme a aujourd'hui pour fonction « de convaincre les parties du bien-fondé de la décision prise et en particulier de la faire accepter par la partie qui a perdu son procès »[554]. Frédéric Sudre met de son côté l'accent sur « la fonction de légitimation que remplit […] à titre principal la motivation de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme »[555]. Selon une partie de la doctrine, la motivation peut ainsi, et également, être analysée comme une composante de la transparence[556].

131. ***Source informelle de la motivation.*** La plupart du temps et là encore, les normes instituant une obligation de motivation des décisions – qu'elles soient contentieuses ou non, d'ailleurs – sont prévues par le règlement instituant l'organe. Tel est le cas du Comité des sanctions des Nations Unies : si le Conseil de sécurité a prévu en 2012 une obligation de motiver les décisions[557] à la charge du Comité, ses modalités posent néanmoins de nombreuses difficultés exposées par la Médiatrice jusqu'en 2015[558]. La pratique et la jurisprudence font

[553] ZENATI-CASTAING Frédéric, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1553. Voir également les développements de l'auteur sur l'histoire de la motivation des décisions en droit romain et au Moyen-Âge.
[554] GUILLAUME Gilbert, « Commentaire », *in* RUIZ-FABRI Hélène, SOREL Jean-Marc (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, p. 91.
[555] SUDRE Frédéric, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *ibid*., p. 172. Dans le même sens, voir GILLIAUX Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 674.
[556] Dans le cas des tribunaux administratifs internationaux, voir THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, *Le droit des agents internationaux à un recours effectif. Vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, *op. cit.* note 538, pp. 922 et ss., spéc. §909. Pour une analyse des liens entre transparence et motivation, voir CIMAMONTI Sylvie, « La justice pénale au prisme de la transparence », *in* CUSTOS Dominique (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance. Actes du XIIe congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 191-194.
[557] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2083 (2012) du 17 décembre 2012, S/RES/2083 (2012). Voir spécialement les §§14 et 34.
[558] Lettre datée du 30 juillet 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2012/590, §§42-45 ; Lettre datée du 31 juillet 2013, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2013/452, §§37-38 ; Lettre datée du 31 janvier 2014, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2014/73, §§42-48 ; Lettre datée du 13 juillet 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2015/533, §30. Passé 2015, deux phénomènes conduisent les rapports à rester plus silencieux sur cette question : d'une part, la modification des règles de procédures de radiation (voir à cet égard ONU, Résolution

cependant, parfois, évoluer cette obligation en la rendant systématique – ainsi le cas de la motivation au sein des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, qui a été étendue par la jurisprudence aux décisions de procédure et à la plupart des décisions relatives aux exceptions préliminaires[559]. Enfin, la motivation, ou plus précisément ses moyens, sont parfois enrichis de techniques élaborées par les organes contentieux. L'appel au précédent juridictionnel, qui n'a pas pour autant pour effet de conférer systématiquement autorité de la force jugée à la décision antérieure visée, peut par exemple être vu comme une technique qui renforce la motivation des décisions[560] tout en affichant une image cohérente de la juridiction. La possibilité de mobiliser ces techniques de motivation n'est pas formellement prévue par une norme formalisée ; il s'agit d'une *pratique*, dont il a à ce stade été démontré par l'exemple qu'elle découlait d'un mode de formation informel qualifiable d'« usage ».

II. L'altération de la formation informelle du droit administratif global

132. ***Recul de l'usage du fait de la codification et de la formalisation.*** Les cas de mobilisation de l'usage qui viennent d'être mentionnés et étudiés apparaissent, quantitativement, moins nombreux que les modes de formation plus formalisés du droit administratif global, que sont la décision écrite, le code de conduite voire la note ou la circulaire, signés par une autorité considérée comme compétente dans l'ordre juridique de l'entité globale concernée. Cette tendance au recul actuel du nombre de normes formées de cette manière est en partie explicable par la codification dont ces normes ont bien souvent fait l'objet, laquelle confirme encore, si besoin était, l'existence de sources informelles de droit administratif global (**A**). Au-delà de la codification de la pratique institutionnelle, il apparaît également qu'une tendance à la systématisation de la formalisation, notamment au nom de la transparence, vient limiter le

2253 (2015) du 17 décembre 2015, Conseil de sécurité des Nations-Unies, S/RES/2253 (2015), annexe II, §16), d'autre part le remplacement de Kimberly Prost, qui semblait particulièrement attachée à cette question, par Catherine Marchi-Uhel puis Daniel Kipfer Fasciati depuis 2018 au poste de Médiateur.

[559] ASCENSIO Hervé, « La motivation des décisions des juridictions pénales internationales », *in* RUIZ-FABRI Hélène, SOREL Jean-Marc (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, *op. cit.* note 554, p. 208.

[560] Voir par exemple, à propos de la CIJ, VAURS-CHAUMETTE Anne-Laure, « « Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse » : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie », *AFDI*, vol. 54, 2008, p. 283. Sur la distinction entre autorité de la chose jugée et précédent, voir également *ibid.*, p. 282. L'étude des sources du droit international des investissements fait apparaître la même considération (voir DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, deuxième édition, Paris, Pedone, 2017, pp. 125-129) malgré une autorité du précédent particulièrement « diluée » par la fragmentation dont souffre ce contentieux transnational (LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *op. cit*. note 543, pp. 697-698). De manière générale en droit international, voir SFDI, *Le précédent en droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 2016, 494 p.

recours à ce mode de formation du droit, lequel semble, malgré son caractère particulièrement souple, voué à la disparition au profit de sources unilatérales formalisées (**B**).

A. La codification ultérieure de pratiques institutionnelles

133. ***Phénomène et conséquences du phénomène.*** Le fait que des normes de droit administratif global soient générées d'abord de manière informelle, par l'usage, avant d'être codifiées par un instrument formel soulève un certain nombre de difficultés théoriques, tout en confirmant définitivement l'existence de ces sources unilatérales informelles. Parmi ces difficultés, il convient ainsi de déterminer, pêle-mêle, le degré d'identité ou de parenté des sources formelle et informelle d'une même norme codifiée ou encore le statut de la norme issue de la source informelle une fois codifiée. Une fois identifiée la technique consistant à codifier, par une norme formée par une source unilatérale formalisée, une autre norme initialement formée par un usage au sein d'une entité globale (1), il convient donc d'en tirer les conséquences sur le plan des sources (2).

1. L'existence du phénomène de codification ultérieure du droit administratif global

134. ***Difficulté de mesurer précisément l'ampleur du phénomène.*** Il faut d'abord préciser que la codification de pratiques, c'est-à-dire de normes générées informellement et appliquées tacitement par les entités globales, n'est pas aisée à déceler. Celle-ci implique en effet une connaissance approfondie du fonctionnement des entités globales observées et un accès direct à l'intégralité des documents qu'elles publient afin, à partir desdits documents, de déterminer, parmi les normes de droit administratif global codifiées, lesquelles préexistaient sous la forme d'une pratique générée par un usage. Le recours à la doctrine s'avère donc indispensable pour identifier ces codifications.

135. ***Exemple de la codification de processus de consultation.*** De manière similaire au CBCB dont il a été question *supra*[561], certaines entités globales privées telles que l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) ou l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance (AICA) ont mis en place des processus de consultation préalables à l'adoption de certaines décisions globales[562]. Ces processus de consultation sont, comme dans

[561] Voir *supra*, §123.
[562] Voir, sur les deux cas, BISMUTH Régis, « Les pratiques procédurales internationales comme produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de

le cas de du CBCB, issus de la pratique, de sorte qu'ils ont pu être qualifiés de « démocratisation spontanée »[563]. Les procédures de recours à la consultation au sein de l'OICV et l'AICA ont cependant été codifiés *a posteriori* par une source formelle : par une révision des Statuts pour la première[564], et par un document adopté par le Comité exécutif pour la seconde[565]. Alors que Régis Bismuth indiquait à l'époque que la formalisation n'existait pas dans le cas du CBCB, cette dernière est intervenue entretemps. La charte du Comité de Bâle prévoit en effet, dorénavant, un article 17 particulièrement conséquent consacré à cette procédure :

> « [i]n principle, the BCBS seeks input from all relevant stakeholders on policy proposals. The consultation process will include issuing a public invitation to interested parties to provide comments in writing to the Secretariat on policy proposals issued by the Committee, within a specified timeframe. The consultation period shall normally last 90 calendar days, but could exceptionally be shorter or longer. The consultation period for technical amendments to standards shall normally last 45 calendar days, but could exceptionally be shorter or longer. As a general rule, responses to public invitations for comments shall be published on the BCBS website, unless confidential treatment is requested by respondents »[566].

136. ***Exemple de la codification de normes contentieuses.*** Le même phénomène de codification a pu être décelé s'agissant de normes de droit administratif global applicables aux procédures contentieuses. Par exemple, le recours informel à l'*amicus curiae* au sein du CIRDI[567] a fini par être codifié ultérieurement par le Règlement d'arbitrage du CIRDI[568], adopté

---

l'élaboration des standards financiers internationaux », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law* ?, *op. cit*. note 499, pp. 207-209 (pour l'OICV) et 209-211 (pour l'AICA).

[563] BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, *op. cit.* note 509, p. 487. Voir notamment pp. 487-504 l'analyse des processus consultatifs de ces trois entités.

[564] BISMUTH Régis, « Les pratiques procédurales internationales comme produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de l'élaboration des standards financiers internationaux », *op. cit.* note 562, p. 210. La formulation insérée dans l'article 2.3. des Statuts de l'AICA, qui n'avaient pas été modifiée en 2010, l'a été depuis ; la deuxième phrase se lit dorénavant « [i]n the development of the Association's supervisory and supporting material the Association will consult publicly and make its consultation procedures transparent » (AICA, *By-Laws*, 2015, article 3.2). La transformation de la formule « the Association will consult widely amongst its members and observers » en « will consult publicy » semble codifier mieux encore la pratique actuelle de l'entité, qui s'est, depuis la rédaction de l'article par l'auteur, ouverte au public de manière large. Les consultations au sein de l'AICA ont un succès grandissant, puisqu'après avoir ouvert respectivement deux, une et une consultations en 2012, 2013 et 2014, l'organisation en a ouvert sept en 2015 et 2016, six en 2017 et treize en 2018 (données issues de la page « Closed consultations » du site internet de l'AICI, accessible à l'adresse http://www.iaisweb.org/page/consultations/closed-consultations [dernière consultation le 16 août 2019]).

[565] OICV*, IOSCO Consultation Policy and Procedure*, Executive Committee of the IOSCO, avril 2005, 5 p. Voir également BISMUTH Régis, « Les pratiques procédurales internationales comme produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de l'élaboration des standards financiers internationaux », *op. cit.* note 562, p. 208.

[566] CBCB, *Basel Committee Charter*, updated 5 June 2018, article 17. Public consultation process of draft BCBS standards, guidelines and sound practices.

[567] Voir *supra*, §129.

[568] CIRDI, Règlement d'arbitrage du CIRDI (2006), entré en vigueur le 10 avril 2006, article 37 (2) : « [a]près consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend

après un vote écrit du Conseil d'administration du CIRDI. Ainsi en est-il également de la codification, par l'article 80 du Règlement de la Cour internationale de Justice au cours de sa modification en 2000[569], de la pratique développée par la Cour depuis 1997 en matière de droits procéduraux[570]. La pratique selon laquelle la seconde partie « a toujours le droit de présenter ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle du contre-mémoire de la partie adverse dans une pièce de procédure additionnelle dans le délai que la Cour est censée fixer »[571], formée par un usage de la Cour, a ainsi été formalisée par l'intermédiaire d'une autre source unilatérale interne.

2. Les conséquences de la codification ultérieure sur les sources du droit administratif global

137. ***Hiérarchie des sources unilatérales internes du droit administratif global.*** Les éléments qui précèdent montrent que la formalisation – des *normes* – par un instrument écrit et clair apparaît parfois souhaitable, pour des raisons qui n'apparaissent pas au cours du processus de formalisation, mais qui tiennent de toute évidence à la volonté de mettre à disposition du plus grand nombre un exposé clair et le plus précis possible des normes applicables. Toutefois, cette formalisation des normes n'implique pas une formalisation de la *source* initiale de la norme, dont le devenir est dans ce cas questionnable. Or, la recherche empirique est de peu de secours pour répondre à cette interrogation, dans la mesure où, une fois la codification achevée, la

(appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ». La même formulation est employée par l'article 41.3 du Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire.

[569] CIJ, Règlement de la Cour (1978), adopté le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1er juillet 1978, tel que modifié par l'amendement entré en vigueur le 14 avril 2005. Alors que la version antérieure à la révision entrée en vigueur le 1er février 2001 prévoyait que « [l]a demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire de la partie dont elle émane et figure parmi ses conclusions », le paragraphe 2 de l'article 80 se lit dorénavant comme suit : « [l]a demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire et figure parmi les conclusions contenues dans celui-ci. Le droit qu'a l'autre partie d'exprimer ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle dans une pièce de procédure additionnelle est préservé, indépendamment de toute décision prise par la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 du présent Règlement, quant au dépôt de nouvelles pièces de procédure ».

[570] En tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, la Cour internationale de Justice constitue un « juge global » pour la doctrine du *GAL* (voir D'ALTERIO Elisa, « Medellín v. Texas : A « Parochial » Approach? », *op. cit.* note 531, p. 75). Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la pertinence de l'expression « juge global », il faut noter qu'au regard des critères de définition du droit administratif global retenus, son activité entre dans le champ de l'étude – notamment en ce que la Cour ne tranche pas des litiges entre l'Organisation et des agents comme un Tribunal administratif international, mais entre des sujets de droit international, de sorte que ses décisions ont un retentissement indéniable au sein de l'ordre juridique international et des ordres internes. Sa compétence consultative permet de plus de la considérer comme un « organe de droit administratif global » de l'Organisation des Nations Unies, dont elle est habilitée à vérifier, sous réserve de sa compétence, la licéité de l'action au regard du droit international.

[571] TORRES BERNÁRDEZ Santiago, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *AFDI*, vol. 49, 2003, p. 244.

pratique cesse techniquement d'exister. La question de savoir si la norme issue de la pratique continue à exister alors même qu'elle est prévue par un instrument auquel il est plus volontiers fait référence n'a effectivement aucune raison de se poser. L'hypothèse dans laquelle elle pourrait être soulevée – laquelle n'a jamais trouvé écho dans les faits, à notre connaissance – réside dans un éventuel contentieux portant sur le respect, par une entité globale, d'une norme de droit administratif global dont la codification ne serait pas conforme à la pratique antérieure. Cependant, et contrairement au cas de la norme internationale de source coutumière qui coexiste de manière hiérarchiquement égale avec la norme de source conventionnelle identique le cas échéant[572], il est fort douteux qu'un organe contentieux quelconque, amené à se positionner sur l'hypothèse d'école soulevée, décide en ce sens. Si la théorie des sources du droit international n'établit en effet pas de hiérarchie entre les sources coutumière et conventionnelle[573], il ressort de l'étude des sources du droit des organisations internationales qu'une hiérarchie se dessine en leur sein ; la mention de la « pratique » comme moteur de règles internes – nous préférons « usage » – par la Commission du droit international et la doctrine[574] n'intervenant qu'à titre supplétif. Le raisonnement apparaît pouvoir être transposé aux entités globales privées et transnationales, notamment au regard du mimétisme opéré par certaines d'entre elles, comme le CBCB évoqué plus haut[575], avec le fonctionnement des entités globales publiques. Ces éléments, et l'absence de pratique contraire, indique qu'une politique similaire de traitement des sources unilatérales peut être postulée. La recherche n'a ainsi jamais permis de déceler de références à une norme informelle issue d'un usage lorsqu'une norme équivalente de source unilatérale formalisée a été adoptée. Il paraît donc raisonnable de conclure que la source unilatérale interne formalisée génère des normes de droit administratif global plus opérationnelles et, *a priori*, hiérarchiquement supérieures, à celles formées par la source unilatérale interne informelle – l'usage.

---

[572] La CIJ a en effet eu l'occasion de préciser que la « conventionnalisation » de la légitime défense par la Charte des Nations unies n'avait pas d'incidence sur son existence en tant que norme coutumière autonome ; voir CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua/États-Unis)*, arrêt (fond), 27 juin 1986, *CIJ Recl* 1986, §§ 174-175.

[573] Parmi de nombreuses références, voir par exemple KOLB Robert, *Théorie du droit international*, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 207.

[574] FORTEAU Mathias, « Chapitre 8. Organisations internationales et sources du droit », *op. cit.* note 461, p. 266, §566.

[575] Voir *supra*, §135. Le CBCB, tout en ne disposant d'aucune structure juridique formelle – l'article 3 de sa Charte consacré à son statut juridique indique que « [t]he BCBS does not possess any formal supranational authority » (CBCB, *Basel Committee Charter*, précitée note 566, article 3) – adopte en pratique les mêmes comportements que les entités globales privées que sont l'OICV et l'AICA, et une structure institutionnelle proche de celle des organisations internationales (voir notamment l'article 7 de la Charte). Il s'agit, selon Régis Bismuth, d'une « entité interétatique autonome » (BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, *op. cit.* note 509, p. 278).

138. ***Cas de la codification par un instrument conventionnel.*** Enfin faut-il mentionner l'hypothèse dans laquelle la codification ultérieure de la norme issue d'un usage ne résulte pas d'une autre source unilatérale, mais d'une source plurilatérale écrite. Tel est le cas de la norme prévoyant la motivation des sentences arbitrales, si l'on en croit la doctrine :

> « [d]ans le contentieux arbitral interétatique, la motivation des sentences a d'abord été une pratique avant de devenir une obligation de droit international. C'est ainsi que dans un premier temps, alors que l'existence de l'obligation était ambigüe, certaines conventions bilatérales de règlement arbitral déterminaient précisément le contenu et les méthodes de rédaction des sentences. Cette obligation, dont on admet communément la nature coutumière, a toutefois été consacrée lors de la création de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye par la Conférence de La Haye de 1899 »[576].

Cette hypothèse ne modifie pas les conclusions qui précèdent, mais confirme que dans la pratique des entités globales, les normes unilatérales internes issues de sources informelles du droit administratif global s'effacent du fait de leur codification ultérieure. Il ne faut sans doute pas en déduire trop hâtivement l'existence d'une hiérarchie des *normes* internes aux entités globales, bien que celle-ci semble souvent se dessiner par la même occasion. Tout au plus peut-on avancer que la codification, par une source également unilatérale mais formalisée ou par une autre source, a manifestement pour effet de rendre, sinon caduque, à tout le moins inutile la norme informelle, sans affecter pour autant l'existence de sa source.

B. L'émergence d'une tendance à la formalisation systématique des sources unilatérales

139. ***Accélération et limites de la formalisation.*** Si la codification des normes de droit administratif global formées par l'usage n'affecte pas l'existence de cette source, elle relativise son importance. Au-delà de cette appréciation quantitative, une évaluation *qualitative* de l'appel aux différentes sources unilatérales internes, en fonction de leur degré de formalisme, semble de plus en plus menée par les entités globales, au profit d'une formalisation renforcée au fil du temps. Celle-ci semble s'accélérer du fait de la prééminence de la « transparence » sous toutes ses formes au sein des entités globales (1). Ce phénomène entraîne une importante mobilisation des sources unilatérales internes formelles de droit administratif global – et, par conséquent, une multiplication des *normes* formalisées. Cette situation n'est pas sans effets sur la clarté du droit administratif global ainsi formé, et invite à interroger les limites de la formalisation de ses sources unilatérales internes (2).

[576] DUPEYRÉ Romain, « Les limites de l'obligation de motivation : de la concision des sentences arbitrales », *RQDI*, vol. 19.1, 2006, p. 43.

1. La formalisation, une pratique guidée par la volonté de transparence

140. ***La formalisation des sources pour une « bonne gouvernance ».*** La présente recherche concerne les *sources* du droit administratif global, de sorte que l'étude des *normes* elles-mêmes ne s'est pas avérée jusqu'ici déterminante. Or, le mouvement de formalisation que subissent les sources unilatérales internes du droit administratif global est lié au développement fulgurant d'un ensemble de normes relatif au bon fonctionnement des entités globales, que recoupe la notion de « bonne gouvernance » mentionnée *supra*[577]. Celle-ci passe par deux réalisations qui constituent des normes de droit administratif global.

141. ***Bonne gouvernance, soumission au droit, transparence et formalisation.*** L'un des indicateurs de la bonne gouvernance d'une entité globale est sa capacité à se soumettre au droit, en précisant les instruments auxquels elle entend se soumettre, par exemple[578]. Ce principe, qui irrigue l'activité des entités globales, n'est pas inconnu du paysage juridique ; en droit de l'Union européenne par exemple, la soumission au droit se traduit par l'idée de « Communauté de droit » ou d'« Union de droit ». Selon la doctrine du droit administratif européen, « [c]e concept peut être comparé – certes, avec précaution – aux équivalents nationaux, tels que le principe de légalité en France, l'État de droit en Allemagne ou la *rule of law* au Royaume-Uni »[579]. Il est parfois employé de manière synonymique avec l'« état de droit »[580], ce qui ne doit pas surprendre au regard de la diversité de ce que peut recouvrir cette notion[581] ; il semble néanmoins que la soumission au droit soit plutôt un *élément* de l'État de droit que l'un de ses synonymes. Dans la pratique des entités globales, la soumission au droit, en tant qu'indice de la bonne gouvernance et de sécurité juridique, se traduit par une troisième norme : la transparence, qui consiste dans la publication d'un maximum de documents pouvant renseigner le public sur le fonctionnement de l'entité. Or, il va de soi qu'il est difficile, sinon contre-productif, de publier des documents relatifs à des « pratiques » institutionnelles, quand bien

[577] Voir *supra*, §120.
[578] Voir *supra*, §116.
[579] DE LA SIERRA Susana, « Les sources constitutionnelles du droit administratif européen », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 495, p. 497.
[580] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 506, p. 14 ; voir également (pour l'« État de droit » avec une majuscule) CHEVALIER Émilie, *Bonne administration et Union européenne*, *op cit.* note 437, pp. 76 et ss.
[581] Voir sur ce point CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, coll. Clefs politique, 5ème éd., 2010, p. 143.

même la doctrine spécialisée admet son existence. Il apparaît en effet qu'il est à la fois plus efficace et plus rassurant, aux yeux d'un public cherchant à évaluer la légitimité de l'entité globale, de disposer d'un document formalisant les règles de procédures suivies par un organe contentieux, ou encore de savoir qu'il existe un fondement écrit à l'existence de telle ou telle norme. C'est donc la volonté de transparence, liée aux idées d'auto-soumission au droit et de bonne gouvernance, qui constitue l'un des moteurs – le principal, à notre sens – de la formalisation des sources du droit administratif global, et, nécessairement, du recul des sources unilatérales informelles, dont la codification semble s'intensifier. Cette situation ne va pas sans emporter un certain nombre de conséquences sur les sources elles-mêmes – et non seulement sur leur utilisation.

2. Les limites de la formalisation

142. ***Conséquences en termes de production normative – secteur privé.*** L'une des conséquences directes de la formalisation des sources est le foisonnement de documents publiés par les entités globales privées, et notamment les entreprises transnationales, en quête permanente de légitimité. Ces dernières génèrent en effet une profusion de documents à la normativité parfois douteuse, souvent dans le but de mettre en avant leur bonne gouvernance et le développement de normes de droit administratif global. Cette pollution documentaire a déjà été dénoncée par la doctrine il y a plus de dix ans, sans que la situation se soit améliorée – au contraire :

> « le risque d'une multiplication excessive de chartes, documents et rapports, tous un peu répétitifs, n'est pas loin et on serait en droit de s'interroger sur la plus-value réelle qu'apporte chaque document par rapport à celui qui précède. On constate aussi que nombre de documents ne font dans certains cas que reproduire des poncifs sans entrer dans le vif du sujet et sans régler de façon pratique les situations réelles qui se présentent dans la réalité »[582].

La formalisation des sources unilatérales du droit administratif global, accélérée par la volonté de transparence, conduit concrètement les entités globales à publier un maximum de documents répétitifs et aux contenus normatifs limités, ce dernier point étant accentué par les nombreux renvois opérés par les codes entre eux. Pour ne prendre qu'un exemple topique, pas moins de huit codes de conduite différents sont en vigueur au sein de l'entreprise ENGIE, auxquels il

[582] TROCHON Jean-Yves, VINCKE François (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 284.

faut ajouter divers référentiels qui ne sont pas disponibles sous forme de code[583] ; encore ne s'agit-il que des documents formalisant les sources unilatérales mobilisées par l'entreprise. Pour avoir une vision d'ensemble de l'activité normative de l'entité globale en matière environnementale, par exemple, il faut consulter les rapports annuels de l'entreprise, auxquels s'ajoutent le rapport du Médiateur du Groupe ENGIE et les rapports ponctuels relatifs au développement durable. Il apparaît dès lors complexe à l'observateur d'y trouver les informations souhaitées ; il est par ailleurs fort douteux que chaque « collaborateur » consulte et retienne le contenu de chacun de ces instruments.

143. ***Conséquences en termes de production normative – secteur public.*** Le même phénomène, dans une moindre mesure, est observable au sein des entités globales publiques, spécifiquement concernant les organisations internationales. La transparence des organisations internationales mériterait en effet une étude complète à elle-seule, tant les informations sont foisonnantes. L'on se contentera d'examiner le cas saillant du Bureau de la déontologie des Nations Unies, le processus étant universel :

> « [l]e processus de transparence est devenu […] une sorte d'obsession post-moderne pour les acteurs internationaux, et particulièrement pour les organisations internationales. Bouée de sauvetage liée à un instinct de survie qui anime tous les corps vivants, la transparence, la prudence, et le processus d'évaluation qui y est souvent lié, s'apparentent à une obligation découlant de la globalisation »[584].

Le Bureau de la déontologie, dont la production normative concerne très majoritairement le droit administratif global, a ainsi publié, parmi ses « documents de référence » pas moins d'une dizaine de documents dans la catégorie « Normes de conduite des Nations Unies »[585], que

[583] GDF-SUEZ, Code de conduite à l'usage des financiers du Groupe, 2008 ; GDF-SUEZ, Éthique de la relation commerciale : principes directeurs, 2013 ; GDF-SUEZ, Référentiel Droits humains. Engagements et mise en œuvre, 2014 ; ENGIE, Code de conduite de la relation avec les fournisseurs, 2016 ; ENGIE, Guide pratique de l'éthique, 2016 ; ENGIE, Charte éthique, 2016 ; ENGIE, Code de conduite en matière de lobbying, 2017 ; ENGIE, Clause éthique, santé-sécurité, responsabilité sociétale & environnementale, 2018. Voir également la liste des Codes reproduite en Annexe.

[584] SOREL Jean-Marc, « L'évolution des institutions financières internationales : entre redéploiement et fragilité, une restructuration systémique en chantier », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 500. L'auteur analyse le développement de normes et procédures de transparence au sein du FMI, de la Banque mondiale ou encore des différentes banques régionales de développement.

[585] Voir ainsi : « Directives relatives à l'utilisation personnelle des réseaux sociaux », « Statut et droits et devoirs essentiels des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies (ST/SGB/2002/13) », « Règlement régissant le statut et les droits et obligations élémentaires des personnalités au service de l'ONU non fonctionnaires du Secrétariat et des experts en mission (ST/SGB/2002/9) », « Dialogue en cascade : Qu'implique le statut de fonctionnaire international ? (Guide destiné aux supérieurs hiérarchiques et documents didactiques – 2012-2013) », « Normes de conduite requises des fonctionnaires internationaux (Commission de la fonction publique internationale, 2013) », « Nous sommes le personnel des opérations de maintien de la paix », « 10 règles : Le code de conduite personnelle des Casques bleus », « Code de conduite des volontaires de l'ONU », « Travailler ensemble : mettre l'éthique en pratique ».

viennent compléter plusieurs documents sur la Politique de cadeau[586], cinq documents relatifs à la Politique des achats et huit documents différents dans la catégorie « Signaler les cas présumés d'actes répréhensibles »[587]. À cet ensemble fourni et non exhaustif viennent notamment s'ajouter les vingt-sept documents relatifs aux « Pratiques et procédures se rapportant aux normes de déontologie des Nations Unies »[588]. Il ne saurait être question de suggérer que ces documents sont peu utiles ou répétitifs ; au regard de la diversité des missions exercées par les agents et des activités menées par l'organisation universelle, tous semblent globalement, mais de manière inégale, pertinents. Néanmoins, il convient de relever que cette profusion de documents, dont la somme est portée à une centaine rien que pour le Bureau de la déontologie, ne rend pas l'accès au droit applicable aisé. La formalisation des sources unilatérales du droit administratif global entraine ainsi une multiplication effrénée des normes générées par ce mode de formation qui conduit *in fine* à une forme d'illisibilité institutionnelle.

144. ***Conséquences sur les sources unilatérales du droit administratif global.*** Il est loisible de se demander si la formalisation des sources unilatérales internes du droit administratif global, bien que vectrice de sécurité juridique, ne conduit pas à une dilution des modes de productions du droit étudié. Il faut en effet constater que le droit interne des entités globales est de moins en moins visible du fait du nombre trop élevé de documents formalisant des sources, qu'il devient difficile de distinguer. Autrement dit, alors que la formalisation parcimonieuse des sources unilatérales internes pourrait constituer une manière de mettre en valeur un contenu normatif particulier, il lui est préféré une formalisation intensive qui dévalue la portée desdites sources. Cette dévaluation suggérée n'affecte pour autant pas les quelques éléments de la théorie des sources unilatérales internes des entités globales identifiés, qui reposent sur l'articulation entre les sources *formalisées* et les sources *non formalisées*.

[586] L'on citera principalement le document « Distinctions honorifiques, décorations, faveurs, dons ou rémunérations provenant de sources gouvernementales ou non gouvernementales : obligation de les signaler et règles relatives à leur conservation ou aliénation (ST/AI/2010/1) » et « Acceptation de biens et services offerts à titre gracieux (ST/SGB/2006/5) ».
[587] Par exemple : « Interdiction de la discrimination, du harcèlement, y compris le harcèlement sexuel, et de l'abus de pouvoir (ST/SGB/2008/5) » ; ou encore « Dénonciation de manquements présumés (ST/IC/2005/19) ».
[588] Voir la page dédiée à ces documents sur le site internet du Bureau de la déontologie, accessible à l'adresse https://www.un.org/fr/ethics/policiesdocs.shtml [dernière consultation le 15 août 2019].

Conclusion du chapitre 1.

145. ***Synthèse***. Ce chapitre avait pour objet de déterminer l'existence de sources unilatérales internes de droit administratif global. Les développements ont non seulement démontré la propension qu'ont les entités globales à mobiliser ces sources, mais ont en outre permis d'identifier plusieurs de leurs caractères. En premier lieu, les sources unilatérales internes du droit administratif global sont *plurielles*, se divisant d'abord en deux grandes catégories. La formalisation des sources unilatérales internes ne soulève pas de difficultés malgré l'existence d'instruments au statut douteux – tels que des « circulaires » ou « notes » – qui révèlent ponctuellement le peu de souci de formalisme qu'éprouvent les entités globales. La « pratique » des entités globales a ensuite été identifiée comme le produit d'*usages*, c'est-à-dire de sources unilatérales *informelles* de droit administratif global. En second lieu, les sources unilatérales internes du droit administratif global sont *hétérogènes* quant à leur valeur. Si les entités globales s'avèrent peu enclines à adopter un *formalisme* excessif, la *formalisation* des sources constitue ainsi, à l'inverse, une priorité manifeste mettant en lumière le déséquilibre hiérarchique entre les sources formalisées et celles qui ne le sont pas. Le développement de la formalisation, favorisé par la codification des pratiques non écrites et une volonté affichée de transparence parfois excessive, est cependant tel qu'il risque de rendre le droit administratif global unilatéral et interne peu lisible à l'avenir.

146. ***Nécessité d'étudier les sources unilatérales externes.*** Le propos s'est focalisé sur les sources unilatérales *internes* du droit administratif global, de sorte que ce droit a été dans un premier temps observé en espace clos – bien que certaines influences extérieures aient été occasionnellement relevées. Il convient dès lors d'enrichir la théorie des sources du droit administratif global en construction en élargissant le champ d'observation. Pour ce faire, il est nécessaire d'étudier les sources unilatérales *à vocation externe*, c'est-à-dire les sources de normes développées unilatéralement par des entités globales ou d'autres auteurs de droit administratif global *à destination* d'autres entités globales.

CHAPITRE 2. LES SOURCES UNILATERALES EXTERNES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

147. ***Nécessité d'une réception des normes externes.*** Il convient à présent de s'interroger sur les normes formées de manière unilatérale, mais *extérieure* à l'entité globale du point de vue duquel l'observateur se place. L'hypothèse envisagée est donc celle selon laquelle certaines normes de droit administratif global résultent d'une « décision » extérieure à l'entité globale, qu'elle provienne de son ordre juridique de référence ou d'un autre ordre. Cette décision, qui peut exister sous la forme d'une législation, d'une réglementation, d'un acte unilatéral quelconque, d'un arbitrage ou d'un jugement, ne produit techniquement aucun effet juridique dans l'ordre juridique des entités globales tant qu'elle n'a pas été « reçue », d'une manière ou d'une autre, par celui-ci. Selon la perspective pluraliste, qui emprunte au dualisme, les ordres juridiques sont en effet hermétiques entre eux tant qu'un mécanisme de transposition ou de réception des normes externes – y compris lorsqu'elles sont dotées d'une force obligatoire, ce qui n'est pas systématique – n'a pas fait son office, lequel consiste à « transformer » la norme externe en norme valide dans un ordre juridique donné. Comme le rappelle Serge Sur concernant l'ordre interne et l'ordre international,

> « [l]e dualisme ne nie en effet pas que les deux ordres juridiques sont interdépendants, dans la mesure où ils ont besoin l'un de l'autre pour fonctionner et qu'ainsi leur séparation est indissociable de la question de leurs rapports. Simplement, il est nécessaire qu'existe un mécanisme de transposition des normes de l'un des ordres dans l'autre. Ce mécanisme est déterminé par chacun d'entre eux pour son compte. En tant que de besoin, il assure en quelque sorte la conversion d'éléments du droit interne en éléments du droit international, et réciproquement »[589].

Ce mécanisme de transposition peut résider dans une simple acceptation de la norme prédéterminée par un texte le prévoyant[590] ou dans une intégration au sein, ou par le biais, d'une autre norme répondant formellement à une source adaptée et reconnue comme telle[591]. Cette intégration peut laisser intacte la norme initiale ou lui apporter des modifications en la précisant

[589] SUR Serge, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2013, p. 230.
[590] L'article 55 de la Constitution française remplit ainsi cette fonction à l'égard des traités internationaux, bien que ne conférant pas un effet direct à toutes les normes qu'ils contiennent.
[591] Tel est le cas des directives européennes qui doivent être transposées par la loi ou le règlement dans l'ordre juridique français. Voir sur ce point, et par exemple, SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 266, 2011, pp. 93-130.

– la norme initiale peut d'ailleurs prévoir expressément de telles précisions, à l'instar des directives de l'Union européenne[592].

148. ***Modes de réception d'une norme émise depuis un ordre tiers.*** Pour résumer, lorsqu'une norme est émise depuis un ordre juridique tiers, elle doit faire l'objet d'une « réception » au sein de l'ordre partiel généré par l'entité globale destinataire. Dans ces conditions, l'expression simplificatrice « source unilatérale externe » désigne donc un processus en deux étapes : la formulation d'une norme de manière unilatérale et à destination d'une entité tierce d'abord, puis sa réception au sein de ladite entité. Lorsque la décision extérieure est prise au sein de l'ordre juridique de référence de l'entité globale, les problématiques soulevées sont classiques. Ainsi le cas de la législation étatique qui impose telle ou telle procédure à une entreprise implantée sur son sol et souhaitant exercer des activités potentiellement nuisibles à l'environnement : la norme s'applique sans difficultés sur le plan juridique. Cette situation est liée au fait qu'il existe une forme de relation hiérarchique entre les entités globales : cette dernière est sujet de l'ordre juridique d'où provient la norme unilatérale. Alina Miron précise que dans le cas des actes unilatéraux générés par une organisation internationale à l'intention des États membres, il s'agit d'un

> « droit unilatéral : à l'opposé du droit conventionnel, où l'auteur de la norme est également son sujet, le droit institutionnel définit une relation verticale entre les deux pôles. Par conséquent, le droit institutionnel s'impose à l'État sans qu'il n'ait donné son consentement à l'acte adopté, et parfois même contre sa volonté apparente »[593].

Dans le cadre du droit administratif global, ce type de relation entraîne une formation du droit administratif global par réception verticale de la norme externe (**Section 1**). Cependant, il arrive parfois que les normes relevant du droit administratif global soient générés au sein d'un ordre juridique totalement extérieur à l'entité globale, c'est-à-dire sans que cette dernière constitue un sujet du premier. Une entité créatrice de droit administratif global – un État, une organisation internationale, un réseau informel comme le G20 – peut ainsi prétendre étendre, incidemment ou non, sa compétence à des entités globales qui n'en relèvent normalement pas. Sur le plan formel, il s'agit de chercher à *influencer* juridiquement une ou plusieurs entités globales ne

[592] *Idem*. Sur la différence entre loi de réception, loi d'exécution et loi d'adaptation, voir par exemple TAXIL Bérangère, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », *in* AHJHUCAF, *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Troisième congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant le Français en Partage (AHJHUCAF), Ottawa, Publications de la Cour Suprême du Canada, 2010, pp. 104-114, spéc. Pp. 109-110.

[593] MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, Thèse soutenue le 9 décembre 2014, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p. 63.

relevant pas de leur juridiction pour qu'elles adoptent telle ou telle norme de droit administratif global. Dans cette hypothèse, la norme unilatérale extérieure n'est qu'une *prétention normative* et ne s'impose pas d'emblée à son destinataire : encore faut-il que celui-ci *reçoive* – volontairement, au moins sur le plan formel – cette prétention pour que le processus soit complet. L'observation de ce phénomène amène à constater qu'il implique généralement d'autres entités tierces, ce qui interdit d'y voir une réception systématiquement directe et horizontale et bilatérale, de la norme externe. Dans ces cas, la norme unilatérale initiale à vocation externe n'est pas formellement reçue ; elle ne l'est que *matériellement*, ce qui soulève, à première vue, des interrogations quant à l'adéquation de la théorie des sources pour appréhender ces phénomènes (**Section 2**).

SECTION 1. LA FORMATION DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL PAR RECEPTION VERTICALE

149. ***Limitation du champ de recherche.*** La première hypothèse envisagée par ce chapitre est celle de l'existence d'un lien juridique entre l'entité qui émet la norme de droit administratif global – qui n'est pas nécessairement une entité globale, ou tout du moins n'agit pas nécessairement *en tant* que telle – et l'entité globale destinataire de cette norme. L'idée d'une réception « verticale » implique plus précisément l'existence d'un lien juridique de type « sujet / assujetti ». Or, l'intégralité des acteurs du droit administratif global ne répond pas à ce schéma relationnel qui apparaît presque, dans le contexte du droit étudié, l'exception plutôt que la règle. L'objet de ce développement est donc matériellement limité aux situations présentant ce type de relation juridique qualifiée de « verticale », c'est-à-dire aux cas dans lesquels l'émetteur de la norme à vocation externe est soit un État, soit une organisation internationale. En effet, d'un côté, les États disposent de la plénitude des compétences sur leur territoire du fait de leur souveraineté[594] et peuvent donc légiférer ou réglementer à l'égard de toute entité immatriculée sur leur territoire ou y menant quelconque activité. De l'autre, certains « organes internationaux ont le pouvoir de créer des règles de droit matériel, à portée générale, correspondant aux buts de l'organisation et s'imposant aux États »[595]. Tel n'est pas le cas des entités globales informelles, ni des entités privées – qu'il s'agisse d'entreprises transnationales ou d'organisations non gouvernementales – qui ne peuvent qu'agir de manière indirecte.

[594] La souveraineté, en effet, « consiste en l'exercice de la plénitude des compétences de la part de l'État par rapport à un territoire » (BARBERIS Julio, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 142 ; voir aussi DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, vol. 297, 2003, p. 95).
[595] DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 80, §51.

150. ***Action normative et jurisprudence.*** Dans ce contexte, la norme initiale peut, d'une part, être le produit de l'action normative de l'entité émettrice (**I**). D'autre part, la contribution des juges, notamment internationaux, à la formation de droit administratif global à destination externe ne saurait être négligée. La spécificité des modes de réception de leur jurisprudence – que nous choisissons d'intégrer parmi les « sources unilatérales » *largo sensu* – invite cependant à l'aborder de manière distincte (**II**).

I. La réception verticale d'actes unilatéraux formels

151. ***Droit administratif global formé par l'État et par les organisations internationales.*** L'étude des modes de formation unilatéraux des normes relevant du droit administratif global dont la réception s'effectue de manière verticale révèle deux cas de figure, lesquels invitent à ne pas distinguer selon les différents modes de réceptions en jeu, mais plutôt selon le statut juridique de l'entité qui les génère. Dans le cas où les États sont les émetteurs de droit administratif global à l'égard des entités globales privées agissant sur leur territoire, sa *réception* ne soulève pas de difficulté juridique (**A**). La réception du droit généré par les organisations internationales à destination de leurs membres s'avère plus complexe, bien que la formation du droit administratif global ne présente, sur ce point, aucune spécificité par rapport au droit international qui connaît bien cette problématique largement étudiée par la doctrine (**B**).

A. La formation unilatérale externe du droit administratif global par l'État

152. ***Absence de sources constitutionnelles externes.*** Les normes de droit administratif global générées par des modes identifiés de production du droit dans les ordres juridiques internes sont rarement constitutionnelles. Si les normes constitutionnelles constituent des sources unilatérales internes du droit administratif global – notamment en matière environnementale et de droits procéduraux[596], certaines règles constitutionnelles pourraient également, en théorie, affecter le comportement des entités globales publiques extérieures. L'hypothèse, qui est d'école, concerne la vérification interne de l'application des actes de droit dérivé des organisations internationales. L'étude d'Alina Miron montre cependant de manière claire que les contrôles existants en la matière sont essentiellement jurisprudentiels, et non

[596] Voir en ce sens *supra*, §92.

constitutionnels[597]. Néanmoins, l'on pourrait imaginer que l'intégration des décisions de droit dérivé des organisations internationales agissant comme entités globales soit conditionnée par une vérification en droit interne visant à s'assurer que l'acte respecte un certain nombre de conditions. À cet égard, que ce contrôle soit de conformité aux normes constitutionnelles ou non importe à cet égard peu, l'essentiel de l'hypothèse résidant dans l'insertion d'une disposition constitutionnelle prévoyant expressément ce contrôle – ce qui paraît, de nos jours, improbable mais pas impossible[598].

153. ***Recours aux sources législatives et règlementaires.*** Les sources constitutionnelles du droit administratif global sont donc *a priori* limitées à sa formation unilatérale *interne*. Lorsque l'État entend soumettre une ou plusieurs entités globales menant des activités – ou souhaitant mener des activités – sur son territoire à des normes de droit administratif global, il a ainsi recours à la loi et au règlement, qui sont des outils juridiques plus souples. C'est ainsi que les législations tendant à garantir la bonne gouvernance des entreprises, à s'assurer qu'elles ne pratiquent ni la corruption, ni la fraude fiscale, ou encore à contrôler l'impact environnemental de leurs actions fleurissent[599]. Ces normes constituent également, conformément à l'objet du droit administratif global suggéré en introduction, un moyen de renforcer la légitimité des entités globales privées implantées sur le sol national, en donnant une image d'elles acceptable,

---

[597] MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 151, pp. 214-284.

[598] Pour que l'éventualité mentionnée trouve un écho dans la réalité, il faudrait ainsi qu'un organe, juridictionnel ou non, dispose d'une compétence constitutionnelle pour examiner la légalité du droit dérivé des organisations internationales intégré dans l'ordre interne. Une telle situation semble peu probable, bien qu'un système moniste à primauté du droit interne puisse théoriquement le prévoir. L'on se souviendra cependant que Cour de Karlsruhe avait, dans son fameux arrêt « Solange I » du 29 mai 1974, conditionné la primauté du droit communautaire à la Loi fondamentale allemande à l'existence, en matière de droits fondamentaux, d'une protection communautaire équivalente à celle constitutionnellement garantie en Allemagne, et entendait exercer sa compétence aussi longtemps qu'une telle protection ne serait pas assurée au niveau européen L'arrêt « Solange II » du 22 octobre 1986 annonce l'arrêt, en pratique, du contrôle des actes communautaires au regard des droits fondamentaux allemands, sans pour autant s'aligner sur la position juridique tendant à la primauté générale de l'ordre juridique communautaire (parmi les très nombreuses références, voir BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI*, vol. 347, 2011, pp. 79-406 ou MEHDI Rostane, « Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, 2ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 894-895). Mais même dans ce cas, les effets de la norme ne sauraient guère se produire au-delà du strict ordre juridique interne – et encore ceux-ci seraient-ils sans doute susceptibles, le cas échéant, d'engager la responsabilité internationale de l'État.

[599] Si le propos concerne ici uniquement les entreprises transnationales, du fait de l'importance quantitative des normes relevant du droit administratif global développées à leur endroit, il ne faut pas en déduire l'absence d'autres situations. Les organisations internationales, tout comme les entités globales privées autres que les entreprises, dont le siège est situé sur le sol national sont ainsi et également soumises à la loi interne. Un exemple en a été rencontré précédemment avec la Commission de contrôle des fichiers d'INTERPOL, dont la création, certes par acte unilatéral interne, résulte de la perspective de l'application de la législation française en matière de protection des données (voir *supra*, §106).

laquelle transparaîtra dans leurs actions qui seront considérées comme globalement positives par les personnes susceptibles d'en être affectées. Il est possible de distinguer, en prenant l'exemple de la France, les normes de droit administratif global générées à l'égard des entreprises désireuses d'investir sur le sol national (1) de celles concernant les entreprises implantées sur le territoire – y compris leur éventuelle activité transnationale (2).

1. L'utilisation de la loi pour contrôler l'accès de l'investisseur au territoire national

154. ***Contrôle par l'autorisation administrative préalable.*** L'une des techniques visant à exercer un contrôle sur les activités des entités globales privées sur le sol national consiste à soumettre les projets d'investissements à une autorisation administrative préalable. Ainsi, en France, les investissements étrangers relevant de certains secteurs doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du ministre de l'Économie. Aux termes de l'article L151-3 du Code monétaire et financier, il s'agit de toute activité participant à l'exercice de l'autorité publique ou qui relève de deux grands domaines : les « [a]ctivités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale » et les activités « de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives »[600]. L'article R153-2 du même Code dresse une liste plus précise des activités visées par le régime d'autorisation préalable, laquelle s'est récemment enrichie de nouveaux secteurs non couverts par les dispositions datant de 2014[601]. En particulier, les investissements relatifs à des activités concernant des opérations spatiales, la cybersécurité, l'intelligence artificielle ou encore la robotique devront dorénavant être préalablement autorisés[602]. Le ministre concerné peut, conformément aux articles 153-9 et 153-10 du Code, autoriser sous conditions[603] ou refuser par une décision motivée l'investissement projeté, soit parce qu'il estime qu'il existe « une présomption sérieuse que l'investisseur est susceptible de

[600] Article L151-3 du Code monétaire et financier, tel que modifié par la Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.
[601] Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable. Dit « Décret Montebourg » et adopté en réaction aux menaces de rachat de la branche énergétique d'Alstom par General Electric, ce décret comblait les lacunes de la législation en ajoutant, parmi les nouveaux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, les secteurs de l'énergie (gaz, électricité, hydrocarbures), l'eau, les transports, les communications électroniques et la santé publique aux deux secteurs initialement couverts (la défense et la sécurité). Fustigeant les motifs et conséquences de ce décret, voir DE BÉCHILLON Denys, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, 2015/4, pp. 11-14.
[602] Article R153-2 du Code monétaire et financier, tel que modifié par le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.
[603] Article R153-9 du Code monétaire et financier, tel que modifié par le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.

commettre » certaines infractions pénales, soit car il considère que les conditions d'investissement ne suffisent pas « à assurer la préservation des intérêts nationaux ». Ce dernier cas peut notamment être avancé comme motif de refus lorsque – selon le décret de 2014 – « l'intégrité, la sécurité et la continuité de l'approvisionnement, l'intégrité, la sécurité et la continuité de l'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense ou des réseaux et services de transport ou de communications électroniques ou la protection de la santé publique ne seraient pas garantis »[604]. Une modification par un décret de 2018 ajoute à cette liste « la protection des données », montrant une prise de conscience nationale – bien que clairement déterminée par la prise de conscience régionale européenne – de l'enjeu numérique[605].

155. ***Motifs de la formation du droit administratif global.*** Cette large marge de manœuvre conduit à la généralisation de ce type de mécanisme[606], dont la mobilisation peut relever de deux logiques différentes. D'une part, l'État protectionniste utilisera cette technique – généralement en combinaison avec une importante liste d'activités purement interdites aux investisseurs étrangers – pour assoir sa politique de préférence nationale et pour réglementer, sous l'angle purement économique, les activités sur son sol. Au contraire, l'État souhaitant accueillir plus d'investissements dans un domaine de pointe particulier (comme les énergies renouvelables, par exemple[607]) assouplira les conditions d'accès des investisseurs ; la logique demeure purement économique. D'autre part, l'État utilisera cette possibilité comme un moyen juridique de garantir des droits et libertés et plus largement de protéger ses administrés des

[604] Article R153-10, 2°, b) du Code monétaire et financier, tel que modifié par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable (ancienne version ; voir la note suivante).
[605] *Idem*, tel que modifié par le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.
[606] En 2007 et en réaction aux tentatives d'acquisitions d'entreprises et infrastructures stratégiques par des entreprises contrôlées par la Chine et les Émirats arabes unis, les États-Unis se sont dotés d'une législation qui a inspiré le décret Montebourg (*Foreign Investment and National Security Act of 2007*, Public Law 110-49, July 27, 2007). L'objectif américain était alors, « à travers le renforcement des procédures de vérification et d'enquête, de mieux connaître et contrôler les investissements étrangers prétendant à entrer sur leur territoire. À cette fin, la Loi a modifié les prérogatives du Comité de l'investissement étranger aux États-Unis, chargé d'évaluer l'impact des investissements étrangers sur le pays lorsqu'ils interviennent dans des entreprises américaines » (GILLES-YEUM Anne, « Chapitre 1. La Liberté d'investissement », *in* ROBERT-CUENDET Sabrina (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 48). Réagissant de la même manière que les autorités françaises, l'Allemagne a adopté en 2017 une législation similaire à la suite du rachat, par l'entreprise chinoise Midea, de l'entreprise allemande de fabrication de robots industriels Kuka : BUNDESRAT, Verordnung der Bundesregierung, Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, 25.08.2017, n°612/17 (Bundesrat, Ordonnance du gouvernement fédéral, Neuvième ordonnance modifiant l'ordonnance sur le commerce extérieur et les paiements, 25 août 2017).
[607] Voir l'exemple donné §156.

effets potentiellement néfastes de la mondialisation. Il n'est pas toujours facile de distinguer laquelle des deux logiques prévaut, étant entendu que la seconde n'est pas totalement exclusive de la première. L'imposition de conditions aux investisseurs étrangers et la possibilité d'un refus d'octroi d'autorisation peuvent cependant être analysées comme des normes relevant du droit administratif global, en ce qu'elles permettent à l'État de conserver un contrôle des activités menées sur son territoire lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un impact global – notamment en termes environnementaux et de protection des données[608]. Leur source facilement mobilisable par les États, puisqu'il s'agit d'un décret pris par le gouvernement, s'avère un moyen particulièrement souple de développer des normes à l'égard des entités globales entendant investir sur le sol national, tout en s'adaptant rapidement aux nouvelles problématiques soulevées par la globalisation – ainsi la protection des données numériques. L'évolution des listes d'activités soumises à interdiction ou à autorisation, qui peuvent se réduire ou s'allonger dans des laps de temps rapprochés, peut ainsi être interprétée de deux manières différentes, sans qu'il soit toujours aisé de déterminer s'il s'agit de la traduction normative d'une position de repli protectionniste ou d'incitation à l'investissement – relevant seulement du droit public économique – ou de celle d'un souci d'assurer un contrôle d'intérêt général au bénéfice des populations potentiellement affectées, directement ou indirectement, par les investissements futurs – relevant alors également du droit administratif global. En conséquence, les États en développement, qui ont structurellement besoin d'attirer un maximum d'investisseurs étrangers, ont tendance à limiter les conditions d'accès à leur territoire, en ne prévoyant pas, à l'inverse de la France ou d'autres États[609], de système d'autorisation préalable ou un système peu contraignant.

156. ***Exemple du Burkina Faso.*** Tel est le cas, pour ne prendre qu'un exemple récent, du Code des investissements du Burkina Faso[610]. L'article 8 du Code des investissements burkinabé de

[608] Le droit administratif global apparaît donc, ici, comme une nouvelle grille de lecture possible de ces règles relevant du droit interne et du droit international économique. Cependant, elle ne se substitue en aucun cas aux grilles d'analyses existantes ; rien n'empêche en effet de considérer que des normes données relèvent à la fois d'une branche de droit déterminée *et* du droit administratif global.

[609] Voir *supra*, note 606.

[610] D'autres exemples similaires pourraient être mobilisés dans le même sens, à l'instar du Code d'investissement de la Côte d'Ivoire, dont la révision de 2018 a sensiblement renforcé les obligations des investisseurs, notamment en matières environnementale et d'information au moment du dépôt de la demande d'investissement. Voir ainsi les articles 36 et 37 de l'Ordonnance n°2018-648 du 1er août 2018 portant code des investissements, et comparer avec les articles 21 à 28 de l'Ordonnance n°2012-487 du 7 juin 2012 portant code des investissements. Il faut cependant relever que l'obligation de se conformer expressément à la norme ISO 26000 (voir sur cette norme *supra*, §359) contenue par l'article 25 de l'Ordonnance de 2012 n'a pas été reprise par l'article 36 de celle de 2018, au profit d'une obligation plus générale.

1995 disposait ainsi sobrement que « [l]es investissements productifs sont librement effectués au Burkina Faso sous réserve des dispositions spécifiques visant à respecter la politique économique et sociale de l'État, notamment la protection de la santé et de la salubrité publiques, la protection sociale et la sauvegarde de l'environnement »[611]. Une révision ajoute en 1997 un régime d'autorisation au sein du même article : « les investissements doivent se faire délivrer une autorisation préalable par le Ministre chargé de l'industrie. Dans ce cadre, ils sont tenus de déposer auprès dudit Ministre, une demande d'autorisation d'implantation comportant [une liste de documents détaillant le projet] »[612]. Plusieurs régimes privilégiés sont mis en place dès 1995, prévoyant des réductions de droits de douane, des exonérations d'impôts et des avantages fiscaux. Pour en bénéficier, l'investisseur doit justifier d'un montant minimal d'investissement et de la création d'emplois ; différents seuils déterminent quel régime privilégié peut être accordé. La révision du Code en 2010 ajoute que « pour les entreprises des secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de l'élevage et de la pisciculture, les critères de seuil d'investissement et de création d'emplois sont réduits au quart »[613], dans une volonté évidente de favoriser les investissements par un accès facilité aux régimes privilégiés. La réforme de fin 2018 ajoute à ces exceptions avantageuses, entre autres, les énergies vertes et les énergies renouvelables[614]. De son côté, la note technique produite par le ministère de l'agriculture au stade de l'avant-projet de Code des investissements agro-sylvopastoral, halieutique et faunique (adopté le 17 mai 2018) précisait que l'autorisation préalable

> « permet d'assurer le suivi des investissements réalisés et fait partie des dispositions générales consacrées par la loi d'orientation sur l'investissement. Le principe déclaratif n'est pas adapté dans ce contexte car il nécessite la mise en place d'un dispositif de contrôle des déclarations des promoteurs dont l'efficacité exige la mobilisation de moyens importants (matériel, financier et humain) »[615].

L'on voit ici que le régime d'autorisation préalable a bien une fonction de contrôle de l'activité, mais qu'il s'agit plus d'un système garantissant aux autorités une information fiable que d'un

[611] Article 8 du Code des investissements, Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant Code des investissements.
[612] Article 8 du Code des investissements, tel que modifié par la Loi n°15/97/AN du 17 avril 1997, portant modification de la Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant Code des investissements au Burkina Faso.
[613] Article 6 du Code des investissements, tel que modifié par la Loi n°007–2010/AN du 29 janvier 2010, portant modification de la Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant Code des investissements au Burkina Faso.
[614] KABORE Elie, « Promotion des investissements : le Burkina dispose d'un nouveau Code », Leconomistedufaso.bf, 12 novembre 2012, accessible en ligne à l'adresse : https://www.leconomistedufaso.bf/2018/11/12/promotion-des-investissements-le-burkina-dispose-dun-nouveau-code/ [lien consulté le 30 janvier 2019]. Le texte complet du Code n'est pas encore disponible.
[615] Ministère de l'agriculture et des aménagements hydrauliques, Projet de loi portant Code des investissements agro-sylvopastoral, halieutique et faunique (CIASPHF) au Burkina Faso, Note technique sur le CIASPHF, Mai 2018, p. 4.

moyen de limiter *a priori* les potentielles activités néfastes pour la population. Il s'agit cependant d'une norme imposée de transparence et d'information relevant des sources unilatérales externes du droit administratif global.

2. L'utilisation de la loi pour contrôler l'activité de l'entité globale

157. ***Soumission au droit local – le cas de la RSE.*** Outre les législations relatives aux investissements, les entités globales agissant sur les marchés nationaux sont soumises aux règles locales. L'arsenal législatif est logiquement mobilisé pour contrôler l'activité des entreprises, en particulier au moyen de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)[616]. D'origine américaine, la notion de RSE, théorisée dans les années 1950 et enrichie par le tournant du développement durable dès les années 1970, s'est diffusée – parfois de manière inégale[617] – à l'échelle planétaire[618]. En France, le Code de commerce codifie un ensemble de règles relatif à la RSE, lequel réside essentiellement dans des obligations d'informer *via* le *reporting* et le principe de *comply or explain*[619]. Bien que la RSE soit régulièrement détournée à des fins de communication[620], son application est globalement garantie par l'existence de sanctions économiques infligées par d'autres acteurs privés tels que les marchés, les investisseurs, les consommateurs ou encore les ONG. Outre les sanctions juridictionnelles et les techniques de garantie comme les certifications et les labels, le mécanisme du *name and shame* invite en effet l'entreprise à se conformer à ses obligations et à informer correctement de son activité pour éviter sa désignation, en place publique, en tant qu'acteur irrespectueux des considérations environnementales ou sociales. En particulier, « [l]a puissance de frappe dont disposent les consommateurs informés de la nature réelle de l'engagement d'une entreprise dans une politique socialement responsable, permet d'aboutir à une sanction économique que

[616] Voir, de manière générale, MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, 717 p. L'expression « responsabilité *sociale* » des entreprises est en revanche préférée, dans cette étude, à celle de « responsabilité *sociétale* », ce second terme constituant un anglicisme à l'utilité discutable et étant considéré linguistiquement comme un « néologisme mal formé, parce que son paradigme de référence n'existe pas : un mot sans modèle » (HÉRAN François, « Pour en finir avec « sociétal » », *Revue française de sociologie*, 1991, vol. 32, n°4, p. 615.

[617] Par exemple, voir ALZAHRANI Yahya, « La responsabilité sociétale des entreprises en Arabie Saoudite », *RIDC*, vol. 64, n°4, 2012, pp. 923-947, spéc. p. 924.

[618] Pour un aperçu historique et théorique, voir DIAWARA Karounga, LAVALLÉE Sophie, « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace Ohada : pour une ouverture aux considérations non économiques », *RIDE*, t. XXVIII, n°4, 2014, pp. 432-442.

[619] Sans qu'il soit utile de se livrer à un catalogue de ces dispositions, l'on peut utilement se reporter à la synthèse de LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, *op. cit.* note 616, pp. 351-359.

[620] MARTIN-CHENUT Kathia, TRICOT Juliette, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », *ibid.*, pp. 364-380.

les entreprises redoutent, à savoir la *non-consommation individuelle* »[621]. La source législative n'est alors pas mobilisée exclusivement pour créer la règle primaire et la règle secondaire prévoyant la sanction de l'infraction déterminée, mais également et de manière inventive, pour contraindre (ou tenter de contraindre) économiquement et *moralement* l'entité globale de se conformer aux règles garantissant l'acceptabilité de ses décisions et actions.

158. ***Qualification de la RSE.*** Ce phénomène juridique invite à s'interroger sur la notion de « source du droit » qu'est, par excellence, la loi. Alors que l'imaginaire collectif – juridique ou non – l'envisage comme une source de droit « dur » par opposition au droit « souple » généré par des auteurs et acteurs moins identifiés et reconnus, dans le même imaginaire, que le législateur, il apparait que la source législative est générée tout autant pour fixer des règles contraignantes claires et « traditionnelles » que pour élaborer des mécanismes d'incitation aboutissant, *in fine*, à l'application du droit administratif global. Cette question n'a pas échappé à la doctrine, qui tend à considérer que la RSE conduit à marginaliser la règle de droit et à penser la RSE comme un domaine autonome et parallèle à d'autres matières – l'économie, le droit, *etc*. Lorsqu'elle est définie restrictivement la RSE est vue « comme un leurre juridique, voire un antidote à toute responsabilité juridique »[622]. Sous l'influence de la première définition européenne qui y voyait en 2001 « l'intégration *volontaire* par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[623], de nombreuses approches ont en effet soit écarté la possibilité qu'il s'agisse d'un phénomène juridique contraignant, soit étudié la manière dont la RSE pouvait *utiliser* le droit[624] soit encore tenté de définir la RSE comme une *représentation* du droit[625]. La Commission européenne a finalement redéfini en 2011 la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-

[621] LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », *op. cit.* note 619, p. 358. L'italique est dans le texte original.
[622] ALVES Carlos Manuel, « Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ? », *RJE*, vol. 39, Hors-série n°1, 2014, p. 232.
[623] COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 2001, COM/2001/0366. Nous soulignons.
[624] Voir par exemple LACHÈZE Aurélie, « Ce que la responsabilité sociale des entreprises fait au droit : l'exemple de la grande distribution », *Droit et société*, n°66, 2007/2, pp. 385-539.
[625] Voir ainsi, dans une optique plutôt internationaliste, COCHOY Franck, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit », *Droit et société*, n°65, 2007/1, pp. 91-101, qui conclut ainsi : « [a]u total, la RSE comme représentation du droit et de l'économie se présente comme un étrange jeu de rôles et de masques, où les acteurs privés et publics se miment les uns les autres, échangent leurs positions et leurs discours, leurs outils et leurs objectifs, sans qu'il soit possible, à ce stade, de savoir s'il s'agit d'un jeu de dupes ou d'une expérimentation collective porteuse à terme d'un nouvel ordre juridique et économique mondial – d'un nouveau type de représentation, au sens politique du terme » (p. 101).

à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »[626], incluant la nécessité du respect de la législation locale et reconnaissant la possibilité – voire la nécessité – que l'État règlemente dans le cadre de la RSE – tout en réaffirmant, dans une formulation peu claire et ambivalente, que la démarche doit avant tout être volontaire de la part des entreprises[627]. Le débat juridique autour de la RSE a donc, jusque récemment en France et en Europe, essentiellement porté sur la question de savoir dans quelle mesure l'adoption de comportements peut être considérée comme relevant de la RSE lorsqu'elle est contrainte[628]. Cette affirmation tardive selon laquelle la RSE n'est pas totalement étrangère au domaine juridique a entraîné un regain d'intérêt et le développement d'approches la voyant comme un objet susceptible de « rencontrer » la sphère juridique :

> « [l]a RSE, telle qu'elle est conçue, crée un « nouvel espace de normativité » dans lequel le droit contraignant (*hard law*) cohabite avec le droit mou (*soft law*) par une interpénétration qui crée des liens d'encadrement, de dépendance ou d'autonomie. De ce fait, les réseaux normatifs se substituent à la pyramide juridique. En effet, le *continuum* de la rencontre entre la RSE et le droit peut aller de l'exhortation à la contrainte en passant par l'incitation »[629].

159. ***Conséquences concernant les sources du droit administratif global.*** Quelle que soit l'approche retenue, l'on peut constater que la source législative (mais aussi internationale[630] et, de plus en plus, européenne[631]) est mobilisée pour consacrer l'exploitation de comportements exogènes – la réaction du consommateur ou des marchés – en vue du respect des obligations primaires. Il ne semble pas pour autant que le rapport à la loi ait fondamentalement changé

---

[626] COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM/2011/0681, point 3.1.

[627] *Ibid*., point 3.3 : « [i]l importe que la RSE se développe sous l'impulsion des entreprises elles-mêmes. Les pouvoirs publics devraient avoir un rôle de soutien en combinant intelligemment des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires, afin par exemple de favoriser la transparence, de créer des mécanismes de marché qui incitent à une conduite responsable des affaires, et de responsabiliser les entreprises. Les entreprises doivent disposer d'une certaine marge de manœuvre pour innover et développer, vis-à-vis de la RSE, une approche qui soit adaptée à leur situation. Nombre d'entreprises apprécient néanmoins l'existence de principes et d'orientations soutenus par les pouvoirs publics, ce qui leur permet de comparer leurs propres politiques et performances et favorise des conditions de concurrence plus équitable ».

[628] Le débat ayant conduit la Commission à modifier la définition de la RSE et les conséquences juridiques en découlant sont très clairement exposés par THIBOUT Orianne, « La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, pp. 215-233, spéc. pp. 217-223.

[629] DIAWARA Karounga, LAVALLÉE Sophie, « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace Ohada : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.* note 618, p. 442.

[630] Voir pour un exposé complet TREBILCOCK Anne, « Sous-section 6 – Cadre international des initiatives concernant la responsabilité sociale des entreprises », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels. Tome 1, Particularités du droit international social*, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, 2013, pp. 777-804.

[631] Voir notamment la Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* du 15 novembre 2013, L330/1.

depuis l'adoption de ces législations ambitieuses et les réflexions théoriques puis juridiques entourant la notion de RSE. Le droit s'est adapté au nouveau rapport de force induit par la réalité économique, mais la source, le moyen de générer le droit, n'en a aucunement été affectée. L'affirmation selon laquelle la notion de source – ici législative – du droit apparaît incapable de répondre aux nouveaux défis de la globalisation doit donc être sévèrement révisée, sous réserve de l'efficacité du droit produit[632].

160. ***Soumission au droit interne par la source législative – exemple de la corruption.*** La corruption constitue un problème global ayant des répercussions dans de nombreux ordres juridiques dont la régulation, en imposant des normes de nature à rendre les activités des entreprises plus transparentes et donc acceptables aux yeux du public, relève du droit administratif global. Dans l'optique de lutter efficacement contre cette pratique, la France a adopté fin 2016 la « Loi Sapin 2 » contenant un certain nombre d'obligations à destination des entreprises menant une activité sur le sol national ou au-delà. La loi Sapin 2 prévoit en effet que les dirigeants de toute « société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros »[633], doivent notamment adopter :

> « 1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel […] ;
> 2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société[634] ».

Par ailleurs, si des infractions en matière de corruption « sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi française est applicable en toutes circonstances »[635]. La compétence du juge français en matière de corruption est ainsi établie même si l'infraction a été commise par un étranger, sur le sol étranger et à l'égard d'un agent étranger, à partir du moment où l'auteur présumé exerce une activité économique en France : elle est donc

[632] Cette question ne relève cependant pas de l'étude des sources formelles mais de celle des effets du droit produit par ces sources, qui seront abordées *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2.
[633] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 17, I.
[634] *Ibid*., II, 1° et 2°.
[635] *Ibid*., article 21. Ces dispositions sont intégrées aux actuels articles 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal.

quasiment universelle concernant ces infractions. Ce type de compétence extraterritoriale en matière de lutte contre la corruption n'est pas isolé. D'autres législations le prévoyaient bien avant, à l'instar du *Barberis Act 2010* britannique[636] ou du *Foreign Corrupt Practices Act* américain de 1977[637]. Par ce mécanisme, les États étendent la portée des normes de droit administratif global – ici, anti-corruption – adoptées à destination des entités globales privées[638]. Ces dernières en prennent d'ailleurs acte en n'hésitant pas à préciser, dans leurs codes de conduite, que ceux-ci sont fondés sur ces législations ou qu'ils s'inscrivent dans leur respect[639].

161. ***Autre exemple.*** D'autres domaines encore peuvent voir naître, par la source législative interne législative mais à vocation externe puisqu'à destination d'entités globales privées, des normes relevant du droit administratif global. À titre d'illustration, l'on peut citer l'article L113-1 du Code de la consommation, qui crée une obligation à la charge de tout fabricant, producteur ou distributeur d'un bien commercialisé en France de donner accès à certaines informations au consommateur, sur sa demande et lorsque ce dernier « a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux »[640]. La protection du consommateur, dont l'exercice dépasse assurément les frontières étatiques du fait de la

[636] *Bribery Act 2010*, 2010 c. 23, 8th April 2010.
[637] *Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, Public Law 105-366, as of July 22, 2004.
[638] Ces législations font l'objet de commentaires doctrinaux abondants. Pour des approches générales récentes, voir LIU Lianlian, *The Global Collaboration against Transnational Corruption. Motives, Hurdles, and Solutions*, Singapore, Plagrave MacMillan, 2019, 278 p., ou KREINDLER Richard, « Compétence-Compétence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements », *RCADI*, vol. 361, 2013, pp. 196 et ss. Sur l'imposition d'une obligation de *due diligence* par l'*UK Briberis Act*, voir par exemple RÜHMKORF Andreas, « From Transparency to Due Diligence Laws? Variations in Stringency of CSR Regulation in Global Supply Chains in the 'Home State' Of Multinational Enterprises », *in* DU PLESSIS Jean J., VAROTTIL Umakanth, VELDMAN Jeroen (dir.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, Cham, Springer, 2018, pp. 177-201, spéc. pp. 195-197.
[639] Voir par exemple HILTON WORLDWIDE, *Code de conduite. Politiques et Obligations pour travailler au Hilton*, 2012, p. 11 ; ou encore VALÉO, *Code de conduite des partenaires Valéo*, 2015, p. 3.
[640] Article L113-1 du Code de commerce, créé par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, qui est ainsi rédigé : « [l]e fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs. Lorsque le fabricant, le producteur ou le distributeur ne possède pas l'information demandée, il est tenu d'en informer le consommateur à l'origine de la demande […] ». Le texte antérieur, datant de 2014, était rédigé dans les mêmes termes mais ajoutait alors que « si la transmission au consommateur d'une information, en application du premier alinéa, est de nature à compromettre gravement les intérêts stratégiques ou industriels du fabricant, du producteur ou du distributeur concerné par la demande, celui-ci peut décider de ne pas la transmettre à condition d'en motiver les raisons » (article L117-1 du même Code, créé par la Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire).

globalisation des échanges et qui entraîne l'application de normes de transparence, fait donc l'objet, en France, de mesures de sources législatives et règlementaires qui peuvent être qualifiées de droit administratif global – bien qu'aucune sanction spécifique du manquement à cette obligation ne soit pour l'instant prévue[641]. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la source législative n'est donc pas marginale dans la génération du droit administratif global, loin s'en faut ; mais elle est concurrencée ou en tout cas fortement déterminée par les sources internationales – universelles ou régionales – dans les domaines qu'elle cherche à réguler.

B. La formation unilatérale externe du droit administratif global par les organisations internationales

162. ***Existence d'une relation verticale.*** L'État n'est pas le seul auteur du droit administratif global à avoir la capacité d'imposer des normes à ses sujets. Ainsi, l'existence d'actes hétéronormateurs adoptés par les organisations internationales à l'égard de ses États membres, bien que les premières ne disposent pas de la souveraineté, est bien admise. Ces actes n'ont plus l'organisation

> « comme destinataire, en tout cas exclusif. Ils s'adressent aux membres de l'organisation ainsi que, dans certains cas, aux personnes physiques et morales relevant de la sphère de compétence desdits membres de l'organisation. Même dotée d'un pouvoir de décision, une organisation internationale n'a pas le pouvoir en revanche d'imposer unilatéralement quelque obligation à un État qui ne serait pas partie à son traité institutif. [...]. Ces actes hétéronormateurs sont l'expression même du « *law-making power* » des organisations internationales. Les membres de l'organisation y sont en effet *assujettis* du fait même de leur participation à l'organisation, qu'ils en aient, ou non, accepté le contenu au moment de leur adoption lorsque celle-ci se fait à la majorité »[642].

La relation « sujet / assujetti » qui détermine la possibilité d'une réception verticale du droit administratif global étudié existe donc entre les organisations internationales et les États membres, bien que « [l]'appartenance à une organisation internationale conserve à l'État la plénitude des compétences qu'il peut exercer dans l'ordre international »[643].

---

[641] Voir, sur une disposition souffrant du même défaut, PELLIER Jean-Denis, « Quand le droit de la consommation ne sanctionne pas ! », *Dalloz actualité*, 24 janvier 2019.

[642] FORTEAU Mathias, « Chapitre 8. Organisations internationales et sources du droit », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 262, §519 (italique dans l'original).

[643] LAGRANGE Évelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer Law International, Études de droit international, 2002, p. 551.

163. ***Place spécifique de l'Union européenne dans la production normative externe.*** Les sources unilatérales externes du droit administratif global provenant des organisations internationales peuvent, cette fois[644], être distinguées en fonction de la réception dont font l'objet les normes émises. S'il n'est pas possible, dans le cadre de cette étude, d'envisager la totalité des modes de réception du droit dérivé des organisations internationales, qui a d'ailleurs fait l'objet d'études substantielles récentes[645], à tout le moins peut-on souligner dans quelle mesure celui-ci se révèle producteur de normes de droit administratif global (1). L'une des particularités de l'Union européenne est qu'elle prévoit et impose ses propres modes de réception ; mais en outre, celle-ci agit de la même manière qu'un État dans la production externe de droit administratif global (2).

1. Le droit dérivé des organisations internationales, source de droit administratif global à destination de leurs membres

164. ***Existence d'actes unilatéraux externes relevant du droit administratif global.*** Au-delà des actes unilatéraux internes applicables aux organisations internationales elles-mêmes, ces dernières mènent une action normative les amenant à créer du droit unilatéral à l'endroit des États membres les composant[646]. Il n'est pas rare que cette activité normative produise des normes relevant du droit administratif global, formées par des entités globales elles-mêmes soumises par ailleurs à d'autres normes de droit administratif global (de transparence, d'audit, *etc*.). Parfois, ces normes sont contenues dans un instrument d'application facultative, de sorte que sa réception n'est pas purement verticale et nécessite une adhésion des membres. À cet égard, l'on peut par exemple mentionner les « Principes de Santiago » de l'*International Working Group of Sovereign Wealth Funds* (IWG)[647]. Ces principes qualifiés de « standards », qui « constituent un cadre volontaire devant régir l'adoption de mécanismes appropriés de gouvernance et de responsabilisation ainsi que la mise en œuvre des pratiques des fonds

[644] L'approche proposée §151 a en effet consisté à envisager d'abord une distinction organique selon le l'ordre juridique d'émission de la norme.
[645] Voir en particulier LAGRANGE Évelyne, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012, pp. 239-552 et MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 151.
[646] À cet égard, « [l]'expression d'action normative des organisations internationales est plus extensive que celle d'acte juridique unilatéral. Elle y ajoute une activité qui est « prénormative » dans le sens où elle définit le contenu d'une norme souhaitée, qui deviendra peut-être du droit au terme d'un processus normateur formellement abouti. Ce processus pourra être la transformation en règle de droit coutumier, ou la reprise du contenu dans un traité, ou l'acceptation par un acte unilatéral étatique, ou encore la transposition dans les droits internes des États membres » (DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *op. cit.* note 152, §7).
[647] IWG, *Generally Accepted Principles and Practices*, octobre 2008.

souverains en matière d'investissement »[648], contiennent en effet des recommandations adoptées par le FMI en matière de fonds souverains à destination des États, lesquelles sont d'adoption volontaire[649]. D'autres normes unilatérales externes pouvant être analysées comme relevant du droit administratif global ne sont pas d'applications volontaires. Ainsi en est-il de certaines annexes à la Convention de Chicago concernant l'aviation civile internationale[650], qui n'ont d'ailleurs d'annexe à la convention que le nom[651]. Celles-ci constituent, malgré l'existence d'une « procédure de non-objection »[652], c'est-à-dire d'une capacité de blocage des annexes et amendements aux annexes par la formulation d'objections par la majorité des États destinataires[653], des décisions unilatérales de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Les normes contenues, par exemple, dans l'Annexe 16 et définissant l'unité métrique d'évaluation des émissions maximales de CO2 autorisées par les avions[654] doivent être regardées comme relevant du droit administratif global[655]. L'on pense également, par exemple, au Règlement sanitaire international de l'OMS, qui crée en particulier des obligations de

[648] LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 308, note 891.

[649] Voir sur ces Principes MALATHOUNI Eliza, « The Informality of the Internatioanl Forum of Sovereign Wealth Funds and the Santiago Principles: A Conscious Choice or a Necessity ? », *in* BERMAN Ayelet, DUQUET Sanderijn, PAUWELYN Joost, WESSEL Ramses A., WOUTERS Jan (dir.), *Informal International Lawmaking : Case Studies*, The Hague, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 251-286 ; voir spéc. pp. 271-280 ; LIPPINCOTT Meg, « Depoliticizing Sovereign Wealth Funds Trough, International Arbitration », *CJIL*, vol. 13, n°2, 2013, pp. 656-660 ; ou encore COISSARD Steven, ECHINARD Yann, LAURENT Alain, « L'émergence des fonds souverains. Réalités et enjeux », *AFRI*, vol. XII, 2011, pp. 855-871. Pour une critique, voir BISMUTH Régis, « The "Santiago Principles" for Sovereign Wealth Funds: The Shortcomings and the Futility of Self-Regulation », *European Business Law Review*, vol. 28, n°1, 2017, pp. 69–88.

[650] Convention sur l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944. Au regard des effets environnementaux et économiques du secteur de l'aviation civile internationale, il est possible d'y voir une situation « globale » au sens de l'étude, de sorte que les normes s'y rapportant sont susceptibles d'intégrer le champ du droit administratif global..

[651] Sur les flottements terminologiques en vigueur dans le discours de l'OACI, voir MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 151, pp. 89-90.

[652] D'ASPREMONT Jean, avec le concours de VENTURA Daniel, « Chapitre 13. La composition des organes et le processus décisionnel », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, *op. cit*. note 642, p. 429, §847.

[653] Voir l'article 90 (a) de la Convention sur l'aviation civile internationale, précitée note 650 : « [t]oute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux États contractants ou à la fin d'une période plus longue fixée par le Conseil, à moins qu'entre temps la majorité des États contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil ». À ce propos, voir TRIGEAUD Béatrice, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, pp. 156-169.

[654] OACI, Annexe 16 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, Protection de l'environnement, Volume III — Émissions de CO2 des avions, Première édition, juillet 2017, article 2.4. Cette édition de l'Annexe est entrée en vigueur le 1er janvier 2018.

[655] Il n'est plus à démontrer que la protection de l'environnement constitue un enjeu « global » de premier plan et que la pollution atmosphérique a des conséquences universelles ; ces normes, en prévoyant une limitation de la pollution, contribuent à soumettre les entités globales évoluant dans le secteur de l'aviation à un contrôle public de leur activité. Sur la mise en avant des considérations environnementales codifiées par les volumes précédents de l'annexe 16 par l'Union européenne, voir CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 801-805.

notification à l'égard de l'État en cas d'évènement sanitaire susceptible de dépasser ses frontières :

> « [c]haque État Partie notifie à l'OMS, par les moyens de communication les plus efficaces dont il dispose, par l'intermédiaire du point focal national RSI et dans les 24 heures suivant l'évaluation des informations de santé publique, tout événement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale au regard de l'instrument de décision, ainsi que toute mesure sanitaire prise pour faire face à ces événements »[656].

L'adoption unilatérale de cette révision en 2005, qui a pu être analysée sous l'angle du *Global administrative law*[657], constitue une adaptation de l'organisation aux nouveaux défis sanitaires, laquelle passe par l'imposition unilatérale de mécanismes de gouvernance et de coopération que l'on retrouve, on l'a vu, dans d'autres secteurs couverts par le droit administratif global. Il est donc clair que les organisations internationales jouent un rôle dans la formation des normes relevant du droit administratif global, en recommandant aux États membres ou en les contraignant à adopter certaines normes en relevant. Cela est d'autant plus vrai dans le cas du droit dérivé adopté à la majorité – et non à l'unanimité – qui peut être, dans ce cas, considéré comme totalement *imposé* aux États membres. Bien qu'une vision purement volontariste tende à considérer que l'État fera toujours acte de volonté en se soumettant au dit droit, une vision opposée – et plus proche de la réalité selon nous – considèrera ainsi que même si celui-ci dispose toujours de la souveraineté, ces règles sont parfois imposées sans son consentement[658].

165. ***Caractère externe des actes unilatéraux.*** La situation qui a été envisagée est celle du droit administratif global généré par le droit dérivé d'une organisation internationale, à l'intention de ses propres membres. Dans cette hypothèse, doit-on considérer le droit

---

[656] OMS, Règlement sanitaire international (2005), troisième édition, 2016, article 6, 1. Sur ce règlement, voir DE POOTER Hélène, *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, Paris, Pedone, 2015, pp. 27 et ss. ; BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005 », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1157-1181.

[657] Voir ainsi FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 150-158, ou encore HEAT J. Benton, « SARS, the 'Swine Flu' Crisis and Emergency Procedures in the WHO », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edinburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. I. States and Global Administrations in Context, pp. 147-153. Sur ce cas, nous rejoignons dans l'ensemble les analyses menées par la doctrine du *GAL*.

[658] Pour une illustration particulièrement vive de ce débat, voir COMBACAU Jean, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *in* CASSELLA Sarah, DELABIE Lucie (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'études en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 116-119.

administratif global créé comme *externe* ? Deux positions peuvent être défendues sur ce point. D'une part, l'on peut considérer, du point de vue de l'ordre juridique de l'organisation internationale, que ce droit est à vocation purement interne puisqu'à destination de ses propres membres. D'un autre côté, du point de vue plus général de l'ordre juridique international, une solution intellectuellement satisfaisante consiste à prendre comme critère de la vocation externe d'une règle la personnalité juridique du destinataire. En d'autres termes, si la personnalité juridique de l'émetteur est la même que celle du destinataire dans l'ordre international, le droit analysé ne doit pas être considéré comme à vocation externe ; lorsque le destinataire de la règle jouit d'une personnalité juridique distincte, la vocation du droit peut à l'inverse être qualifiée d'externe[659]. Dans la mesure où il est incontestable que les organisations internationales émettrices disposent – dans leur domaine de spécialité – d'une personnalité juridique distincte de celles de leurs États membres, il est possible de considérer de manière générale que le droit dérivé des organisations internationales peut constituer une source externe du droit administratif global du point de vue des États. Cette solution est largement adoptée par la doctrine s'intéressant aux sources du droit des organisations internationales :

> « [l]'action normative « externe » des organisations internationales a pour destinataires les États, envisagés en tant que sujets de droit international distincts de celles-ci. Son objet est l'exercice des compétences matérielles des États sur leur territoire et sur les personnes placées sous leur juridiction. Elle vise à encadrer la puissance étatique et assurer la coopération internationale dans le domaine d'activité propre à chaque organisation »[660].

Sous réserve des considérations liées à la diversité des modalités de leurs réceptions selon les ordres juridiques concernés, il est donc possible de conclure qu'il existe des sources unilatérales externes du droit administratif global formées à l'égard de leurs sujets.

2. Le rôle spécifique de l'Union européenne dans la formation du droit administratif global à vocation externe

166. ***Source de droit administratif global externe relatif à la protection des données.*** En matière de protection de l'administré découlant de sources unilatérales externes du droit administratif global, il faut relever le rôle majeur de l'Union européenne en matière de données personnelles. En adoptant le Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard

[659] Cette solution n'est pas nécessairement valide dans les organisations complexes, qui peuvent attribuer la personnalité juridique, et parfois des personnalités juridiques distinctes, à plusieurs de leurs organes. Elle suffit néanmoins à envisager les sources du droit administratif global étudiées ici.
[660] DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *op. cit.* note 152, §38.

du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après : le « RGPD »)[661], l'Union européenne impose en effet à toute entreprise, organisation non gouvernementale, État – bref à toute entité – des normes procédurales en matière d'utilisation de ces données. Son champ d'application est particulièrement étendu[662], au point que « la quasi-totalité d'Internet pourrait tomber dans le champ d'application spatial du RGPD »[663]. Ce Règlement tentaculaire, qui est entré en application le 25 mai 2018, constitue une illustration particulièrement saisissante de la capacité de l'Union européenne à générer du droit administratif global à vocation externe. Ses articles 12 à 15 prévoient ainsi des obligations de transparence et des droits d'accès aux données les concernant au bénéfice des usagers d'Internet[664], tandis que les articles 77 à 84 créent un droit de réclamation, un droit au recours juridictionnel et à la réparation devant les juridictions compétentes en cas de violation des mesures européennes. Les premières sanctions en vertu du RGPD ont été prononcées en 2019 en France, avec une décision remarquée condamnant la société Google – société californienne

[661] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L 119/1.

[662] Voir l'article 3 du Règlement (*ibid.*) : « 1. Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union. 2. Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées: a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union. 3. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public ». Voir sur ce point (malgré sa publication avant l'adoption du RGPD) GALLADO MESEGUER Marc, « Aperçu de la dimension internationale du Règlement général sur la protection des données à caractère personnel », *in* GROSJEAN Alain (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 119-121. Plus généralement, voir DOCQUIR Benjamin (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, 175 p.

[663] PAILLER Ludovic, « L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) – Commentaire de l'article 3 », *JDI*, n°3/2018, p. 848. Voir l'intégralité de la contribution, pp. 823-849, pour une analyse précise de ce champ.

[664] Plus précisément, le RGPD est applicable à tout « traitement » relatif à une « personne concernée ». Le traitement est défini comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction » (Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, précité note 661, article 4.2)). La « personne concernée » est toute « personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale » (*Ibid.*, article 4.1)). Toute information se rapportant à une telle personne est qualifiée de « données à caractère personnel ».

de droit américain – à la somme colossale de 50 millions d'euros. La CNIL note ainsi, et en particulier, que

> « les informations qui doivent être communiquées aux personnes en application de l'article 13 sont excessivement éparpillées dans plusieurs documents [...]. Ces différents documents comportent des boutons et liens qu'il est nécessaire d'activer pour prendre connaissance d'informations complémentaires. Un tel choix ergonomique entraine une fragmentation des informations obligeant ainsi l'utilisateur à multiplier les clics nécessaires pour accéder aux différents documents. Celui-ci doit ensuite consulter attentivement une grande quantité d'informations avant de pouvoir identifier le ou les paragraphes pertinents. Le travail fourni par l'utilisateur ne s'arrête toutefois pas là puisqu'il devra encore recouper et comparer les informations collectées afin de comprendre quelles données sont collectées en fonction des différents paramétrages qu'il aura pu choisir. [...] Dans les deux cas de figures décrits, cinq actions sont nécessaires à l'utilisateur pour accéder à l'information relative à la personnalisation des annonces et six en ce qui concerne la géolocalisation. [...] Dès lors, la formation restreinte estime dans ce cas de figure que la multiplication des actions nécessaires, combinée à un choix de titres non explicites ne satisfait pas aux exigences de transparence et d'accessibilité de l'information »[665].

167. ***Une source principale et originale de droit administratif global.*** L'impact du RGPD n'a pour l'instant pas fait l'objet d'analyses par la doctrine du *GAL*[666], mais cet instrument constitue manifestement l'une des sources principales du droit administratif global en matière de protection de l'usager d'internet, tant par son contenu que du fait de son champ d'application quasi-universel. Au-delà du système institutionnel particulièrement développé par l'Union européenne, dont la réception des normes est imposée de manière à assurer une verticalité proche de celle envisagée entre l'État et les entreprises soumises à sa juridiction[667], la source de droit de l'Union européenne que constitue l'imposition du RGPD est ainsi doublement originale. D'une part, le dispositif lui-même est novateur. Ainsi, alors que, dans d'autres secteurs, les États européens se sont inspirés de législations américaines, les États-Unis ne disposent pas de législation générale concernant la protection des données à caractère

[665] CNIL, Délibération de la formation restreinte n° SAN–2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC.

[666] Certaines études ont cependant mis en lumière certaines limites du RGPD et proposé des pistes de réflexion pour améliorer la légitimité, par la procédure, des entités globales qui y sont soumises s'agissant des données personnelles. Voir, par exemple, TAMÒ-LARRIEUX Aurelia, *Designing for Privacy and its Legal Framework. Data Protection by Design and Default for the Internet of Things*, Cham, Springer, Law, Governance and Technology Series, vol. 40, 250 p., et notamment sa conclusion p. 248 : « Further regulatory development could be realized through modification of the burden of legitimization, for instance by (1) shifting the burden of proof for privacy and data protection from users to developers, (2) establishing stricter anti-discrimination rules, or (3) establishing anti-circumvention rules ».

[667] Voir la synthèse de MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 151, pp. 17-18.

personnel, cette dernière étant disséminée de manière sectorielle[668]. Le RGPD est donc pionnier et constitue une source d'inspiration pour les régimes étrangers émergeant[669]. D'autre part, le RGPD permet à l'Union européenne d'imposer unilatéralement des règles précises considérées comme relevant du droit administratif global non seulement aux États qui sont ses sujets, mais également, au regard de l'article 3[670], aux entreprises multinationales souhaitant accéder au marché européen, ainsi qu'à toute entité présente sur le sol européen voire au-delà lorsque le traitement affecte « des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union »[671] – dès lors que leur activité relève du champ d'application du droit de l'Union[672].

168. ***Haut degré de verticalité favorisant la formation externe du droit administratif global.*** Il est aisé de voir, dans les compétences exercées par l'Union européenne par l'intermédiaire du RGPD, des compétences territoriale et personnelle semblables à celles que la souveraineté confère aux États. Or, l'Union européenne, bien qu'elle *agisse* comme un État sur la scène internationale[673], n'en est naturellement pas un. Il faut donc relever le statut spécifique de l'Union européenne parmi les créateurs du droit administratif global, lequel peut conduire à la confusion avec les sources unilatérales externes nationales de ce droit. Il est dès lors possible de conclure qu'il existe, au sein du droit administratif global généré par les organisations internationales, un *dégradé* dans la verticalité de sa réception. Si les sources unilatérales externes en provenance d'organisations de coopération présentent une verticalité dépendant substantiellement de leur réception par les États membres, celles provenant de l'Union européenne présentent une verticalité prédéterminée, au point qu'elles prétendent atteindre *directement* les entités globales placées sous la juridiction de ses États membres.

---

[668] Voir les propos de CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Chapitre 1. Sécurité et transfert des données dans les relations transatlantiques », *in* AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 246.

[669] Tel est le cas de la Californie qui a adopté en 2018 le *California Consumer Privacy Act of 2018*, Assembly Bill No. AB 375, approved by Governor June 28, 2018 sur le modèle du RGPD. Motivé par d'autres impératifs – la perspective du *Brexit* – le *Data Protection Act* britannique constitue également une réplique améliorée du RGPD (*Data Protection Act 2018*, 2018 c. 12, 23rd May 2018 ; voir en particulier la 2ème partie, chapitre 3 qui s'applique à certaines situations non soumises au règlement européen).

[670] Voir *supra*, note 664.

[671] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, précité note 661, article 3, 2.

[672] *Ibid*., article 2, 2., a).

[673] Comme le rappelle Alina Miron, « dans ses relations avec l'extérieur, l'Union européenne, et surtout ses juridictions, s'affichent comme des ordres juridiques internes » (MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, *op. cit.* note 151, p. 18).

II. La réception verticale d'actes unilatéraux juridictionnels

169. ***Mesure dans laquelle la jurisprudence constitue un acte unilatéral.*** La première question qu'il convient de se poser à l'orée d'une analyse des sources jurisprudentielles externes du droit administratif global est celle de son caractère « unilatéral ». Lorsqu'un organe contentieux crée une norme unilatérale *interne* de droit administratif global, il a été précisé au chapitre précédent que la source de cette norme résidait dans l'*usage*, c'est-à-dire d'un mode de formation unilatéral *informel* du point de vue de l'entité globale[674]. Ce choix implique de considérer que la jurisprudence constitue un acte unilatéral, ce qui n'est pas couramment affirmé par la doctrine. Pourtant, la définition de l'acte unilatéral ne s'oppose *prima facie* pas à une telle intégration, dans la mesure où il s'agit de

> « l'acte juridique par lequel une seule « partie » (ou un seul « côté », du latin « *latus* ») crée des normes ayant pour objet de régir des rapports juridiques intéressant d'autres sujets de droit que celui ou ceux qui composent cette partie. [...] Ainsi, l'acte unilatéral peut résulter d'un concours de volonté, aussi bien que d'une manifestation de volonté individuelle : il suffit que les sujets de droit auteurs de l'acte constituent un « côté », une « partie » unique, vis-à-vis de ceux dont les rapports juridiques seront régis par les normes posées, bien qu'ils n'aient pas contribué à la formation de l'acte »[675].

En ce sens, la jurisprudence peut bien être intégrée à l'étude des sources unilatérales du droit administratif global entendues comme les modes de formation par l'exercice d'un pouvoir normatif unilatéral – ici à destination des sujets du titulaire dudit pouvoir. Ainsi les actes juridictionnels relèvent-ils de la vaste catégorie des actes unilatéraux, même s'ils sont *spéciaux*. La doctrine les incluant parmi les actes unilatéraux les classe d'ailleurs parmi les actes individuels, ce qui n'affecte pas le raisonnement proposé :

> « les actes unilatéraux que sont les actes juridictionnels pris par des organes institués, qui, même lorsqu'ils statuent sur des litiges relatifs à la répartition des compétences territoriales, restent des actes individuels en raison du principe d'autorité relative de la chose jugée. Le processus très spécifique de généralisation de ces normes d'origine juridictionnelle, qui prend le nom de « jurisprudence », nous paraît relever d'un mode distinct de création du droit par rapport aux actes unilatéraux à portée générale »[676].

170. ***Prédominance de la jurisprudence internationale parmi les sources étudiées.*** Parmi les sources unilatérales externes de droit administratif global que constitue donc la jurisprudence,

---

[674] Voir *supra*, §§119 et ss.

[675] DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *op. cit.* note 595, §3.

[676] *Ibid.*, §4. Voir également, sur le caractère « unilatéral » des actes juridiques unilatéraux, ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, pp. 77-80.

les décisions des juridictions internationales se singularisent par leur rôle prépondérant (**B**). Ce n'est pas à dire que la jurisprudence nationale ne joue qu'un rôle mineur dans la formation du droit administratif global à destination externe. Cependant, sa marge de manœuvre apparaît dans les faits limitée à la technique de l'extension de l'applicabilité du droit national (**A**).

A. L'apport technique de jurisprudence nationale à la formation du droit administratif global

171. ***Qualité de source et fonction technique.*** Jusqu'à présent, chaque foyer de production du droit a fait l'objet d'une réflexion préliminaire sur la question de savoir si celui-ci peut, ou non, être considéré comme une source de droit – dans la mesure où ladite question fait débat. Les solutions ont consisté, face à ces interrogations, à se référer à l'ordre juridique qui confère la réponse la plus satisfaisante, étant entendu que cette « satisfaction » a conduit à déterminer qu'une approche pluraliste du droit était indispensable à la compréhension de la formation du droit administratif global[677]. Dans le cas de la jurisprudence nationale, il n'existe pas de consensus évident, bien que la qualité de source unilatérale s'impose à notre sens du point de vue du droit administratif global (1). Son champ apparaît cependant limité à une fonction *technique* (2).

1. La qualité de « source » de la jurisprudence nationale en question

172. ***Ancien débat doctrinal en France.*** Le débat sur la question de savoir si la jurisprudence constitue ou non une source formelle de droit n'est pas nouveau en France. Ainsi, au début du 20ème siècle, Gény se refuse à hisser la jurisprudence au rang des sources formelles du droit privé positif[678]. D'un autre côté, Duguit associe la coutume, la jurisprudence et la loi[679], qui « ne sont pas des sources du droit, mais des modes de constatation de la règle de droit »[680]. De manière générale, les auteurs de l'époque s'opposent, la considérant soit comme une source

[677] Tel a ainsi été le cas de la jurisprudence des organes et juridictions internationaux, laquelle a été envisagée dans le chapitre précédent sous l'angle de le la théorie des sources du droit des organisations internationales.
[678] GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, Paris, LGDJ, 1919, p. 35 ; voir aussi p. 49. Il n'en dénie pour autant pas les effets ; voir CHAZAL Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ*, 2011, vol. 65, n°2010/2, p. 89.
[679] Il rejette pourtant fermement, plus loin, cette association : « [l]'école historique allemande, avec Savigny, Puchta, Beseler, faisait du droit des juristes […] une troisième source du droit qui venait s'ajouter à la coutume et à la loi. Je n'ai jamais compris pourquoi » (DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème édition, Tome premier, Paris, Fontenoing & Cie, 1927, p. 160).
[680] *Ibid.*, p. 151. Cependant, la jurisprudence est comprise comme « l'ensemble des solutions données par tous ceux qui, dans un pays déterminé, sont présumés avoir la connaissance du droit, les juristes professionnels et les agents publics », allant plus loin que les solutions rendues par les juridictions (*ibid.*, p. 160).

formelle du droit positif (à l'instar de Capitant[681]), soit non (comme Carré de Malberg, qui estime que les règles ainsi générées restent *inter partes*[682]). La question n'est pas encore tranchée unanimement de nos jours, pour ce qui concerne la France. La doctrine considère sans difficulté que la jurisprudence constitue une source – au sens matériel – du droit administratif et du droit en général ; mais « [s]i, au contraire, la notion de source est entendue au sens formel, la question posée est insoluble »[683]. L'opération intellectuelle consistant à mettre, dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique, la jurisprudence, en tant que source, sur un pied d'égalité avec la loi voire avec la coutume demeure repoussante pour les auteurs contemporains, qui pour certains ne peuvent s'y résoudre. Certains auteurs s'y opposent toujours[684], tandis que d'autres préfèrent contourner la question pour aborder celle, plus aisément soluble ou discutable, du rôle du juge[685], ou effleurent la contradiction[686]. Le débat semble néanmoins s'essouffler, et la doctrine admet largement que la jurisprudence constitue une source formelle du droit[687].

173. ***Approche retenue.*** Michel Fromont constate que malgré la difficulté des spécialistes français de droit privé à l'admettre, « tous les pays romanistes admettent aujourd'hui que la

[681] CAPITANT René, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, p. 115 : « [f]aire le tableau du droit positif à un moment donné, c'est faire une synthèse du droit édicté par les différentes sources, législation écrite, coutume, jurisprudence, pratique administrative […] ».
[682] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933, p. 118.
[683] DEGUERGUE Maryse, « Jurisprudence », *Droits*, n°34, Mots de la justice, 2001, p. 98.
[684] Voir notamment TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 10ème édition, Paris, Dalloz, 2015, pp. 288-292, dont le refus tient à ce que l'absence de règle du précédent ferait que la règle jurisprudentielle peut toujours être remise en cause par une autre règle jurisprudentielle. La réalité le dément cependant, les jurisprudences des juridictions suprêmes ayant une valeur obligatoire implicite (DEGUERGUE Maryse, « Jurisprudence », *ibid.*, p. 102).
[685] Voir par exemple GATSI Jean, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *RIDC*, vol. 64, n°2, 2012, p. 478 : « [l]e caractère de source du droit de la jurisprudence est bien une lapalissade. Elle ne l'est certainement pas au même titre que les deux principales, à savoir la loi et la coutume. Dans les systèmes de tradition juridique romano-germanique, on lui méconnaît le caractère de source directe du droit, tout en lui reconnaissant une certaine autorité, une certaine influence ».
[686] Voir exemple VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil. Tome 1*, 38ème édition, Paris, LGDJ, 2018, pp. 49-50 ; les auteurs indiquent que « [l]a jurisprudence n'est pas une véritable source de droit » avant de préciser que « [e]n pratique, la jurisprudence est assimilée à une source de droit », autour d'une distinction contestable entre l'obligation par un tribunal d'appliquer la loi et l'absence d'obligation de suivre la jurisprudence.
[687] Pour un exemple civiliste, voir MOLFESSIS Nicolas, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, n°126, 2008, p. 88 : « on aura beau prétendre que la jurisprudence ne saurait être une source du droit, son pouvoir créateur est bien évident ». Pour un exemple administrativiste, voir TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2011, p. 181 : « [s]i l'arrêt de règlement est proscrit, l'arrêt de principe qui lui ressemble beaucoup, est courant : il tranche une affaire avec une motivation exprimée en forme de principe. La pratique s'est établie en droit administratif de suivre la jurisprudence : c'est commode (elle indique la règle à appliquer ou la manière de l'appliquer) et prudent (dans une affaire identique, le juge statuera vraisemblablement de la même manière). La règle jurisprudentielle peut évoluer comme la règle écrite : le revirement de jurisprudence est de l'essence de la jurisprudence ».

jurisprudence est une source de droit »[688]. Mathias Audit, s'appuyant sur des travaux de droit comparé, formule dans le même sens la conclusion qui semble s'imposer :

> « [d]ans toute décision de jurisprudence, et quelle que soit la tradition dans laquelle elle s'inscrit, il y a un énoncé qui vient abonder le système juridique auquel appartient la juridiction qui en est à l'origine. Plus encore, si cette décision précise une règle écrite préexistante ou si elle élabore un nouvel énoncé normatif, elle pourra être reprise par d'autres juges saisis de cas d'espèce similaires ou proches »[689].

Sur la base de ces éléments, il est possible de dégager non pas la qualité de source de la jurisprudence – celle-ci semble acquise – mais les *conditions* dans lesquelles la jurisprudence nationale doit être considérée comme une source unilatérale de droit. Celles-ci peuvent se résumer ainsi : sans préjudice des habilitations légales et constitutionnelles pertinentes, la jurisprudence constitue une source du droit lorsqu'elle crée, étend ou complète une règle – c'est-à-dire dès lors qu'elle ne se borne pas à « simplement » appliquer une règle existante. Pourtant, si le juge national fait parfois œuvre prétorienne matérielle *interne*[690], l'essentiel de son activité normative à l'égard des entreprises transnationales consiste à étendre l'applicabilité du droit administratif global dégagé unilatéralement par l'État.

2. La fonction de « relais » de la source jurisprudentielle nationale

174. ***Mobilisation de la théorie des effets.*** Il ressort de l'étude[691] que l'action jurisprudentielle relevant du droit administratif global à vocation externe consiste surtout, pour le juge, à appliquer le droit interne existant au-delà de sa juridiction pour des motifs d'intérêt public. Le raisonnement est bien connu en droit international économique : la « théorie des effets » convoquée par le juge ou le législateur permet ainsi d'appliquer telle ou telle règle à une entité dont les activités ont des *effets* sur le territoire national – ou régional, dans le cas de l'Union européenne et du RGPD. La particularité de ce raisonnement est qu'il permet de transcender,

---

[688] FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, p. 81. L'auteur note que seules deux questions générales subsistent : la différence de valeur entre les règles jurisprudentielles et ce que les juristes français ont appelé les principes généraux de droit d'une part, et la question du rang général des règles jurisprudentielles ainsi conclue : « [m]ême si la chose est contestée dans certains pays, notamment la France, tout se passe comme si la règle dégagée par la jurisprudence partageait l'autorité de la règle qu'elle est censée interpréter » (p. 82).

[689] AUDIT Mathias, « Chapitre 2. La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », *in* LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 120.

[690] Tel est le cas lorsqu'il ouvre une voie de recours non prévue par le droit interne ; voir *infra*, §203.

[691] Celle-ci se base, s'agissant de ce développement, sur la consultation des bases de données jurisprudentielles françaises (Conseil d'État, Cour de Cassation, Conseil constitutionnel) et sur le large corpus que constitue doctrine du *GAL* qui a étudié de nombreuses affaires soumises aux juges français, italien et américain sous l'angle du droit administratif global.

pour faire face souvent à certaines conséquences de la globalisation, le cadre des compétences classiques de l'État fixé par le droit international coutumier. Pour rappel, la compétence de l'État[692] s'exerce généralement sur son territoire[693], mais peut également s'exercer en-dehors, par l'intermédiaire de plusieurs techniques. Dans cette catégorie[694] peuvent être classées des compétences territoriales dites « mineures », ainsi que les compétences personnelles qui concernent certaines personnes physiques ou morales et certains objets. Pour déterminer quelles personnes sont soumises à une compétence personnelle d'un État, il convient de s'intéresser aux liens entre les personnes et l'État concerné ; le principal étant la *nationalité*[695] des personnes, qui est généralement traduite par *l'immatriculation* lorsqu'il s'agit d'objets (engins spatiaux, navires par le pavillon, *etc*.)[696]. C'est dans le cas où ces liens sont ténus voire inexistants que la théorie des effets est mobilisée par le juge – mais aussi par la loi ou le règlement européen, dans certains cas évoqués *supra*[697] –, pour justifier « l'application du droit national à une situation dont la cause est localisée à l'étranger mais dont certains effets se font sentir sur le territoire national »[698]. Les exemples sont foisonnants en droit international économique – l'on pense en particulier aux affaires *BNB Paribas* et *Alstom*[699].

175. ***Exemple de l'affaire*** **Google – Vivi Down.** En matière de droit administratif global, l'affaire *Google – Vivi Down*, étudiée par la doctrine du *Global administrative law* sous l'angle peu clair des « dimensions globales de la démocratie » est sans doute la plus emblématique[700].

---

[692] Classiquement, on peut la définir comme un « pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international à un État (…) de connaître d'une affaire, de prendre une décision, de régler un différend » (DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Ngyuen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 513, citant BASDEVANT Jules (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Éditions Sirey, 1960, p. 132).

[693] Même si l'on peut aussi considérer que c'est l'exercice de la compétence territoriale qui permet de définir le territoire d'un État et pas l'inverse ; voir *ibid*.

[694] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, *op. cit*. note 692, p. 536.

[695] De manière très générale, voir SFDI, *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, 528 p.

[696] Voir ALOUPI Niki, *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, Thèse de droit public soutenue le 27 avril 2011, Université Panthéon-Assas, 602 p.

[697] Voir *supra*, §§166 et ss.

[698] ASCENSIO Hervé, *Droit international économique*, Paris, PUF, Thémis droit, 2018, p. 22.

[699] BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, vol. 62, 2015, pp. 785-807.

[700] CAROTTI Bruno, « The *Google – Vivi Down* Case: Provider's Responsibity, Privacy and Internet Freedom », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 706, vol. VII. Global Dimensions of Democracy, pp. 177-183. Nous nous démarquons pleinement de la doctrine du *GAL* sur ce point, la mention de la « démocratie » appelant de nombreuses réserves (voir, sur ce point, *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2, section 2). Cette position n'implique pas pour autant un rejet de la possible qualification de droit administratif global de ces normes, au regard des critères de définition retenus du droit administratif global à l'orée de cette étude. Pour une autre étude relative à l'extraterritorialité de mesures nationales sous l'angle du GAL, voir BATTINI Stefano, « Globalisation and Extraterritorial Regulation: An

Cette affaire médiatique a débuté par la diffusion sur *Google Vidéo* d'une séquence montrant trois adolescents malmenant un enfant autiste dans une école à Turin, le 9 septembre 2006. Après la circulation rapide de l'extrait, qui est téléchargé plus de cinq mille fois, l'entreprise Google est contactée par la police italienne et le retire immédiatement – le 7 novembre 2006. Plusieurs contentieux s'ensuivent. En particulier, l'association *Vivi Down* maintient – avec l'appui de la municipalité de Milan où siège *Google Italy* et du père de la victime, lequel abandonnera néanmoins le procès à la suite d'un accord trouvé avec l'entreprise – une accusation fondée sur l'absence de contrôle des contenus diffusés. Trois hauts dirigeants de *Google Italy* sont condamnés par le Tribunal de Milan en 2010, par contumace, à six mois de prison avec sursis sur le fondement de la loi italienne[701] pour manquement à leur obligation de fournir une protection adéquate aux données personnelles[702]. L'originalité de la décision – en ce qui concerne le droit administratif global – réside dans le raisonnement du juge qui considère la loi italienne applicable, alors même que les serveurs sur lesquels était stockée la vidéo incriminée sont implantés aux États-Unis. Pour justifier cette extraterritorialité, le juge unique s'appuie sur la simple présence de *Google Italy*, filiale de *Google Inc.* (société de droit irlandais) sur le sol italien. L'argument peine à emporter la conviction puisque *Google Italy* n'intervient à aucun moment dans la chaîne de commandement et de contrôle, conformément à la stratégie de l'entreprise pour éviter d'être soumise à la loi italienne ; la motivation du juge est d'ailleurs elliptique :

> « This conclusion is linked to the following assertions (though it is hard to see a clear logical connection): (a) Google Italy was the "operative and commercial hand" of Google Inc; (b) Google Italy, like the other Google subsidiaries, was substantially a part of the group operating as a single unit, under the direction of Google Inc; (c) Google Italy had the possibility of linking advertising to the videos using the service Google AdWords »[703].

L'idée guidant ce raisonnement semble être que le contexte de l'activité d'une société[704] peut constituer un lien de rattachement suffisant pour appliquer de manière extraterritoriale une

---

Unexceptional Exception », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, 61-80, spéc. pp. 68-75 ; l'auteur conclut que « [g]lobalisation makes extraterritoriality less exceptional » (p. 75).

[701] Précisément, sur le fondement de l'article 167 de l'*Italian Data Protection Code* (Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 « Codice in materia di protezione dei dati personali », aujourd'hui modifié par le Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101).

[702] Tribunale Ordinario di Milano, 12 aprile 2010, *Repubblica Italiana v. Drummond, De Los Reyes and Fleischer*, Sentenza n. 1972/2010. Les accusations de diffamation seront écartées.

[703] SARTOR Giovanni, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA Mario, « The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 18-4, 2010, p. 362. p. 356-378

[704] Voir aussi STAIGER Dominic N., « Cross-border Data Flow in the Cloud Between the EU and the US », *in* CHEUNG Anne S.Y., WEBER Rolf H. (dir.), *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Technology and Society series, 2015, p. 108.

législation protectrice de certains droits fondamentaux, comme ici le droit au respect de ses données personnelles et au respect de la dignité humaine. Du point de vue du droit administratif global, l'apport à relever est le suivant : tant que l'entité globale n'a pas mis en place de procédure visant à garantir certains droits aux victimes de publications non désirées voire constituant des infractions pénales, les dirigeants de la filiale locale pourront être condamnés par la justice nationale, peu important leur responsabilité réelle sur le plan juridique. Ces solutions s'appuyant sur le caractère global d'une activité ont, depuis lors, été très largement confirmées par la jurisprudence, y compris au-delà des frontières de l'Union[705].

176. ***Contribution technique à la formation externe du droit administratif global.*** Les hypothèses impliquant une intervention du juge national conférant une portée extraterritoriale non initialement prévue par la loi (ou tout autre instrument) à une norme relevant du droit administratif global sont cependant rares et mal identifiées par la doctrine du *GAL*. Cette dernière a en effet, parfois, tendance à considérer de manière large que toute application extraterritoriale du droit et les conflits juridictionnels en découlant, dans des domaines dont le développement est lié à la globalisation – comme en matière de protection des données – relèvent du développement du droit administratif global[706]. Cette position semble excessive,

[705] Voir, notamment, Cour suprême du Canada, *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 28 juin 2017, 2017 CSC 34. La Cour juge en particulier, s'appuyant au regard des motifs de jugement sur la jurisprudence européenne concordante, que « [l]orsqu'il faut assurer l'efficacité de l'injonction [en l'espèce, de supprimer un site web de l'Internet alors même que *Google* est considéré comme un tiers non directement responsable du préjudice], un tribunal [canadien] peut accorder une injonction dictant une conduite à adopter n'importe où dans le monde. Le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale. L'Internet n'a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où *Google* exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement. Si l'injonction se limitait au Canada seulement ou à *google.ca*, la réparation ne pourrait pas empêcher comme il se doit le préjudice irréparable, car les acheteurs à l'extérieur du Canada pourraient facilement continuer à acheter des produits sur les sites Web de D et les acheteurs canadiens pourraient trouver ces sites même si ceux-ci ont été délistés de *google.ca* ». Un jugement américain, à l'initiative cette fois de *Google LLC*, de la *District Court for the Northern District of California* est venu neutraliser l'application de l'injonction canadienne aux États-Unis. Selon le juge américain, l'injonction canadienne porte en effet atteinte à l'intérêt public américain et à la liberté d'expression à l'échelle mondiale (US. District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 2 novembre 2017, *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, Case NO. 5:17-cv-04207-EJD). Cette solution n'a cependant pas été considérée comme un changement fondamental de circonstances de nature à fonder l'annulation de l'injonction par la Cour suprême de la Colombie Britannique, saisie en 2018 par les défenseurs de la société *Datalink* initialement incriminée (mais non directement par *Google* ; voir Supreme Court of British Columbia, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 16 avril 2018, 2018 BCSC 610, §§19-22).

[706] Pour un exemple représentatif, voir CAROTTI Bruno, « The *Google China* Case », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. VII. Global Dimensions of Democracy, pp. 163-167. L'auteur s'interroge en réalité sur le caractère transnational (ou global) d'Internet et sur l'absence de droit international ou transnational permettant de régler les éventuels conflits de compétence entre États, et constate que des acteurs globaux tels que *Google* doivent se plier aux règles nationales – y compris les moins éthiques – pour exercer leur activité sur le sol chinois. Pour un éclairage sur cette situation, plus généralement, voir JACOB Patrick, « Les

dans la mesure où il convient de distinguer, d'une part, la « simple » application extraterritoriale du droit prévue par la loi et l'application extraterritoriale du droit du fait du juge sans lien avec le droit administratif global, et, d'autre part, le cas où le juge national confère de sa propre initiative – par un acte unilatéral juridictionnel – portée extraterritoriale à une norme de droit administratif global. Seul ce dernier cas concerne le propos, ce qui implique que les contenus des décisions de justice nationales ne constituent pas des normes de droit administratif global : ils contribuent cependant à sa *formation externe* en étendant *l'applicabilité* d'une norme unilatérale à des entités qui n'étaient pas, initialement, considérées comme des sujets de cette norme. Autrement dit, l'intervention de la jurisprudence nationale s'apparente à celle d'un *relais* juridique de l'acte unilatéral externe initial dans le but de soumettre une entité globale à une norme – ou à un ensemble de normes – de droit administratif global développée au niveau national. En ce sens, sa fonction est *technique* dans le processus de formation de la norme de droit administratif global. Du point de vue de l'entité globale visée par la décision de justice, la norme de droit administratif global est appliquée par le concours de trois étapes. La première réside dans la formation unilatérale externe de la norme dans un ordre juridique national tiers ; la deuxième, dans la prétention unilatérale du juge étranger de la lui imposer verticalement ; enfin, la troisième consiste pour l'entité globale à *recevoir* la norme dans son ordre juridique interne – l'hypothèse de son refus de recevoir ladite norme relevant de l'analyse de l'effectivité du droit administratif global et non de sa formation *stricto sensu*.

B. L'apport substantiel de la jurisprudence internationale à la formation du droit administratif global

177. ***Vérification empirique et exclusion de certaines juridictions internationales.*** Étudier la manière dont les décisions rendues par les juridictions internationales contribuent à la formation du droit administratif global sans sombrer dans l'énumération est une gageure. Dans la mesure où les décisions de justice constituent des sources – certes auxiliaires – du droit international au regard de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, leur contribution à une théorie des sources formelles du droit administratif global ne soulève pas de difficulté doctrinale, et l'on peut d'emblée *présumer* que la jurisprudence internationale participe des modes de formation du droit administratif global. Aussi le développement suivant se bornera-t-il à confirmer le propos en examinant les actes juridictionnels produits par les trois juridictions

moyens de faire respecter le droit d'auteur dans l'environnement numérique », *in* SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, spéc. pp. 426-428.

les plus à même, soit à raison de leur importance dans le système juridictionnel international, soit *ratione materiae* au regard du caractère éminemment « global » des questions qu'elles ont à traiter. Cette démarche implique le choix d'exclure de nombreuses juridictions internationales dont il n'est pas possible, dans le cadre de cette étude, de rendre compte du rôle dans la formation du droit administratif global unilatéral externe. Ainsi l'étude n'a-t-elle pas tenu compte de la jurisprudence de la Cour permanente d'arbitrage[707], du Tribunal international du droit de la mer, de la Cour pénale internationale, ni des juridictions pénales internationales et internationalisées. Enfin, il convient de préciser que la jurisprudence régionale – en particulier celle de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme – est exclue, pour des raisons purement pratiques, de ces développements. Bien que contribuant très substantiellement à la formation unilatérale externe et verticale de normes de droit administratif global, leur apport à l'identification du phénomène de *pression juridique* à l'égard d'entités globales tierces est plus significatif encore ; dès lors, le choix de les traiter en section 2 s'imposait[708]. Compte tenu de ces remarques, il s'agit donc de procéder à la vérification empirique du rôle de la Cour internationale de Justice (1), des tribunaux arbitraux CIRDI (2) et de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC (3) dans la formation unilatérale externe du droit administratif global.

1. La rare formation de droit administratif global par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice

178. ***Remarques générales.*** Ce n'est que de façon accessoire, voire accidentelle, que la jurisprudence internationale interétatique générale – c'est-à-dire non spécialisée dans le règlement d'un type particulier de contentieux internationaux – semble développer des normes de droit administratif global. La Cour internationale de Justice (ci-après : la « Cour ») a certes eu l'occasion de reconnaître l'existence de coutumes dont le contenu peut relever du droit administratif global, notamment en matière environnementale[709]. Mais, du fait de la souveraineté étatique et de la limitation de sa compétence aux cas où celle-ci est consentie, elle n'a pas vraiment l'occasion de contribuer à la formation unilatérale de telles normes.

[707] L'emploi du terme « jurisprudence » ne signifie pas l'attribution de la qualité de « juridiction » à la Cour permanente d'arbitrage, qui n'en est pas une.
[708] Voir *infra*, §§205 et ss.
[709] Voir notamment CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil* 2010, §204. Cette jurisprudence sera étudiée parmi les sources coutumières du droit administratif global, *infra*, §285.

179. ***Normes procédurales pouvant relever du droit administratif global.*** L'on pourrait certes interpréter certaines précisions jurisprudentielles procédurales comme relevant d'un tel ensemble. En considérant par exemple, de manière extensive, que le maintien de la paix et la nécessité de parvenir à un règlement pacifique des différends interétatiques constitue une question « globale » – notamment eu égard aux conséquences dramatiques, pour les populations et entreprises que peuvent entraîner des mesures de sanction unilatérales –, l'on pourrait analyser les exigences procédurales posées par la Cour en vue de l'application des mesures conservatoires comme relevant du droit administratif global. Ainsi, l'abaissement du seuil du « préjudice irréparable » comme condition d'indication de mesures conservatoires, qui constitue une pure construction jurisprudentielle[710], peut être analysé comme offrant de nouveaux droits aux États demandeurs et comme les contraignant tous, conséquemment, à respecter un panel plus large de normes protectrices dans leur action internationale pour éviter le prononcé de mesures conservatoires. En jugeant de manière souple, en 2018, « qu'un préjudice peut être considéré comme irréparable lorsque la santé et la vie des personnes concernées est mise en danger »[711] mais surtout que « les personnes contraintes de quitter leur domicile sans possibilité de retour peuvent, en fonction des circonstances, courir un risque grave de préjudice irréparable »[712], la Cour contraint en effet les États à l'origine des sanctions

[710] C'est dans l'affaire du *Passage du Grand Belt* que la Cour indiqua que les mesures conservatoires n'étaient « justifiées que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un […] arrêt définitif ne soit rendu » (CIJ, *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Rec.* 1991, §23).

[711] CIJ, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, Rôle général n° 175, §91. Cette appréciation ne saurait néanmoins étonner, la Cour ayant dégagé cette idée dans l'affaire *Géorgie c. Russie* : « [d]es violations du droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État […] pourraient également causer un préjudice irréparable lorsque les personnes concernées sont exposées à des privations, à un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie et leur santé ; […] les personnes contraintes de quitter leur domicile et privées de leur droit de retour pourraient, en fonction des circonstances, courir un risque grave de préjudice irréparable » ((CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, *CIJ Rec.* 2008, §142).

[712] CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, Rôle général n° 172, §69. La Cour complète et « est d'avis qu'un préjudice peut être considéré comme irréparable lorsqu'il touche des personnes séparées de leur famille, de manière temporaire ou potentiellement continue, qui, de ce fait, endurent une souffrance psychologique ; lorsqu'il touche des élèves ou étudiants qui sont empêchés de se présenter à des examens parce qu'ils ont été obligés de partir ou qui ne peuvent poursuivre leurs études parce que les écoles ou universités refusent de leur communiquer leur dossier scolaire ou universitaire ; et lorsqu'il touche des personnes qui sont empêchées de comparaître dans le cadre d'une procédure ou de contester toute mesure qu'elles jugent discriminatoire » (*idem*). Il est frappant de noter que dans le raisonnement de la Cour (voir également les §§70-71), le risque de préjudice irréparable imminent est apprécié non au regard de l'action de l'État émetteur des mesures de contrainte, dont la mise en œuvre n'a pas été prouvée, mais par l'examen de la mesure telle qu'elle est *ressentie* par les ressortissants iraniens (ici, les victimes) de l'État demandeur, qui se sont *sentis obligés de quitter* les Émirats arabes unis, subissant en conséquence les atteintes caractérisées à leurs droits […] » (§70 ; nous soulignons).

incriminées à la prudence et à la mesure, dans le sens d'une meilleure protection des droits des individus. De manière plus générale, les modalités d'appréciation de la bonne foi des États et l'imposition d'un « délai raisonnable » en dehors de toute indication conventionnelle pourraient être intégrées dans une réflexion sur le rôle de la Cour en matière de droit administratif global[713].

2. La formation de droit administratif global par la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements

180. ***Exemple de la transparence.*** Le rôle de la jurisprudence arbitrale étant majeur dans la construction du droit international des investissements, il est logique que celle-ci constitue une source de droit administratif global. Le mouvement de codification des apports jurisprudentiels arbitraux dans les conventions récentes[714] confirme d'ailleurs cette contribution prétorienne en matière d'investissements, que les États cherchent sans doute à réguler compte tenu de la volatilité de la jurisprudence arbitrale[715]. L'un des exemples possibles – sachant que la doctrine du *global administrative law* ne s'intéresse, curieusement, que relativement peu à l'apport de l'arbitrage d'investissements à la construction du droit administratif global[716] – réside dans

[713] Par exemple, lorsque la Cour étend par analogie l'exigence d'un délai raisonnable en matière de retrait d'une déclaration formulée en vertu de l'article 36§2 de son Statut : « le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée » (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *CIJ Rec.* 1984, §63). Même si ce point ne revêt pas une importance déterminante dans l'espèce, il demeure que la Cour œuvre ce faisant en faveur de la sécurité juridique internationale.

[714] Voir en particulier l'article 8.10 de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/23, qui décline de manière assez novatrice une liste précise de cas de violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable.

[715] JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, vol. 62, 2016, p. 616. Ces éléments sont également à rapprocher des propos formulés au chapitre 1 quant à la fonction de formalisation des sources unilatérales du droit administratif global que revêt la codification – ici par la voie conventionnelle.

[716] Beaucoup d'études, notamment concernant l'affaire *Metalclad*, ne tirent en effet pas les conséquences systémiques des cas étudiés et se contentent d'une approche assez restrictive, alors que de très nombreux apports de telles analyses semblent possibles. Voir ainsi SCHILL Stephan W., « Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law », IILJ Working Paper 2006/6, *Global Administrative Law Series*, 2006, pp. 15 et ss. (l'auteur raisonne à partir des procédures administratives et non directement du droit administratif global) ; FONTANELLI Filippo, « The Metalclad NAFTA Litigation: What is National Courts' Role in Investment Arbitration? », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 706, vol. IV. The Enforcement of Global Decisions, p. 15-22 (se limitant globalement à une critique du raisonnement de la Cour canadienne) ; MARI Chiara, « Incomplete Domestic Enforcement: The Metalclad Corporation Case », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, pp. 174-178 (même approche). Voir cependant, pour nuancer, l'étude très riche de KINGSBURY Benedict, SCHILL Stephan, « Investor-State

l'inclusion de la transparence dans le standard du traitement juste et équitable[717]. Si plusieurs tribunaux arbitraux l'avaient inclus comme une composante de ce standard, la Cour suprême de Colombie britannique, se fondant sur une lecture étroite du chapitre 11 de l'ALENA, a pu juger que le Tribunal constitué dans l'affaire *Metalclad*[718] avait ce faisant excédé ses pouvoirs[719]. En effet, le chapitre 11 de l'ALENA est silencieux sur ce point, contrairement à d'autres traités[720] ; le Tribunal avait pourtant jugé que le comportement de l'État mexicain était contraire à la norme de transparence exigée par le Traité. Le fondement de cette annulation intervenue en 2001 a néanmoins été très largement contredit depuis lors, y compris dans le cadre de l'ALENA et en application du même texte[721], de sorte que la jurisprudence constante a fini par s'imposer en matière de transparence ; aujourd'hui, « son appartenance à un standard de bonne gouvernance comme l'est le traitement juste et équitable semble s'imposer en toute logique »[722]. Il est à noter que l'inclusion, par les tribunaux, du respect des attentes légitimes au sein du traitement juste et équitable répond à la même logique[723] et démontre, de la même manière, que la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements constitue une source unilatérale externe – particulièrement importante – de droit administratif global.

Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/6, *Global Administrative Law Series*, 2006, 53 p., spéc. pp. 11-17.

[717] En général sur la question, voir la dernière référence (*ibid*.) et DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, deuxième édition, Paris, Pedone, 2017, pp. 349-352.

[718] CIRDI, *Metalclad Corporation c. The United Mexican State*, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence finale, 30 août 2000. Voir en particulier le §88 : « [t]he absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA ». Sur cette affaire envisagée sous l'angle du droit administratif global – mais non avec la grille de lecture de la doctrine du *GAL* – voir, confirmant la présente analyse, ASCENSIO Hervé, « Les principes communs de procédure administrative en droit international économique », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, p. 71.

[719] Supreme Court of British Columbia, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2 mai 2001, 2001 BCSC 664, §72 : « [a]fter discussing the facts and concluding that the Municipality's denial of the construction permit was improper, the Tribunal stated its conclusion which formed the basis of its finding of a breach of Article 1105; namely, Mexico had failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. Hence, the Tribunal made its decision on the basis of transparency. This was a matter beyond the scope of the submission to arbitration because there are no transparency obligations contained in Chapter 11 ».

[720] Ainsi le cas de l'AECG, qui précise que l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable est méconnue par une Partie « lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue […] b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives » (Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, précité note 714, article 8.10§2).

[721] DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, *op. cit*. note 717, p. 350.

[722] *Idem.*

[723] Voir par exemple *ibid.*, pp. 352-356.

181. ***Fonction de relais de normes non applicables directement***. À l'instar du juge interne amené à étendre l'applicabilité des normes de droit administratif global générées de manière unilatérales par un État à une entité globale privée ne relevant normalement pas de sa juridiction[724], les arbitres ont également eu l'occasion d'imposer l'application de certaines normes aux entreprises transnationales soumises au système CIRDI, alors que ces dernières ne sont – formellement – destinées qu'aux États chargés de les faire appliquer. Tel est le cas des « Principes de Ruggie » adoptés par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies[725] ou encore de la Déclaration universelle des droits de l'homme, sur lesquels le tribunal établi dans l'affaire *Urbaser* s'appuie pour rappeler que les entreprises doivent respecter les droits de l'homme :

> « [t]he Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation »[726].

Confronté à l'argument selon lequel ce type de norme ne s'appliquait qu'aux États et pas à l'investisseur, le tribunal avance une argumentation discutable[727]. Il n'en demeure pas moins que le tribunal juge que « l'investisseur étranger, sujet de droit international, n'est pas seulement titulaire de droits mais est aussi débiteur d'obligations internationales, dont celles de

---

[724] Voir *supra*, §176.

[725] HRC, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 21 mars 2011, approuvés par le Conseil des droits de l'homme par la résolution 17/4 du 16 juin 2011, A/HRC/17/31. Ces principes seront analysés *infra*, §§196 et suivants, et contiennent de nombreuses normes pouvant relever du droit administratif global.

[726] CIRDI, *Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Agentine*, affaire n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, §1195. La note 434 précise que « [t]he basic document is today the UN Special Representative, John Ruggie's Final Report on « Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework » (A/HRC/17/31, March 21, 2011). According to these principles, business enterprises should respect human rights (No. 11). This responsibility refers to internationally recognized human rights (No. 12). It requires that business enterprises: (a) Avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; (b) Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts. (No. 13) ».

[727] *Ibid*., §1194 : « [a] principle may be invoked in this regard according to which corporations are by nature not able to be subjects of international law and therefore not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law. While such principle had its importance in the past, it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals. A simple look at the MFN Clause of Article VII of the BIT shows that the Contracting States accepted at least one hypothesis where investors are entitled to invoke rights resulting from international law (in addition to the rights resulting from Article X). If the BIT therefore is not based on a corporation's incapacity of holding rights under international law, it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations ». Sur cette argumentation, voir JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *op. cit.* note 715, p. 599.

respecter les droits de l'homme internationalement reconnus »[728]. Du point de vue de l'analyse des sources, le tribunal CIRDI se fait ici le relais de normes relevant du droit administratif global adressées unilatéralement aux États auprès des entreprises transnationales, sur lesquelles il a – théoriquement, temporairement et uniquement dans le cadre de son mandat – compétence. Cette décision constitue donc un relais juridique s'inscrivant dans le processus de formation unilatérale externe du droit administratif global.

3. La formation de droit administratif global par la jurisprudence commerciale

182. ***Exemple fondateur dans la doctrine du* GAL.** En matière commerciale, Sabino Cassese prend comme l'un des points de départ de la « naissance » du *Global administrative law* – tel qu'il l'entend – une célèbre affaire tranchée dans le système de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après : « l'OMC »)[729]. Dans l'affaire *Crevettes*[730], les États-Unis se prévalaient de l'exception de l'article XX g) du GATT[731] dans un objectif environnemental pour justifier leur législation. La loi américaine relative aux espèces menacées d'extinction obligeait en effet tous les crevettiers américains à utiliser des dispositifs d'exclusion des tortues marines en tout lieu lorsque leur activité risquait d'avoir une incidence significative sur la mortalité de ces reptiles. La mesure contestée, adoptée en 1989, consistait en une interdiction d'importer des crevettes pêchées selon des techniques de pêche susceptibles de nuire aux tortues marines, prohibition ne s'appliquant pas aux pays de pêche certifiés par le Département d'État américain. Le Rapport de l'Organe d'appel relève que le processus de certification imposé par la législation américaine pour éviter la prohibition à l'importation n'est « ni transparent ni prévisible », « n'offre pas au pays demandeur la possibilité formelle d'être entendu ni de répondre aux arguments qui peuvent lui être opposés, avant que la décision d'accorder ou de refuser la certification soit prise » ; les demandes ne font même « pas l'objet d'une décision formelle,

[728] JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage d'investissement et droit international général (2017), *AFDI*, vol. 63, 2017, p. 679.
[729] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 109-132.
[730] OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.
[731] Rédigé comme suit : « [s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures [...] g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales » (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, incorporé dans le GATT de 1994, Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, article XX g).

écrite et raisonnée, d'acceptation ou de rejet ». Les pays obtenant les certifications l'apprennent par une publication au *Federal Register* ; « [l]es pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pas non plus avisés et les raisons du rejet de leur sont pas communiquées ». Enfin, aucune « procédure de réexamen du rejet d'une demande, ni d'appel de cette décision, n'est prévue »[732]. L'Organe d'appel en conclut que les pays exportateurs qui demandent la certification et dont les demandes sont rejetées ne « bénéficient pas de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière et font donc l'objet d'une discrimination par rapport aux Membres qui obtiennent la certification »[733], ce qui est contraire « à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3 du GATT de 1994 »[734]. Par conséquent, cette discrimination injustifiable et arbitraire empêche les États-Unis de se prévaloir de l'exception protectrice de l'article XX du GATT. L'Organe d'appel prend soin de préciser qu'il ne s'agit pas d'en conclure que « la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont »[735] :

> « [c]e que nous avons décidé dans cet appel, c'est tout simplement ceci : bien que la mesure prise par les États-Unis qui fait l'objet de cet appel serve un objectif environnemental reconnu comme légitime en vertu du paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994, elle a été appliquée par les États-Unis de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les Membres de l'OMC, ce qui est contraire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour toutes les raisons spécifiques indiquées dans le présent rapport, cette mesure ne peut bénéficier de l'exemption que l'article XX du GATT de 1994 prévoit pour les mesures qui servent certains objectifs environnementaux reconnus et légitimes mais qui, en même temps, ne sont pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international »[736].

183. ***Obligation de motivation et d'offrir un procès équitable.*** Bien qu'une partie minoritaire de la doctrine du *GAL* critique sévèrement cette décision, qui, au lieu de trancher le litige sur le fond – à savoir le déséquilibre économique entre États du tiers-monde et États développés et les rapports de force en général[737] – a reporté le débat vers une exigence procédurale, la majorité

[732] OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, précité note 730, §180 (même référence pour les citations précédentes).
[733] *Ibid.*, §181.
[734] *Ibid.*, §183.
[735] *Ibid.*, §185.
[736] *Ibid.*, §186.
[737] Notamment CHIMNI Bhupinder S., « Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2005/16, *Global Administrative Law Series*, 2005, p. 7. Voir également MARTINEAU Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 153-155.

déduit de cette décision l'existence d'une obligation de motiver les décisions et d'offrir une procédure équitable :

> « [t]he Appellate Body ruled that in order for process-based import restrictions to be sustainable under the GATT Article XX exceptions, a state must show that the countries and foreign producers affected were provided with some form of due process. Thus, international norms required domestic administrative procedure to refocus its pursuit of accountability in order to help ensure that domestic regulators take into account the relevant external constituencies »[738].

Dans le même sens, Sabino Cassese conclut ainsi :

> « pour que soit respecté [...] [le standard] du caractère non arbitraire de la discrimination entre pays où prévalent les mêmes conditions, il convient que les États observent le principe de la procédure équitable (*due process*). Ce principe, d'habitude établi par les lois nationales, fait ainsi son entrée dans les droits administratifs nationaux par une autre voie, il est établi au niveau international et ensuite appliqué au niveau national. [...] Il est facile de soutenir que les administrations nationales doivent respecter des objectifs, des standards, des critères globaux de nature substantielle. Il est plus inhabituel de reconnaître que celles-ci doivent également respecter des règles globales concernant les modalités de leur activité et qui diminuent ainsi le niveau de « nationalité » des droits administratifs tout en augmentant dans le même temps le degré de soumission des administrations nationales au droit. Ces administrations sont soumises à la *rule of law*, soit nationale, soit globale »[739].

Si l'on doit être réservé concernant la mention d'une « *rule of law* globale » qui ne semble pas procéder d'une analyse de droit positif et appelle de plus amples développements, il convient d'admettre que la jurisprudence commerciale constitue *a minima* un vecteur certain de diffusion, au-delà de son propre ordre juridique interne, de normes relevant du droit administratif global.

184. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** Dans le cadre de l'approche proposée du droit administratif global, le cas précédent peut être envisagé de deux manières différentes. D'une part, il est possible d'y voir, avec la doctrine du *GAL*, un cas d'imposition, par un organe contentieux, d'une norme de droit administratif global à une entité globale – ici un État – ayant pris une décision affectant diverses personnes et entités : les États discriminés, les entreprises de pêche, les individus vivant de cette pêche, *etc*. Sa source est assurément jurisprudentielle, l'appréciation de l'exigence procédurale ne découlant pas avec évidence du texte du GATT. Un second niveau de lecture peut être dégagé en examinant les

[738] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, p. 36. Voir aussi FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 657, p. 56.
[739] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit* note 729, p. 111.

arguments des Parties. Si les États-Unis ont adopté les mesures contestées, c'est également pour protéger une espèce marine et, de manière générale, l'environnement[740] ; ce faisant, ils ont tenté d'agir pour réguler un phénomène global – l'atteinte à l'environnement. L'on peut dès lors considérer que l'État a pris une décision globale en faveur de la protection de l'environnement qui a été contestée par ses pairs ; l'organe contentieux appelé à se prononcer sur sa conformité à des règles déterminées a considéré qu'en agissant ainsi, le « régulateur » n'avait pas respecté les règles procédurales relevant du droit administratif global. Selon ce deuxième point de vue, les États-Unis n'ont pas agi en tant que « simple » décideur soumis au droit administratif global mais en tant que régulateur tentant de faire appliquer des normes que l'on peut considérer comme relevant du droit administratif global substantiel : la protection de l'environnement par l'adoption obligatoire d'une procédure de pêche spécifique, que l'on pourrait rapprocher d'un principe de proportionnalité de l'atteinte environnementale à l'occasion d'une activité commerciale. Rapprochée des développements proposés *supra* quant aux sources nationales du droit administratif global, il est donc possible de dégager une grille d'analyse différente de cette affaire. L'on peut en effet interpréter l'affaire *Crevettes*, toutes proportions gardées au regard de l'absence évidente de velléité américaine de créer concrètement du « droit administratif global », comme l'échec de la mobilisation d'une source nationale auquel a succédé l'imposition, par la source jurisprudentielle internationale, d'une autre norme procédurale relevant du droit administratif global.

185. ***Complexité des interactions entre les sources du droit administratif global.*** De ce point de vue – non envisagé par la doctrine du *GAL* à notre connaissance[741] – l'interaction des sources est particulièrement intéressante. Cet exemple démontre que l'usage d'un mode de formation national de droit administratif global peut lui-même être soumis… à d'autres normes de droit administratif global. Ces conclusions peuvent illustrer, selon la perspective choisie, le peu d'utilité du droit administratif global qui complexifie une situation plutôt claire – mais sans doute contestable – du point de vue de l'articulation entre droit de l'OMC et droit interne des États membres, ou la richesse de cette nouvelle approche, fondée sur l'analyse croisée de

[740] Ce point de vue peut évidemment être critiqué comme faisant montre d'angélisme excessif.

[741] Cette approche manquante est sans doute due au fait que la plupart des auteurs du *GAL* ne fait pas suffisamment de distinction entre la décision *soumise au droit administratif global* et la décision *constitutive de droit administratif global*. Voir par exemple KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 738, p. 39 : « [t]he Shrimp–Turtle decision and subsequent WTO case law are of central importance in establishing principles of reasoned decisionmaking for global administrative regulation » – alors que les auteurs n'envisagent nulle part ailleurs la décision américaine initiale comme relevant elle-même du droit administratif global : elle relève selon eux de l'action administrative nationale (*ibid*., p. 37).

sources diverses générant des normes comparables. Les mêmes conclusions conduisent également à réévaluer la pertinence des approches, souvent sectorielles et focalisées sur un point de vue, de la doctrine du *GAL*, comme lorsque des auteurs affirment que « [t]he WTO Dispute Settlement Body also operates to some extent as a mechanism to assert and help enforce rules of the global regime against distributed, domestic administrations »[742], établissant un rapport de force sans considérer la possibilité que les interactions soient plus complexes – y compris sous l'angle du droit administratif global. C'est justement cette complexité, apparue au cours de l'étude, qui invite à examiner la mesure dans laquelle les sources unilatérales externes du droit administratif global peuvent être reçues en *l'absence* de la relation de verticalité, laquelle caractérise les interactions entre ordres juridiques des entités globales et ordres juridiques de référence des entités globales.

SECTION 2. LA FORMATION DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL PAR RECEPTION MATERIELLE

186. ***Identification d'un phénomène de pression juridique.*** L'hypothèse qu'aborde cette section est, sur le plan des sources formelles, plus difficile à appréhender. Jusqu'alors, le schéma de réception des normes unilatérales externes de droit administratif global s'est polarisé autour de deux situations. Soit le schéma est binaire, et n'implique qu'une entité A émettrice d'une norme à destination d'une entité globale B soumise à son ordre juridique. Soit le schéma est ternaire, impliquant que l'entité A émette une norme *non initialement destinée* à une entité globale B, tout du moins formellement, en raison du fait que cette dernière n'est *pas* un sujet de l'entité A ; c'est alors qu'un juge J, relevant de l'ordre juridique de l'entité A, peut intervenir et constituer le relais manquant entre A et B. Cette seconde situation implique néanmoins que l'entité B soit soumise à la juridiction du juge J, lequel a compétence pour exercer à son encontre des actes juridictionnels – ce qui ne signifie pas pour autant que cette compétence implique l'applicabilité de la norme de droit administratif global, comme on l'a vu. Dans tous les cas envisagés au cours de la première section, il existe donc toujours un lien d'assujettissement juridique entre l'entité globale qui reçoit la norme et l'entité – globale ou non – qui l'émet, que ce soit directement ou par le relais d'un juge relevant de son ordre juridique. Tel n'est justement pas le cas d'un grand nombre de situations rencontrées au cours de la recherche des sources unilatérales externes du droit administratif global. Il s'avère en effet qu'une quantité non négligeable de situations échappe à la relation binaire ou ternaire dont la

[742] *Ibid.*, p. 44.

caractéristique est l'existence, à l'un ou l'autre des niveaux, d'un lien d'assujettissement juridique. Dans ces cas « inclassables » dont l'affaire *Kadi* est topique[743], une norme unilatérale externe générée au sein de l'entité A vise une entité globale B selon le schéma précédent, *mais* produit des effets informels sur une entité C, laquelle *reçoit* malgré l'absence de tout lien juridique la norme initiale ; ou encore, la norme générée au sein de l'entité A prétend viser *directement* une entité C en l'absence de tout lien d'assujettissement le permettant juridiquement. Les modalités de la réception par l'entité C sont variables : il peut s'agir d'une intégration dans son ordre juridique par un acte unilatéral interne (cas envisagé dans le chapitre précédent) ou par un acte conventionnel avec une entité tierce (cas envisagé *infra*[744]). Il n'en demeure pas moins que tant l'analyse doctrinale que le discours juridique des entités globales répondant à la catégorie ici désignée « C » considèrent que la *source de la norme* est externe à leur ordre juridique.

187. ***Limites de la théorie des sources formelles.*** La formation de ces normes de droit administratif global se caractérise ainsi par une *pression juridique* exercée depuis un ordre juridique parfaitement tiers, de sorte que la théorie des sources formelles semble *a priori* de peu de secours pour analyser les ressorts précis de ce mode de formation. Du point de vue de la théorie classique des sources du droit, ce type de situation s'analyse en effet sous l'angle des sources unilatérales internes ou des sources plurilatérales, lesquelles constituent, *stricto sensu*, le « mode de formation » de la norme. Mais une telle analyse restrictive revient à ignorer le contexte de son adoption : la société internationale ne fonctionne pas en vase-clos, et il existe des interactions juridiques – et politiques – qu'une approche formaliste ne permet pas toujours d'appréhender.

188. ***Possibilité d'envisager la pression juridique sous l'angle de la réception matérielle.*** La théorie des sources qu'il est proposé d'appliquer aux phénomènes relevant du droit administratif global doit cependant, pour refléter de manière réaliste sa formation, intégrer ces données. Pour ce faire, le concept de « réception matérielle » peut être mobilisé, en tant qu'il signifie que le processus de formation du droit administratif global est alors constitué d'une *appropriation* de la norme unilatérale externe – au sein d'un ordre juridique tiers dans lequel la

[743] CJUE, GC, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires C-402/05 P et C-415/05 P. Cette jurisprudence sera analysée plus avant *infra*, §208.
[744] Voir *infra*, cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1.

norme ne peut pas, normalement, s'appliquer directement faute de lien juridique et de mécanisme de transposition le permettant – par un instrument dont la qualification importe peu. L'ambition de cette section est donc d'analyser les modalités précises de cette réception matérielle, en distinguant de la même manière que précédemment selon que la pression juridique est exercée par l'intermédiaire d'un acte unilatéral externe formel (**I**) ou juridictionnel (**II**).

I. La formation du droit administratif global du fait d'une pression institutionnelle externe

189. ***Sources unilatérales externes directes ou médiates.*** La pression juridique visant à faire adopter une norme de droit administratif global par une entité globale tierce – ou un ensemble d'entités globales tierces – ne constituant pas un sujet de droit de l'émetteur de ladite norme peut être exercée de deux manières. D'une part, la pression peut être exercée directement à l'encontre de l'entité globale concernée (**A**). D'autre part, elle peut impliquer l'intervention d'un *médiateur*, lequel constitue lui-même ou non, selon les cas, un sujet de l'émetteur de la norme (**B**).

A. L'exercice d'une pression directe en vue de la réception matérielle du droit administratif global

190. ***Pression exercée sur les entités globales privées et sur les organisations internationales.*** L'hypothèse de la pression juridique exercée directement sur une entité globale tierce désigne les situations dans lesquelles une entité A tente, sans recourir formellement à ses sujets ou à un tiers, d'influencer une entité B pour qu'elle adopte des normes de droit administratif global. Celles-ci sont généralement identifiées par un acte formel élaboré au sein de l'ordre juridique de l'entité émettrice. Alors que les États utilisent théoriquement les canaux diplomatiques, la loi ou parfois le juge pour atteindre leurs fins à l'égard, respectivement, des organisations internationales et des entreprises transnationales, tel n'est pas le cas des organisations internationales qui ne disposent normalement pas de compétence normative à l'égard des entités globales privées, de sorte que la pression juridique qu'elles exercent sur elles est généralement médiate[745]. Certaines d'entre elles parviennent cependant à imposer des normes de droit

[745] Il est d'ailleurs possible, d'un point de vue formaliste, de souligner que la pression « juridique » est-elle-même la traduction d'une pression en réalité politique, laquelle se trouve formalisée par un instrument juridique. Si l'on admet cette idée, la pression politique est elle-même *médiate*, puisqu'exprimée sous la forme d'une pression

administratif global aux entités globales privées avec lesquelles elles collaborent (1). Dans d'autres cas remarqués par la doctrine, les organisations internationales font pression sur d'autres organisations internationales, en l'absence de tout lien juridique entre elles (2).

1. La pression juridique directe exercée par les organisations internationales sur les entités globales privées

191. ***Union européenne et standardisation des normes comptables.*** Le cas topique de pression juridique exercée directement sur une entité globale privée réside dans l'activité de l'Union européenne en tant que récepteur de la normalisation comptable au niveau régional. Il est ici possible de s'attarder sur le cas de l'IASB[746]. Cette organisation privée[747] composée de quatorze experts indépendants, qui a pu être qualifiée de système « technocrato-expertal »[748], « ne cesse de proposer des « standards » en matière comptable – lesquels ne manquent pas d'être repris par les États ou les institutions internationales compétentes (cas de l'UE) pour leur donner force obligatoire et contraignante »[749]. Ces standards, les IFRS[750], « ont une inspiration essentiellement financière et visent la satisfaction des besoins d'information des investisseurs »[751] ; en ce sens et dans la mesure où ils sont appliqués de manière globale[752], le contrôle de l'élaboration de ces standards relève du champ du droit administratif global. L'Union européenne a reconnu ces normes par un règlement en 2002[753] appelant à une

juridique. Le fait de retenir comme cadre d'analyse l'une ou l'autre de ces pressions n'entraîne néanmoins pas de conséquences sur l'étude des sources formelles proposée ici.

[746] *International Accounting Standards Board*. Voir pour une analyse sous l'angle du *GAL* : DE BELLIS Maurizia, « Global Private Standards and Public Law: The EU Approach to Accounting Harmonization », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, *op. cit.* note 716, pp. 15-19.

[747] Il s'agit d'une entité à but non lucratif enregistrée dans l'État du Delaware, aux États-Unis.

[748] PASQUALINI François, BURBI David, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *Revue des sociétés*, 2013, n° 5, p. 260.

[749] CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5ème édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 40. Cet extrait a disparu de la dernière version de l'ouvrage, qui précise dorénavant que nombre de ces normes « ont paru si pertinentes que États ou Union européenne les ont transposées telles quelles dans leurs ordres juridiques respectifs » (CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andrea, *Droit international économique*, 6ème édition, Paris, Dalloz, 2017, p. 20).

[750] *International Financial Reporting Standards*, ou normes internationales d'information financière. L'appellation IAS, *International Accounting Standards*, a été abandonnée le 1er avril 2001 mais demeure commune, puisque de nombreuses normes IAS sont toujours en vigueur.

[751] TELLER Marina, « Les normes comptables internationales : la transparence en question », *RTDCom*., 2010, n°4, p. 672.

[752] La Fondation IFRS relève ainsi que 15 des membres du G20 imposent l'utilisation des IFRS, et que 144 des 166 juridictions examinées par le rapport annuel 2017 de l'entité requièrent l'utilisation des IFRS (Site internet FocusIFRS, page « Rapport annuel 2017 de la Fondation IFRS », accessible à l'adresse : http://www.focusifrs.com/menu_gauche/actualites_phare/iasb/rapport_annuel_2017_de_la_fondation_ifrs [consultée en dernier lieu le 20 août 2019].

[753] Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, *JOUE*, 11 octobre 2002, L 243/1. Ce Règlement a été très superficiellement

« convergence renforcée des normes comptables actuellement appliquées sur le plan international, l'objectif étant, à terme, de créer un jeu unique de normes comptables mondiales »[754]. L'Union y rappelle que les normes ne seront adoptées que « si elles satisfont aux critères d'intelligibilité, de pertinence, de fiabilité et de comparabilité exigés de l'information financière nécessaire à la prise de décisions économiques et à l'évaluation de la gestion des dirigeants de la société »[755], à la suite d'un Préambule limpide quant aux exigences de l'Union en la matière – et notamment celle d'une information de qualité[756]. Ce Règlement crée une véritable procédure de contrôle de l'élaboration de la norme comptable, qui peut être analysée sous l'angle du droit administratif global. La norme créée par l'IASB susceptible d'être intégrée dans le droit de l'Union – ce qui est fait par un autre Règlement[757] – fait ainsi l'objet d'un avis de l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*), un organisme privé qui comporte un groupe d'experts techniques. Durant cette procédure, l'EFRAG consulte les groupes d'intérêts. Mais du fait du caractère privé de cet organe d'expertise, il importait, « pour assurer au processus d'adoption un degré élevé de qualité, de transparence et de crédibilité, de mettre en place une infrastructure institutionnelle appropriée garantissant le caractère objectif et équilibré de son avis en matière d'adoption »[758]. Un comité d'examen a

modifié en 2008 : Règlement (CE) n° 297/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1606/2002 sur l'application des normes comptables internationales, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, 9 avril 2008, L 97/62.

[754] Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, précité *ibid.*, préambule (2).

[755] *Ibid.*, article 2§3.

[756] *Ibid.*, préambule : « (9) Pour qu'une norme comptable internationale puisse être adoptée en vue de son application dans la Communauté, il faut, en premier lieu, qu'elle remplisse la condition fondamentale énoncée dans les directives précitées du Conseil, à savoir que son application doit fournir une image fidèle et honnête de la situation financière et des résultats de l'entreprise, ce principe étant apprécié à la lumière des directives précitées du Conseil sans impliquer une stricte conformité avec chacune des dispositions de ces directives. Il faut ensuite que, conformément aux conclusions du Conseil du 17 juillet 2000, elle réponde à l'intérêt public européen et, enfin, qu'elle satisfasse à des critères fondamentaux quant à la qualité de l'information requise pour que les états financiers soient utiles aux utilisateurs ». Le critère de l'intérêt public européen pourrait constituer un important facteur de sécurité juridique ; néanmoins « la notion d'intérêt public européen n'est nullement définie et relève, pour l'heure, de la divination » (TELLER Marina, « Les normes comptables internationales : la transparence en question », *op. cit.* note 751, p. 674).

[757] Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 29 novembre 2008, L 320/1. Ce dernier Règlement a été modifié à plusieurs reprises ; voir par exemple, récemment, Règlement (UE) 2019/237 de la Commission du 8 février 2019 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 28, *JOUE*, 11 février 2019, L 39/1. Ce dernier règlement a pour but de valider les modifications de la norme comptable internationale (IAS) 28 « Participations dans des entreprises associées et des coentreprises » – après vérification de sa conformité au regard du Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, précité note 753.

[758] Décision 2006/505/CE de la Commission du 14 juillet 2006 instituant un comité d'examen des avis sur les normes comptables destiné à conseiller la Commission sur l'objectivité et la neutralité des avis du Groupe consultatif pour l'information financière en Europe (EFRAG), *JOUE*, 21 juillet 2006, L 199/33.

donc été institué[759] ; il a pour mission de rendre un avis – selon une procédure informelle puisqu'une simple lettre est adressée à la direction générale « Marché intérieur et services » de la Commission européenne – confirmant ou non que l'avis de l'EFRAG est « well-balanced and objective »[760]. Après ces procédures préliminaires, la Commission rédige un projet de règlement qui est examiné par le Comité de réglementation comptable créé par le Règlement de 2002[761], lequel rend également un avis[762] avant l'intégration – éventuelle – de la norme de l'IASB.

192. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** La procédure d'adoption des normes de l'IASB par l'Union européenne permet de contraindre l'IASB à se conformer aux exigences européennes en matière de prudence et de transparence des normes comptables internationales. La logique est simple : en établissant une procédure de contrôle de l'élaboration de normes au regard de critères propres par la voie unilatérale interne, l'Union européenne invite *de facto* l'IASB à respecter ces critères, ce que cette dernière entité globale n'est pas juridiquement contrainte de faire. Si l'acte unilatéral initial est interne à l'Union européenne, il a bien pour destinataire direct l'IASB. Cela est d'ailleurs confirmé par l'action normative de cette entité privée qui tient compte de ces décisions, et les *reçoit* en modifiant ses procédures. La preuve en a été récemment apportée par la Commission elle-même, lorsqu'elle « salue le fait que deux nouvelles normes importantes (IFRS 16 et IFRS 17) soient accompagnées d'une analyse de leurs effets et invite l'IASB à continuer à développer son analyse de l'incidence des normes nouvelles ou modifiées »[763], alors qu'elle est elle-même à l'origine de cette demande[764]. Comme dans d'autres cas similaires[765], la norme unilatérale

[759] Le SARG (*Standard Advice Review Groupe*), est ainsi un groupe d'experts-comptables non gouvernementaux composé de 7 membres au maximum, nommés par la Commission.
[760] Voir par exemple le courrier du 4 mai 2007 transmis au Directeur Général J. Holmquist à propos de la norme IFRIC12 – Service Concession Arrangements, accessible en ligne à l'adresse : http://www.focusifrs.com/content/download/932/5031/version/1/file/SARGservice-concession-arrangements.pdf [lien consulté en dernier lieu le 20 août 2019].
[761] Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, précité note 753, article 6.
[762] La procédure du Comité, au regard de l'article 6 du Règlement (*ibid.*), est celle prévue par les articles 5 et 7 de la Décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, 17 juillet 1999, L 184/23.
[763] COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les activités de la Fondation IFRS, de l'EFRAG et du PIOB en 2016, 23 novembre 2017, COM(2017) 684, pp. 10-11. Ce rapport comprend par ailleurs des illustrations claires du rôle complet de l'EFRAG dans la procédure.
[764] *Ibid.*, pp. 2-3.
[765] Voir, par exemple, *infra*, note 771 ; ou encore les analyses relevant que « l'OMC ou la Banque Mondiale n'ont accepté de ratifier l'utilisation [des normes internationales privées] qu'à la condition que les organismes privés de standardisation respectent les principes de transparence » (PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *in* BISMUTH Régis (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 204).

interne prise par l'IASB pour se conformer aux prétentions européennes est ainsi déterminée – ou partiellement déterminée – depuis un ordre juridique tiers, de sorte que l'analyse complète du processus formation de cette norme doit inclure la réception matérielle d'une norme unilatérale externe.

2. La pression juridique directe exercée entre organisations internationales

193. ***Conseil de l'Europe et gestion de la pandémie H1N1 par l'OMS.*** De la même manière, certaines organisations internationales concernées – à des degrés divers – par les activités d'autres organisations internationales peuvent être amenées à formuler, à leur endroit, des prétentions normatives. Dans cette situation, l'organisation émettrice de la norme relevant du droit administratif global tente de s'imposer à la seconde, lorsque cette dernière agit en tant qu'entité globale. Le cas remarquable de l'action normative du Conseil de l'Europe à l'égard de l'OMS peut être rappelé à cet égard[766]. À la suite de la gestion de l'urgence que constitua la pandémie H1N1, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe publia un rapport particulièrement critique à l'égard de l'OMS, et spécifiquement de son fonctionnement en l'espèce. Le rapport relève ainsi l'existence de « graves lacunes […] en ce qui concerne la transparence des processus de décision liés à la pandémie, ce qui soulève des préoccupations sur l'éventuelle influence que l'industrie pharmaceutique aurait pu exercer eu égard des principales décisions relatives à la pandémie »[767]. Tirant les conséquences de ce rapport édifiant, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adopte une résolution appelant à une réforme de la gouvernance de l'OMS. En particulier, l'Assemblée « en appelle aux autorités sanitaires aux niveaux international, européen et national – et notamment à l'OMS – afin de répondre de manière transparente aux critiques et aux inquiétudes formulées pendant la pandémie H1N1 »[768]. L'une des manières de répondre audit appel est de modifier « le mandat de leurs organes de gouvernance générale et organes consultatifs spéciaux dans tous les cas où c'est nécessaire, afin de garantir la plus grande transparence et le plus haut niveau de responsabilité démocratique dans le domaine des décisions de santé publique »[769]. Si

[766] Pour des éléments plus complets que la synthèse qui suit, voir notamment FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 657, pp. 155-157.
[767] CONSEIL DE L'EUROPE, « La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence », Rapport de l'Assemblée parlementaire, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, 7 juin 2010, Doc. 12283, p. 1.
[768] CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1749 (2010) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 24 juin 2010, §6.
[769] *Ibid*., §6.1.

l'Assemblée « en appelle également aux États membres afin [...] d'user de leurs moyens de contrôle démocratique, par le biais des systèmes de gouvernance internes de l'OMS et des institutions européennes, pour garantir la bonne mise en œuvre de la présente résolution »[770], les destinataires principaux de la résolution sont clairement les organes de l'OMS[771]. Or, malgré les contestations sur le fond de l'Organisation, par la voie du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) nouvellement créé[772], la prétention normative de l'Assemblée du Conseil de l'Europe a été matériellement reçue et les procédures pertinentes adoptées[773]. Pour ne prendre qu'un exemple, c'est pour répondre à ces critiques que la « politique du Secrétariat relative aux conflits d'intérêts concernant des experts a été remaniée en profondeur en juillet 2010 »[774].

194. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** La formation de la norme de droit administratif à l'égard de l'OMS a été analysée, sous l'angle du *GAL*, par Édouard Fromageau, lequel qualifie cette situation de « critique inter-institutionnelle »[775] comme un facteur de réforme :

> « la critique de l'action d'une organisation internationale par une autre organisation internationale constitue un moyen de pression permettant une amélioration des mécanismes internes et un meilleur encadrement des actions d'urgence. Cette influence a été décrite dans le cadre du GAL comme un « mécanisme horizontal d'examen ». Du point de vue du droit international public, il semble difficile de considérer cette relation comme étant, par nature, juridique. Les raisons ayant amené l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à critiquer l'action de l'OMS peuvent être multiples (opportunité politique, question de réputation, *etc*.), il n'existe néanmoins pas de liens juridiques entre

[770] *Ibid*., §8.1.
[771] Il convient cependant de relever qu'en dernier lieu, « l'Assemblée invite l'industrie pharmaceutique, sociétés et associations comprises, à réviser ses règles et son fonctionnement en matière de coopération avec le secteur public, en vue de garantir le plus haut degré de transparence et de responsabilité sociale de la part des entreprises lorsque de grandes questions de santé publique sont en jeu » (*ibid*., §10). Cette norme constitue ainsi une autre manifestation de la pression juridique exercée à destination d'une entité globale privée (voir *supra*, §§191-192).
[772] Celui-ci indique, mentionnant le Conseil de l'Europe (OMS, « Application du Règlement sanitaire internationale (2005) », Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, 5 mai 2011, A64/10, §276), que « l'OMS doit apporter une meilleure réponse aux reproches qui lui sont adressés en reconnaissant qu'elle a pu commettre des erreurs ou contribuer à causer des malentendus » (§279). Il précise également que « [l]a répugnance de l'OMS à reconnaître toute erreur et à admettre qu'elle avait sa part de responsabilité dans les inquiétudes qui se faisaient jour, par exemple en refusant de dévoiler l'identité des membres du Comité d'urgence et de quelle manière elle gérait les conflits d'intérêts, ou encore en modifiant sans l'indiquer la terminologie utilisée sur le Web pour décrire des pandémies, a fini à son tour par saper sa capacité de répondre à des allégations sans fondement selon lesquelles elle [...] aurait agi en collusion avec l'industrie pharmaceutique » (§281).
[773] Voir sur ce point FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 657, p. 156, note 890, et DE POOTER Hélène, *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, *op. cit*. note 656, pp. 89-94.
[774] OMS, « Application du Règlement sanitaire internationale (2005) », Rapport du Directeur général, 5 avril 2013, A66/16, §19.
[775] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 657, p. 155.

> les deux organisations. Si cette relation peut avoir des conséquences juridiques, il en résulte néanmoins des améliorations *internes* à l'organisation critiquée »[776].

L'auteur identifie parfaitement la problématique qui ressort en termes de sources du droit administratif global : une analyse par trop formaliste ne permet pas d'intégrer ces pressions juridiques au sein du processus de formation, qui s'analyse dès lors, de ce point de vue et en l'absence de lien juridique entre les deux organisations, comme un « simple » acte unilatéral interne de l'OMS. Une telle conclusion est correcte sur le plan formel, mais peu satisfaisante au regard des relations juridiques entre ces entités ayant mené à l'adoption des normes visées, de sorte qu'une théorie des sources les niant volontairement serait éminemment critiquable car déconnectée de la réalité. Il apparaît dès lors nécessaire, pour en rendre compte, de considérer l'existence d'une *réception matérielle* comme élément à part entière du processus de la formation de la norme de droit administratif global. Celui-ci se caractérise ainsi par la réception matérielle, par un acte formel ou informel interne, d'une prétention normative unilatérale externe. En ce sens, il est possible de parler, schématiquement, de source unilatérale externe et directe du droit administratif global[777].

B. L'exercice d'une pression médiate en vue de la réception matérielle du droit administratif global

195. ***Médiation d'un sujet de droit de l'entité émettrice.*** Les propos précédents concernaient des situations de pression juridique n'impliquant pas d'autre entité que l'émetteur et le destinataire de la norme[778]. Dans un certain nombre de cas cependant, les organisations internationales développent des normes de droit administratif global à destination des entreprises transnationales agissant en tant qu'entités globales. Le recours à la médiation de leurs sujets pour garantir la réception matérielle de ces normes peut être explicite (2) ou prêter à confusion (1).

---

[776] *Ibid.*, pp. 156-157 (nous soulignons).

[777] La précaution terminologique s'impose. Il est en effet possible de nuancer cette expression en tenant compte du fait que la source formelle, à l'inverse de la pression, peut être ignorée par l'entité tierce. Cette dissociation de la source et de la pression juridique complexifie la proposition. L'expression parfaitement exacte, mais difficilement utilisable au regard de sa lourdeur, serait donc « source unilatérale dont la vocation externe est traduite par une pression directe ».

[778] L'on pourrait objecter que la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe envisagée ci-dessus s'adressait également aux États membres (CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1749 (2010) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 24 juin 2010, précitée note 768, §8). Cependant, elle n'en exhorte pas moins *directement*, et à titre principal, l'OMS, n'invitant les États à agir dans le même sens qu'elle – et non à adopter eux-mêmes les normes destinées à l'OMS, ce qui n'aurait pas de sens – qu'à titre accessoire.

1. L'entretien de la confusion quant à l'existence d'une médiation

196. ***Ambiguïté des Principes « de Ruggie ».*** Les situations relevant de la pression juridique exercée par l'intermédiaire d'un sujet de l'entité émettrice d'une norme de droit administratif global, au motif que cette dernière entité ne présente pas de lien juridique avec l'entité globale visée par la norme, sont courantes. La plus célèbre d'entre elles est probablement celle des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adoptés sous l'égide des Nations Unies en 2011, et de nature volontairement non contraignante pour favoriser leur adoption la plus large possible. Ceux-ci « s'articulent autour de trois piliers : (1) les États doivent protéger les droits de l'homme ; (2) les entreprises doivent les respecter ; (3) les victimes des violations doivent recevoir une indemnisation pour le préjudice qu'elles subissent »[779]. Bien que de formulation « banale »[780], ces Principes « vont au cœur de la Communauté transnationale contemporaine et ils bénéficient déjà d'un haut degré d'acceptation dans presque tous les milieux politiques et économiques »[781]. Or, la Commission des droits de l'homme indique sans détour que ces Principes « s'appliquent à tous les États et à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur lieu d'implantation, de leur régime de propriété et de leur structure »[782]. Rien, dans le texte, ne permet néanmoins d'expliquer par quel mécanisme juridique cette application aux entreprises serait rendue possible. Le Guide interprétatif rectifie cette allégation un peu rapide en précisant que les « traités internationaux relatifs aux droits de l'homme n'imposent pas d'obligations juridiques directes aux entreprises commerciale »[783], puis rappelle l'existence de référentiels que les entreprises devraient adopter. De son côté, l'Assemblée générale des Nations Unies indique que « les entreprises privées sont tenues de respecter les droits de l'homme, comme le prévoient les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »[784]. À la question du caractère facultatif ou obligatoire des obligations en matière de

[779] KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 156. L'article (pp. 155-164) a initialement été publié sous la référence KESSEDJIAN Catherine, « Entreprises et droits de l'homme – Vers une convention internationale ? », *in Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 413-421.
[780] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, vol. 385, 2017, p. 77.
[781] *Idem*.
[782] HRC, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, précités note 725, p. 1.
[783] HRC, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Guide interprétatif*, 2012, HR/PUB/12/02, p. 12.
[784] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-neuvième session, Résolution 69/166 adoptée le 18 décembre 2014, A/69/166, Préambule.

droits de l'homme, le Guide répond d'abord en renvoyant au droit interne des États – lequel est censé transposer le droit international pertinent – puis indique que

> « la responsabilité de respecter les droits de l'homme n'est pas limitée à la conformité avec les dispositions du droit national. Elle existe au-delà du respect de la légalité et constitue une norme mondiale de conduite attendue, applicable à toutes les entreprises, dans toutes les situations [...]. Si les entreprises manquent à leur responsabilité de respecter les droits de l'homme, elles encourent des conséquences juridiques et financières, et mettent en danger leur réputation. Un tel manquement peut également entraver la capacité d'une entreprise à recruter ou à garder le personnel, à obtenir des permis, des investissements, de nouveaux projets de développement ou avantages similaires qui sont primordiaux à la réussite durable d'une entreprise »[785].

197. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** Sur le plan purement juridique, l'embarras est palpable. Malgré cette difficulté juridique, les entreprises font référence directe à ces Principes et affirment y avoir « adhéré »[786], conformément à l'idée selon laquelle « la portée politique des Principes directeurs des Nations Unies prime sur leur signification juridique qui, parfois, est assez faible ou vague »[787]. Autrement dit, les Nations Unies entendent clairement appliquer les normes de droit administratif global contenues par ces Principes aux entreprises malgré l'absence de lien juridique le permettant ; moins clair est, en conséquence, le raisonnement juridique avancé. Mais, d'une part, l'Organisation s'appuie sur les États membres qui ont l'obligation de les faire appliquer aux entreprises soumises à leur juridiction ; d'autre part, les entreprises les *reçoivent* matériellement par leurs actes unilatéraux internes, ne pouvant formellement y « adhérer ». Encore faut-il ajouter à ces deux éléments la solution de la sentence *Urbaser* imposant aux entreprises, par le relais de l'arbitre, le respect de ces principes en matière d'investissements[788]. Il est, dans ce contexte et du point de vue des entreprises transnationales, évident que la formation des normes contenues dans ce document ne peut s'envisager indépendamment ni de l'acte unilatéral que constituent les *Principes*, ni de l'action étatique qui les a largement promus.

---

[785] HRC, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Guide interprétatif*, *op. cit.* note 783, pp. 15-16.
[786] Pour ne prendre que deux exemples représentatifs, voir TOTAL, *Code de conduite*, 2015, p. 26 et SODEXO, *Code de conduite fournisseur*, 2014, p. 5.
[787] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *op. cit*. note 780, p. 77. Voir également, sur ces Principes, pp. 108 et ss.
[788] CIRDI, *Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Agentine*, affaire précitée note 726. Voir également les développements concernant cette fonction de relais, *supra*, §181.

2. La reconnaissance du caractère médiat de la réception

198. ***Situations similaires dans le cadre de l'OCDE – cas des Principes directeurs.*** Une situation semblable à celle des Principes « de Ruggie », bien que présentant un discours juridique plus clair, peut être évoquée à propos du rôle structurant de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques). L'action de l'OCDE en matière de promotion de la transparence dans la coopération fiscale internationale est ainsi connue[789]. Mais cette action normative est également remarquable quant aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (ci-après : les « Principes directeurs »), inclus dans la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales[790]. Par cet instrument non contraignant, les États signataires[791] déclarent qu'ils « *recommandent* conjointement aux entreprises multinationales opérant sur le territoire de leurs pays ou à partir de celui-ci d'observer les Principes directeurs, en tenant compte des considérations et des précisions qui figurent dans la Préface et le premier chapitre desdits Principes et qui en font partie intégrante »[792]. Ces principes, dont il est bien rappelé que le respect « par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant »[793], contiennent des recommandations précises – et commentées par l'OCDE en vue de leur mise en œuvre – prévoyant la publication d'informations concernant la gouvernance interne, le respect des droits de l'homme, la protection de l'environnement (incluant la publication d'informations adéquates, mesurables et si possibles vérifiables relatives aux effets potentiels de leurs activités), la lutte contre la corruption, la protection des consommateurs[794], la concurrence et la fiscalité. Comme l'indique l'OCDE :

---

[789] Voir ainsi ASCENSIO Hervé, FOLSCHÉ Céline, « L'OCDE et la coopération fiscale internationale », *in* SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Journée d'études de Paris, Paris, Pedone, 2013, pp. 79-96, spéc. pp. 86-88.

[790] OCDE, Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, adoptée le 21 juin 1976 et telle qu'amendée le 25 mai 2011.

[791] Selon le site internet de l'OCDE, ils sont 48 : les 35 membres de l'OCDE et 13 membres non adhérents : Argentine (22 avril 1997), Brésil (14 novembre 1997), Colombie (8 décembre 2011), Costa Rica (30 septembre 2013), Égypte (11 juillet 2007), Jordanie (28 novembre 2013), Kazakhstan (20 juin 2017), Lituanie (20 septembre 2001), Maroc (23 novembre 2009), Pérou (25 juillet 2008), Roumanie (20 avril 2005), Tunisie (23 mai 2012), Ukraine (15 mars 2017). Information accessible en ligne à l'adresse : http://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/ladeclarationdelocdeetlesdecisions.htm [lien consulté le 20 août 2019].

[792] OCDE, Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, précitée note 790, I (nous soulignons).

[793] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2011, p. 19.

[794] Intitulé « Intérêt des consommateurs », le Principe VIII inclut l'intéressante recommandation de « [f]ournir aux consommateurs l'accès à des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends et des mesures correctrices équitables, faciles à utiliser, rapides et efficaces sans coûts ou charges inutiles » (*ibid*., Principe VIII, 3., p. 61).

> « [l]es entreprises ont pour obligation première de se conformer à la législation de leur pays. Les Principes directeurs ne sauraient se substituer à une législation ou une réglementation nationale, ni prévaloir sur elles. Si les Principes directeurs vont au-delà de la loi dans de nombreux cas, ils ne devraient pas – et tel n'est pas leur but – placer les entreprises dans une situation où elles feraient face à des obligations contradictoires »[795].

Toute l'ambiguïté – relative – réside dans l'identification du destinataire réel de ces Principes. Sur le plan positif, l'OCDE n'impose rien aux entreprises : il ne s'agit que de recommandations. Chaque État ayant adhéré à la Déclaration a par ailleurs « l'obligation juridique de créer en son sein un organe de médiation et conciliation pour les litiges opposant une entreprise multinationale à des personnes affectées par ses activités »[796]. Ces points de contacts nationaux, qui ont pour objet principal de faciliter l'application des Principes, transmettent chaque année un rapport au Comité de l'investissement de l'OCDE.

199. ***Situations similaires dans le cadre de l'OCDE – cas des Principes de gouvernement d'entreprise.*** La même question se pose à l'égard des Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE[797]. Adoptés en 1999 et révisés en 2004, ils sont devenus en 2017, à la suite de deux années de processus de révision, les Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE[798]. Cédant à la mode terminologique tendant à imposer la notion peu claire de « gouvernance », ceux-ci présentent surtout la particularité d'officialiser la fonction normative du G20, forum international informel. Moins clairement formulés que les Principes directeurs, ils contiennent toutefois des recommandations en matière d'information financière et de bonne gestion de l'entreprise et sont, selon l'OCDE,

> « devenus la référence au niveau international pour les responsables de l'action publique, les investisseurs, les sociétés et les autres parties prenantes. Ils ont également été adoptés comme l'une des normes fondamentales pour la solidité des systèmes financiers du Conseil de stabilité financière et constituent le socle sur lequel reposent les Rapports d'observation des normes et codes (ROSC) de la Banque mondiale pour la composante relative à la gouvernance d'entreprise »[799].

Là encore, ces Principes « ont été rédigés à l'intention de la communauté internationale dans un souci de concision, de clarté et de lisibilité »[800] mais « visent principalement les sociétés

[795] *Ibid*., p. 19.
[796] ASCENSIO Hervé, *Droit international économique*, *op. cit.* note 698, p. 151.
[797] OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2004, 74 p.
[798] OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2017, 68 p.
[799] *Ibid*., p. 3.
[800] *Ibid*., p. 9.

faisant publiquement appel à l'épargne, à vocation financière ou non financière »[801], alors que l'organisation ne dispose pas de compétence à leur égard. Comme l'indiquent les auteurs juste avant un rappel de la mesure dans laquelle ceux-ci sont devenus une référence incontournable au niveau mondial :

> « [l]es Principes ne sont pas contraignants et ne visent pas à donner des prescriptions détaillées à transposer dans les législations nationales. Ils ont plutôt pour but de définir des objectifs et de suggérer différents moyens de les atteindre. Ils sont destinés à représenter une référence solide, mais offrant une certaine souplesse, aux responsables de l'action publique et aux participants au marché s'employant à bâtir leurs propres cadres de gouvernance d'entreprise. Pour rester compétitives dans un monde en mutation constante, les entreprises doivent savoir innover et adapter leurs pratiques de gouvernance afin de pouvoir répondre à de nouvelles attentes et saisir les opportunités qui s'offrent à elles »[802].

200. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** À ces exemples pourraient s'ajouter une demi-douzaine d'autres instruments du même type, tous rédigés par l'OCDE[803] à destination des États membres – et non membres – mais visant à « atteindre les entreprises de façon indirecte »[804]. Pourtant, l'analyse du discours des entreprises montre une tendance à considérer les Principes comme une source directe, dans leur ordre interne, de normes – relevant du droit administratif global. Si ce discours les identifie parfois comme des sources « d'inspiration » que l'on traduirait en termes positifs comme des sources matérielles[805], d'autres y font clairement référence comme à des instruments directement applicables et respectés par le code interne[806], voire affirment y « adhérer » en des termes

---

[801] *Idem*.
[802] *Ibid*., p. 11.
[803] D'autres organisations internationales génèrent des normes selon un processus similaire. Tel est par exemple le cas du Code de conduite international sur la gestion des pesticides initialement rédigé par la *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO) en 1985 (OMS et FAO, Code de conduite international sur la gestion des pesticides (1985), quatrième version, 2013). Ce code, « conçu pour être utilisé dans le cadre de la législation nationale » (p. vii), « s'adresse aux gouvernements, aux organisations internationales, à l'industrie des pesticides, à l'industrie du matériel de traitement, aux commerçants de pesticides, aux professionnels de la lutte contre les ravageurs, à l'industrie alimentaire et aux autres industries qui utilisent les pesticides ou ont des intérêts dans le domaine des pesticides, aux utilisateurs de pesticides et aux groupes d'intérêt public, tels que les groupes environnementaux, les associations de consommateurs et les syndicats » (article 1.2), mais contient de très nombreuses normes de précaution à destination principale sinon unique de l'industrie des pesticides (voir par exemple l'article 4.1).
[804] KOTHARI Gita, « L'élaboration des principes et standards à l'intention des entreprises : l'approche innovante de l'OCDE », *in* SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, *op. cit.* note 789, p. 100. Voir également pp. 102-106 les autres exemples d'instruments.
[805] Voir, sans ordre particulier : LVMH, *Code de conduite*, 2014, Préambule ; SODEXO, *Code de conduite fournisseur*, 2014, p. 5 ; SOLVAY, *Charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du Groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociétale d'entreprise*, 2008, p. 4 ; CARREFOUR, *Charte sociale et éthique pour ses fournisseurs*, non datée, p. 3 (non paginée).
[806] ENGIE, *Éthique de la relation commerciale : principes directeurs*, 2013, pp. 6, 16 et 23 (spéc. p. 6 où les Principes directeurs sont formellement identifiés comme des « sources » des Principes internes de l'entreprise ; néanmoins, l'affirmation est moins claire dans un autre code postérieur : voir ENGIE, *Guide pratique de l'éthique*,

juridiques[807]. Le débat se situe autour de la question de savoir si cette référence souvent précise et engageante aux Principes relève de l'adoption volontaire de droit administratif global – position formaliste – ou d'une pression depuis l'extérieur – position que l'on peut qualifier de réaliste. Du point de vue formaliste, les entreprises ne disposent pas de la capacité juridique d'adhérer à ces instruments, qui ne s'adressent pas à eux ; mais rien ne les empêche de s'engager unilatéralement à en respecter le contenu *matériel*, tout en sachant que les États leur imposeront, selon les situations, ces normes. Cette solution s'attache néanmoins uniquement au « produit fini » qu'est la norme unilatérale interne au sein de l'entité globale, et revient à effacer artificiellement le processus normatif complexe mis en œuvre par les organisations internationales pour parvenir à ce résultat. La pertinence d'une approche segmentée du processus de formation de la norme de droit administratif global, tenant compte à la fois de sa formation initiale dans un ordre juridique donné, de la pression juridique exercée directement et par l'intermédiaire des sujets de cet ordre, puis de la réception de son contenu matériel, se trouve ainsi confirmée.

II. La formation du droit administratif global du fait d'une pression juridictionnelle externe

201. ***Juges nationaux et juges régionaux.*** L'étude de la formation du droit administratif global par la réception matérielle de normes externes doit enfin intégrer les nombreuses situations dans lesquelles la pression n'est pas institutionnelle à proprement parler, mais *juridictionnelle*. Cette hypothèse ne soulève pas de difficulté nouvelle au regard des sources, et son étude ne fait que confirmer les propos précédents. Ce n'est donc que par opportunité didactique qu'il est proposé de distinguer la pression jurisprudentielle exercée à l'occasion des situations qui ont déjà fait l'objet d'analyses (**A**) de celles, remarquables, exercées spécifiquement par les juges régionaux européens que sont la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme (**B**).

2016, p. 4) ; LIMAGRAIN, *Le Code de Conduite Limagrain*, 2015, p. 3 ; LEGRAND, *Guide des Bonnes Pratiques des Affaires du Groupe Legrand*, 2012, p. 6 ; DANONE, *Principes de Conduite des Affaires de Danone*, 2009, Préambule, p. 3

[807] AREVA, *Charte des valeurs*, 2015, Préambule, p. 4 ; TOTAL, *Code de conduite*, 2015, pp. 9 et 27 ; ROCHER, *Code de conduite des affaires du Groupe Rocher*, 2015, p. 4 ; VÉOLIA, *Guide éthique*, 2014, Préambule, p. 3 ; MICHELIN, *Code d'éthique de Michelin*, 2014, p. 8 ; ACCORHOTELS, *Charte Éthique et responsabilité sociétale d'entreprise*, 2015, p. 5.

A. La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges nationaux

202. ***Prétentions normatives à destination externe.*** Si le juge national peut étendre sa juridiction au-delà de ses frontières, il peut aussi contraindre son propre État à respecter certaines procédures lorsqu'il agit en vertu de décisions globales ; ou encore exercer un contrôle – superficiel mais réel – des décisions prises par une entité globale lorsque celles-ci ont un impact dans la juridiction nationale. Dans ce dernier cas, il génère certes des normes s'analysant sous l'angle des sources unilatérales internes[808]. Mais, du point de vue de l'entité globale dont les décisions globales sont directement ou indirectement examinées[809], un acte juridictionnel défavorable ne reste généralement pas sans effets. Les entités globales présentent en effet une tendance à tirer les conséquences des décisions de justice qui leur sont défavorables, bien que ce phénomène ne soit pas systématique. Il est au demeurant possible d'identifier clairement les prétentions normatives exercées par les juges étatiques, lesquelles confirment la pertinence du cadre d'analyse des sources unilatérales externes proposé.

203. ***Pression juridictionnelle exercée sur des entités globales publiques.*** L'une des illustrations de l'existence de cette pression réside dans le contentieux opposant les époux Forabosco aux autorités françaises, à propos du Système information Schengen[810]. Dans cette affaire, la requérante, d'origine roumaine, était signalée aux fins de refus de visa sur le fichier informatique dénommé « Système d'information Schengen » (SIS), prévu par la Convention de Schengen du 19 juin 1990[811]. Cette inscription, qui l'empêchait de demander un visa long séjour à la suite de son mariage avec un Français, avait été demandée par l'Allemagne, laquelle, interrogée, indiqua que l'inscription était motivée par le simple fait que la requérante avait présenté dans le passé une demande d'asile en Allemagne, demande qui lui avait été refusée. La Convention ne prévoyant pas un tel motif de non-admission, il s'agissait à l'évidence d'une

[808] CE, 9 juin 1999, *Mme Forabosco*, n°190384. Voir sur cette affaire *supra*, §128.
[809] Le juge national n'a généralement pas compétence pour connaître d'un recours direct à l'encontre des décisions prises par les entités globales, sauf dans l'hypothèse des décisions prises par des entités globales privées soumises à sa juridiction. Selon le cas, le recours sera donc direct ou indirect, concernant dans ce dernier cas une décision nationale d'application de la décision de l'entité globale.
[810] Cette affaire est succinctement analysée par la doctrine du *GAL* ; voir KINGSBURY Benedict, « The concept of 'law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20-1, 2009, p. 43, ou encore BENEDETTI Mariangela, « The *Conseil d'État* and Schengen », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 706, vol. VI. Conflicting Jurisdictions, pp. 90-95.
[811] Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Schengen, 19 juin 1990.

erreur de droit. Le ministère des Affaires étrangères invita les autorités allemandes à la corriger, selon la procédure prévue par la Convention, puis donna l'ordre de satisfaire la demande de Mme Forabosco. La procédure dura plus d'un an avant que la requérante puisse enfin disposer de son visa. C'est la raison pour laquelle, une fois ledit visa obtenu, elle attaqua l'État devant le juge administratif, demandant l'indemnisation du préjudice financier subi (au moins 70 000 Francs) sur deux fondements : le refus du visa ne reposait sur aucun motif légal, et il a porté une atteinte excessive au droit des requérants à une vie familiale normale. Le juge lui ouvre une voie de recours en jugeant qu'en cas d'inscription illégale sur le système SIS effectuée par une autorité étrangère et dans la mesure où aucun autre juge n'a déjà statué, le juge français a la compétence de l'écarter pour assurer aux requérants l'exercice de leurs droits. Le même jour, le juge administratif rendait l'arrêt *Hamssaoui*. Cette fois-ci, la requérante, d'origine marocaine, s'était vu refuser un visa en France en raison de son inscription sur le SIS, mais n'avait aucune information sur les raisons du signalement la concernant, ni même connaissance de l'État qui l'avait effectué. Le Conseil d'État applique le droit interne et, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, juge que

> « la motivation d'un refus de visa opposé à une personne signalée aux fins de non-admission au Système d'Information Schengen doit comporter l'indication de l'État auteur du signalement afin de permettre à la personne en cause d'exercer, le cas échéant, les recours qui lui appartiennent à l'encontre de la décision de signalement »[812].

Ce faisant, le juge administratif impose à l'État français – en interne, donc – l'obligation de renseigner l'État tiers auteur du signalement à l'occasion de son refus, au nom de l'exigence de motivation de la décision résultant du droit français mais également du droit à un recours effectif, lequel n'apparaît ni dans la Convention, ni dans la loi analysée[813]. Il s'ensuit que le juge pallie, en créant une obligation d'inscrire l'État signalant aux motifs d'une décision de refus fondée sur le SIS, le déficit procédural inhérent à la Convention et au droit interne l'appliquant[814]. Les conséquences de ces décisions sont limitées aux autorités françaises, mais tant la formulation de l'arrêt *Hamssaoui* que les propos du Commissaire du gouvernement, dans

[812] CE, 9 juin 1999, *Mme Hamssaoui*, n°198344.
[813] Sans relever spécifiquement ce point mais confirmant la présence en arrière-plan de l'impératif de garantir effectivement le droit au recours contre l'inscription, LACHAUME Jean-François, « Jurisprudence française relative au droit international (1999) », *AFDI*, vol. 46, 2000, p. 732.
[814] Les limites de cette décision sont fixées par le juge à l'occasion de l'arrêt *Catrina*, par lequel le Conseil d'État juge, sans surprise, que « en revanche pas compétent pour statuer sur la légalité des décisions des autorités des autres États parties qui fondent ce signalement ; qu'ainsi le requérant, qui ne conteste pas que l'interdiction du territoire prononcée par les autorités italiennes était au nombre des décisions qui, en application des stipulations de l'article 96 de la convention d'application de l'accord de Schengen, justifient une inscription au fichier « Système d'information Schengen », ne saurait utilement se prévaloir de ce que cette mesure d'interdiction du territoire aurait été prise selon une procédure irrégulière et serait disproportionnée par rapport aux faits qu'il a commis » (CE, 23 mai 2003, *Gheorghita Catrina*, n° 237934).

ses conclusions sous l'arrêt *Forabosco*, marquent une volonté peu voilée que les juridictions étrangères s'alignent sur cette exigence : « il serait quand même souhaitable que toutes les 13 juridictions nationales aujourd'hui susceptibles de se prononcer sur cette question de compétence adoptent rapidement la même position »[815].

204. ***Pression sur une entreprise transnationale par l'intermédiaire d'une filiale.*** Dans d'autres cas, la pression ne s'exerce pas à l'égard d'autres États ou d'un système conventionnel, mais à l'égard d'entités globales privées échappant à la juridiction. Tel est le cas de l'affaire *Vivi Down*, analysée *supra*[816], à l'occasion de laquelle le Tribunal de Milan a condamné, faute de pouvoir atteindre directement la société *Google*, sa filiale implantée en Italie, malgré l'absence de toute responsabilité de ladite filiale dans les faits de l'espèce[817]. Pour contestable qu'il est, ce raisonnement a rapidement porté ses fruits à l'égard du destinataire *réel* de la norme de droit administratif global souhaitée – à savoir une meilleure protection de la vie privée sur Internet, espace global par essence, par la possibilité de solliciter la suppression de vidéos aux conséquences néfastes. Dès 2010, *Google* et *Vivi Down* ont en effet signé un arrangement prévoyant la mise en place d'un mécanisme permettant de signaler et de retirer rapidement ce type de vidéos, instituant ainsi une norme relevant du droit administratif global par la voie conventionnelle[818]. Le droit administratif global est donc généré, ici, de manière médiate. La norme destinée à l'entité globale *Google*, responsable de la régulation des contenus qui circulent par son intermédiaire, n'a en effet été *reçue* que par intermédiaire ; pour autant, l'influence de la décision italienne dans l'accord conclu ne peut être niée. Elle constitue ainsi une source unilatérale externe du droit administratif global.

B. La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges régionaux

205. ***Pression à l'égard des entités globales publiques et privées.*** En matière de droit administratif global, les juges internationaux ont peu l'occasion d'exercer de pression jurisprudentielle à l'égard d'entités sur lesquelles elles n'ont pas compétence, mise à part l'hypothèse du dialogue des juges permettant la circulation de normes procédurales[819]. En

[815] CE, 9 juin 1999, *Mme Forabosco*, n°190384, conclusions Bruno MARTIN-LAPRADE, *AJDA*, 1999, p. 727.
[816] Voir *supra*, §175.
[817] Tribunale Ordinario di Milano, 12 aprile 2010, *Repubblica Italiana v. Drummond, De Los Reyes and Fleischer*, décision précitée note 702.
[818] Dans le même sens, mais sous l'angle du *GAL* et sans mention des sources, voir CAROTTI Bruno, « The *Google – Vivi Down* Case: Provider's Responsibity, Privacy and Internet Freedom », *op. cit.* note 700, p. 182.
[819] Cette situation a été envisagée *supra*, §180.

revanche, l'activité jurisprudentielle des juges régionaux européens justifie que leur soit consacré une analyse de la manière dont la théorie des sources du droit administratif global peut l'appréhender. Il est ainsi possible de distinguer, par commodité de présentation, la pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales privées non soumises à leur compétence (1) de celle dirigée vers certaines entités globales publiques comme les Nations Unies (2).

1. La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales privées

206. ***CEDH et TAS.*** Il n'est pas rare que certaines décisions des cours régionales visent, indirectement, une entité placée sous la juridiction de l'État membre sanctionné. L'on peut ici mentionner utilement l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*. Dans ce contentieux opposant deux sportifs au Tribunal arbitral du sport (ci-après : le « TAS »)[820] accusé de ne pas fournir les conditions d'un procès équitable au sens de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : la « Convention EDH »)[821], la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) se heurtait d'abord à une question de recevabilité de la requête. La Suisse arguait, sur ce point, que le TAS reposait « sur une organisation et des normes entièrement indépendantes de l'État »[822]. Se fondant sur la loi prévoyant dans certains cas la compétence du Tribunal fédéral en cas de contestation de sentences arbitrales et sur le fait que celui-ci a rejeté la requête des requérants, la Cour décide en faveur de la recevabilité[823], de sorte qu'elle semble conférer à la Convention un effet direct horizontal[824]. La Cour estime sur le fond que l'arbitrage devant le TAS est un « arbitrage forcé »[825] et que, par conséquent, les obligations découlant de l'article 6§1 de la Convention EDH sont exigibles. Si elle valide

[820] Sur ce Tribunal, voir LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, pp. 99 et suivantes.
[821] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, *STE*, n°005.
[822] CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, §60. Pour un commentaire, voir LATTY Franck, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n°192, 2018, pp. 31-36.
[823] La Cour note à ce propos que « dans des circonstances limitativement énumérées, notamment en ce qui concerne la régularité de la composition de la formation arbitrale, la loi suisse prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour connaître de la validité des sentences du TAS (articles 190 et 191 de la LDIP). En outre, dans les présentes causes, cette haute juridiction a rejeté les recours des requérants donnant, de ce fait, force de chose jugée aux sentences arbitrales en question dans l'ordre juridique suisse » (*ibid*., §66).
[824] Voir en ce sens LATTY Franck, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *op. cit*. note 822, p. 32. En effet, la Cour applique ce faisant la Convention « aux « relations purement privées », transnationales en l'occurrence, entre les athlètes d'une part, et le Tribunal arbitral du sport de l'autre » (*idem*, citant SPIELMANN Dean, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 152).
[825] CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, précité note 823, §115. La Cour avait indiqué plus haut qu'il convenait « de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention » (*ibid*., §95).

globalement le système du TAS et le reconnaît comme un tribunal arbitral satisfaisant aux exigences d'indépendance et d'impartialité, la Cour condamne toutefois la Suisse en concluant « qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-publicité des débats devant le TAS »[826] dans l'affaire en cause – donc pour avoir manqué à son obligation d'imposer une telle publicité au TAS *via* le Tribunal fédéral. Si l'arrêt condamne la Suisse, seule destinataire de l'arrêt de la Cour, le TAS s'est empressé de se conformer aux exigences jurisprudentielles et a rapidement indiqué que « [s]uivant la *recommandation* de la CEDH, le TAS a déjà adopté de nouvelles règles afin d'autoriser les audiences publiques dans les affaires disciplinaires et/ou éthiques »[827].

207. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** En somme, il apparaît que la décision de la CEDH a constitué une source unilatérale externe de norme relevant du droit administratif global, ici en matière procédurale[828] ; il est d'ailleurs intéressant de noter que le discours du TAS y voit une « recommandation ». Cet exemple correspond aux situations déjà rencontrées : du point de vue du TAS, la source est indirecte, du moins tant que la Suisse, ordre juridique de référence du TAS, n'a pas légiféré pour lui imposer la décision de la Cour – ou ne la lui a pas imposée par la voie juridictionnelle. D'un point de vue positif, deux conceptions peuvent cependant s'opposer sur cette question. Soit l'on considère que le TAS relève de l'ordre juridique suisse, écartant ses prétentions autonomistes – lesquelles sont admises par la Suisse qui s'en prévaut d'ailleurs devant la CEDH. Dans ce cas, il faut conclure que la décision de la Cour ne constitue pas une « recommandation » mais une obligation directe, et sa jurisprudence une source unilatérale interne de droit. Soit l'on considère, de manière plus souple et plus

[826] *Ibid*., §183.

[827] TAS, Communication aux médias, Lausanne, 5 février 2019 (nous soulignons). Conformément à cette annonce, le deuxième paragraphe de l'article R57 du Code de l'arbitrage du TAS disposant que « [a]près avoir consulté les parties, la Formation peut, si elle s'estime suffisamment informée, ne pas tenir d'audience. Lors de l'audience, les débats ont lieu à huis clos, sauf accord contraire des parties », a été complété en janvier 2019 par le paragraphe suivant : « [à] la demande d'une personne physique partie à la procédure, une audience publique devrait être accordée si l'affaire en question est de nature disciplinaire. Une telle demande peut toutefois être refusée dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, lorsque la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, lorsque la procédure ne porte que sur des questions de droit ou lorsqu'une audience publique a déjà eu lieu en première instance » (TAS, Code de l'arbitrage en matière de sport, entré en vigueur le 1er janvier 2019, article R57).

[828] Le TAS, en tant qu'organe arbitral du Comité international olympique, permet en effet aux athlètes, aux clubs, aux fédérations et à l'Agence mondiale anti-dopage de contester, selon les clauses de compétences inclues par les diverses fédérations sportives, à peu près toute question en rapport avec le sport au niveau international. Le CIO constitue dès lors une entité globale en charge de la régulation des problématiques liées au phénomène sportif, c'est-à-dire, essentiellement, la lutte contre le dopage et les pratiques non éthiques. Le TAS, en tant qu'organe du CIO, relève de cette entité globale et peut donc, dans l'exercice de sa mission de régulation globale, être soumis au droit administratif global, spécifiquement en ce qui concerne ses procédures contentieuses.

réaliste à notre sens, que la jurisprudence de la CEDH est, dans l'ordre juridique interne du TAS, une source matérielle de droit, et rien de plus tant que l'État suisse n'a pas légiféré pour imposer au TAS la jurisprudence européenne. Telle semble être la vision privilégiée par le TAS, et celle correspondant à l'analyse des sources formelles proposée : le TAS a devancé l'action juridictionnelle suisse – ses sentences risquant d'être annulées par application de la jurisprudence de la CEDH – en modifiant de manière unilatérale interne ses procédures, tout en précisant officiellement que l'arrêt *Mutu et Pechstein* constitue le *motif* matériel de cette initiative.

2. La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales publiques

208. ***Système de sanctions ciblées des Nations Unies – sources unilatérales internes.*** Enfin faut-il évoquer la pression juridictionnelle exercée tant par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que par la CEDH à l'égard des Nations Unies, en l'absence évidente de tout lien juridique entre les premières organisations et la seconde. Par sa résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, décide ainsi d'imposer des sanctions aux Taliban – interdiction de décollage et d'atterrissage pour les aéronefs leur appartenant et gel des fonds et autres ressources financières – et de « créer […] un comité du Conseil de sécurité composé de tous les membres du Conseil, pour accomplir les tâches ci-après et rendre compte de ses travaux au Conseil en présentant ses observations et recommandations »[829]. Ce nouvel organe avait essentiellement pour mandat de recueillir les rapports et informations des États concernant l'application, l'incidence et le développement des sanctions imposées. S'il est précisé que le Comité peut décider de la suite à donner aux éventuelles demandes de dérogation aux mesures imposées, aucune procédure spécifique n'est prévue pour ce faire. La résolution 1333 (2000) confie au Comité la responsabilité de « [d]resser et tenir à jour, à partir des informations communiquées par les États et les organisations régionales, des listes concernant les individus et entités identifiés comme étant associés à Usama bin Laden »[830]. En 2001, un autre Comité, dit « Comité contre le terrorisme », est créé en réaction aux attentats du 11 septembre[831]. Par la suite, les deux comités seront invités à travailler de concert. La résolution 1390 (2001) crée un système de sanction automatisé : en vertu du §2, l'inscription d'une personne sur la liste prévue par la

[829] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, S/RES/1237 (1999).
[830] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1333 (2000) du 19 décembre 2000, S/RES/1333 (2000), §16.
[831] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001, S/RES/1373 (2001), §6.

résolution 1333 (2000) entraîne l'application de sanctions par les États membres. Outre les sanctions précédentes, s'y ajoutent le blocage des fonds, l'interdiction d'entrée et de transit des non-nationaux sur le territoire national – avec dérogation possible par décision du Comité ou encore l'interdiction de toute vente à destination militaire[832]. Le Conseil de sécurité décide également que ces mesures feront l'objet d'un réexamen par lui-même au bout de 12 mois, « délai au terme duquel soit il les maintiendra, soit il décidera de les améliorer, dans le respect des principes et objectifs de la présente résolution »[833]. La résolution 1526 (2004) renforce le mandat du Comité en lui conférant un « rôle central dans l'évaluation des renseignements destinés à être examinés par le Conseil en vue de la mise en œuvre effective des mesures, ou de recommander des améliorations auxdites mesures »[834]. Elle demande aux États de motiver ou tout du moins de compléter leurs demandes d'inscription de nouveaux noms sur la liste[835] et prévoit la création d'une Équipe d'appui technique et de surveillance des sanctions, placée directement sous l'autorité du Comité, ayant pour mission de l'assister (par l'évaluation, la surveillance de l'information, la consultation des États, l'assistance à la rédaction des évaluations transmises au Conseil de Sécurité). Cette même année – 2004 – se pose officiellement la question de la procédure relative au retrait d'un individu ou d'une entité des listes établies par un Comité ; elle est soulevée par le Président du Groupe de travail officieux du Conseil de sécurité sur les questions générales relatives aux sanctions[836]. C'est par une note datée de deux jours plus tard que le Président du Conseil de sécurité pend acte de l'extension du mandat du Groupe de travail et y intègre officiellement ce sujet[837]. La nécessité d'une motivation des demandes d'inscription sur la liste est exprimée pour la première fois de manière non équivoque dans la décision 1617 (2005) : les États demandeurs d'une inscription doivent « désormais communiquer au Comité un mémoire motivant leur proposition »[838]. Par ailleurs, les États sont priés d'informer par écrit leurs nationaux de leur éventuelle inscription sur une liste, ainsi que des conséquences de cette inscription : règles suivies par le Comité, radiation.

[832] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1390 (2001) du 16 janvier 2002, S/RES/1390 (2002), §2.
[833] *Ibidem*, §3.
[834] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1526 (2004) du 30 janvier 2004, S/RES/1526 (2004), §2.
[835] *Ibid.*, §17 : le Conseil prie tous les États, « lorsqu'ils soumettent de nouveaux noms à inclure sur la liste du Comité, de fournir des renseignements facilitant l'identification et des informations générales, dans toute la mesure possible, qui démontrent l'association des individus ou des entités en question avec Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ou les Taliban, conformément aux directives du Comité ».
[836] Lettre datée du 17 décembre 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Groupe de travail officieux du Conseil de sécurité sur les questions générales relatives aux sanctions, Annexe à la Note du Président du Conseil de sécurité du 21 décembre 2004, S/2004/979, p. 7.
[837] Note du Président du Conseil de sécurité, 23 décembre 2004, S/2004/1014.
[838] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1617 (2005) du 29 juillet 2005, S/RES/1617 (2005), §2. Cette obligation devient celle de « fournir un exposé détaillé des motifs », avec la résolution 1822 (2008) du 30 juin 2008, S/RES/1822 (2008), §12.

Le Comité se voit également doté du pouvoir – et uniquement du pouvoir – d'utiliser le mémoire déposé par l'État demandeur de l'inscription pour répondre aux questions des États dont des nationaux, résidents ou entités auraient été inscrits, voire de le transmettre, s'il le souhaite et avec le consentement préalable de l'État demandeur de l'inscription, à d'autres parties, « par exemple à des fins opérationnelles ou pour faciliter l'application de mesures »[839]. L'année d'après, le Conseil de sécurité adopte une procédure de radiation applicable aux 11 différents comités qu'il a créés depuis 1992[840]. Un « point focal » chargé de recevoir et de traiter les demandes de radiation est créé. Quelques jours plus tard, la résolution 1735 (2006) traite pour la première fois de la question de la radiation de la liste et fixe des critères d'appréciation de l'opportunité de rayer des noms – et notamment le cas de l'erreur d'identification[841].

209. ***Condamnations des États européens du fait des lacunes du système onusien.*** Jusqu'ici, les normes de droit administratif global développées à propos de ce système de sanction sont de sources unilatérales internes formalisées, et ne soulèvent pas de difficulté. En 2008 survient l'épilogue du litige opposant M. Kadi, ressortissant d'Arabie Saoudite dont les avoirs et ressources financières dans la Communauté avaient été gelés par le règlement (CE) n° 467/2001[842] – depuis abrogé et remplacé par un règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil[843]. Ce dernier règlement, que M. Kadi attaquait, transposait la position commune 2002/402/PESC du Conseil[844] elle-même prise en application directe des résolutions précitées du Conseil de sécurité des Nations Unies. Le requérant invoquait devant le Tribunal de Première Instance (ci-après : « le Tribunal ») puis la Cour le droit à un procès équitable, le droit de propriété, le principe de proportionnalité et le droit à un contrôle juridictionnel effectif. Alors que le Tribunal avait opté pour la position selon laquelle « les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité

[839] *Ibid*., §§6-7, et §7 s'agissant de la citation reproduite. Ces demandes et obligations seront précisées et renforcées par la résolution 1735 (2006) du 22 décembre 2006, S/RES/1735 (2006), §§5-11.
[840] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1730 (2006) du 19 décembre 2006, S/RES/1730 (2006).
[841] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1735 (2006) du 22 décembre 2006, précitée, §14.
[842] Règlement du Conseil, du 6 mars 2001, interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des Talibans d'Afghanistan, et abrogeant le règlement (CE) n° 337/2000. Le nom du requérant a été repris par le règlement (CE) nº 2062/2001 de la Commission, du 19 octobre 2001, modifiant, pour la troisième fois, le règlement nº 467/2001 (JO L 277, p. 25).
[843] Règlement instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 (JO L 139, p. 9).
[844] Position commune du 27 mai 2002, concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Talibans et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC (JO L 139, p. 4).

en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies priment sur les règles du droit communautaire »[845], l'avocat général invite la Cour à se prononcer différemment :

> « [s]i un véritable mécanisme de contrôle juridictionnel effectif effectué par un tribunal indépendant avait existé au niveau des Nations Unies, cela aurait pu affranchir la Communauté de l'obligation de fournir un contrôle juridictionnel des mesures de transposition applicables dans l'ordre juridique communautaire. Toutefois, un tel mécanisme n'existe pas à l'heure actuelle. Comme l'ont eux-mêmes souligné la Commission et le Conseil dans leurs observations, la décision de radier ou non une personne de la liste des sanctions établie par les Nations Unies demeure de l'entière discrétion du comité des sanctions, un organe diplomatique. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le droit à un contrôle juridictionnel par un tribunal indépendant n'a pas été garanti au niveau des Nations Unies. Par conséquent, les institutions communautaires ne sauraient se dispenser d'un contrôle juridictionnel dûment exercé lors de la mise en œuvre dans l'ordre juridique communautaire des résolutions en cause du Conseil de sécurité »[846].

Se plaçant cette fois sur le plan de l'ordre juridique communautaire, et non international, la Cour note que les requérants n'ont jamais eu connaissance des éléments fondant les sanctions imposées[847]. En l'absence d'une telle communication de la part du Conseil, qui ne disposait de toute façon pas non plus de ces éléments détenus par le Conseil de sécurité des Nations Unies, les requérants n'ont à l'évidence pu faire connaître leur point de vue, ce qui constitue une violation de leurs droits de défense[848]. La Cour constate que les requérants n'ont pas pu non plus défendre leurs droits dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire, et en déduit une violation du droit à un recours juridictionnel effectif[849]. La Cour conclut sur ce point que le règlement « a été adopté sans fournir aucune garantie quant à la communication des éléments retenus à charge de ceux-ci ou quant à leur audition à cet égard, de sorte qu'il doit être conclu que ce règlement a été arrêté selon une procédure au cours de laquelle les droits de la défense n'ont pas été respectés »[850]. Elle note que si les résolutions du Conseil de sécurité mises en œuvre par le règlement attaqué prévoient un réexamen régulier de la situation des inscrits « ainsi qu'une procédure permettant aux intéressés de soumettre à tout moment leur cas

---

[845] CJUE, Conclusions de l'avocat général M. Miguel Poiares Maduro présentées le 16 janvier 2008 dans l'affaire *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-402/05 P, §18. Le Tribunal avait alors jugé que la légalité interne d'un règlement mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte ne pouvait faire l'objet d'un contrôle devant les juridictions communautaires, sauf en cas de violation prétendue de normes impératives du droit international. Il avait dès lors effectué un contrôle minimal de légalité de la résolution, non au regard du droit communautaire mais au regard des normes de *jus cogens*, pour en déduire l'absence de violation.
[846] *Ibid*., §54.
[847] CJUE, GC, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, précité note 743, §327.
[848] *Ibid*., §328.
[849] *Ibid*., §349.
[850] *Ibid*., §352.

au comité des sanctions pour réexamen moyennant une demande pouvant désormais être adressée directement au dit comité par l'intermédiaire du point dit « focal »[851], en droit communautaire « les procédures applicables doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes »[852]. La Cour suit en conclusion l'avocat général : après avoir examiné la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire, il l'annule en jugeant que celui-ci,

> « pour autant qu'il concerne M. Kadi, a été adopté sans fournir à ce dernier aucune garantie lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et ce dans une situation dans laquelle la restriction de ses droits de propriété doit être qualifiée de considérable, eu égard à la portée générale et à la durée effective des mesures restrictives dont il fait l'objet »[853].

210. ***Réactions des Nations Unies – sources unilatérales externes.*** Tandis que la doctrine analyse amplement cette solution[854] et ses conséquences, le Conseil de sécurité améliore la transparence de la procédure d'inscription sur la liste par l'obligation faite au Comité, en 2008, de « publier sur son site Web […] un résumé des motifs de l'inscription et […] de s'efforcer de publier […] des résumés des motifs ayant présidé aux inscriptions de noms sur la Liste récapitulative effectuées avant l'adoption de la présente résolution »[855]. La résolution 1822 (2008) indique pour la première fois et de manière peu anodine que le Conseil de sécurité prend note des difficultés auxquelles se heurte la mise en œuvre des mesures prises par les États membres, et reconnait « les efforts que ne cessent de déployer les États Membres et le Comité en vue d'assurer que des procédures équitables et claires soient mises en place »[856] tant pour

---

[851] *Ibid*., §365.
[852] *Ibid*., §368.
[853] *Ibid*., §369.
[854] Si l'inexistence de procédures satisfaisantes sur un plan général devant le Conseil de sécurité avait fait l'objet de débats avant la décision de la Cour (voir par ex. VAN DEN HERIK Larissa, « The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual », *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, pp. 797-807), la publication de la décision a entraîné une littérature extrêmement abondante. Voir, par exemple, pour des présentations synthétiques : NEUWAHL Nanette, « L'Union européenne et les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies – contrôle de la légalité en vertu des droits de l'homme et autonomie de l'Organisation des Nations Unies », *RQDI*, 2007, n°20.2, pp. 159-172 ; PELLET Alain, « Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°529, juin 2009, pp. 415-418 ; REICH Johannes, « Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999) », *Yale Journal of International Law*, 2008, vol. 33, N°2, pp. 505-511 ; VAN DEN HERIK Larissa, SCHRIJVER Nico, « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security : The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *International Organizations Law Review*, 2009, vol. 5, pp. 329-338 ; BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire *Kadi* », *in Ombres et lumières du droit international. Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, Pedone, 2016, pp. 71-86.
[855] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1822 (2008) du 30 juin 2008, précitée, §13.
[856] *Ibid.*, Préambule.

l'inscription que pour la radiation et l'octroi de dérogations pour raisons humanitaires. Par cette résolution, il est exigé que la liste soit actualisée en permanence et que certaines informations soient publiques. La résolution 1904 est le point d'orgue de l'évolution de la procédure de radiation, à l'origine inexistante. Prenant note des difficultés « d'ordre juridique et autre » auxquelles sont confrontés les États dans la mise en œuvre de leurs obligations découlant de l'inscription sur la liste de personnes et entités résidant sur leur territoire, le Conseil de sécurité affirme son « intention de continuer d'œuvrer à rendre ces procédures équitables et transparentes »[857]. Cet objectif est matérialisé par la création d'un bureau du Médiateur et d'un Médiateur qui assurera en toute indépendance et impartialité les fonctions jusqu'alors attribuées au point focal – mais uniquement concernant ce comité 1267[858]. Son mandat est clairement précisé en annexe de la résolution et prévoit une procédure de radiation en trois phases dès la réception d'une demande de radiation dont il doit accuser réception en précisant à son expéditeur la procédure suivie : collecte d'informations (deux mois), concertation (deux mois), examen de la demande, remise d'un rapport et décision du Comité (deux mois). La procédure se clôt par la décision du Comité ; si la demande de radiation est rejetée, le Comité doit en informer le Médiateur et lui transmettre « le cas échéant »[859] toute information utile en vue d'une information du requérant. L'activité du Médiateur, aisément accessible du fait de la publication semestrielle d'un rapport complet précisant l'état d'avancement de chaque dossier, a débuté officiellement le 14 juillet 2010[860], tandis que la jurisprudence européenne – de la CEDH – continuait à considérer le système comme insuffisant et à imposer en conséquence aux États membres d'instituer une procédure visant à remédier à ces lacunes[861]. Fin 2018, 84 demandes de radiation avaient été déposées au Bureau du Médiateur depuis sa création. 52 personnes et 28 entités ont été radiées de la liste[862]. La procédure continue d'être améliorée unilatéralement par le Conseil de sécurité, sous l'impulsion du Médiateur qui surveille depuis lors l'évolution de la jurisprudence régionale européenne à ce propos[863]. La réception matérielle

[857] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1904 (2009) du 17 décembre 2009, S/RES/1904 (2009), Préambule.
[858] *Ibid.*, §§20-22.
[859] *Ibid.*, Annexe II, §13.
[860] Premier Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 21 janvier 2011 adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 24 janvier 2011, S/2011/29, §2.
[861] CEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08.
[862] Seizième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 2368 (2017) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 6 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur, 6 février 2019, S/2019/112, §§3-6.
[863] Voir notamment Deuxième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 1989 (2011) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 22 juillet 2011, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 22 juillet 2011, S/2011/447, §11 : « [p]our arriver à établir une norme à appliquer par le Médiateur, le droit et la jurisprudence appliqués aux niveaux national et régional ont été examinés, en particulier dans le

des actes juridictionnels de la CEDH et de la CJUE en matière de droit administratif global, par les organes des Nations Unies, constitue ainsi une ultime preuve que la théorie des sources formelles du droit administratif global ne doit pas être limitée à une description formaliste des sources – la plupart étant unilatérales *internes* – mais bien intégrer l'ensemble des facteurs sociaux, politiques et juridiques intervenant dans la formation de ces normes.

Conclusion du chapitre 2.

211. ***Synthèse***. Ce chapitre avait pour objet de déterminer l'existence de sources unilatérales externes de droit administratif global. Lorsque le mécanisme qui permet la réception des normes produites par ces sources est de type « vertical », il n'existe pas de difficulté particulière au regard de la théorie – générale – des sources formelles, à condition d'admettre que les décisions de justice constituent des « actes juridictionnels » relevant de la catégorie des actes unilatéraux. L'identification, au cours de la recherche, de phénomènes échappant *prima facie* à toute théorie des sources formelles a en revanche invité à approfondir ces situations, qui s'avèrent nombreuses dans le cadre du droit administratif global. Il arrive en effet fréquemment que des entités, qu'il s'agisse d'États, d'organisations internationales ou encore de juges, exercent une pression juridique en vue de l'adoption, par une entité tierce, de normes de droit administratif global. En l'absence de lien juridique permettant une réception formelle de type verticale de la norme émise, son sort est réduit à trois options. Soit, premièrement, l'entité d'émission peut produire la norme directement à destination de l'entité globale destinataire, en pleine conscience des limites de cette prétention normative sur le plan juridique. Lorsque cette stratégie, appuyée par des mécanismes politiques, aboutit, l'adoption de la norme de droit administratif global par l'entité réceptrice relève généralement, sur le plan formel, de l'acte unilatéral interne. Soit, deuxièmement, l'entité émettrice peut s'appuyer sur ses sujets de droit, si ceux-ci entretiennent un lien juridique avec l'entité destinataire. Dans cette hypothèse, la relation ne demeure verticale qu'entre l'entité émettrice et l'entité « relais » d'une part, et

contexte du gel des avoirs et d'autres restrictions au titre des régimes de lutte contre le terrorisme ». En 2017, la Médiatrice estime que le raisonnement du juge européen dans l'affaire *Al-Ghabra* (CJUE, Tribunal (troisième Chambre), 13 décembre 2016, *Mohammed Al-Ghabra c. Commission européenne*, affaire T-248/13) constitue des vues « encourageantes, contrairement à celles exprimées dans plusieurs décisions précédentes rendues par des tribunaux régionaux, après la création du Bureau. Ces décisions avait fait peu de cas de la création du Bureau du fait qu'il n'offrait pas la garantie d'une protection juridictionnelle efficace » (Treizième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 2253 (2015) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 23 janvier 2017, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 23 janvier 2017, S/2017/60, §40. La Médiatrice fait ici directement référence en notes de bas de page aux arrêts *Nada c. Suisse* (précité note 861) et *Kadi* (précité note 743).

l'entité « relais » et l'entité globale destinataire d'autre part. Ce mode de formation est donc médiat ; là encore, la norme initiale n'est, sur le plan formel, que « matériellement » reçue par son destinataire. Enfin, la troisième possibilité pragmatiquement ouverte à l'entité émettrice d'une norme de droit administratif global à l'égard d'une entité globale tierce réside dans le recours à un autre mode de formation du droit administratif global, tel que la source plurilatérale – qu'il convient dorénavant d'aborder.

Conclusion du Titre Premier.

212. ***Synthèse du Titre.*** La formation unilatérale du droit administratif global est, au regard des conclusions qui précèdent, caractérisée par deux qualités dont la première détermine la seconde. Les sources unilatérales du droit administratif global peuvent d'une part être *internes* aux entités globales, et s'avérer plus ou moins formalisées selon les besoins en jeu. Si cette absence de formalisation ne facilite pas toujours une appréhension claire de ces sources, leur existence n'est pas contestable. Les sources unilatérales *externes* font cependant l'objet de débats dépassant la question de leur formalisme. S'il est commun que des entités émettent des normes de droit administratif global à destination des entités globales placées sous leur juridiction, leur action normative à l'égard d'entités globales ne relevant aucunement de leur juridiction semble faire vaciller la vision classique des sources formelles. Bien que cette dernière enseigne, en la matière, qu'un mécanisme de transposition de la norme externe est nécessaire à son intégration dans l'ordre juridique de l'entité globale, la théorie des sources formelles rend mal, voire pas, compte du rôle des différentes formes de pressions juridiques et juridictionnelles exercée depuis l'extérieur. C'est la raison pour laquelle il s'avère nécessaire de distinguer précisément les différentes étapes présidant à la formation d'une norme de source unilatérale externe. À cet égard, le mécanisme de la réception matérielle, ainsi intégré à l'étude des sources, permet de rendre compte de manière satisfaisante de cette complexité tout en permettant une approche formelle des sources.

213. ***Existence d'autres modes de formation du droit administratif global.*** L'étude a d'ores-et-déjà fait surgir l'hypothèse de l'existence d'autres sources du droit administratif global, à l'instar de celles formalisées par des instruments conventionnels. Celles-ci se caractérisent par leur caractère plurilatéral, dans le sens où leur formation fait intervenir formellement – et non uniquement matériellement – le consentement d'au moins deux entités distinctes.

TITRE DEUXIEME.
LES SOURCES PLURILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

214. ***Plurilatéralité et non multilatéralité.*** L'unilatéralité d'une situation ou d'une action est caractérisée par le fait qu'elle émane d'un foyer unique, ou d'une volonté *unique*[864]. Lorsque plusieurs acteurs interviennent dans la production de la norme, ce mode de formation est tantôt qualifié de multilatéral, tantôt de plurilatéral, parfois de manière synonymique. Léon Duguit oppose ainsi les actes unilatéraux aux actes plurilatéraux[865], tandis que l'expression « acte multilatéral » apparaît plus volontiers utilisée en droit international[866]. Une distinction importante existe cependant, dans cette discipline, entre les *traités plurilatéraux*, qui sont traditionnellement ouverts à un nombre limité et identifié de parties, et les *traités multilatéraux*, qui sont ouverts sans restriction[867]. Une telle distinction n'affecte toutefois que la qualification d'*instruments* de source conventionnelle, cette dernière pouvant indifféremment être qualifiée de multilatérale ou de plurilatérale. Or, l'étymologie des deux termes indique que

[864] Voir *supra*, §82.

[865] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème édition, Tome premier, Paris, Fontenoing & Cie, 1927, p. 368.

[866] Voir par exemple CDI, Comptes rendus analytiques de la vingt-quatrième session, 2 mai – 7 juillet 1972, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. I, A/CN.4/SER.A/1972, p. 240, ou CDI, Comptes rendus analytiques des séances de la trente-septième session, 6 mai – 26 juillet 1985, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. I, A/CN.4/SER.A/1985, p. 243. *Contra*, Paul Reuter évoque des « actes plurilatéraux » de source conventionnelle (REUTER Paul, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, pp. 462 ou 540), mais également des « accords multilatéraux » (p. 565) ; de la même manière, Hervé Ascensio indique que « [p]armi les actes juridiques on opère généralement une distinction entre actes unilatéraux et actes plurilatéraux » (ASCENSIO Hervé, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 1997, Université Paris-X Nanterre, p. 27).

[867] Ce débat a notamment eu lieu au sein de la Commission du droit international : « des distinctions importantes existent effectivement à certains égards […] suivant que l'accord est bilatéral, plurilatéral (c'est-à-dire conclu entre un certain nombre d'États ou entre les États d'un groupe restreint) ou multilatéral (par exemple une convention générale multilatérale conclue au cours d'une conférence réunie sous les auspices d'une organisation internationale) » (CDI, Comptes rendus analytiques de la quatorzième session, 24 avril – 19 juin 1962, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. I, A/CN.4/SER.A/1962, p. 95). Cette distinction figurait notamment à l'article 17 sur « le droit de signer » du projet d'Articles sur le droit des traités de 1959 (CDI, Documents de la onzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1959, vol. II, A/CN.4/SER.A/1959/Add.1, p. 111), mais n'a pas été reprise dans la Convention finale. Cette distinction, qui demeure d'actualité (voir par exemple CDI, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-deuxième session, Deuxième partie, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2010, vol. II, A/CN.4/SER.A/2010/Add.1 (Part 2), p. 74)), renvoie à celle entre le traité-loi et le traité-contrat, qui n'a pas été consacrée à Vienne. Comme le rappelle Georges Abi-Saab, cette dernière distinction, « quoique très utile comme explication théorique, l'est beaucoup moins au niveau opératoire. Il est significatif à cet égard que la Conférence de Vienne sur le droit des traités de 1968-1969 n'ait pas suivi la proposition visant à distinguer les « traités plurilatéraux » (contrats) des « traités multilatéraux » (lois) à vocation universelle » (ABI SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987-VII, vol. 207, p. 128). En droit de l'OMC, cette distinction reste fondamentale (voir pour un exposé sur ce point TOMKIEWICZ Vincent (dir.), avec la collaboration de GARCIA Thierry et PAVOT David, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 27 et suivantes).

« multilatéral » implique la présence de plus de deux personnes, tandis que « plurilatéral » implique la présence de deux personnes ou plus[868]. Cette subtilité terminologique justifie, dans le cadre des sources du droit administratif global, qu'il soit préféré la notion la plus large – c'est-à-dire la *plurilatéralité* – dans la mesure où elle doit pouvoir désigner à la fois la bilatéralité et la multilatéralité.

215. ***Application aux sources du droit administratif global.*** L'analyse des sources unilatérales du droit administratif global ne suffit pas à appréhender la totalité des modes de formation de ce droit. En effet, au cours de la recherche, d'autres processus aboutissant à la création *collective* de normes ont été décelés. Par exemple, le terme de « principe » (de soumission au droit, de recours à l'audit, de transparence, de précaution, d'accès à l'information, de procédure équitable…) a été fréquemment utilisé pour qualifier des normes rencontrées, sous la plume de la doctrine[869] ou au sein de documents officiels publics[870] comme privés[871]. Bien que leurs sources, dans les contextes où ils ont été appréhendés, soient unilatérales, le contenu et la nature des « principes » ont alors toujours semblé imprécis. Par conséquent, l'éventualité qu'il ne s'agisse pas de normes, mais du reflet de l'existence d'un mode collectif de formation de normes dont l'adoption, par une source unilatérale, serait une codification, doit être envisagée. Par ailleurs, la recherche a mis au jour l'hypothèse de l'existence d'accords – bilatéraux ou non – pouvant conduire à la formation de droit administratif global[872]. Tous ces modes de formation faisant intervenir la rencontre d'au moins deux volontés – à la différence de la source unilatérale externe, qui ne fait se rencontrer qu'une prétention normative émise unilatéralement et sa

[868] Bien que présentant les deux termes comme synonymes, le dictionnaire du vocabulaire juridique précise bien que « multilatéral » est composé du latin « *multus* : nombreux, et du substantif latin *latus, lateris* : côté » (CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, Quadrige, 2011, p. 667, entrée « multilatéral, ale, aux »), tandis que « plurilatéral » est composé de l'adjectif latin « *plures* : plusieurs » et du même substantif (*ibid*., p. 763, entrée « plurilatéral, ale, aux »). Un dictionnaire étymologique indique pour sa part que les mots commençant par la particule « multi- » se « rattachent à l'adjectif latin *multum* qui signifie « beaucoup de » » (CLÉDAT Léon, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Française*, Troisième édition revue et augmentée, Hachette, Paris, 1914, p. 391). Dans tous les cas, il apparaît que « multilatéral » désigne un nombre plus important que « plurilatéral ».

[869] Par exemple s'agissant de la transparence, CUSTOS Dominique (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, Actes du XIIe congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles, Bruylant, 2014, 306 p.

[870] Pour le « principe de transparence » mentionné comme tel, voir par exemple AGNU, Soixante-septième session, Résolution 67/260 adoptée le 1er mai 2013, A/67/260 ou CEB, *Directives pour la passation des marchés de services, de fournitures et de travaux*, septembre 2011, p. 5.

[871] Pour le « principe de transparence » mentionné comme tel, voir par exemple ENGIE, *Charte éthique*, 2016, p. 5 ou ROCHER, *Code de conduite des affaires du Groupe Rocher*, 2015, p. 7.

[872] L'on pense par exemple à l'accord de 1982 qui prévoyait l'existence d'un contrôle des données des personnes faisant l'objet d'un fichier par INTERPOL ; voir *supra*, §106. Dans ce cas la norme « finale », à savoir celle créant la Commission des fichiers, ne résulte pas directement de l'accord mais d'une source unilatérale *interne* dont la mobilisation a très manifestement été déterminée par cet accord – et la perspective de l'application de la loi française.

réception au sein d'une entité globale – peuvent être analysés sous l'angle des « sources plurilatérales » du droit administratif global. Cette expression désigne ainsi, de manière large, dans le cadre de cette étude, les modes de formation du droit administratif global imputables à *plusieurs sujets de droit*, cette qualité étant apprécié au sein de chaque ordre juridique de référence pertinent.

216. ***Sources plurilatérales écrites et non écrites du droit administratif global.*** Les sources plurilatérales du droit administratif global ne présentent pas de caractère d'homogénéité relatif au *nombre* d'acteurs impliqués dans le processus de formation. Ces sources peuvent en conséquence s'avérer bilatérales ou universelles, cette distinction n'étant pas suffisamment significative pour être structurante. Il existe en revanche une différence fondamentale entre les sources plurilatérales écrites et les sources plurilatérales non écrites du droit administratif global. À cette distinction entre modes écrits et non écrits de formation du droit que la doctrine administrativiste emploie parfois[873], est généralement préférée en droit international celle entre les sources conventionnelles et non conventionnelles[874]. Elle est pourtant utilisée par la doctrine amenée à étudier les sources d'un ensemble spécifique de normes ne correspondant pas à un ordre juridique précisément identifié[875]. Dans la mesure où le terme « conventionnel » renvoie à une source spécifique de droit international qui n'est pas le seul mode de formation envisagé dans ces propos, il est possible de convenir que les sources plurilatérales du droit administratif se distinguent essentiellement par leur caractère écrit (**Chapitre 1**) et non écrit (**Chapitre 2**).

[873] Voir, pour des exemples, *supra*, §61.
[874] Voir en particulier DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, pp. 128 et suivantes. Les auteurs précisent que cette distinction « reste la plus fondamentale en pratique » (p. 129), notamment en ce qu'elle « tient compte du développement relativement plus marqué du régime de la source conventionnelle (le droit des traités) que du régime des autres sources du droit internationale » (*idem*). Pour des raisons différentes mais conluant de la même manière, voir MAHIOU Ahmed, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public (2008) », *RCADI*, vol. 337, 2009, p. 283.
[875] Par exemple dans le cas des sources du droit applicable entre les fonctionnaires internationaux et l'organisation qui les emploie ; voir la distinction entre sources non écrites et sources écrites adoptée par PELLET Alain, RUZIÉ David, *Les fonctionnaires internationaux*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1993, pp. 22-25.

CHAPITRE 1. LES SOURCES PLURILATERALES ECRITES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

217. ***Sources écrites et conventions.*** Le rejet du terme « conventionnel » pour qualifier les sources étudiées dans le développement qui suit est lié à sa forte connotation internationaliste, laquelle pourrait mener à une confusion. Pris dans son acception large et donc déconnectée du prisme spécifique des sources du droit international, ce terme paraît cependant décrire adéquatement les instruments formalisant les sources plurilatérales écrites analysées, de sorte que les expressions « sources conventionnelles » et « sources plurilatérales écrites » seront, dans le cadre du droit administratif global, considérées comme synonymes – par commodité de langage. Ainsi, au contraire de la formation unilatérale du droit administratif global, sa formation plurilatérale écrite désigne les cas où ce droit est le produit d'un accord entre plusieurs entités, ce dernier accord étant *formalisé* par un instrument écrit qui peut être génériquement désigné par le terme « convention ».

218. ***Convention et consensus.*** La « convention », en tant qu'instrument formalisant une source plurilatérale écrite, doit être distinguée du consensus. Si l'on peut parler de « formation consensuelle des rapports de droit international »[876], l'on parle plus volontiers en contentieux des « modes consensuels de règlement des différends »[877]. Le consensus est en ce sens un « [c]onsentement général donné en dehors de toute forme particulière »[878], malgré la difficulté d'en donner une définition unanime :

> « 1. Le consensus, sous sa forme la plus stricte, se définit comme une procédure de prise de décision, exclusive du vote, consistant à constater l'absence de toute objection présentée comme étant un obstacle à l'adoption de la décision en cause. Mais parfois on le rendra officiellement synonyme d'« accord général » ou encore on fera état d'un « large consensus ». [...]
> 2. Le mot consensus désigne parfois le document lui-même adopté selon cette procédure, notamment lorsque la forme particulière de ce texte tend à le faire échapper aux catégories habituelles dans l'organe en question »[879].

[876] MARIE Alexis, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », *in* IHEI, *Grandes pages du droit international, Volume II. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, p. 375.
[877] Par exemple, voir NGUYEN Ngoc Ha, *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 144.
[878] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 239, entrée « *consensus* ».
[879] BAECHLER Jean, BRAUD Philippe, BOURRICAUD François, DUVERGER Maurice, EISENMANN Charles, FAVRE Pierre, de LACHARRIÈRE Guy, VINCENT Jean-Marie, « Essais de définition », Pouvoirs, n°5, 1978, p. 35. La citation est de Guy de Lacharrière ; voir également les autres tentatives de définition, pp. 21-36.

Contrairement au second sens proposé, c'est justement la question de la *forme* de l'échange de consentements qui distingue à notre sens la convention, laquelle constitue un échange un minimum formalisé de consentements, du consensus qui peut s'exprimer par l'acceptation tacite ou l'absence d'objection à l'application d'une règle. Si la convention résulte toujours d'un consensus[880], elle s'en distingue donc par son formalisme – mais il n'est pas exclu pour autant que le droit administratif global puisse être créé par consensus moins formalisé[881].

219. ***Distinction selon la nature de l'instrument formalisant le processus.*** Le fait que la convention constitue de manière générale l'instrument de formalisation des sources[882] plurilatérales écrites ne signifie pas pour autant qu'un formalisme rigide soit à l'œuvre en la matière. Autrement dit, les entités créant le droit administratif global en mobilisant une source plurilatérale écrite ne s'attachent pas nécessairement à respecter un formalisme spécifique, lequel confèrerait une certaine valeur à l'instrument ou à son contenu. Tel est bien sûr le cas lorsque des sources reconnues comme telles dans certains ordres juridiques de référence sont utilisées – l'on pense au traité international, qui s'avère prééminent en la matière, ou au contrat de droit national. Dans d'autres cas, les instruments que nous nommons génériquement « conventions » ne sont pas reconnus comme des sources de droit au sein des ordres juridiques de référence, ce qui ne les empêche pas d'être créateurs de normes, le cas échéant non obligatoires, dans les ordres juridiques internes des entités globales qui les créent. Par conséquent, les instruments formalisant les sources plurilatérales écrites du droit administratif global ne peuvent, presque paradoxalement, pas être identifiés par leur formalisme, celui-ci étant libre. Le seul dénominateur commun à ces instruments, au-delà de leur caractère écrit qui constitue une condition tautologique de leur analyse sous l'angle des sources plurilatérales « écrites », est leur caractère de « réceptacle » du *negocium*, c'est-à-dire de la rencontre des *consentements* donnés par les différentes parties. Une distinction s'impose alors quant à la forme de cette rencontre de consentements, laquelle entraîne des conséquences sur la nature de l'instrument. Ce dernier peut d'abord, dans la grande majorité des cas, formaliser un processus de formation caractérisé par la *négociation* des normes contenues (**Section 1**). Dans d'autres cas bien moins fréquents, l'instrument formalise un processus d'*adhésion* à des normes non

[880] Dans un sens proche, voir par exemple les propos de M. Ubéda-Saillard sur le consensus étatique qui s'est vu cristallisé par le Statut de Rome, permettant la formation conventionnelle de ce droit ; UBÉDA-SAILLARD Muriel, *La coopération des États avec les juridictions pénales internationales*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 2009, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p. 55.
[881] Voir les différents cas abordés *infra*, §§238 et ss.
[882] Sur la *formalisation* des sources, qui constitue un outil d'identification du processus de création de la norme observée, voir *supra*, §85.

négociées, ce qui soulève des interrogations tant sur l'articulation des différentes étapes de la formation du droit étudié que sur la qualification générale de source plurilatérale de droit administratif global (**Section 2**).

SECTION 1. LA FORMALISATION DES SOURCES PLURILATERALES PAR UN INSTRUMENT NEGOCIE

220. ***Sources plurilatérales écrites et droit négocié.*** La première appréhension proposée de l'instrument formalisant le processus plurilatéral de formation du droit administratif global renvoie à l'idée de « droit négocié »[883]. Tantôt vue et revendiquée comme une alternative à la prédominance d'un droit imposé[884], tantôt considérée prudemment comme un mécanisme susceptible d'affecter la qualité de la norme – par exemple en droit de l'Union européenne[885] – , l'idée de droit négocié a fait l'objet de nombreux travaux. Tous semblent se fonder sur une assimilation sémantique de la « négociation » avec la « discussion en vue d'aboutir à un accord » – malgré le fait qu'elle puisse également constituer « une procédure de résolution des conflits par le biais de la discussion entre parties adverses »[886]. Bien que celle-ci revête plusieurs sens, « [l]'essence de la négociation est l'échange de propositions et de contre-propositions »[887], aboutissant, dans le cadre des instruments ici analysés, à un accord. L'accélération de l'émergence d'un droit négocié, du fait de la multiplication des acteurs aspirant à devenir co-auteurs de la norme dans tous les domaines[888], est un phénomène dorénavant connu, aboutissant à modifier la conception même de la règle de droit. Dans ce cadre, sa légitimité résulterait plus essentiellement de l'aspect procédural de sa formation que constitue la négociation[889], et peut être analysée sous l'angle de la démocratisation de la production normative nationale comme

[883] L'expression de « normes négociées » est par exemple utilisée par la doctrine pour désigner « des accords collectifs européens ou transnationaux, ainsi que des accords conclus avec les unions syndicales au niveau international » (BORIES Clémentine, « Chapitre 5 – La participation des personnes privées à l'élaboration du droit international social. Section 1 – Les entreprises transnationales », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*. Tome 1, Particularités du droit international social, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, 2013, p. 473).
[884] Voir sur cette question l'ouvrage majeur de GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 703 p.
[885] TUTS Geneviève, « Améliorer la qualité rédactionnelle : une approche lucide et enthousiaste », *in A Man for All Treaties*. Liber Amicorum *en l'honneur de Jean-Claure Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 569 et ss.
[886] TOUZARD Hubert, « Psychosociologie de la négociation. États des recherches », *Pouvoirs*, n°15, 1980, p. 109.
[887] MOÏSI Dominique, « De la négociation internationale », *Pouvoirs*, n°15, 1980, p. 36.
[888] VARNEROT Valérie, « Entre essentialisme et existentialisme de la théorie des sources : les sources non formelles du droit fiscal », *Archives de philosophie du droit*, t. 46, 2002, pp. 139-195, spéc. p. 187.
[889] CHEVALLIER Jacques, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004/1, n°39, pp. 107-120, spéc. p. 114. Dans le même sens, voir DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la *soft law* : Réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors série, Hommage à Katia Boustany, 2007, p. 257.

internationale[890]. La mobilisation d'une source plurilatérale de droit administratif global apparaît ainsi comme particulièrement appropriée au regard des objectifs de légitimation de l'action des entités globales de ces normes.

221. ***Distinction selon la nature des contractants.*** Contrairement aux actes unilatéraux dont l'analyse sous l'angle des sources n'est pas toujours aboutie du fait de la grande diversité des entités qui y ont recours dans tous les ordres juridiques, mais surtout de leur autonomie pour déterminer la mesure dont elles entendent conférer ou non, dans leurs ordres internes, telle ou telle valeur aux normes que ces actes véhiculent, les instruments plurilatéraux font souvent l'objet d'analyses dans la plupart des ordres juridiques observés. Au regard du nombre élevé d'instruments relevant du « traité » au sens du droit international dans la formation plurilatérale écrite du droit administratif global, il apparaît pertinent d'y consacrer des développements spécifiques (**I**). Cependant, les sources plurilatérales négociées peuvent être formalisées par une grande diversité d'instruments échappant à cette catégorie classique du droit international, donnant ainsi en partie raison, sur ce point, au constat de la doctrine du *GAL* qui relève les lacunes de la théorie des sources du droit international face au phénomène du droit administratif global (**II**).

I. La formalisation par un instrument négocié reconnu comme source de droit international

222. ***Distinction selon l'objet de la convention.*** L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice classe, parmi les moyens de détermination du droit applicable devant elle, « les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » en première position. Le foisonnement de ces conventions internationales – environ 60 000 d'entre elles sont publiées par le *RTNU* – rend néanmoins à la fois indispensable et complexe une étude de leur contenu afin de déterminer dans quelle mesure elles constituent des instruments propices à la formation du droit administratif global. Il est à cet égard possible de distinguer, sous l'angle du droit administratif global, différentes manières d'utiliser ces instruments. En effet, certaines conventions présentent la caractéristique de relever du droit administratif global en raison de leur *objet*, sans pour autant créer de

[890] Voir BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 471 et ss. Dans une perspective différente mais dont les conclusions éclairent le débat, voir TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 304, 2018, pp. 30-33.

nombreuses normes en relevant effectivement (**A**). D'autres conventions prévoient seulement ponctuellement des normes de droit administratif global, ce qui montre leur développement au sein d'autres champs du droit international conventionnel et indique que la source plurilatérale écrite n'est pas nécessairement mobilisée *dans le but premier* de développer de telles normes (**B**).

A. La formalisation des sources par un traité relevant *ratione materiae* du droit administratif global

223. ***Traités créant des entités globales ou les soumettant au droit administratif global.*** Les accords interétatiques constituent l'un des moyens privilégiés de créer des entités globales dédiées à la régulation d'un domaine précis de l'activité humaine. Les organisations internationales constituant, dans leurs domaines de compétence respectives, des entités globales, il semble *prima facie* logique que les accords les instituant prévoient des règles régissant leur activité ainsi que la procédure conduisant à l'adoption des décisions globales – entendues comme des décisions déterminées par l'existence de la globalisation et produisant des effets au sein de plusieurs ordres juridiques[891]. Pourtant, il est en pratique assez rare que leurs actes constitutifs prévoient des normes de droit administratif global (1). D'autres instruments conventionnels ont pour vocation affichée de résoudre un « problème global » et formulent clairement des normes de droit administratif global (2).

1. La relative absence de normes de droit administratif global au sein des traités constitutifs d'entités globales

224. ***Rareté des contrôles internes de légalité.*** L'une des manifestations du droit administratif global, tel qu'il est appréhendé dans cette étude, réside dans l'institution de recours ou, à tout le moins, de procédures permettant le réexamen de certaines décisions considérées comme « globales ». Tel est certainement le cas des normes statutaires prévoyant l'existence de contrôles de la licéité des décisions globales prises par les organisations internationales. Celles-ci s'avèrent cependant rares dans le paysage conventionnel. Tout juste recense-t-on l'article 263 TFUE permettant à toute personne physique ou morale de former devant la CJUE « un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas

[891] Voir *supra*, §48.

de mesures d'exécution»[892], ainsi que la codification, ultérieure à sa création, de l'existence de la Commission de contrôle des fichiers d'INTERPOL par les Statuts de l'organisation[893]. Ces deux cas sont donc spécifiques et ne se prêtent pas à la systématisation. L'Union européenne présente un haut degré de structuration déjà évoqué précédemment, ce qui la conduit souvent à se « comporter » comme un État y compris en prévoyant un tel système judiciaire[894], tandis que la création du recours au sein d'INTERPOL ne constitue qu'une *codification* d'une norme initialement générée par d'autres moyens.

225. ***Rareté des normes relatives au fonctionnement des entités globales.*** Il faut de la même manière noter que les normes de droit administratif global relatives au fonctionnement général des organisations internationales n'apparaissent que très peu à l'occasion de leur création, sauf à quelques rares exceptions[895] ou lorsque les États instituent des procédures arbitrales. L'on pense par exemple à l'obligation de motiver les décisions dans le cadre du CIRDI[896]. Les États créateurs d'organisations économiques présentent cependant, depuis peu, une tendance à mentionner dans leurs actes constitutifs le fait que la transparence doit guider leur activité. Tel est notamment le cas des Statuts de la nouvelle Banque Asiatique d'Investissement dans les Infrastructures (AIIB) adoptés en 2016[897], ou de ceux de la Nouvelle Banque de Développement

[892] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 13 décembre 2007, article 263. Voir sur ce point ASCENSIO Hervé, « Chapitre 36. Les différends opposant une organisation internationale à des personnes privées », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 1114, §2280.
[893] Voir *supra*, §106.
[894] Voir *supra*, §§223 et ss.
[895] Quelques rares exceptions ont pu être notées. Ainsi l'Organisation internationale du Cacao est-elle chargée de « favoriser » la transparence du marché en tenant notamment à jour des renseignements sur les exportations et importations (Accord international de 2001 sur le cacao, Genève, 2 mars 2001, *RTNU*, vol. 2229, 2004, n° 39640, p. 119, article 35) ; le Centre Sud, organisation créée par le Fond arabe pour le développement économique et social, le Fonds monétaire international et l'ONU, « remplit ses fonctions de manière flexible et non bureaucratique » et « exécute ses responsabilités de façon transparente » (Accord portant création du Centre Sud, Genève, 1er septembre 1994, *RTNU*, vol. 1885, 1995, n° 32076, p. 93, article IV, b) et c)) ; enfin le Conseil international consultatif et de contrôle (CICC) doit veiller à ce que le Fonds de développement pour l'Iraq (FDI) soit utilisé dans la transparence (Statuts du Conseil international consultatif et de contrôle (CICC), Koweït, New York et Washington, 21 octobre 2003, *RTNU*, vol. 2229, 2004, n° 1263, p. 262, article 1).
[896] Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965, *RTNU*, vol. 575, 1966, n° 8359, p. 161, article 52, point e. Voir également, s'agissant de la création conventionnelle de mécanismes au sein de l'ASEAN analysée par la doctrine du *Global administrative law*, EWING-CHOW Michael, BERNARD Leonardo, « The ASEAN Charter: the Legalization of ASEAN? », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edinburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. I. States and Global Administrations in Context, spéc. p. 121.
[897] Statuts de la Banque Asiatique d'Investissement dans les Infrastructures, Pékin, 29 juin 2015, articles 26 et 34.4.

(2014)[898]. Ces normes demeurent rares et récentes, bien que ces derniers exemples constituent peut-être la manifestation d'un phénomène pouvant s'amplifier à l'avenir.

226. ***Conclusion en termes de sources du droit administratif global.*** La conclusion indéniable de ce propos peut sembler, de prime abord, paradoxale. Dans la mesure où les actes constitutifs de nombreuses entités globales correspondent formellement à des conventions internationales, il est en effet attendu que ceux-ci prévoient de normes susceptibles de relever du droit administratif global, notamment s'agissant des procédures de prise de décision et de fonctionnement général de l'entité (transparence, audit, existence de voies de recours contre certains actes, *etc*.). Tel n'est pourtant pas le cas, malgré quelques exceptions que constituent des cas particuliers et une certaine évolution vers l'inclusion de normes de droit administratif global dans de récents actes constitutifs d'entités globales, à la faveur du développement des considérations de bonne gouvernance au niveau international. Cette situation ne doit pourtant pas étonner. La formalisation d'un processus plurilatéral par un instrument relevant des sources du droit international présente en effet l'avantage de la prévisibilité quant à la valeur des normes codifiées. Elle comporte cependant les inconvénients liés à la rigidité. Lorsque l'instrument a été adopté à une période où la prévision de normes relevant du droit administratif global ne constituait pas une préoccupation – soit, schématiquement, avant les années 1990 voire 2000 où commencent seulement à poindre certaines exigences dans le corpus conventionnel –, il est cohérent qu'elles en soient absentes. C'est le peu de souplesse des processus de révision des instruments conventionnels plurilatéraux, comparativement à la malléabilité des procédés unilatéraux de formation du droit administratif global démontrée précédemment[899], qui justifie par la suite que ces normes ne soient pas ultérieurement codifiées. En d'autres termes, dans la mesure où les normes de droit administratif global relatives au fonctionnement des entités globales interétatiques sont générées par d'autres moyens que des sources unilatérales internes et externes, il n'apparaît ni utile, ni pertinent pour les États parties de procéder à une révision de l'instrument fondateur dans le même sens.

[898] Agreement on the New Development Bank, Fortaleza, 15 juillet 2014, article 15 (Transparency and Accountability).
[899] Voir *supra*, par exemple §145.

2. L'émergence d'instruments formalisant un accord visant à soumettre les entités globales au droit administratif global

227. ***Situations visées.*** La négociation plurilatérale aboutissant à la création d'une entité globale ne constitue pas l'essentiel de la coopération interétatique concernant directement le droit administratif global. De nombreuses normes relevant de cet ensemble sont en effet adoptées à l'occasion de la conclusion d'accords relatifs à certains secteurs d'activité humaine, qu'il s'agisse de *protéger* une ressource dont la préservation constitue une question globale[900], ou de *lutter collectivement contre* certaines situations transnationales[901]. Dans ces cas, l'instrument conventionnel a pour objet premier la régulation internationale du phénomène global, sans faire pour autant que soit fait le choix de créer une entité globale dédiée. L'accord vise donc généralement à fixer le cadre dans lequel les États eux-mêmes vont coopérer dans le domaine considéré, de sorte qu'il consacre leur rôle d'entités globales dans ce secteur. Par ces conventions, les États prévoient ainsi collectivement des normes à leur propre égard ; celles-ci peuvent être substantielles comme procédurales.

228. ***Le cas des conventions en matière environnementale.*** Le cas topique de ce type de coopération réside dans le tissu conventionnel relatif à la protection de l'environnement. L'on pense ainsi aux normes prévoyant une transparence environnementale des États au regard des objectifs fixés par le Protocole de Kyoto, et notamment aux « procédures visant à assurer la transparence, l'efficacité et la responsabilité grâce à un audit et à une vérification indépendante des activités »[902] élaborées par les Parties. Le Protocole crée également des normes de *reporting* au titre desquels les États doivent présenter un rapport régulier sur leur respect des obligations contractées et les efforts réalisés en ce sens. Ainsi, la Conférence des Parties « évalue, sur la base de toutes les informations qui lui sont communiquées conformément aux dispositions du Présent Protocole, la mise en œuvre de celui-ci par les Parties »[903] et « examine périodiquement les obligations des Parties au titre du présent Protocole [...] et adopte des rapports périodiques sur la mise en œuvre »[904]. Bien qu'ayant pour finalité d'assurer une certaine effectivité de l'instrument dans son ensemble[905], ces énoncés sont constitutifs de normes de transparence qui

[900] L'on pense d'abord à l'environnement, incluant la protection de certaines espèces indispensables à la biodiversité, la préservation des ressources halieutiques, des forêts, *etc*.
[901] L'on pense au terrorisme international, à la fraude fiscale, à la corruption et au blanchiment de capitaux, *etc*.
[902] Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Kyoto, 11 décembre 1997, *RTNU*, vol. 2303, 2005, n° 30822, p. 235, article 12§7.
[903] *Ibid.*, article 13§4, a).
[904] *Ibid.*, article 13§4, b).
[905] Cette question est étudiée *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2.

relèvent également du droit administratif global. En matière environnementale également, la Convention dite d'Aarhus constitue un accord majeur et a, à ce titre, fait l'objet de nombreuses analyses[906]. Cet instrument prévoit des obligations de transparence à destination du public, essentiellement par l'accès à l'information et de participation du public[907]. Son contenu relève bien du droit administratif global au regard des critères dégagés *supra*[908] :

> « [l]e mécanisme général de cette Convention est de permettre à tout individu sans condition de nationalité ou d'intérêt d'obtenir dans des délais raisonnables des informations sur l'environnement, notamment au moyen d'un rapport national périodique sur l'état de l'environnement. [...] La philosophie générale de ce régime prend sa source dans le fait que la protection de l'environnement implique chacun des habitants de la planète. Ainsi, il ne s'agit pas de la reconnaissance d'un simple droit à l'information passive, de diffusion des documents quand demande en est faite, mais également de droit à l'information active, c'est-à-dire que les autorités doivent informer même en l'absence de demande. Le but de la reconnaissance de ce droit à l'information est de mesurer la tolérance ou l'aversion du public pour le risque considéré, mais aussi de restaurer une certaine confiance du public »[909].

C'est surtout le « Comité d'examen du respect des dispositions » de la Convention d'Aarhus plus connu sous son nom anglais de *Compliance Committee*, établi par la Réunion des Parties conformément aux articles 10 et 15 de la Convention[910], qui intéresse, à juste titre, la doctrine du *GAL*[911]. En effet, le système de la Convention prévoit qu'« un ou plusieurs membres du

---

[906] Parmi plusieurs références, voir ECKES Christina, « Environmental Policy "Outside-In": How the EU's Engagement with International Environmental Law Curtails National Autonomy », *GLJ*, vol. 13, n°11, Special Issue. EU Law qua Global Governance Law, 2012, pp. 1152-1175 et BOYLE Alan, « Human Rights and the Environment: Where Next? », *EJIL*, vol. 23, n°3, 2012, pp. 613-642, spéc. pp. 621-626.

[907] Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU*, vol. 2161, 2003, p. 473, spéc. les articles 6, 7 et 8.

[908] Voir *supra*, §§29 et ss.

[909] CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, LGDJ, Bibliothèque de l'IHEI de Paris, 2006, pp. 285-286. L'auteur précise que cette philosophie peut cependant « avoir exactement l'effet inverse ; faire part des incertitudes et des doutes des scientifiques peut accroître encore la défiance du public » (p. 286).

[910] Sans prévoir formellement l'existence de ce Comité, l'article 10§2, d) de la Convention (précitée *supra*, note 907) prévoit la possibilité de créer des organes subsidiaires. Cette solution paraissait la plus adéquate aux fins du respect de l'article 15, lequel dispose que la « Réunion des Parties adopte, par consensus, des arrangements facultatifs de caractère non conflictuel, non judiciaire et consultatif pour examiner le respect des dispositions de la présente Convention. Ces arrangements permettent une participation appropriée du public et peuvent prévoir la possibilité d'examiner des communications de membres du public concernant des questions ayant un rapport avec la présente Convention ».

[911] Voir en particulier MACCHIA Marco, « Legality: The Aarhus Convention and the Compliance Committee », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, pp. 71-76 ; SGUEO Gianluca, « The Aarhus Compliance Committee and the Danube River Case », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. III. Global Administrative Law Principles, pp. 20-23 ; et LANCEIRO Rui, « Chapter 17. The Review of Compliance with the Aarhus Convention of the European Union », *in* CHILI Edoardo, MATTARELLA Bernardo Giorgio (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, Springer, 2011, pp. 359-382. Dans la doctrine du *GAL*, l'existence du *Compliance Committee* est ainsi analysée

public peuvent adresser au Comité des communications concernant le respect par cette Partie des dispositions de la Convention »[912], et que « ladite Partie fournit par écrit au Comité des explications ou des éclaircissements en indiquant, éventuellement, les mesures correctrices qu'elle a prises »[913]. Les sanctions encourues en cas de non-conformité comprennent la publication de déclarations de non-respect, la communication de mises en garde voire la suspension des droits et privilèges de la Partie concernée au titre de la Convention[914]. L'ouverture large de la procédure de saisine permet ainsi à des requérants déboutés devant les tribunaux nationaux de contester la légalité des décisions « globales » devant le Comité[915]. Encore peut-on mentionner l'Accord de Paris, qui prévoit également de nombreuses mesures de transparence et d'information en matière environnementale dont la vérification du bon respect doit être exercée par un « mécanisme pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions du présent Accord et en promouvoir le respect »[916], composé d'experts travaillant également de manière transparente. À ces exemples pourraient être ajoutés les nombreuses conventions prévoyant la préservation de certaines espèces animales[917].

---

comme révélatrice – ou constitutive – d'un principe de légalité globale, applicable à la fois aux États et aux organisations internationales. Sans aller jusqu'à déduire de cet exemple l'existence d'un tel principe qui semble plus de *lege ferenda* que de droit positif, il convient de relever que ce Comité offre, schématiquement, une voie de recours à toute personne souhaitant contester une décision prise par une entité globale publique en matière environnementale.

[912] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel à la justice en matière d'environnement, Rapport de la première réunion des parties, Décision I/7 adoptée à la première réunion des Parties, tenue à Lucques (Italie) du 21 au 23 octobre 2002, ECE/MP.PP/2/Add.8, point 18.

[913] *Ibid*., point 23.

[914] *Ibid*., point 37.

[915] Il est par exemple intéressant de noter qu'une communication déposée par un plaignant français (ACCC, Communication au Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant le respect par la France des dispositions de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention, 4 novembre 2015, ACCC/C/2015/135 France) porte justement sur la question de l'intérêt à agir en matière environnementale, que l'article 9§2 de la Convention semble laisser à l'appréciation des États. Son recours contre un arrêté relatif à la destruction des espèces d'animaux classées nuisibles a en effet été déclaré irrecevable par le Conseil d'État faute d'intérêt personnel, direct et certain à son annulation (CE, 23 octobre 2015, *Janin*, n° 392550), conformément à la jurisprudence du Conseil d'État selon lequel ni les stipulations de la Convention d'Aarhus ni la Charte de l'environnement ne confère à toute personne les invoquant un intérêt pour former un recours à l'encontre de toute décision administrative (CE, 3 août 2011, *Mme Buguet et a.*, n°s 330566, 330050). Le Comité a cependant déclaré pré-admissible sa requête (ACCC, Preliminary determination of admissibility of communication to the Aarhus Convention Compliance Committee concerning compliance by France with the provisions of the Convention on access to justice in relation to standing (ACCC/C/2015/135), 18 December 2015). L'affaire n'est pas encore tranchée.

[916] Accord de Paris, adopté lors de la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques Paris, 12 décembre 2015, Nations Unies, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1., article 15.1.

[917] Pour ne prendre qu'un exemple, la Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique prévoit que « les phoques appartenant aux espèces énumérées à l'article premier ne seront pas tués ou capturés dans la zone à laquelle s'applique la présente Convention par leurs ressortissants ou par les navires battant leur pavillon respectif » (Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique, Londres, 1er juin 1972, *RTNU*, vol. 1080, 1985, n° 16529, article 2§1), ce qui constitue une norme substantielle relevant du droit administratif global si l'on considère, avec les États signataires, que leur préservation « est l'objet d'une préoccupation générale et qu'il est

229. ***Le cas de la lutte contre la corruption.*** D'autres situations échappant au contrôle des États individuellement, et dont la régulation est rendue nécessairement « globale », ont fait l'objet d'instruments conventionnels créant des normes relevant du droit administratif global. Dans le cadre de la lutte contre la corruption, la prise de conscience plurilatérale a eu lieu dans les années 1990, avec l'adoption de premiers instruments régionaux[918]. La Convention des Nations Unies dédiée prévoit des normes de publicité des procédures publiques[919] ainsi que des voies de recours[920] et plus généralement des normes relatives à la bonne gestion des finances publiques :

> « [c]haque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment : a) Des procédures d'adoption du budget national ; b) La communication en temps utile des dépenses et des recettes; c) Un système de normes de comptabilité et d'audit, et de contrôle au second degré [...] »[921].

L'article 10 de la Convention prévoit en outre que les États prennent « les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique, y compris en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels s'il y a lieu »[922]. Cet instrument

---

en conséquence nécessaire de prévoir des mesures efficaces de protection », et que « les réserves de phoques de l'Antarctique constituent une ressource vivante importante de l'environnement marin qui nécessite l'établissement d'un accord international pour sa protection efficace » (Préambule). Par ailleurs, une obligation de transparence en la matière est créée par le point 6 de l'Annexe (Annexe, telle que modifiée lors de la réunion portant sur la révision de la Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique (Londres, 12-16 septembre 1988), point 6). Il convient de préciser à cet égard que « [l]'annexe jointe fait partie intégrante » de la Convention (Convention précitée, article 1§3).

[918] Le premier texte conventionnel semble être à ce propos la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains, Caracas, 29 mars 1996. Sur les instruments antérieurs à la Convention des Nations Unies, et spécialement la convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, voir CAVALERIE Philippe, « La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 609-632 et QUINONES Enery, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 563-574. Ce dernier auteur confirme p. 563 la pertinence d'une lecture de ce tissu conventionnel sous l'angle du droit administratif global : « [l]orsque le monde s'est rendu compte, voici quelques années, du mal insidieux de la corruption, la longue liste de ses effets dévastateurs sur le développement économique, la stabilité politique, l'environnement, l'investissement et les opportunités commerciales, mais aussi sur la vie des populations les plus démunies, cela a suscité un véritable traumatisme ».

[919] Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, *RTNU*, vol. 2349, 2007, n° 42146, article 9§1, a) par lequel les États s'engagent à prévoir une « diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres ».

[920] *Ibid.*, article 9§1, d) prévoyant un « système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe ».

[921] *Ibid.*, article 9§2.

[922] *Ibid.*, article 10.

invite également les signataires à contrôler les agissements des entités globales privées sur leurs territoires, notamment en adoptant « des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé, renforcer les normes de comptabilité et d'audit dans le secteur privé »[923]. Pour lutter contre ce fléau, les États s'accordent ainsi sur l'application de normes à leur propre égard selon deux niveaux d'action. D'une part, en tant qu'entités globales, les États s'engagent à respecter un socle de dispositions applicables à leur propre activité ; d'autre part, ils s'engagent, en tant qu'ordres juridiques de référence d'entités globales privées, à étendre à leur activité certaines de ces dispositions.

230. ***Nouveaux instruments.*** L'évolution des préoccupations internationales et la survenance de nouveaux scandales financiers et humains dans le monde semble, depuis les années 1990, accélérer le recours à la source plurilatérale écrite pour développer des normes qualifiables de droit administratif global. Si certains domaines globaux demeurent pour l'instant absents du corpus conventionnel universel – l'on pense par exemple à Internet et à la protection des données personnelles[924] – de nouvelles initiatives ambitieuses émergent. L'on pense d'abord, en matière environnementale, à l'accord d'Escazú signé en 2018. Fruit d'une participation importante de la société civile, il s'agit du plus ambitieux accord environnemental ouvert à la signature, prévoyant par exemple que chaque Partie garantit « le droit de toute personne à vivre dans un environnement sain »[925] et celui d'accéder largement à l'information environnementale[926]. L'accord prévoit une obligation de motiver par écrit tout refus d'accès à l'information environnementale[927], la création par chaque État d'« organes ou institutions impartiaux et autonomes et indépendants, afin de promouvoir la transparence de l'accès à l'information environnementale, de contrôler le respect des normes, et de surveiller, d'évaluer et de garantir le droit d'accès à l'information »[928] ou encore l'obligation de mettre en place des mécanismes de participation[929]. Sur le modèle de l'Accord de Paris, l'article 18 prévoit la

[923] *Ibid.*, article 12§1.
[924] Voir cependant les initiatives régionales que sont la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981, *STE*, n°108 et *RTNU*, vol. 1496, 1997, n° 25702, p. 75 et la Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, *STE* n°185 et *RTNU*, vol. 2296, 2006, n° 40916, p. 193.
[925] Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, Escazú, 4 mars 2018, article 4§1.
[926] *Ibid.*, article 5§2, a). Les particuliers peuvent ainsi « demander et recevoir de l'information des autorités compétentes sans nécessité de mentionner un intérêt particulier ni justifier les raisons de la demande ».
[927] *Ibid.*, article 5§5.
[928] *Ibid.*, article 5§18.
[929] Voir par exemple *ibid.*, article 7§16 : « [l]'autorité publique déploie des efforts pour identifier le public directement touché par les projets et activités qui ont ou peuvent avoir un impact significatif sur l'environnement, et promeut des actions spécifiques pour faciliter sa participation ».

création d'un « Comité de soutien à l'application et au respect est établi en tant qu'organe subsidiaire de la Conférence des Parties pour promouvoir l'application et soutenir les Parties dans la mise en œuvre du présent Accord »[930] lequel « a un caractère consultatif, transparent, non contentieux, non judiciaire et non punitif, pour examiner le respect des dispositions du présent Accord et formuler des recommandations, conformément aux règles de procédure [...], en s'assurant d'une participation significative du public »[931]. L'instrument, qui ne peut faire l'objet d'aucune réserve[932], ne doit entrer en vigueur qu'après une onzième ratification ; cependant, en août 2019, après presque un an d'ouverture à la signature, il avait été signé par 17 États mais ratifié uniquement par la Guyane, ce qui fait douter de l'imminence de son entrée en vigueur. D'autres instruments novateurs, qu'il s'agisse de leur élaboration faisant intervenir la société civile ou de leur objet, sont en cours de négociation. L'on pense ainsi au projet de Traité des Nations Unies concernant le respect des droits de l'homme par les entreprises, dont l'objectif est de poursuivre les avancées considérables des Principes de Ruggie[933]. Le projet indique que tous les droits de l'homme sont applicables aux entreprises[934], y compris les droits environnementaux[935], et crée un Comité de suivi non contentieux chargé d'effectuer le suivi de la mesure dans laquelle les États, soumis à une obligation de *reporting*, mettent en œuvre l'accord[936]. L'accord crée également, de manière originale, un Fonds international pour les victimes[937].

231. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global***. Ces nouveaux instruments, à l'état de projet ou en l'attente de ratification, montrent que les sources plurilatérales écrites interétatiques constituent un mode de formation du droit administratif global en plein développement. Alors que les sources unilatérales sont plus volontiers mobilisées au sein des entités globales, les préoccupations des États dans certains domaines, appuyées par une opinion publique sans doute plus attentive aux questions environnementales et économiques qu'avant les années 1990, génèrent, malgré sa rigidité, un regain d'intérêt pour

[930] *Ibid*., article 18§1.
[931] *Ibid*., article 18§2.
[932] *Ibid*., article 23.
[933] Voir, sur ces Principes, *supra*, §§181 et 196.
[934] HRC, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises, OEIGWG Chairmanship revised draft, 16 July 2019, article 3§3. L'article 4 présente une liste conséquente de droits des victimes ; par exemple, « [v]ictims shall be guaranteed the right to life, personal integrity, freedom of opinion and expression, peaceful assembly and association, and free movement » (article 4§2).
[935] *Ibid*., articles 1§2, 4§5, b) et 4§9.
[936] *Ibid*., article 13.
[937] *Ibid*., article 13§7.

l'instrument conventionnel plurilatéral comme vecteur de normes de droit administratif global. Cependant, des résistances se font sentir, de sorte qu'il ne faut sans doute pas en déduire hâtivement une future prédominance du modèle conventionnel international comme instrument formation du droit administratif global. Ainsi, le projet même d'une négociation pouvant aboutir à un instrument plurilatéral en matière d'application des droits de l'homme aux entreprises transnationales a fait l'objet de débats, la résolution du Conseil des droits de l'homme créant un groupe de travail intergouvernemental « chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »[938] ayant été adoptée par 20 voix contre 14 avec 13 abstentions[939].

B. La formalisation des sources par un traité étranger au droit administratif global

232. ***Prédominance économique.*** L'action interétatique conduisant à la formation de droit administratif global ne se limite pas aux accords entretenant un lien direct, à raison du domaine concerné, avec le droit étudié. Plus incidemment, d'autres normes relevant du droit administratif global sont en effet formées à l'occasion de l'adoption de traités ne concernant pas directement la résolution d'un « problème global ». Ceux-ci s'inscrivent très majoritairement dans le domaine économique, qu'il s'agisse de traités – ou de chapitres de traités – relatifs aux investissements internationaux (1) ou d'aide au développement (2).

1. L'inclusion de normes de droit administratif global en matière d'investissements

233. ***L'évolution des conventions en faveur de la création des normes de transparence.*** En matière d'investissements, les chapitres dédiés au sein des accords de libre-échange prévoient régulièrement, en particulier depuis les années 2000, certaines normes relevant du droit administratif global, à l'instar d'obligations de publicité ou de mise à disposition du public, par mesure de transparence, de certaines données relatives à la législation. Certains accords prévoient une publication anticipée de toute mesure en lien avec l'Accord avant son adoption[940].

[938] HRC, Résolution 26/9. Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, 26 juin 2014, A/HRC/RES/26/9, point 1.
[939] Parmi les opposants figurent tous les États de l'Union européenne membres du Conseil (dont l'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Irlande, l'Italie et le Royaume-Uni), les États-Unis et le Japon.
[940] Voir, par exemple parmi de nombreux, Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, Kuala Lumpur, 26 octobre 2009, *RTNU*, vol. 2724, 2011, n° 48207, article 14.2.2, ou encore Protocole au Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du

Il est aussi souvent convenu que la transparence doit guider les éventuelles procédures d'arbitrage, qu'il s'agisse de la communication des documents, de la transmission de la transcription des audiences à l'autre Partie[941] voire du caractère public des audiences[942] – normes que vient codifier en 2014 la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[943]. La plupart du temps, ces normes ne font que prévoir un minimum de transparence entre les Parties, bien que des variations dans son intensité soient visibles. Par exemple, l'article 56 de l'Accord de partenariat Japon / Chili prévoit que « [c]hacune des Parties s'efforcera de fournir à l'autre une notification préalable de toute modification importante de sa politique relative aux procédures douanières, susceptible d'affecter considérablement la mise en œuvre et le fonctionnement du présent Accord »[944] tandis que l'article 14.2 de l'Accord de libre-échange Nouvelle-Zélande / Malaisie apparaît plus contraignant, notamment par l'insertion de la possibilité d'échanger sur la proposition, qui peut s'analyser comme une procédure de participation :

> « 1. Chacune des Parties veille à ce que ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale relatifs à une question visée dans le présent Accord soient rapidement publiés ou rendus accessibles de toute autre manière de façon à permettre aux personnes intéressées de l'autre Partie d'en prendre connaissance.
> 2. Dans la mesure du possible, chacune des Parties :
> a) publie à l'avance toute mesure visée au paragraphe 1 qu'elle propose d'adopter ; et
> b) donne, le cas échéant, aux personnes intéressées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de formuler des observations sur ces mesures proposées »[945].

Cette dernière formulation, fruit d'une évolution textuelle débutée à la fin des années 1990[946], est dorénavant commune, à quelques nuances près, à de nombreux accords récents sur le

---

Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, Belize, 22 février 2007, *RTNU*, vol. 2689, 2010, n° 42666, article 10.03.2.

[941] Voir par exemple Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie (ALESA), Singapour, 17 février 2003, *RTNU*, vol. 2257, 2005, n° 40221, Partie 16, article 7.

[942] Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, précité note 940, article 14.4 ; Protocole au Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, Belize, 22 février 2007, *RTNU*, vol. 2689, 2010, n° 42666, article 3.22 ; Accord de libre-échange Australie-Chili, Canberra, 30 juillet 2008, *RTNU*, vol. 2694, 2010, n° 47842, article 10.22.2.

[943] Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, adoptée par la Résolution 69/116 de l'Assemblée générale du 10 décembre 2014.

[944] Accord de partenariat économique stratégique entre le Japon et la République du Chili, Tokyo, 27 mars 2007, *RTNU*, vol. 2751, 2011, n° 48546, art. 56.3. L'alinéa 5 introduit lui aussi une mesure de prudence par l'inclusion du critère du « raisonnable » non défini par ailleurs : « [c]haque Partie désignera un ou plusieurs points d'enquête qui seront chargés de répondre aux questions raisonnables en matière douanière de toute personne intéressée des Parties et rendra publics, y compris *via* Internet, les noms et adresses desdits points d'enquête ».

[945] Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, précité note 940, article 14§2.

[946] Voir, pour ce qui semble être l'une des premières mentions, Accord de commerce entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Ukraine, Kiev, 31 mars 1994, *RTNU*, vol. 2026, 2001, n° 34951, article VI.3. Voir également, la même année, Accord de commerce, Ottawa, 27 juin 1994, *RTNU*, vol. 1940, 1996, n° 33269, article VII. Dans le même sens tout en relativisant la normativité de ces clauses, CRÉPET DAIGREMONT Claire,

commerce et les investissements[947] ou de libre-échange tels que les accords Nouvelle-Zélande / Chine[948], Brunei / Chili / Nouvelle-Zélande / Singapour[949], Australie / Chili[950], plusieurs accords conclus par le Japon[951], ou encore ASEAN / Australie / Nouvelle-Zélande[952], Nouvelle-Zélande / Hong Kong[953]. Cette règle, malgré sa fréquence, n'est pas universelle pour autant[954].

« Chapitre 1. Les sources du droit international des investissements », *in* LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 95.

[947] Voir par exemple Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements, 2014, article 12 ; selon le même modèle, Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements, 2014, article 12. L'article 6.10 du Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, précité note 942, présente le même degré d'exigence, puisque chaque Partie « a) Publie à l'avance toute règlementation d'application générale relative à l'objet du présent Chapitre qu'elle propose d'adopter; et b) Ménage aux personnes et aux Parties intéressées une possibilité raisonnable de formuler des observations sur les règlementations proposées ». Cet article-type existe également sans la mention de la consultation par le public ou la faculté de formuler des commentaires ; voir par exemple Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de La Barbade pour la promotion et la protection réciproques des investissements, Bridgetown, 29 mai 1996, article 16 ; plus récemment Agreement between Canada, the Republic of Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway and the Swiss Confederation, Davos, 26 janvier 2008, article 37.

[948] Accord de libre-échange entre le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande et le Gouvernement de la République populaire de Chine, Beijing, 7 avril 2008, *RTNU*, vol. 2590, 2009, n° 46123, article 168. Voir également l'article 98 de la même convention.

[949] Accord de partenariat économique stratégique transpacifique, Wellington, 18 juillet 2005, *RTNU*, vol. 2592, 2009, n° 46151, article 14§2. Dans cet accord, la transparence est d'ailleurs élevée au rang des « principes fondamentaux » (*ibid*., article 11§2.).

[950] Accord de libre-échange Australie-Chili, précité note 942, article 19.3.2. La formulation est dans cet accord particulièrement exigeante, puisque chaque Partie doit fournir « aux personnes intéressées et à l'autre Partie un délai raisonnable pour commenter les mesures proposées » – et non seulement à l'autre Partie. L'article 12.13.3 dispose pour sa part, selon une formulation plus habituelle, qu'« [à] défaut d'appliquer l'article 19.3 », les mêmes dispositions sont applicables « dans la mesure du possible ». L'ouverture de la possibilité de commenter les mesures à toute personne intéressée est ici intéressante et fait de cet accord un texte particulièrement engagé en faveur de la transparence – voir, dans le même sens, *infra* note 954.

[951] Accord entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement de la Malaisie pour un partenariat économique, Kuala Lumpur, 13 décembre 2005, *RTNU*, vol. 2758, 2011, n° 48649, article 4 ; Accord de partenariat économique entre le Japon et la République socialiste du Viet Nam, Tokyo, 25 décembre 2008, *RTNU*, vol. 2810, 2012, n° 49300, article 4 ; Accord de partenariat économique entre le Japon et la République d'Indonésie, Jakarta, 20 août 2007, *RTNU*, vol. 2780, 2011, n° 48935, article 4 ; Accord de partenariat économique entre la République des Philippines et le Japon, Helsinki, 9 septembre 2006, *RTNU*, vol. 2757, 2011, n° 48643, article 5 ; Accord de partenariat économique entre le Japon et le Royaume de Thaïlande, Tokyo, 3 avril 2007, *RTNU*, vol. 2752, 2011, n° 48547, article 4.

[952] Accord portant création de la zone de libre-échange ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande, Cha-am, Phetchaburi, 27 février 2009, *RTNU*, vol. 2672, 2010, n° 47529, chapitre 8. Commerce des services, article 11. Cette possibilité n'existe néanmoins pas à propos d'autres secteurs pour lesquels sont prévues des procédures particulières ; par exemple, concernant le commerce électronique ou les services financiers. Voir, respectivement, le chapitre 10. Commerce électronique, article 3 et l'annexe relative aux services financiers, article 5.

[953] Accord de renforcement de partenariat économique entre la Nouvelle-Zélande et Hong Kong, Chine, Hong Kong, 29 mars 2010, *RTNU*, vol. 2749, 2011, n° 48534, chapitre 15, article 2.

[954] Voir par exemple l'accord Japon / Brunéi (Accord de partenariat économique entre le Japon et le Brunéi Darussalam, Tokyo, 18 juin 2007, *RTNU*, vol. 2781, 2011, n° 48936, article 3). Comme pour les conventions citées *supra* note 951, la transparence est manifestement considérée comme un principe tout à fait majeur, au regard du placement de l'article relatif à ce principe au sein de ces conventions (toujours en troisième position). Si dans les cas précédents, un article « Observations du public » (Japon / Malaisie) ou « Procédures de commentaire public » (Japon / Viet Nam, Japon / Indonésie, Philippines / Japon, Japon / Thaïlande) aligne le régime conventionnel sur les autres accords de ce type cités jusqu'ici, la norme de la convention Japon / Brunéi se limite néanmoins à la mise à disposition des règles et à l'accessibilité de certaines données, sans dispositif de participation. Dans le même sens, voir les dispositions sur l'investissement du Traité sur la Charte de l'énergie, Lisbonne, 17 décembre

D'autres processus impliquant une participation particulière sont parfois inclus, renforçant ainsi l'acceptabilité de l'accord de libre-échange ou d'investissement, à l'instar d'une étroite collaboration prévue quant à l'élaboration de normes et procédures dans le cadre commercial, par exemple en matière d'évaluation de la conformité dans l'accord Australie / Chili : « [l]es Parties reconnaissent l'importance de la transparence dans la prise de décisions et offrent au public la possibilité valable de formuler des observations concernant les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité proposés »[955]. D'autres accords sont toutefois moins prolixes sur la transparence[956] voire ne l'évoquent pas dans le texte[957].

234. ***Inclusion de normes environnementales dans les accords d'investissement.*** Au-delà des normes de transparence et parfois de consultation du public, certaines normes relatives à la protection de l'environnement au cours de l'investissement font également leur apparition dans les conventions consacrées aux investissements ou aux échanges commerciaux. Ainsi en est-il du Traité sur la Charte de l'énergie[958] qui, « bien qu'il se montre très attentif aux aspects environnementaux et contienne une disposition particulièrement longue à cet égard, n'édicte aucune obligation »[959]. Selon le même auteur, « même s'il ne s'agit que de *soft law*, ces accords ont eu l'avantage de mettre en lumière les préoccupations pour l'environnement et les droits de

1994, *RTNU*, vol. 2080, 2002, n° 36116, article 20. Des traités bilatéraux d'investissement continuent à évoquer en préambule un « esprit de transparence » sans dispositions à ce propos ; voir par exemple Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Paris, 14 janvier 1999, Préambule ; Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Iceland, Reykjavik, 15 janvier 2009, Preambule ; Agreement on trade and economic cooperation between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil, Brasilia, 18 mars 2011, Preambule. D'autres accords de libre-échange n'évoquent pas du tout la transparence, ou limitent sa portée à une unique question (par exemple, en matière d'aide d'États, mais la date de conclusion doit être prise en considération : Accord de libre-échange entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République tchèque, Riga, 15 avril 1996, *RTNU*, vol. 2069, 2002, n° 35853, article 24.3).

[955] Accord de libre-échange Australie-Chili, précité note 942, article 7§9.

[956] Voir par exemple l'Accord relatif à un renforcement des partenariats économiques entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande, Bangkok, 19 avril 2005, *RTNU*, vol. 2524, 2008, n° 45102, spécifiquement le sobre article 11.9 sur la transparence : « [l]es Parties publieront ou mettront autrement à la disposition du public leur législation favorable à la concurrence loyale et leur législation qui traite des pratiques anticoncurrentielles ».

[957] Voir par exemple l'Accord d'exécution entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement des États-Unis du Mexique en vertu de l'article 132 de l'Accord entre le Japon et les États-Unis du Mexique relatif au renforcement du partenariat économique, Mexico, 17 septembre 2004, *RTNU*, vol. 2768, 2011, n° 48744. Si l'accord de libre-échange lui-même n'évoque pas la transparence, l'accord d'exécution qui lui est annexé confie, par l'intermédiaire d'un article 8 sur la transparence, aux autorités de concurrence des Parties la charge d'informer l'autre autorité de toute évolution du droit de la concurrence et de lui transmettre tout document public ; de la même manière, les consultations entre Parties sont déléguées, en vertu de l'article 9, aux autorités de concurrence.

[958] Traité sur la Charte de l'énergie, précité note 954.

[959] DANIC Olivia, « Chapitre 14. Droit international des investissements. Droits de l'homme, droit de l'environnement », *in* LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.* note 946, p. 571.

l'homme et la nécessité de les intégrer au droit international des investissements »[960]. Comme le relève Arnaud de Nanteuil, cette évolution en cours du droit des investissements vers une plus grande protection de l'environnement « est indispensable en même temps qu'elle semble inéluctable »[961]. Le récent Accord économique et commercial global (AECG) comprend ainsi un important chapitre 24 consacré au commerce et à l'environnement, lequel prévoit de nombreuses normes ; par exemple,

> « [c]haque Partie est disposée à recevoir des observations du public sur les questions relevant du présent chapitre, et à en tenir dûment compte, y compris des communications sur des préoccupations relatives à la mise en œuvre. Chaque Partie informe les organisations de sa société civile des communications de cette nature au moyen des mécanismes de consultation prévus »[962].

De la même manière, l'article 24.13 prévoit la création d'un bureau servant de point de contact avec l'autre Partie concernant la mise en œuvre de ce chapitre. L'on retrouve les considérations environnementales, incluant des obligations de transparence et la réaffirmation de l'importance des normes de préservation bien que de manière moins ambitieuse qu'au sein de l'AECG, dans les accords de libre-échange récents[963] ou en projet[964] impliquant l'Union européenne. Celles-ci ne sont cependant pas prévues de manière systématique dans les accords d'investissements récents[965].

235. ***Émergence de normes relatives à la RSE au sein des accords d'investissement.*** Les considérations environnementales se trouvent souvent intégrées dans des développements relatifs à la responsabilité sociale des entreprises, ou RSE[966]. Ces clauses RSE dont la particularité est qu'elles s'adressent directement aux investisseurs sont particulièrement récentes dans les accords d'investissements, et se multiplient. Par exemple, le récent traité

[960] *Ibid*., p. 572. L'auteur fait référence au Traité sur la Charte de l'énergie et à l'ALENA.
[961] DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, deuxième édition, Paris, Pedone, 2017, p. 456.
[962] Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/23, article 24.7.
[963] Voir ainsi l'Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, *JOUE*, 27 décembre 2018, L 330/3, chapitre 16.
[964] Projet d'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, 2 octobre 2018, 2018/0094 (NLE), chapitre 12. Sa signature a été autorisée par la Décision (UE) 2018/1676 du Conseil du 15 octobre 2018 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, *JOUE*, 9 novembre 2018, L 279/1.
[965] Voir par exemple le sobre et très indirect article 20 de l'Agreement between the State of Israel and Japan for the liberalization, promotion and protection of investment, Tokyo, 1er février 2017 : « [e]ach Contracting Party recognizes that it is inappropriate to encourage investment activities of investors of the other Contracting Party and of a non-Contracting Party by relaxing its domestic health, safety, environmental and labor standards legislation ».
[966] Sur la responsabilité sociale des entreprises, voir *supra*, §157.

bilatéral entre le Brésil et le Maroc comprend un imposant article 13 relatif à la RSE, lequel indique que « [l]es investisseurs et leurs investissements doivent mettre en œuvre leurs meilleurs efforts pour se conformer aux principes et normes volontaires » listés, ceux-ci prévoyant le respect des droits de l'homme (b), les principes de bonne gouvernance d'entreprise (d), la transparence et la lutte contre la corruption (g), l'adoption de mécanismes de contrôle interne et de mesures de déontologie (i)[967]. Le projet de Code panafricain des investissements, qui devrait aboutir à la signature d'un traité[968], prévoit par ailleurs un chapitre entier dédié aux obligations des investisseurs, comprenant de nombreuses normes relevant du droit administratif global[969]. Ces clauses créant des obligations directes à destination des investisseurs ne sont cependant pas systématiques[970], et leurs rédactions restent variables[971], de sorte qu'il faut constater qu'il s'agit d'une pratique émergente.

[967] Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements entre le Royaume du Maroc et la République fédérative du Brésil, Brasilia, 13 juin 2019 (non encore en vigueur au 7 septembre 2019).

[968] COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE, Projet de Code panafricain d'investissements, décembre 2016, EA15660–15. Conformément à son article 3, ce projet de Code a vocation à constituer un guide en vue de l'adoption ou de la révision, par les États membres, des traités bilatéraux d'investissement infra-africains. La perspective d'une adoption sous la forme d'un traité international demeure un objectif porté par ses rédacteurs et la doctrine ; voir, sur cette question, MBENGUE Makane Moïse, SCHACHERER Stefanie, « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, n°3, 2017, pp. 414-448.

[969] COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE, Projet de Code panafricain d'investissements, *ibid*., articles 19 à 24. L'article 22, relatif à la RSE, est néanmoins rédigé en des termes moins précis que d'autres articles – par exemple l'article 21 sur l'interdiction de la corruption.

[970] Voir, pour des exemples récents de traités bilatéraux ne comprenant aucune mention de la RSE, Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Brazzaville, 30 avril 2018 (non encore en vigueur au 7 septembre 2019), ou encore Accord entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement de la République de Turquie relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements, Bamako, 2 mars 2018 (non encore en vigueur au 7 septembre 2019). Dans d'autres cas, les clauses ne s'adressent qu'indirectement aux investisseurs ; voir par exemple Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements, Oulan-Bator, 8 septembre 2016, article 14 : « [c]hacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption. Les Parties rappellent à ces entreprises l'importance d'intégrer dans leurs politiques internes les normes en matière de responsabilité sociale ».

[971] Certaines clauses sont en effet particulièrement concises et vagues, contrairement aux exemples mentionnés en notes 967 ou 969 ; par exemple : « [l]'investissement doit être axé sur la protection de l'environnement et le développement durable et encourager l'utilisation de technologies qui ne nuisent pas à l'environnement, conformément aux politiques nationales des parties » (Accord relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement des Émirats arabes unis, 6 mars 2018 (non encore en vigueur au 7 septembre 2019), article 18§2).

2. L'inclusion de normes de droit administratif global en matière d'aide au développement

236. ***Normes de droit administratif global en matière d'aide au développement.*** Dès le début des années 1990, l'article 21 de la Convention sur la diversité biologique précise que le mécanisme de financement établi pour fournir des ressources aux pays en développement en vue de leur permettre de préserver leurs ressources biologiques doit fonctionner « selon un système démocratique et transparent »[972]. Cette transparence irrigue les accords commerciaux conclus par l'Union européenne[973] ; elle est parfois complétée par une gamme de normes relevant du droit administratif global comme l'*accountability* ou la bonne gouvernance :

> « [l]e plus haut degré de transparence, d'obligation de rendre compte et d'efficacité économique est appliqué au cours de toutes les phases de mise en œuvre, de même que les objectifs et principes de bonne gouvernance, de développement durable et d'égalité entre les femmes et les hommes »[974].

Le cas de la coopération dans le cadre de l'aide au développement révèle une dynamique particulière des sources plurilatérales écrites du droit administratif global. Les accords relatifs au développement ou comprenant un chapitre consacré à l'aide au développement prévoient en effet régulièrement des normes relevant du droit administratif global, par exemple en prévoyant que les parties encouragent « les efforts visant à promouvoir le développement durable par le dialogue, l'échange de bonnes pratiques, une bonne gouvernance et une saine gestion financière »[975]. S'il peut paraître surprenant que ces normes apparaissent dans un accord entre l'Union et le Canada, la coopération au développement constitue dans les faits une base juridique importante pour l'Union européenne, qui l'utilise fréquemment, parfois en combinaison avec d'autres compétences, pour conclure des accords de partenariat et de coopération avec les États en développement ou non[976]. Il est toutefois plus étonnant de

[972] Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU*, vol. 1760, 1993, n° 30617, p. 170. La convention ne précise néanmoins pas de procédure exacte, renvoyant aux Parties le soin de s'accorder à ce propos.
[973] Outre les instruments mentionnés notes 962, 963 et 964, voir par exemple le Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République de Maurice, *JOUE*, 28 octobre 2017, L279/3, article 2.
[974] Accord entre le Royaume de Norvège et l'Union européenne concernant un mécanisme financier norvégien pour la période 2009-2014, *JOUE*, 9 novembre 2010, L 291/10, article 8.1. L'on retrouve la même formule, enrichie d'une référence à la non-discrimination, dans l'accord renouvelé en 2016 (voir Accord entre le Royaume de Norvège et l'Union européenne concernant un mécanisme financier norvégien pour la période 2014-2021, *JOUE*, 28 mai 2016, L 141/11, article 10.1), mais pas dans les autres accords conclus par l'Union.
[975] Accord de partenariat stratégique entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, *JOUE*, 3 décembre 2016, L 329/45, article 12.3.
[976] Lorsque l'État partenaire n'est pas en développement, c'est la base juridique « coopération technique et financière avec les pays tiers », codifiée par l'article 212 TFUE, qui lui est substituée. Voir sur ce point

constater que ces normes relatives à la coopération en matière de développement trouvent leur origine dans le Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement de 2011[977]. Ainsi, l'accord conclu avec l'Irak en 2012 mentionne clairement les déclarations précédant le Partenariat de Busan dont il « sera pleinement tenu compte »[978] et oblige l'Irak à assurer la transparence de ses dépenses publiques[979]. C'est sous la pression des ONG que ces normes de « bonne gouvernance », et spécifiquement de transparence, sont en effet devenues des piliers de l'aide au développement, principalement traduits par l'accessibilité des données relatives à la gestion financière de l'aide au public[980]. Allant plus loin encore, l'article 23 de l'accord avec Cuba de 2016 portant sur la bonne gouvernance oriente la coopération au développement vers l'aide à la mise en place de plusieurs normes de droit administratif global comme le respect de l'état de droit, la promotion d'institutions transparentes, l'obligation de rendre des comptes ou encore la participation des citoyens aux processus politiques[981]. La diversité est cependant importante en matière de coopération au développement, puisque l'accord conclu avec la Mongolie en 2017 ne proclame pas aussi clairement les normes de transparence et se contente, en mentionnant les principes généraux de cette coopération, de renvoyer aux « bonnes pratiques » et à des « processus conformes aux principes » des différentes déclarations et conventions internationales pertinentes[982]. De son côté, l'accord avec le Vietnam en 2016 n'évoque pas pour sa part ces processus et ne mentionne même pas la transparence dans l'utilisation de l'aide[983]. Ce manque de cohérence au sein du corpus conventionnel s'explique par l'existence d'une réelle négociation rendant son produit nécessairement variable, en ce qu'elle conduit à retenir telle norme dans telle situation mais pas dans telle autre.

RAPOPORT Cécile, « La variété des accords globaux révélatrice d'une diplomatie conventionnelle de l'Union », *RDP*, 2016, n°6, p. 1695.

[977] Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement, Quatrième forum à haut niveau sur l'efficacité de l'aide, Busan, 29 novembre – 1er décembre 2011.

[978] Accord de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Iraq, d'autre part, *JOUE*, 31 juillet 2012, L 204/20, article 81.3.

[979] *Ibid*., article 98.2.

[980] Voir, sur cette question, GUIMEZANES Marie*, Organisations non-gouvernementales et droit international. Le cas de l'efficacité de l'aide au développement*, Thèse soutenue le 3 juin 2015, Université Toulouse I Capitole, pp. 384-386.

[981] Accord de dialogue politique et de la coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Cuba, d'autre part, *JOUE*, 13 décembre 2016, L 337 I/3, article 23.

[982] Accord-cadre de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Mongolie, d'autre part, *JOUE*, 9 décembre 2017, L 326/7, article 10.

[983] Accord-cadre global de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part, *JOUE*, 3 décembre 2016, L 329/8 ; voir en particulier l'article 6.

237. ***Réception matérielle de sources externes.*** Malgré la volatilité de la pratique conventionnelle, il n'en demeure pas moins que ce phénomène « para-juridique »[984] conduisant à s'inspirer du Partenariat de Busan et d'autres instruments déclaratifs est avéré :

> « [l]es partenariats de commerce, d'investissement et de coopération mettent en place des procédures de suivi et de bilan des activités menées au titre de la promotion du développement durable et de la coopération au développement. [...] Certains de ces accords mentionnent expressément comme source d'inspiration les « bonnes pratiques et principes » regroupés sous l'impulsion de l'OCDE dans la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2005), le Programme d'action d'Accra (2008), ou encore le Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement (2011). Ces documents se présentent comme des instruments de gestion, évoquant des principes à suivre (appropriation, redevabilité mutuelle, transparence, etc.), visant à évaluer l'efficacité d'une action de coopération au développement, mais non à établir sa conformité vis-à-vis du droit. […] De telles considérations juridiques sont absentes de ces instruments, qui se présentent comme une pratique sociale sans vocation de régulation systématique »[985].

Il faut donc relever que le Partenariat de Busan, qui constitue une déclaration sans portée juridique spécifique dans l'ordre juridique de l'Union européenne, se voit parfois, à l'instar d'autres textes similaires, juridiquement consacré par une source formelle reconnue comme telle au sein de l'Union européenne – et de l'ordre juridique international. Les normes de droit administratif global adoptées – peu important leur degré d'obligatoriété – ont donc, dans ce cas, pour mode de formation une source plurilatérale écrite codifiant une déclaration externe, ce qui n'est pas sans évoquer le phénomène de réception matérielle des pressions juridiques externes analysé précédemment[986]. Ce constat confirme qu'une lecture par trop formaliste des sources du droit administratif global n'est pas suffisante pour en comprendre pleinement les dynamiques, tout en étendant les constats formulés s'agissant des sources unilatérales aux sources plurilatérales de ce droit. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de s'affranchir du prisme des sources du droit international public pour examiner la mesure dans laquelle d'autres instruments plurilatéraux négociés sont susceptibles de générer des normes de droit administratif global.

[984] SERRURIER Enguerrand, *La résurgence du droit au développement. Recherche sur l'humanisation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 5 octobre 2018, Université Clermont Auvergne, p. 1013.
[985] *Idem*.
[986] Voir *supra*, Titre Premier, Chapitre 2.

II. La formalisation par un instrument négocié non reconnu comme source de droit international

238. ***Pertinence d'une analyse organique.*** Les sources plurilatérales écrites peuvent être mobilisées pour créer des normes négociées et adoptées au sein d'un instrument ne relevant pas de la catégorie des conventions internationales. Les hypothèses sont nombreuses : il peut s'agir de déclarations communes d'États sans portée contraignante ou de conventions de droit privé arrêtées par des entités publiques ou privées. Au regard de leur diversité, une classification selon un critère organique apparaît pertinente. Peuvent ainsi être envisagés les formalisations opérées par des instruments conclus entre entités publiques (**A**), celles impliquant au moins une entité publique et une entité privée (**B**), et enfin les conventions conclues uniquement entre entités privées (**C**).

A. La formalisation par accord écrit entre entités publiques

239. ***Catégorisation indifférente à l'obligatoriété des normes.*** Lorsque plusieurs entités publiques s'accordent sur des normes relevant du droit administratif global qu'elles entendent appliquer soit à elles-mêmes, soit à des entités privées placées sous leurs juridictions respectives sans toutefois que l'instrument formalisant cet accord ne relève de la catégorie des « traités » internationaux au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, la qualification de la convention soulève parfois des difficultés. Celles-ci sont dues à l'incertitude quant au caractère obligatoire, ou non, du contenu de l'accord, lorsque celui-ci est déterminé par la source formelle. Autrement dit, de la qualité de « source de droit reconnue » dans tel ou tel ordre juridique dépend souvent le caractère obligatoire des normes adoptées. Cependant, cette qualité est sans effet sur l'existence ou non de *normes* négociées au sein d'un instrument formalisant un processus plurilatéral, n'affectant que leur caractère obligatoire. En mettant donc de côté la question de l'obligatoriété des normes convenues, il est possible de relever deux modes principaux de formation de droit administratif global correspondant à la catégorie envisagée, lesquels sont formalisés par deux types d'instruments : les actes concertés non conventionnels entre États (1) et les arrangements administratifs entre organisations internationales (2).

1. La formation du droit administratif global par acte concerté non conventionnel

240. ***Normes de droit administratif global élaborées au sein des* fora *internationaux.*** En marge des négociations visant à la rédaction d'un instrument conventionnel, les différents

sommets interétatiques informels (G7, G8, G20…) fournissent de nombreux exemples de normes de droit administratif global manifestement adoptées de manière collective – bien que les formulations employées soient la plupart du temps non engageantes[987]. Pourtant, ces normes sont parfois exprimées clairement, comme lorsque les chefs d'États affirment que « States should promote the transparency of relevant public data in line with the G20 Anti-Corruption Open Data Principles »[988], ou que les ministres des Affaires étrangères affirment leur « volonté de mettre en place une Initiative pour des normes dans le cyberespace consacrée au partage des bonnes pratiques et des leçons tirées de l'expérience en matière de mise en œuvre des normes volontaires et non contraignantes de comportement responsable des États »[989]. En matière environnementale dont le caractère « global » n'est plus à démontrer, les ministres concernés ont également eu l'occasion de rappeler en 2019 que « les pays doivent prendre des mesures pour conserver et renforcer, le cas échéant, les puits et réservoirs de gaz à effet de serre, notamment par la protection et la gestion durable des forêts, la restauration des forêts ». Ceux-ci ont également réaffirmé leur « engagement à mettre un terme à la perte des forêts naturelles, notamment [...] [en] accroissant significativement [le] taux de restauration des forêts dans le monde et en renforçant la gouvernance et la transparence des forêts »[990], ces éléments constituant des *normes* de comportement destinées aux États déclarants. Au-delà de ces groupes amenés à se réunir régulièrement pour s'entretenir des grands problèmes contemporains, certains *fora* intergouvernementaux sont dotés d'un acte constitutif prévoyant des normes de droit administratif global, tout en ne répondant pas, sur le plan institutionnel, aux critères de l'organisation internationale. Tel est en particulier le cas de la Déclaration sur la création du Conseil de l'Arctique, qui prévoit que plusieurs peuples autochtones jouissent du statut de « participant permanent », institué « pour rendre possible la participation active des représentants des indigènes de l'Arctique et la pleine consultation de ceux-ci dans le cadre du

[987] Au contraire, certaines déclarations emploient un vocabulaire clairement engageant, les États étant confiants sur le fait qu'elles ne peuvent être interprétées comme des traités au sens du droit international. Voir par exemple la précision selon laquelle « [l]e G7 s'engage à trouver un accord en 2020 pour simplifier les barrières réglementaires et moderniser la fiscalité internationale dans le cadre de l'OCDE » dans la déclaration finale du G7 à Biarritz (G7, *Déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G7*, Biarritz, 26 août 2019).

[988] G20, *G20 High Level Principles on Organizing Against Corruption*, Annex to G20 Leaders Declaration, July 8, 2017, Hambourg, point 19. Le point 18 peut également être cité : « States may also rely on external audit institutions such as Supreme Audit Institutions (SAIs), other autonomous national audit or ombudsman offices or private companies. States should make this information available to the public ».

[989] G7, *Déclaration de Dinard sur l'Initiative pour des normes dans le cyberespace*, Foreign Ministers Meeting, Dinard - Saint-Malo, 5 avril 2019.

[990] G7, *Déclaration sur l'arrêt de la déforestation, notamment grâce à des chaînes d'approvisionnement durables pour les produits agricoles de base*, Réunion des ministres de l'Environnement, 5 et 6 mai 2019, Metz. Ces affirmations s'inscrivent dans le cadre de « l'objectif de renforcement de la gouvernance forestière, de la transparence et de l'état de droit, tout en tenant compte de la situation des peuples autochtones et des communautés locales » (*idem*).

Conseil »[991]. Cette prévision d'un droit de participation des populations concernées par les activités de l'entité globale réunissant les États menant des activités dans leur région participe en effet d'une « humanisation » du droit international[992] et relève du droit administratif global tel qu'envisagé par cette étude.

241. ***Diversité des qualifications possibles des sources de ces normes.*** L'ensemble de ces normes, participant du droit administratif global, relève, du point de vue des sources du droit international, de la catégorie des actes non concertés conventionnels[993]. Du point de vue des sources du droit administratif global, deux positions peuvent être avancées. Selon une analyse fonctionnelle d'abord, l'on pourrait considérer que, malgré leur absence de personnalité juridique dans l'ordre juridique international, ces entités globales disposent d'une capacité juridique suffisante – fût-elle *de facto* – pour émettre des normes par elles-mêmes. Dans ce cas, il serait possible d'envisager la production normative des différents « G » au titre des sources unilatérales – internes ou externes selon qu'elle s'adresse aux dirigeants eux-mêmes ou aux entreprises transnationales – du droit administratif global[994]. D'un autre côté, une analyse institutionnelle, que nous privilégions, aboutit aux conclusions inverses. Il est en effet difficile d'imaginer l'existence d'une capacité normative déconnectée de toute forme d'ordre juridique, même très primitif. Or, aucun indice ne permet de supposer l'existence d'un ordre juridique partiel des G7, G8 ou G20, qui ne sont que des réunions informelles sans personnalité juridique

[991] Déclaration sur la création du Conseil de l'Arctique, Ottawa, 19 septembre 1996, point 2 ; ainsi, « [l]a Conférence circumpolaire inuit, le Saami Council, et l'Association des minorités autochtones du Nord, de la Sibérie et des régions extrême-orientales de la Fédération de Russie, sont les participants permanents aux Conseil de l'Arctique » (*idem*). Sur le Statut du Conseil de l'Arctique, voir LAGRANGE Évelyne, « Chapitre 2. La catégorie « organisation internationale » », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit*. note 892, p. 46, §89 : « le Conseil arctique, fondé par une déclaration non contraignante (Ottawa, 19 septembre 1996), résolument dépourvu de personnalité juridique et de pouvoir normatif contraignant, néanmoins doté d'un luxe de dispositions procédurales, peut être qualifié « d'organe commun » aux huit États participant ».

[992] Voir sur ce point SERRURIER Enguerrand, *La résurgence du droit au développement. Recherche sur l'humanisation du droit international*, *op. cit*. note 984, pp. 339-342.

[993] Sur la construction de la notion, voir CRÉPET DAIGREMONT Claire, « Les premières réflexions sur le concerté non conventionnel (Michel Virally) », *in* IHEI, *Grandes pages du droit international,* Volume II. Les sources, Paris, Pedone, 2016, spéc. pp. 89-90. Spécifiquement à propos des actes du G8 et du G20, voir DELABIE Lucie, « Le droit souple et les actes du G8/G20 », *in* CASSELLA Sarah, LASSERRE Valérie, LECOURT Benoît (dir.), *Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Paris, Pedone, 2018, p. 68.

[994] Dans cette perspective, l'on pourrait alors soutenir que ces réseaux informels génèrent des prétentions normatives à l'égard des États et des entreprises multinationales. La pression incitant les États et les organisations internationales à recevoir leurs normes afin de les imposer – ou recommander – aux entreprises pourrait ainsi être appréhendée comme un appel à un tiers, et pourrait, à condition d'admettre ces prémices – ce que nous ne faisons pas –, intégrer l'analyse des sources formelles unilatérales externes du droit administratif global.

menant à des déclarations conjointes en général rédigées au pluriel[995]. Il apparaît donc que même sans opérer de rattachement artificiel aux sources du droit international, les actes de ces *fora* sont des instruments non conventionnels produits par des sources plurilatérales écrites.

2. La formation du droit administratif global par arrangement administratif

242. ***Difficultés soulevées par les arrangements administratifs.*** Les arrangements administratifs et Mémorandum d'ententes (ou « MoU » pour *Memorandum of Understanding*) entre organisations internationales ou entre organisations internationales et États sont très nombreux, bien qu'il soit parfois difficile de les qualifier sur le plan formel[996]. En effet, ceux-ci ne sont la plupart du temps pas formellement considérés comme des accords au sens du droit international, même s'ils produisent des effets juridiques dans les ordres juridiques partiels des organisations qui les concluent. Tel est le cas des arrangements administratifs conclus par le Conseil de l'Europe[997], ou encore de l'Union européenne[998] en vertu de l'article 220 TFUE, bien qu'il ne soit pas toujours aisé d'identifier ces derniers ; ceux-ci l'étant « selon leur contenu, leur forme est sans conséquence quant à leur qualification »[999]. Certains auteurs considèrent au contraire que certains arrangements administratifs, à l'instar de ceux conclus par les autorités nationales de régulation, ne peuvent qu'être analysés sous l'angle du droit des traités[1000]. Il

[995] Par exemple, en introduction de la déclaration de 2019 : « [l]es dirigeants du G7 souhaitent souligner leur grande unité et l'esprit positif de leurs débats. Le G7 organisé à Biarritz par la France a pu dégager avec succès des accords sur plusieurs points, repris ci-dessous de manière synthétique, par les chefs d'État et de gouvernement eux-mêmes » puis « [n]ous partageons pleinement deux objectifs » (G7, *Déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G7*, Biarritz, 26 août 2019).

[996] Sur l'arrangement administratif conclu par l'État, voir COULÉE Frédérique, « Retour sur un instrument incertain du droit des relations extérieures. L'arrangement administratif », *in Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 47-64.

[997] Voir par exemple WIEBRINGHAUS Hans, « À propos du transfert de compétences entre organisations internationales : le cas du transfert de certaines activités de l'U.E.O. au Conseil de l'Europe », *AFDI*, vol. 7, 1961, p. 549.

[998] Voir ainsi CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 351.

[999] CASTELLARIN Emanuel, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, Pedone, 2017, p. 71.

[1000] BISMUTH, pp. 213-229. Selon l'auteur, « [s]i le contenu de ces accords ne permet pas de conclure à l'existence de traités, il limite toutefois sensiblement leur potentielle nature juridique. Ils ne peuvent être soumis ni à un droit interne, ni à un quelconque droit transnational. Dans la mesure où seul le droit international est susceptible de leur offrir un écho, les accords entre autorités de régulation ne peuvent être que des traités ». Il faut cependant relever que cette situation correspond à celle d'arrangements administratifs spécifiques, car conclus entre entités infra-étatiques (concluant, dans le même sens, à l'existence d'une catégorie distincte de l'arrangement administratif dans ce cas, voir COULÉE Frédérique, « Retour sur un instrument incertain du droit des relations extérieures. L'arrangement administratif », *op. cit.* note 996, p. 50). Relèvent notamment de ces entités infra-étatiques amenées à conclure de type d'accords, parfois dénommées « autorités sub-étatiques » (LEMAIRE Sophie, *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 433, 2005, p. 108, ou encore PASQUIER Romain, « Le rôle des autorités sub-étatiques dans les processus d'intégration continentale et sub-continentale : éléments de comparaison », *in* PERROT Danielle (dir.), *Collectivités*

existe donc une réelle ambivalence de l'arrangement administratif, dont l'on peut toutefois affirmer qu'il constitue, du point de vue de l'ordre juridique de l'organisation internationale qui le conclut, un instrument formalisant une négociation. Outre la problématique de leur identification, qui semble donc surmontable dès lors que l'on considère qu'il s'agit d'une source de droit dans l'ordre juridique partiel de l'organisation qui y a recours, apparaît néanmoins une autre difficulté. Alors que la plupart des conventions internationales sont consultables, tel n'est pas le cas des arrangements administratifs entre organisations internationales, qui ne sont, en effet, que rarement accessibles au public – lorsqu'ils sont identifiables comme tels, ce qui n'est pas acquis au regard de la variabilité de leurs intitulés. Leur intégration dans le champ de la recherche des sources du droit administratif global est donc particulièrement complexe.

243. ***Hypothèse de la formation de normes de droit administratif global par cette source.*** Les arrangements administratifs entre organisations internationales[1001] consultables ne concernent pas nécessairement le champ du droit administratif global, en ce qu'ils ne contiennent souvent que des dispositions techniques ou relatives à la gestion des personnels des organisations, et non des décisions susceptibles d'entraîner des effets au-delà des ordres internes concernés. De nombreuses entités d'ampleur limitée, comme les organisations à vocation scientifique, concluent ce type d'arrangements. Pour ne prendre qu'un exemple, la consultation en interne des accords conclus par l'Institut International du Froid, organisation intergouvernementale scientifique rassemblant une soixantaine de membres depuis 1908 révèle qu'ils ne concernent

territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 31-53.), les collectivités territoriales et les agences publiques (CRÉPET DAIGREMONT Claire, « Chapitre 11. La protection découlant du droit international des contrats », *in* ROBERT-CUENDET Sabrina (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 332. Avec la même catégorisation binaire, voir AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 358, 2002, pp. 131-132). Le fait qu'elles puissent contracter des engagements internationaux ne soulève pas de difficultés ; en effet, rien ne s'oppose « en droit international à ce qu'une entité infra-étatique soit investie d'une telle faculté, du moment que le droit constitutionnel de l'État dont elle relève ou auquel elle est rattachée lui reconnait ce pouvoir » (GIRAUDEAU Géraldine, « Les compétences internationales des entités territoriales autonomes », *AFDI*, vol. 56, 2010, p. 172. Voir également, dans le même article, l'analyse des marges de manœuvre offertes à ces entités infra-étatiques en la matière, spéc. pp. 179 et suivantes).

[1001] Les arrangements administratifs « spécifiques » (voir note précédente) conclus entre autorités infra-étatiques ne contiennent généralement pas de normes de droit administratif global. Tout au plus peut-on relever que la transparence des marchés financiers constitue un « principe général » ou un « principe directeur » irriguant la conclusion de plusieurs accords conclus par l'AMF ; voir Convention de coopération entre la Commission des opérations de Bourse et la Banque du Liban (France/Liban), Beyrouth, 12 avril 1995, article 3 ; Convention de coopération et d'échange d'opérations (France/Algérie), Paris, 25 janvier 2001, article 2 et 8 ; Convention de coopération et d'échange d'opérations (France/Maroc), Paris, 9 avril 1998, articles 2 et 9 ; Convention de coopération et d'échange d'opérations (France/Tunisie), Paris, 4 juillet 1997, articles 2 et 8 ; Arrangement en vue de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles des personnes physiques exerçant des fonctions réglementées dans le domaine des instruments financiers en France et des valeurs mobilières au Québec (France/Québec), non daté, article 2.

que la participation conjointe à des conférences et publications, des échanges d'informations scientifiques et éventuellement « l'échange de bonnes pratiques et leur dissémination en direction des gouvernements » [1002]. D'autres organisations internationales susceptibles d'adopter des décisions globales, et donc de développer par la voie conventionnelle des normes relevant du droit administratif global, concluent ce type d'arrangement qui n'a pas de pertinence dans le cadre du droit administratif global[1003]. Cependant, certains arrangements conclus par l'Union européenne – lesquels ne sont pas consultables – paraissent *ratione materiae* pouvoir développer des normes relevant du droit étudié. Tel est le cas, par exemple, d'un protocole à l'accord global avec le Canada qui prévoit la création d'un arrangement de ce type, dont le contenu pourrait relever du droit administratif global :

> « [l]'Arrangement administratif [...] comprend les éléments suivants : [...] d) les éléments du processus d'échange d'informations ; e) les éléments du programme de conformité aux bonnes pratiques de fabrication ; f) la procédure d'évaluation des nouvelles autorités de réglementation »[1004].

L'on retrouve la possibilité – et non l'obligation – de conclure un arrangement administratif au sein de la commission mixte Union européenne / Îles Cook pour réguler, par la création de « paramètres », les nouvelles possibilités de pêche expérimentales[1005]. Là encore, le domaine de la pêche étant une question globale incontestée[1006], le contenu de l'arrangement, qui n'est

---

[1002] Protocole d'accord entre l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et l'Institut International du Froid, Rome et Paris, 18 juillet 2011, article 2.

[1003] Voir par exemple les accords conclus par le BIPM avec une dizaine d'organisations régionales ou mondiales ; comme l'Agreement between the International Commission on Illumination and the International Committee for Weights and Measures, 2 avril 2007.

[1004] Protocole sur la reconnaissance mutuelle du programme de conformité et d'application relatif aux bonnes pratiques de fabrication pour les produits pharmaceutiques, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/581, annexé à l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, précité note 962, article 15. Il est en effet probable que le contenu de l'arrangement développe des normes de transparence et/ou de respect de considérations environnementales et sociales, sans qu'il soit possible de le confirmer.

[1005] Protocole de mise en œuvre de l'accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le gouvernement des Îles Cook, *JOUE*, 20 mai 2016, L 131/10, annexé à l'Accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le gouvernement des Îles Cook, *JOUE*, 20 mai 2016, L 131/3, article 6. D'autres accords relatifs à la pêche mentionnent la conclusion ultérieure d'un arrangement administratif sur la pêche expérimentale ; voir Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et la République du Mozambique, *JOUE*, 17 février 2012, L 46/4, article 6.3 ; avec la même rédaction, Protocole agréé entre l'Union européenne et la République de Madagascar fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat de pêche en vigueur entre les deux parties, *JOUE*, 31 décembre 2012, L 361/12, article 6.3 ; Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République des Seychelles *JOUE*, 9 janvier 2014, L 4/3, article 6.3 ; en dernier lieu, Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République de Maurice, *JOUE*, 18 mars 2014, L 79/9, article 6.3.

[1006] Voir en particulier CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 79. L'« introduction » au droit administratif global proposée par l'auteur débute par une section sur la pêche au thon, qui serait selon lui

pas consultable, pourrait contenir du droit administratif global. La doctrine en fournit d'autres exemples confirmatifs. Ainsi, les arrangements administratifs conclus par l'Union européenne « peuvent établir des droits, comme l'accès aux lieux ou à la documentation des organisations internationales concernées, des obligations en conditionnant l'exercice et des obligations autonomes, notamment procédurales, comme l'obligation de consultation »[1007].

244. ***Conclusions en termes de sources du droit administratif global.*** Le développement qui précède semble révéler un paradoxe : certains instruments formalisant des sources plurilatérales écrites de droit administratif global ne sont pas soumis à l'une des exigences élémentaires de l'ensemble normatif étudié, c'est-à-dire à un minimum de transparence et de publicité. Il n'en demeure pas moins que ces instruments doivent être considérés comme formalisant de telles sources plurilatérales, leur degré de publicité dépendant d'autres normes pouvant être qualifiées également de droit administratif global. Sans remettre en cause l'identification de ces sources, ce constat invite avant tout à envisager l'existence de normes *tacites* de droit administratif global qui seraient manifestement respectées par la plupart – mais pas la totalité – des entités globales, notamment le respect d'un certain degré de transparence quant à leur activité. Cette réflexion préfigure ainsi la recherche d'éventuelles sources non écrites communes du droit administratif global, laquelle sera menée *infra*[1008].

B. La formalisation par accord écrit mixte

245. À l'étude des instruments formalisant un processus de négociation plurilatérale au sein des entités globales publiques doit logiquement succéder une analyse des instruments du même type impliquant le secteur privé. À cet égard, deux catégories d'instruments formalisant de telles sources peuvent être identifiés. D'une part, les *contrats* sont employés dans de nombreux cas de partenariats entre entités globales privées et entités publiques, soulevant là encore des difficultés de qualification et parfois de droit applicable (1). D'autre part, les réseaux impliquant

l'acte de naissance de la discipline. Sans partager toutes ces vues, la préservation des ressources halieutiques et de la biodiversité constituent en effet une question dont la régulation ne peut s'exercer qu'au niveau global, et dont les effets sont indiscutablement mondiaux.

[1007] CASTELLARIN Emanuel, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, *op. cit.* note 999, p. 72. L'auteur précise note 32 que jusqu'en 1989, la Commission publiait annuellement « un volume reproduisant tous les accords en vigueur », mais qu'elle ne le fait plus. La publication des arrangements administratifs au *JOUE* étant rare sinon inexistante, il n'est donc plus possible de consulter les accords administratifs en vigueur. La Commission n'a pas répondu à nos sollicitations écrites sur ce point.

[1008] Voir *infra*, §§306 et ss.

à la fois des États et des entités privées, telles que la société civile et certaines entreprises se structurent autour de la formation de normes plurilatérales (2).

1. La formation du droit administratif global par contrat public / privé

246. ***Cas des contrats conclus par les banques internationales.*** L'activité contractuelle des organisations internationales intéresse depuis longtemps la doctrine. L'on pense ainsi aux contrats conclus par l'ONU dans le cadre des opérations de maintien de la paix, à propos desquels « les cas de dysfonctionnement de l'activité contractuelle se multiplient et la nécessité de transparence qui accompagne toujours les manifestions pathologiques du phénomène juridique ravive l'intérêt »[1009] de leur étude. Au-delà de ces contrats purement opérationnels qui ne peuvent concerner que de manière très accessoire le droit administratif global[1010], d'autres contrats, essentiellement de prêt ou de garantie, sont conclus par les organisations internationales et contiennent des normes relevant du champ de l'étude. Ceux-ci, qualifiés de « contrats assimilés » aux contrats d'État par Hervé Ascensio[1011], sont difficilement consultables, leur publication pouvant à l'évidence porter atteinte aux intérêts commerciaux des bénéficiaires. Néanmoins, certaines banques internationales publient des documents de référence comprenant les clauses-types de leurs contrats dans certains domaines où il est jugé que la transparence doit être importante. Tel est le cas de la Banque européenne d'investissement (BEI), qui a publié en 2014 ses « Clauses contractuelles types de la BEI en matière d'environnement »[1012] définissant notamment les termes de la relation contractuelle. Ces définitions comprennent ainsi, concernant par exemple les opérations en dehors de l'UE, un renvoi aux standards environnementaux de la BEI que les bénéficiaires doivent respecter[1013].

[1009] MEYER Dorothée, « Les contrats de fourniture de biens et de services dans le cadre des opérations de maintien de la paix », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 81.
[1010] Pour qu'un tel contrat de fourniture concerne le champ droit administratif global, il faudrait que sa signature emporte des conséquences « globales » et affecte les droits ou intérêts de sujets et acteurs étrangers à sa conclusion, ce qui est fort peu probable sauf en cas de dysfonctionnement majeur – ainsi le cas, fictif, d'une organisation qui conclurait un contrat de fourniture ayant pour conséquence la destruction d'un écosystème.
[1011] ASCENSIO Hervé, *Droit international économique*, Paris, PUF, Thémis droit, 2018, pp. 68-70. De son côté, Charles Leben, qui précise, à propos des contrats conclus par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), qu'il s'agit de contrats passés « par un sujet de droit international en tant que tel avec un particulier, contrats régis *expressis verbis* par le droit international public dans ses trois manifestations du droit conventionnel, du droit coutumier et des principes généraux du droit » (LEBEN Charles, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 263).
[1012] BEI, *EIB template contractual clauses on environmental matters*, Décembre 2014, 4 p., disponibles en ligne à l'adresse : http://www.eib.org/attachments/documents/eib_standard_contractual_clauses_on_environmental_information_en.pdf (dernière consultation le 28 août 2019).
[1013] *Idem*.

L'exemple de ce renvoi à la « Déclaration des principes et normes adoptés par la BEI en matière sociale et environnementale »[1014] est topique des conséquences que provoquent les mentions, par les mêmes entités globales, des mêmes normes au sein de divers instruments. Composée de « principes »[1015] et de « normes »[1016] (dont certaines, par renvoi à d'autres textes déclaratifs parfois, relèvent du droit administratif global[1017]), la Déclaration demeure de portée normative douteuse, à tout le moins jusqu'à ce qu'elle acquière une force juridique contraignante par sa contractualisation entre les parties. La source plurilatérale écrite permet alors le renforcement de normes initialement formées par une source unilatérale interne, de sorte que la contractualisation permet des interactions entre les sources du droit administratif global *au sein même* de l'entité globale concernée.

2. La formation du droit administratif global par accord constitutif d'un réseau multipartite

247. ***Notion juridique de « réseau ».*** Le « réseau » dont les traces ont été entrevues *supra*[1018] est un objet juridique non identifié[1019]. Évoqué au sein d'une étude sur les sources d'un droit, le terme fait naturellement référence à de célèbres écrits de théorie du droit[1020] sur le concept de réseau, c'est-à-dire

> « l'idée de maillage constitué de fils et de nœuds [.] Penser le droit en réseau permettrait de dépasser le modèle pyramidal et sa logique de subordination pour donner forme au paradoxe d'une « *unitas multiplex* » entre des régimes autonomes, certes, mais inter-reliés de manière non hiérarchique » [1021].

[1014] BEI, *Déclaration des principes et normes adoptés par la BEI en matière sociale et environnementale*, 2009, 42 p.
[1015] *Ibid.*, p. 15.
[1016] *Ibid*., pp. 17-22.
[1017] Voir par exemple *ibid.* p. 21, au point 53 « Populations autochtones et autres groupes vulnérables ». Ainsi, « [l]orsqu'un projet remet en cause les droits coutumiers des populations autochtones relatifs à la terre et aux ressources, la Banque exige du promoteur qu'il élabore en faveur des intéressés un plan acceptable de développement » qui doit « respecter les principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui prévoit notamment qu'aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, des populations concernées ». L'on peut relever que le droit à un recours à ce propos n'est pas mentionné.
[1018] Voir *supra*, §248.
[1019] L'expression est fréquemment utilisée par la doctrine ; elle est ici empruntée, dans le cadre du droit global, à FRYDMAN Benoît, « Les défis du droit global », *in* BRICTEUX Caroline, FRYDMAN Benoît (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 15.
[1020] OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p. Parmi les publications majeures à ce propos, voir HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? » *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 51-100.
[1021] MARTINEAU Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 22-23.

L'idée de réseau n'est jamais abordée comme un mode de formation du droit, à juste titre : en tant que tel, le réseau n'est pas une *source* de droit. En revanche, sa création, notamment lorsqu'il est officiellement promoteur de normes relevant du droit administratif global, en constitue bien un mode de formation plurilatéral, présentant la particularité d'associer de très nombreuses entités. Les réseaux en question peuvent en effet être publics, privés ou hybrides, et présentent une tendance à la prolifération. Pour Jean-Bernard Auby, cette multiplication résulte d'une évolution : la conduite des affaires publiques au niveau international « est de plus en plus fréquemment assurée par des réseaux, d'institutions, d'organes, de personnes, et non pas par des entités entièrement localisées dans le sein d'une organisation internationale donnée, et plutôt que par les voies diplomatiques classiques »[1022]. Parmi ce maillage en expansion permanente, certains réseaux ont pour objectif premier de promouvoir l'application de normes de droit administratif global, et constituent donc des vecteurs de diffusion de ce droit.

248. ***Émergence de partenariats interétatiques ouverts aux entités privées.*** De nouvelles initiatives publiques font d'une part leur apparition sur la scène globale, avec pour objectif de favoriser, par des évaluations régulières, l'application de normes relevant du droit administratif global telles que la transparence, et d'associer la société civile à l'évaluation de leur respect, sans que l'adhésion de leurs représentants soit formellement possible. Ces initiatives se caractérisent par le peu de formalisme de leur acte constitutif – lorsqu'il existe – et une certaine ambiguïté entretenue quant à leur statut juridique. Autrement dit, la *fonction* de ces partenariats et le caractère étendu des participants qui y adhèrent est mise en avant au détriment du formalisme juridique. Un exemple topique de ce phénomène, qui demeure rare dans la mesure où de nouveaux réseaux ouverts aux personnes privées se développent, est l'*Open Government Partnership* (OGP) créé en 2011. Ses buts sont articulés autour de la promotion de quatre objectifs dont les trois premiers relèvent directement du droit administratif global : la transparence de l'action publique, la participation citoyenne à l'élaboration des politiques publiques, la responsabilité des acteurs publics et leur devoir de rendre des comptes, et l'utilisation des solutions numériques pour atteindre ces objectifs. L'OGP se présente comme un « partenariat » auquel peuvent adhérer États et « membres locaux », c'est-à-dire des municipalités comme Paris, Madrid ou Buenos Aires, ou des entités non souveraines en droit

[1022] AUBY Jean-Bernard, La globalisation, le droit et l'État, 2ème éd., Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2010, p. 149.

international comme l'Écosse ou l'État de Kaduna au Nigéria[1023]. Si les organisations représentant la société civile ne peuvent en devenir membres, elles sont invitées à participer aux travaux de leurs réseaux. Cependant et de manière originale, malgré cette impossibilité structurelle d'adhésion des entités privées, le Comité directeur du Partenariat est composé paritairement d'États et de représentants de la société civile[1024]. Ainsi, l'OGP « n'est pas une organisation multilatérale comme les autres. Sa particularité est d'associer, dans une même structure internationale, les gouvernements et la société civile, à la même table et avec le même pouvoir d'initiative et de décision »[1025]. Sur le plan juridique, l'OGP constitue une organisation caritative publique indépendante de droit américain structurée par des « articles de gouvernance » formalisant les normes que s'imposent, de manière plurilatérale, ses membres[1026]. Ces derniers manifestent ainsi la volonté claire de ne *pas* créer une organisation intergouvernementale et de conserver une structure privée ou informelle.

249. ***Développement de réseaux multipartites promoteurs de droit administratif global.*** D'autres réseaux s'éloignent plus encore du modèle interétatique pour s'ouvrir pleinement aux entités privées. Tel est le cas de l'Initiative de transparence des industries extractives (ITIE). Lancé en 2002, l'ITIE, qui se présente comme un processus ou une « initiative multipartite internationale »[1027] auquel 51 États ont à ce jour adhéré[1028], a rapidement reçu le soutien du G8

[1023] Voir la page « Membres » sur le site internet de l'OGP, accessible à l'adresse : https://www.opengovpartnership.org/fr/our-members/ [dernière consultation le 5 septembre 2019].
[1024] OGP, *Articles of Governance*, 17 June 2019, Point II, A. : « Countries, Civil Society Organizations, private sector, and other entities may participate in OGP ». Voir également le point II, A., 1. selon lequel « Civil Society Organizations can engage in the OGP process by becoming members of national OGP fora and/or by, helping to co-create, implement, and monitor Action Plans. They can also take part in OGP summits, regional meetings, and other outreach events ».
[1025] PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, Dossier de presse, Sommet Mondial du Partenariat pour un Gouvernement Ouvert à Paris du 7 au 9 décembre 2016, p. 9.
[1026] OGP, *Articles of Governance*, précités note 1024, Point VI, A. : « OGP operates as an independent public charity as defined under US law and the regulations of the US Internal Revenue Service. On April 1, 2018, OGP began operating as a not-for-profit organization in the District of Columbia. OGP's formal legal name is the Open Government Partnership Secretariat. The OGP Secretariat Board of Directors provides fiduciary and legal oversight over the SU and the IRM ».
[1027] ITIE, Statuts de l'Association, annexés à ITIE, *La norme ITIE 2016*, version révisée au 15 février 2016, pp. 48-56. La citation est extraite de l'article 2.
[1028] Données du site internet de l'ITIE : https://eiti.org/fr/pays [dernière consultation le 25 août 2019]. Celles-ci ne tiennent pas compte d'éventuelles radiations. Certains États se sont également retirés ; ainsi, après avoir été suspendu en octobre 2017 pour progrès insuffisants, le Niger s'est retiré en novembre de la même année de l'ITIE, lui reprochant une ingérence dans une affaire judiciaire interne en cours. Pour un aperçu – engagé – de la situation au Niger et notamment le manque d'efficacité de l'adhésion à l'ITIE, qui n'a pas permis la publication en temps voulu des contrats passés entre le gouvernement et les exploitants, voir SENNOU Jean Innocent, « La haute trahison liée à la gestion des ressources naturelles et du sous-sol au Niger », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, pp. 286-305, spéc. p. 303.

et de la Banque mondiale[1029]. Il s'agit en réalité d'une association à but non lucratif de droit norvégien[1030] dont peuvent être membres gouvernements, entreprises et organisations civiles[1031], et qui peut être définie comme une « coalition de gouvernements, entreprises, organisations de la société civile qui soutient une meilleure gouvernance, vérification et publication des paiements effectués par les entreprises comme des revenus perçus par les gouvernements provenant du pétrole, du gaz et des minerais »[1032]. L'initiative, également qualifiée de partenariat public-privé[1033] permet effectivement une meilleure transparence, affichant notamment les revenus des gouvernements liés à l'activité d'extraction et les dispositions légales applicables, ce qui permet de faire apparaître, par exemple, les considérations environnementales au sein des contrats-types conclus entre les États et les exploitants[1034]. Le fonctionnement du processus est décidé au niveau étatique par un « groupe multipartite » composé de représentants du gouvernement, de la société civile et du secteur concerné[1035]. Les exemples similaires sont nombreux, ce type d'initiative existant dans d'autres secteurs. Ainsi le Processus de Kimberley, réseau d'adhésion volontaire centré sur la limitation de la corruption par l'action tripartite des États, des industries du diamant et de la société civile et source d'obligations, notamment de *reporting*, a-t-il fait l'objet de nombreuses analyses[1036],

[1029] BASTID BURDEAU Geneviève, « Chapitre 2. Droit des investissements et droit international de la commande publique », *in* ROBERT-CUENDET Sabrina (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 73.
[1030] ITIE, Statuts de l'Association, précités note 1027, article 3.
[1031] *Ibid.*, article 5.
[1032] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, vol. 385, 2017, p. 388, note 606. L'exemple de l'ITIE est également traité par BARBIER Sandrine, « La mise en œuvre des règles internationales grâce au droit administratif global », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, n° 28, 2012, pp. 191-192.
[1033] Voir par exemple PETERS Anne, KOECHLIN Lucy, FENNER ZINKERNAGEL Gretta, « Non-state actors as standard setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion », *in* PETERS Anne, KOECHLIN Lucy, FÖRSTER Till, FENNER ZINKERNAGEL Gretta (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, CUP, 2009, p. 2.
[1034] Voir par exemple le Contrat-type de partage de production de la République du Cameroun, spéc. l'article 21.
[1035] Par exemple, le groupe multipartite du Togo, qui a fait l'objet d'une Validation récente (20 avril 2018), comprend 40 membres répartis entre un Conseil national de Supervision de l'ITIE et un Comité de Pilotage du groupe multipartite. Le Conseil national de Supervision est présidé par le Premier ministre du Togo et réunit sept ministres, un haut fonctionnaire, cinq dirigeants de grandes entreprises de l'industrie extractive et deux membres de la société civile (les présidents de l'Observatoire Togolais des Médias et de la Ligue des indépendants pour la transparence). Les membres du Comité de Pilotage sont répartis plus équitablement, avec un ministre, dix hauts fonctionnaires, six représentants de l'industrie extractive et huit représentants de la société civile – dont deux députés (voir ITIE, *Validation du Togo. Rapport sur la collecte initiale de données et la consultation des parties prenantes*, décembre 2017, pp. 101-102). Les fonctionnements peuvent varier selon les États. Au Sénégal, la répartition est quelque peu différente (9 membres du gouvernement et de l'administration, 5 représentants de l'industrie, dix représentants de la société civile ; voir ITIE, *Validation du Sénégal Rapport sur la collecte initiale des données et la consultation des parties prenantes*, décembre 2017, p. 128).
[1036] Voir la synthèse, intégrant une dimension critique, de KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 223-228. Pour une synthèse historique et quelques exemples de réussite, voir BELLISH Jonathan, « Towards a More Realistic Vision of Corporate Social Responsibility Through the Lens

à l'instar de l'Initiative internationale pour la transparence de l'aide (IITA) en matière de développement[1037], rattachée au PNUD[1038].

250. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** L'émergence de ces réseaux, qui se multiplient autour d'instruments formalisant un accord entre des acteurs et entités globales variés, se réalise en parallèle de la formation conventionnelle du droit international. Leur existence ne peut être ignorée, d'autant qu'ils présentent la particularité d'être en perpétuelle expansion : « par nature, un réseau tend vers l'extension, l'élargissement, soit à d'autres partenaires du même type, soit à des catégories différentes. L'extension est la raison d'être d'un réseau »[1039]. Leur observation indique que les États sont à la recherche de nouvelles manières de générer collectivement des normes relevant du droit administratif global, qui permettent à la fois d'inclure – à des degrés variables, comme on l'a vu – la société civile et les entreprises transnationales tout en conservant une certaine souplesse qui peut parfois manquer au processus interétatique conventionnel. Il s'agit donc, bien souvent, d'échapper aux contraintes des modes de productions formels du droit international, considérés comme insuffisamment opérationnels pour aboutir aux résultats escomptés – y compris en termes d'image. L'annonce d'une nouvelle « initiative multipartite » informelle et donc *a priori* détachée des contraintes formelles des négociations internationales peut en effet, parfois, paraître plus efficace aux yeux d'une opinion publique en demande de telles normes. Malgré leur diversité apparente, les documents comprenant les normes protégées ou promues par

---

of the *Lex Mercatoria* », *Denv. J. Int'L L. & Pol'Y*, vol. 40, n°4, 2012, p. 574. Sous l'angle critique, voir HOWARD Audrie, « The Successes and Failures of the Kimberley Process Certification Scheme in Angola, Sierra Leone and Zimbabwe », *WashULaw*, vol. 15-1, 2016, pp. 137-159. Pour une présentation axée sur la propre *accountability* du Processus, voir VIDAL Victoria, « Informal International Lawmaking: The Kimberley Process' Mechanism of Accountability », *in* BERMAN Ayelet, DUQUET Sanderijn, PAUWELYN Joost, WESSEL Ramses A., WOUTERS Jan (dir.), *Informal International Lawmaking : Case Studies*, The Hague, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 505-525.

[1037] L'IITA, dont l'adhésion à la « norme » est ouverte « à des organisations très diverses, notamment aux gouvernements, aux institutions multilatérales et aux organisations du secteur privé ou de la société civile, afin d'accroître la transparence des informations relatives aux flux de ressources vers les pays en développement » (site internet de l'IITA, page « À propos de la norme de l'IITA », accessible à l'adresse : https://iatistandard.org/fr/about/iati-standard/ [dernière consultation le 27 août 2019]), « fournit aux donateurs disposés à faire connaître leurs dépenses d'aide actuelles et futures, un format commun de publication des données en temps opportun, de manière comparable et fiable. Les flux de financement, budgets, résultats, lieux, calendriers et descriptifs de projet sont introduits dans un gisement de données en ligne, accessible à tous les usagers qui cherchent à savoir où, quand et comment l'aide a été déboursée » (TABAU Anne-Sophie, « Chapitre 3. La transparence de la finance climat : de la circulation du principe à la circulation de ses modalités d'application », *in* MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Aix-en-Provence, Confluence des droits [en ligne], 2017, p. 177).

[1038] IITA, *Rapport annuel 2017*, p. 5.

[1039] DAUDET Yves, « Perspectives », *in* BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, MAZUYER Emmanuelle (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après / The global compact of the united nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 187.

l'initiative en question ne sont toutefois rien d'autre que des instruments formalisant des sources plurilatérales écrites et négociées du droit administratif global, au même titre que les traités internationaux, sans pour autant relever de ce régime juridique propre à l'ordre juridique international. Il semble donc que les États, en tant qu'entités globales, cherchent à dépasser les limites intrinsèques du modèle interétatique, sans toutefois le renier, comme le démontrent les très nombreux instruments conventionnels en vigueur et en négociation.

C. La formalisation par accord écrit entre entités privées

251. ***Initiatives privées et codes de gouvernance d'entreprises.*** Enfin, les entités globales privées présentent une tendance à se réunir pour former de manière plurilatérale des instruments comprenant des normes de droit administratif global, concernant essentiellement leur gouvernance, la protection de l'environnement et l'éthique dans la conduite de leurs affaires. Ces instruments peuvent prendre la forme d'une « initiative » plurilatérale sur le modèle des accords mixtes (1) ou bien celle d'un code d'adoption volontaire dont la nature privée et négociée n'est pas toujours évidente (2).

1. La multiplication des initiatives plurilatérales privées

252. ***Normes de droit administratif global générées par des initiatives privées.*** De la même manière que les initiatives mixtes se développement, les entités globales privées s'organisent et négocient collectivement l'adoption de normes relevant du droit administratif global. Tel est le cas des Principes d'Équateur en matière bancaire[1040], une initiative présentée comme une « *unincorporated association* »[1041] structurée sous la forme d'une association de droit britannique[1042]. Dans ce cas, un contrat d'adhésion formel doit être signé par le candidat, lequel contractualise – par son adhésion – les règles de gouvernance de l'association[1043]. Les Principes en eux-mêmes contiennent de nombreuses obligations[1044] en matière environnementale,

[1040] Pour des développements substantiels, comprenant quelques détails historiques et des éléments de pratique de mise en œuvre, voir HOEFFNER Werner, *L'ouvrage public et le droit international*, Thèse de droit public soutenue le 8 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, pp. 606-610.
[1041] EPA, *The Equator Principles Association. Governance Rules*, April 2017, article 1). Les limites de la langue anglaise apparaissent ici ; l'on ne sait pas à la lecture s'il faut traduire « *unincorporated* » par « non constituée en société » ou par « sans personnalité juridique ».
[1042] *Ibid*., article 20.
[1043] EPA, *Equator Principles Adoption Agreement*, modèle non daté, 2 p.
[1044] Un « avertissement » clôturant les Principes (EPA, *Les Principes de l'Équateur*, juin 2013, p. 10) précise pourtant qu'ils ne « créent pas de droits ou d'obligations envers quelque personne que ce soit, privée ou publique ». Cette affirmation doit être fortement nuancée si l'on se place dans l'ordre interne de l'association, puisque le non-respect des Principes peut entraîner la radiation. L'avertissement est d'autant moins crédible que la page suivante

notamment de *due diligence*, de transparence et de *reporting*, et font intervenir un « Consultant environnemental et social indépendant » privé pour certains projets[1045]. Une fois le contrat signé, les EPFIs (*Equator Principles Financial Institutions*) ne peuvent par la suite contracter qu'avec des partenaires capables de se conformer aux principes[1046]. Sans publication des rapports de situation en temps voulu, les EPFIs contrevenantes sont par ailleurs radiées sans préavis supplémentaire[1047]. D'autres initiatives voient progressivement le jour, à l'instar du *Fashion Pact* annoncé lors du G7 de 2019 en France. Cet instrument négocié et présenté, de manière inédite, par trente-deux entreprises du secteur textile, vise à « construire un système de certification, vérification et traçabilité des matières premières et de leurs impacts au long de la chaîne d'approvisionnement »[1048]. Par la signature de cet instrument original, les entreprises impliquées s'engagent en particulier à respecter des normes environnementales.

253. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global***. Ces instruments, bien qu'aux contenus parfois succincts, traduisent l'existence de consensus plurilatéraux quant à l'adoption de normes de droit administratif global, sans pour autant constituer des contrats de droit privé. Le peu de formalisme observé dès lors que l'instrument final ne relève pas des sources du droit international trouve dès lors confirmation lorsqu'il s'agit de codifier le résultat de négociations strictement privées. Cependant, ces instruments peu formels ne sont pas les seuls moyens de formaliser des sources plurilatérales de droit administratif global pour les entreprises transnationales. De nombreux « codes » privés, bien plus complets, ont en effet précédé ces nouvelles initiatives, qui n'en sont peut-être qu'une évolution formelle dictée par une volonté de mieux communiquer sur l'adoption de ces normes auprès des opinions publiques – l'annonce d'une norme collective lors d'un rendez-vous international fort médiatisé étant, à cet égard, plus visible que l'adoption discrète d'un code interprofessionnel pourtant plus précis.

2. La formation du droit administratif global par les codes privés plurilatéraux

254. ***Normes de droit administratif global contenues dans les codes privés plurilatéraux.*** Les codes de gouvernement – ou de gouvernance – d'entreprises d'initiative privée sont devenus

---

du document s'intitule « Annexes : Obligations en matière de mise en œuvre » (*ibid*., p. 11) ; par ailleurs, les règles de gouvernance précisent que l'adoption « of the Principles by a financial insitution is voluntary but once such adoption has been made, the adopting entity must take appropriate steps to implement and comply with the Principles » (EPA, *The Equator Principles Association. Governance Rules*, précités note 1041, article 5) b)).

[1045] EPA, *Les Principes de l'Équateur*, *ibid*., Principe 7 : Revue indépendante.

[1046] EPA, *The Equator Principles Association. Governance Rules*, précités note 1041, article 5) d).

[1047] *Ibid.*, article 6) g) iii.).

[1048] G7, *Fashion Pact*, Biarritz, 23 août 2019, p. 8.

incontournables depuis les années 2000. Il s'agit de codes rédigés par des auteurs fort différents d'un code à l'autre, avec une prédominance des regroupements professionnels, qui pourrait s'inverser à la faveur du développement de codes internationaux. Ces codes collectifs sont parfois considérés comme une

> « manifestation de la nouvelle *lex mercatoria*. Il s'agit, en général, de règles de conduite qui sont adoptées par les associations sectorielles pour tous leurs membres. Les exigences qui sont à la base de ce type de codes sont semblables à celles qui ont poussé les ordres professionnels opérant à l'intérieur des États à se munir de codes déontologiques (avocats, notaires, architectes, médecins, *etc*.) et elles regardent les prédispositions de standards de loyauté et de diligence professionnelle »[1049].

Ces codes contiennent très souvent des règles relevant du droit administratif global. La transparence financière, et de l'entité globale en générale, est ainsi l'un des principes cardinaux de codes privés élaborés au sein des pays les plus divers : France[1050], Kazakhstan[1051], Liban[1052], Luxembourg[1053], Royaume-Uni[1054], Tunisie[1055], pour ne citer que quelques-uns des centaines de codes aux contenus souvent proches. D'autres sont élaborés collectivement par des entreprises provenant de plusieurs États – par exemple dans toute l'Union européenne[1056]. Parfois, certains codes mentionnent également les préoccupations environnementales et formulent une recommandation à ce propos[1057].

255. ***Ambiguïtés quant à la nature privée et négociée des codes.*** Ces codes sont très largement appliqués par les entreprises concernées. Pour ne prendre qu'un exemple représentatif,

---

[1049] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *op. cit.* note 1032, p. 241.
[1050] ASSOCIATION FRANÇAISE DE LA GESTION FINANCIÈRE, *Recommandations sur le gouvernement d'entreprise*, 1998, 16 p. ; *idem* dans la seizième version actualisée – et augmentée – en 2018 (28 p.).
[1051] FINANCIAL INSTITUTIONS' ASSOCIATION OF KAZAKHSTAN, *Code on Corporate Governance*, 21 février 2015, 17 p., spéc. p. 4.
[1052] LEBANESE TRANSPARENCY ASSOCIATION, *Lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la bourse*, 2010, 20 p. ; spéc. les articles 15 à 20.
[1053] SOCIÉTÉ DE LA BOURSE DE LUXEMBOURG, *Les dix Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg*, décembre 2017, 36 p.
[1054] FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The Combined Code on Corporate Governance*, précité note 1065.
[1055] INSTITUT ARABE DES CHEFS D'ENTREPRISES, *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, 2008, p. 44. Dans la seconde version rédigée par les mêmes personnes au sein d'un organisme relevant de l'Institut arabe des chefs d'entreprises et publiée en 2012 (CENTRE TUNISIEN DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE, *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, 2012, 55 p.), la transparence est tout aussi présente.
[1056] Par exemple CAPIEL, *Code de bonne conduite. Diriger nos business de façon durable*, 2014, 6 p. Rédigé par le Comité de coordination des Associations de constructeurs d'appareillage électrique destiné aux usages industriel, commercial et similaires en Union Européenne, ce code est adopté par une vingtaine d'entreprises européennes comme Mitsubishi Electric Europe, Schneider Electric Industries, COMECA Group ou encore Rockwell Automation (source : site internet du CAPIEL, à l'adresse : http://www.capiel.eu/en/publications/code-of-conduct-capiel/ [consultée en dernier lieu le 14 juin 2018]).
[1057] Par exemple *ibid.*, p. 4, ou encore FINANCIAL INSTITUTIONS' ASSOCIATION OF KAZAKHSTAN, Code on Corporate Governance, précité note 1051, p. 4.

l'entreprise Tourpagel Groupe a ainsi, il y a quelques années, mis sa gouvernance d'entreprise en adéquation avec le Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites[1058]. Ce Code a été adopté par MiddleNext, association professionnelle française indépendante représentative des valeurs moyennes cotées (tous secteurs confondus), à la suite de la rédaction d'un Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises françaises[1059] lui-même commandé par le Conseil d'administration de l'association au directeur de l'Institut Français de Gouvernement des Entreprises. Ce référentiel de type totalement privé n'a pas vocation à constituer un code de bonne conduite mais à « présenter le plus petit commun dénominateur pour tous les codes de gouvernance en présentant les principes qui fondent le gouvernement des entreprises »[1060]. Pour son élaboration, une commission présidée par le rédacteur a réuni 26 experts du secteur des entreprises (présidents, administrateurs, analystes, mais également deux avocats, des représentants de services juridiques et d'ONG comme l'Association Française de la Gestion financière)[1061]. La mise en conformité avec ce code ne relève donc pas à proprement parler de la négociation et révèle l'existence d'un phénomène d'*adhésion*[1062]. La formation du code, cependant, présente pour sa part les caractéristiques d'une négociation collective entre acteurs privés. Ce code français n'est pas une initiative nationale isolée ; il existe d'ailleurs plusieurs codes français. Ainsi, seules quelques sociétés françaises cotées ne se réfèreraient pas au Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP MEDEF : ALTEN, GENFIT et VICAT[1063], cette situation résultant de la loi[1064]. La rédaction de ce dernier code repose notamment sur l'analogie avec le *Combined Code* britannique, rédigé en 2003 par le Financial Reporting Council[1065] – un organisme public, cette fois. L'ECGI, *European Corporate Governance Institute*, recense de la même manière plus de 450 codes nationaux relatifs à la gouvernance d'entreprise de par le monde, la plupart rédigés

[1058] MIDDLENEXT, *Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises*, édition 2015, septembre 2016, 65 p. La première version a été publiée, sous un nom différent, en décembre 2009 et était plus courte (41 p.). Alors qu'en 2009, 84 sociétés s'y référaient, en 2016, 186 entreprises de tous secteurs se réfèreraient au code – contre 195 en 2015, ce qui s'expliquerait par une baisse du nombre général de sociétés cotées (IFGE, Rapport 2017 sur les entreprises faisant référence au Code de gouvernance Middlenext en 2016, avril 2018, p. 4).
[1059] GOMEZ Pierre-Yves, *Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises françaises. Rapport au conseil d'administration de MiddleNext*, Ecully, IFGE, première édition en mars 2009 (nouvelle édition en mai 2015), 49 p.
[1060] *Ibid.*, p. 4.
[1061] *Ibid.*, p. 49.
[1062] Voir *infra*, §§258 et ss.
[1063] HCGE, Rapport du Haut Comité du gouvernement d'entreprise, octobre 2017, annexe 2, p. 96.
[1064] Voir l'explication *infra*, note 1079.
[1065] FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The Combined Code on Corporate Governance*, London, 1992. Il s'agirait du premier code européen de ce type (voir WOLFF Lutz-Christian, « Law As a Marketing Gimmick - The Case of the German Corporate Governance Code », *WashULaw*, vol. 3.1, 2004, p. 119). La dernière mise à jour date d'avril 2016 (32 p.).

par des acteurs ou conglomérats d'acteurs privés[1066]. Néanmoins, d'autres, comme le *Combined Code*, sont clairement publics[1067], ce qui implique de consulter attentivement leur origine avant de conclure à leur caractère privé. L'on voit ainsi poindre une double ambivalence : les codes ne sont pas tous « privés » *stricto sensu*, et leur caractère « négocié » apparaît parfois douteux. Des liens plus ou moins importants avec les pouvoirs publics sont en effet évidents, allant de la représentation d'un ministère dans la commission de travail[1068] à la rédaction complète du code par un organisme gouvernemental[1069] – dans ce dernier cas, le code ne peut être considéré ni comme privé, ni comme négocié. Lorsque les codes sont manifestement rédigés par des experts privés voire par les entreprises elles-mêmes, la présence du gouvernement dans les partenaires officiels[1070], qui permet certes de renforcer la légitimité du Code, ouvre néanmoins la question de l'influence étatique dans la création du droit administratif global généré, d'autant que beaucoup de codes se basent eux-mêmes sur d'autres codes rédigés soit par d'autres États[1071], soit par des organisations internationales comme l'OCDE[1072]. Ce phénomène de renvoi peut conduire un code de gouvernement d'entreprises d'adoption volontaire, adopté par référence à

[1066] La liste, recensant des codes adoptés entre 1994 (en Afrique du Sud) et 2016, est accessible en ligne : http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php [lien consulté en dernier lieu le 21 septembre 2017]. Leur multiplication est tangible : l'ECGI en relevait 193 en 2007, et 229 en 2008 (CHATELIN-ERTUR Céline, ONNÉE Stéphane, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », *in* THIBIERGE Catherine et *alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 649-650). La liste monte à 560 codes en 2018, en incluant toutefois ceux rédigés par les organisations internationales – donc pas par des acteurs privés.

[1067] Par exemple, les Principes de bonnes pratiques en matière de gouvernement d'entreprise et de gestion des participations de l'État fédéral (Allemagne), 30 juin 2009, 64 p. Il est d'ailleurs précisé que le « ministère fédéral compétent en matière de gestion de la participation assure le respect du Code de gouvernement des entreprises publiques de l'État fédéral établi par le gouvernement fédéral ainsi que l'inscription de ce Code dans les règles de fonctionnement des entreprises qui sont des personnes morales de droit privé » (p. 4).

[1068] Par exemple, voir le Code Algérien de Gouvernance d'Entreprise, initiative parrainée par le Ministre de la Petite et Moyenne Entreprise et de l'Artisanat : TASK FORCE GOAL 08*, Code Algérien de Gouvernance d'Entreprise*, édition 2009, 98 p. Le Directeur de la Compétitivité et du Développement Durable au Ministère de la PME et de l'Artisanat fait partie des membres de la « task force » mise en place pour l'occasion.

[1069] Par exemple, voir le *Code of Corporate Governance for Listed Companies in China*, rédigé par la China Securities Regulatory Commission (CSRC), une entité de type ministériel, en 2001. Sur la CSRC et son caractère gouvernemental, voir REED Bradley C., « Clearing Away the Mist: Suggestions for Developing a Principled Veil Piercing Doctrine in China », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2006, pp. 1643-1675, spéc. p. 1654. Voir également l'exemple du Corporate Governance Code for Shareholding Companies Listed on the Amman Stock Exchange, rédigé par la Jordan Securities Commission.

[1070] Par exemple, INSTITUT ARABE DES CHEFS D'ENTREPRISES, *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, précité note 1055 : outre le « parrainage » du Ministère des finances, on relèvera la présence de trois représentants de deux ministères différents dans la liste des participants à l'élaboration du code tunisien (p. 42 de la version 2008 ; la liste des participants n'est pas reproduite dans la version 2012).

[1071] Voir l'exemple mentionné *supra* note 1065.

[1072] Voir parmi de très nombreux autres LEBANESE TRANSPARENCY ASSOCIATION, *Lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la bourse*, précitées note 1052, p. 20 ; ou encore INSTITUT ARABE DES CHEFS D'ENTREPRISES, *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, précité note 1055, p. 6. Dans ce dernier cas, l'OCDE est même partenaire de l'élaboration du code.

un code étranger et conformément à un code international, à recommander aux sociétés concernées d'adopter leur propre code, moyennant une marge d'appréciation dont la réalité varie[1073]. La difficulté d'évaluer le rôle étatique dans l'élaboration des codes privés, lorsqu'ils ne sont pas ouvertement rédigés par le gouvernement, empêche alors de se prononcer clairement quant à une éventuelle distinction à opérer entre la source privée et la source publique. Ce rôle rend également complexe l'appréhension exacte du degré de négociation présidant à l'élaboration du code, lequel a généralement pour vocation d'être par la suite adopté – sans négociations – par d'autres entreprises ne participant pas à sa confection.

256. ***Renforcement de la complexité par l'approche*** **comply or explain.** Même la valeur juridique des normes émises n'est pas forcément un critère permettant de clarifier le rôle étatique et la mesure dans laquelle les normes contenues dans les codes ont été négociées, bien que leur caractère obligatoire soit de manière générale plus facilement assuré et assumé lorsque le code est d'origine étatique[1074]. L'approche « *comply or explain* », qui consiste à devoir justifier formellement le non suivi du code à défaut de le suivre brouille les pistes et appauvrit la distinction, en ce qu'elle est adoptée tant par des codes privés[1075] que par des codes rédigés par des gouvernements[1076]. Ce « mode de transparence conformiste », apparu lui aussi au début des années 1990 et applicable en France depuis la fin des années 2000 sous la pression européenne, implique en effet que les sociétés doivent déclarer, au moment du dépôt de leur rapport de gouvernance, la mesure dans laquelle elles appliquent les principes contenus dans les codes qu'elles ont choisi d'élaborer et de suivre, et se justifier lorsqu'elles ne les appliquent

[1073] C'est le cas les Lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la bourse (*ibid.*), qui s'inspirent des normes de l'OCDE (p. 20) et recommandent la création en interne de deux codes par entreprise (article 9, c). En revanche, ce code a été rédigé non par des entreprises mais par un comité de juristes.
[1074] Voir par exemple JORDAN SECURITIES COMMISSION, *Corporate Governance Code for Shareholding Companies Listed on the Amman Stock Exchange*, 2008, p. 3 : « that companies must comply with the rules of the guide, and in case of non compliance with any of these rules, other than those based on a legal provision that is binding under responsibility, it would be necessary to explain clearly the reason for non compliance in the company's annual report ». Cela ne l'empêche pas de placer la transparence au rang de ses principes fondamentaux (voir p. 3 et chapitre 5).
[1075] SOCIÉTÉ DE LA BOURSE DE LUXEMBOURG*, Les dix Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg*, précités note 1053, avant-propos.
[1076] Voir *supra*, note 1074.

pas[1077]. Si une partie de la doctrine est souvent dubitative à son propos[1078], surtout en France où elle a été source de confusions[1079], cette approche demeure encensée par d'autres auteurs[1080].

257. ***Conclusion quant aux sources du droit administratif global.*** Ce développement amène à formuler une conclusion en demi-teinte. D'une part, des normes de droit administratif global sont générées par certains codes qui rassemblent toutes les conditions pour relever de la source plurilatérale négociée – en particulier, un échange de consentements formel ou non à l'application de normes que les entreprises ont elles-mêmes créées ou contribué à créer[1081], ce qui constitue, après la génération de codes individuels unilatéraux, le type majoritaire de codes[1082]. D'un autre côté, cependant, il est extrêmement difficile de distinguer les codes répondant précisément à ces critères de ceux qui sont en réalité rédigés et imposés par d'autres groupements privés. Enfin, l'intrusion des pouvoirs publics dans le processus d'élaboration du code est parfois difficile à mesurer avec précision, tandis qu'elle substitue le mode plurilatéral à un mode externe (à l'entité globale) de formation du droit administratif global lorsqu'elle conduit à contraindre, par la loi, les entreprises multinationales relevant de leur juridiction à adopter tel ou tel code d'origine privée. Il faut donc conclure que ces codes de gouvernement sont topiques de l'absence de distinction claire entre le secteur public et privé dans le domaine de la régulation économique et commerciale. Cette confusion a une incidence directe sur les

[1077] FASTERLING Bjorn, DUHAMEL Jean-Christophe, « Le *Comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, t. XXIII, n°2, 2009, pp. 129-157.
[1078] Voir *ibid.*, p. 156, où les auteurs concluent notamment qu'avec ce système, « l'information cède le pas à la communication performative ».
[1079] PARACHKEVOVA Irina, « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *RIDE*, t. XXIV, n°2, 2010, pp. 246-248. L'auteur expose la confusion générale créée par l'approche française, qui a consisté à laisser les entreprises choisir le code de leur choix – à l'inverse d'autres États qui précisaient par la voie législative quel code était pertinent – tandis que le MEDEF et de l'AFEP ont exigé que les sociétés cotées appliquent leur code ou s'en expliquent ; enfin, la loi a été contredite...par le gouvernement lui-même, qui par une déclaration a indiqué aux entreprises concernées qu'elles devaient appliquer le code « à défaut de quoi il y aurait un projet de loi qui le rendrait obligatoire » (p. 248).
[1080] Par exemple : « The best-known model for accountability-based governance is the comply-or-explain program that has been in operation in the United Kingdom for nearly two decades » (WILCOX John C., « Comply-and-Explain: Should Directors Have a Duty to Inform? », *Law and Contemporary Problems*, vol. 74, 2011, p. 155). Pour une analyse, nuancée, de l'imposition par l'Union européenne de cette approche, voir WEN Shuangge, « Less is More - A Critical View of Further EU Action Towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis », *WashULaw*, vol. 12-1, 2013, pp. 41-93, spéc. pp. 70-73.
[1081] Voir l'exemple mentionné *supra* note 1058.
[1082] Comme le rappelle Helen KELLER, « OECD survey of 246 codes of conduct has shown a clear preponderance of codes issued by individual firms (118 codes) and by business/industry associations (92 codes), compared to multi-stakeholder initiatives (32 codes) and intergovernmental codes (4) » (KELLER Helen, « Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy », *in* WOLFRUM Rüdiger, Röben Volker (dir.), *Legitimacy in International Law*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 245). Même si l'étude date de 2001 (OCDE, « Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents », *OECD Working Papers on International Investment*, 2001/6, 2001, 32 p.), la tendance ne semble pas s'être inversée depuis.

sources du droit administratif global et spécifiquement sur leur essai de catégorisation : les modes de formation des codes collectifs d'entreprises constituent une nébuleuse formelle au sein de laquelle s'entrecroisent des sources plurilatérales négociées, des sources unilatérales externes les reprenant ou s'y substituant, et des sources plurilatérales formalisées par une *adhésion* plus ou moins contrainte. Ces dernières, qui n'ont jusqu'ici pas fait l'objet de développements, doivent ainsi logiquement intégrer l'analyse des sources du droit administratif global.

SECTION 2. LA FORMALISATION DES SOURCES PLURILATERALES PAR UN INSTRUMENT NON NEGOCIE

258. ***Notion de contrat d'adhésion en droit interne privé.*** À la différence de l'instrument formalisant un consensus obtenu par négociation, l'instrument non négocié implique une absence de marge de négociation quant aux normes adoptées : celles-ci préexistent à la procédure d'adhésion. Ce phénomène, connu du droit interne comme l'antithèse du contrat de gré à gré, y est désigné par l'expression de « contrat d'adhésion »[1083]. Il n'est pour autant pas un instrument inconnu du droit international, soit formellement, dans le sens où il est admis que les organisations internationales peuvent en conclure avec des prestataires privés[1084], soit par analogie. La doctrine a ainsi pu, parfois, relever l'emploi par analogie de ce mode de formalisation de l'accord, par exemple à propos de la formule « pétrole contre nourriture »[1085] ou des contrats standardisés[1086]. Plus classiquement, Georges Scelle notait que les « traités qui ont mis fin à la guerre mondiale ont prévu l'adhésion obligatoire des gouvernements vaincus, soit à des traités préexistants, soit même à des régimes réglementaires à venir »[1087], qualifiant ces dispositions de « conventionnelles qu'en apparence »[1088]. Il s'agit avant tout d'un procédé

[1083] La notion est ainsi absente de la plupart des ouvrages de référence en droit international, à l'instar du *Dictionnaire de droit international public* (*op. cit*. note 878).
[1084] L'hypothèse est par exemple évoquée au sein des travaux de la Commission du droit international à propos de contrats de fournitures ; voir CDI, Documents de la dix-neuvième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1967, vol. II, A/CN.4/SER.A/1967/Add.1.
[1085] Voir FORTEAU Mathias, « La formule « pétrole contre nourriture » mise en place par les Nations Unies en Irak : beaucoup de bruit pour rien ? », *AFDI*, vol. 43, 1997, p. 138 : « [l]es Nations Unies ont eu recours à une technique spécifique assimilable à la technique de droit interne du contrat d'adhésion. Le consentement irakien est nécessaire pour que cette formule puisse être mise en œuvre mais ce consentement ne constitue qu'une simple confirmation des conditions posées par la résolution 986 (1995) dont le contenu n'est pas négociable. Il s'agit d'un ensemble formel hybride qui associe une décision du Conseil de sécurité prise sur le fondement du Chapitre VII à un accord ».
[1086] SCHWARZENBERGER Georg, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955, p. 254.
[1087] SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1934, p. 460.
[1088] *Idem*.

propre aux droits civils internes apparu sous la plume de Raymond Saleilles en 1902[1089], qui est demeuré doctrinal en France jusqu'à sa consécration dans le Code civil en 2016[1090]. La définition la plus pertinente à ce jour semble résider dans celle de Georges Berlioz, pour lequel « [u]n contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle »[1091] ; cette proposition est d'ailleurs proche de la rédaction dorénavant retenue par l'article 1110 du Code Civil[1092]. Comme le résument des auteurs civilistes,

> « [l]a notion de contrat d'adhésion a eu un vif succès au début du XX^e^ siècle. L'impossibilité de donner un critère précis au contrat d'adhésion en avait entraîné le déclin. […] L'idée qu'elle veut traduire correspond à une réalité sociale incontestable, liée à la société industrialisée et à la standardisation qu'imposent la production et la consommation de masse. Dans certaines relations contractuelles, il n'y a et ne peut y avoir aucune discussion entre les parties pour en déterminer les stipulations, car il existe une disproportion de puissance entre les contractants, ou, plus souvent, parce que le contrat permet d'accomplir un acte de consommation banal, qui ne mérite pas une négociation (transport quotidien, abonnement au gaz ou à l'électricité…). L'un se borne à adhérer à un contrat dont le contenu a été unilatéralement fixé par l'autre : un consommateur ne négocie pas avec l'EDF, la SNCF ou une compagnie d'assurances : autant discuter avec des phonographes »[1093].

259. ***Pertinence de la notion s'agissant du droit administratif global.*** Par-delà le cas du « contrat d'adhésion » tel qu'il est traité dans la doctrine civiliste française, il est possible, en lien avec l'étude, de s'attacher au phénomène juridique qu'il traduit, c'est-à-dire l'existence d'échanges de consentements conduisant à la formation de normes de droit administratif global dont le contenu ne fait pas l'objet d'une négociation entre les parties. Afin de marquer la distinction d'avec la qualification précise de droit interne français, seront ainsi recherchés, de

---

[1089] SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1902, p. 229.

[1090] L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a créé un nouvel article 1110 dans le Code civil, lequel introduit en son sein la catégorie des contrats d'adhésion.

[1091] BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 82, 1976, p. 27.

[1092] L'Ordonnance précitée note 1090 prévoyait que l'alinéa 2 de l'article 1110 se lisait comme suit : « [l]e contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». L'article 2 de la Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance précitée a cependant modifié la rédaction de 2016 : « « [l]e contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

[1093] MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 10^ème^ édition, Paris, Defrénois, 2018, p. 226. Il est intéressant de relever que les éditions précédant la réforme de 2016, insérant le contrat d'adhésion dans le Code civil (article 1110), n'évoquaient que la distinction entre contrats négociés et contrats d'adhésion et se bornaient à mentionner la différence de puissance économique entre les contractants, sans aborder la question des « contrats de consommation » (voir par exemple MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 3^ème^ édition, Paris, Defrénois, 2007, p. 217).

manière générique, les instruments répondant à ces caractéristiques et dès lors qualifiables d'*accords* d'adhésion.

260. ***Accords d'adhésion privés et transnationaux.*** Des phénomènes proches de ceux identifiés par la doctrine civiliste, lorsqu'ils ne sont pas purement identiques, surgissent en effet au cours de la recherche des instruments formalisant un accord impliquant l'application d'une norme de droit administratif global. Cependant, les hypothèses dans lesquelles une entité globale est amenée à conclure des accords dont le contenu comporte des normes relevant du droit administratif global mais ne fait pas l'objet d'une négociation sont rares. De manière logique dans la mesure où la négociation reste consubstantielle au droit des traités internationaux, ces instruments non négociés interviennent lorsqu'une entité globale privée au moins y est partie. Plus précisément, la majorité des accords d'adhésion comprenant des normes de droit administratif global est purement privée (**I**). Toutefois, de tels accords peuvent également être identifiés, à la marge, dans certaines relations transnationales impliquant des acteurs publics (**II**).

I. La formalisation par accords d'adhésion bilatéraux entre les entités globales privées et leurs partenaires

261. ***Contenu des accords et nature plurilatérale du mode de formation.*** L'accord d'adhésion est un instrument très fréquemment utilisé par les entreprises transnationales. La doctrine estime même que les contrats d'adhésion de « consommation », c'est-à-dire liant un consommateur à l'entreprise, sont aujourd'hui très largement majoritaires[1094], sans comprendre de normes de droit administratif global autres que celles qui sont imposées par la loi pertinente – par exemple, en matière de protection des données personnelles. Cependant, d'autres accords d'adhésion, qui ne sont généralement pas qualifiés de contrats d'adhésion par les auteurs civilistes, sont conclus entre les entreprises et leurs partenaires commerciaux ; leur contenu inclut systématiquement des normes de droit administratif global (**A**). La mesure dans laquelle ces instruments s'intègrent au sein d'un processus *plurilatéral* et non unilatéral doit toutefois être précisée (**B**).

[1094] *Ibid*., 10ème édition, p. 267.

A. La création de normes de droit administratif global par accords d'adhésion privés

262. ***Le cas des « codes fournisseurs ».*** Le principal cas dans lequel un accord comprenant des normes relevant du droit administratif global est conclu par une entité globale sans négociation est celui des « contrats fournisseurs », qui sont souvent qualifiés de « codes ». Comme le rappelle Marion Larouer, « [d]'un point de vue formel, la politique de l'entreprise à l'égard de ses partenaires commerciaux est généralement formulée dans un document distinct de celui qui expose les engagements concernant la conduite de l'entreprise et de ses employés »[1095]. Ces codes, qui seraient également apparus au début des années 1990[1096] et dont les appellations divergent, ont tous « pour objectif d'imposer aux fournisseurs et sous-traitants un certain nombre d'exigences »[1097]. Un certain nombre de normes de droit administratif global y sont incluses de manière systématique, à commencer par des dispositions relatives à la protection de l'environnement[1098]. Leur nature apparaît cependant aussi variable que leurs appellations. Ainsi, si certains codes fournisseurs élaborés par des entreprises multinationales sont clairement unilatéraux[1099] et que d'autres ne constituent que des lignes directrices permettant d'interpréter le contrat[1100], les codes d'autres entreprises sont « joints au contrat conclu entre eux »[1101] ou doivent faire l'objet d'un engagement du fournisseur à le respecter[1102]. Enfin, d'autres se présentent littéralement sous la forme d'un contrat que le fournisseur doit compléter et signer[1103]. Même lorsque cela n'est pas expressément précisé, le respect du code fait, du point de vue des entités globales, partie intégrante de la relation contractuelle ; comme lorsqu'il prévoit que le « code est un passage obligé pour collaborer avec » l'entreprise[1104].

[1095] LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, 2018, pp. 6-7.
[1096] HERMAN Andrew, « Reassessing the Role of Supplier Codes of Conduct: Closing the Gap Between Aspirations and Reality », *VJIL*, vol. 52, n°2, 2012, p. 449.
[1097] *Idem*.
[1098] La préoccupation environnementale est présente dans tous les codes cités ci-après, sans exception. Le principe de précaution est parfois même prévu (CARREFOUR, *Charte sociale et éthique pour ses fournisseurs*, non datée, p. 3 ; sous une forme moins précise, ORANGE, *Code de conduite fournisseur*, 2017, p. 7).
[1099] SODEXO, *Code de conduite fournisseur*, 2014, p. 3. Dans le même sens, voir LAFARGE*, Code de Conduite des Affaires destiné aux Fournisseurs*, non daté, qui précise que les contrats signés avec les fournisseurs peuvent être plus précis que les standards du code, auquel cas les dispositions contractuelles prévalent sur le Code (p. 3, note 1).
[1100] IBM, *Contrat Éthique des Fournisseurs IBM : Instructions*, 2004, p. 5. Dans ce cas, c'est le contrat qui contient directement le droit administratif global.
[1101] ORANGE, *Code de conduite fournisseur*, précité note 1098, p. 3. Dans le même sens, les principes de Carrefour sont « détaillés dans le document contractuel signé par le fournisseur » (CARREFOUR, *Charte sociale et éthique pour ses fournisseurs*, précitée note 1098, p. 12).
[1102] VEOLIA, *Charte Fournisseurs*, 2015, p. 2.
[1103] LVMH, *Code de conduite fournisseur*, non daté, 3 p.
[1104] VALEO, *Code de Conduite des Partenaires Valeo*, 2015, p. 5.

263. ***Qualifications variables en fonction des ordres juridiques.*** Au regard de la jurisprudence étatique, l'assimilation d'un code de conduite au contrat n'est pas évidente, même lorsqu'il est signé par le salarié. Ainsi, en France, le consentement du salarié doit ressortir avec évidence, de sorte qu'il est préférable d'inclure directement dans le contrat des clauses intégrant les dispositions du Code et y renvoyant et/ou de préciser dans le Code qu'il fait partie intégrante du contrat[1105], comme le fait par exemple Orange[1106]. Du point de vue du droit français, il n'est donc pas acquis que les codes fournisseurs puissent systématiquement être assimilés à des contrats, et donc à des accords d'adhésion de manière générale. Mais du point de vue de l'ordre juridique transnational des entreprises, qui est plus souple et moins formel, la vision contractuelle semble au contraire la plus cohérente. En effet, ces codes créent des obligations qui ne trouvent leur sens que si elles sont contractuelles ; ainsi la possibilité d'inspections de conformité auprès du fournisseur dont on ne voit pas comment, sur le plan juridique, elle pourrait être imposée unilatéralement à une autre entreprise hors de la relation contractuelle[1107]. Cette observation est confirmée par des cas de rupture conventionnelle pour violation de dispositions du code fournisseur – ainsi le cas d'Apple, qui a rompu toute relation avec l'un de ses fournisseurs pour manquement aux dispositions relatives aux droits des enfants, dispositions par ailleurs protégées par deux conventions de l'OIT[1108]. L'on peut donc en conclure que dans l'ordre juridique de l'entreprise transnationale, ces codes fournisseurs contenant systématiquement des normes de droit administratif global constituent des accords d'adhésion – sauf mention expressément contraire. Le rattachement de ces accords à un processus « plurilatéral » demeure, cependant, indéterminé sur la base de ces seuls éléments.

B. La nature plurilatérale du processus formalisé par l'accord d'adhésion privé

264. ***Appréhension classique du contrat d'adhésion en droit interne.*** Démontrer l'existence d'accords d'adhésion dont le contenu présente des normes relevant du droit administratif global ne suffit pas à déterminer la mesure dans laquelle ceux-ci participent d'une source *plurilatérale* de droit administratif global, dans la mesure où il a seulement été montré que ces instruments,

---

[1105] Voir la doctrine et les références jurisprudentielles citées par LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.* note 1095, pp. 138-142.
[1106] Voir *supra*, note 1098.
[1107] Par exemple : LVMH, *Code de conduite fournisseur*, précité note 1103, p. 3 ; ORANGE, *Code de conduite fournisseur*, précité note 1098, p. 10 ; VALEO, *Code de Conduite des Partenaires Valeo*, précité note 1104, p. 16.
[1108] THIBOUT Orianne, « La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, p. 225. La version actuelle du code fournisseur en question ne comprend pas de renvoi direct aux conventions de l'OIT mais aux plus hauts standards relatifs au droit du travail (voir APPLE, *Apple Supplier Code of Conduct*, 2018, p. 6).

souvent présentés comme des contrats, ne font pas l'objet de négociations entre les parties. L'analogie avec le contrat d'adhésion connu du droit français est de nouveau utile sur ce point, dans la mesure où il n'a pas toujours été considéré comme un instrument conventionnel. Son concepteur, Raymond Saleilles, inspiré par la doctrine allemande, y voyait un « exemple du pouvoir juridique de la volonté unilatérale simplement déclarée »[1109], et écartait d'emblée la qualification contractuelle. Dans le même sens, Léon Duguit affirme que

> « le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral. C'est celui par lequel une personne se soumet volontairement à un droit objectif préexistant. Le complément déterminatif « adhésion » qu'on ajoute au mot contrat est la meilleure preuve qu'il ne s'agit pas d'un véritable contrat et qu'on a tort de lui appliquer la théorie générale des contrats »[1110].

Une fois n'étant pas coutume, Hauriou partage parfaitement cette analyse et considère, s'agissant des marchés de travaux publics, que « [l]es actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom. Ce sont des adhésions à des actes de nature réglementaire, et, en matière administrative, les actes de nature réglementaire comportent le recours pour excès de pouvoir »[1111]. Cette doctrine classique est reprise par Georges Scelle à propos de l'adhésion à un traité international – qui est certes une question différente de celle ici envisagée – :

> « [l]'adhésion ou l'accession, ces deux termes sont pour nous synonymes, est l'acte par lequel un gouvernement non signataire d'un traité en étend les effets aux sujets de droit dont il a compétence pour réglementer l'activité. [...] La doctrine classique, en essayant ici encore d'appliquer la technique du contrat, faisait de l'adhésion un contrat nouveau, et considérait la clause d'adhésion comme une pollicitation. Cette fois encore, l'analyse juridique était inexacte, puisque l'adhésion aboutit à l'extension d'un régime objectif et ne peut faire naître de droits subjectifs. Elle est, au surplus, une décision unilatérale, comme on le reconnaît dans la doctrine moderne du droit interne, en matière de soi-disant contrats d'adhésion »[1112].

265. ***Dépassement de la doctrine de l'unilatéralisme***. La doctrine civiliste française est pourtant unanime, de nos jours : « le contrat d'adhésion a bien une nature conventionnelle »[1113].

[1109] FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 480, 2007, p. 274. Voir également SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, *op. cit.* note 1089, p. 229.

[1110] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème édition, Tome premier, Paris, Fontenoing & Cie, 1927, p. 371.

[1111] HAURIOU Maurice, « Contrats de guichet et fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Note sous Conseil d'État, 23 mars 1906, *Dame Chauvin* », *Recueil Sirey*, 1908, IIIème Partie, p. 19. Citant Saleilles, le doyen toulousain confirme que « l'opération se décompose en l'émission d'une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer. C'est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l'interprétation » (*idem*).

[1112] SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.* note 1087, p. 459.

[1113] FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 480, 2007, p. 275.

Georges Berlioz démontre ainsi que « [d]ans le contrat d'adhésion les volontés ne font que se rencontrer mais sans se dissoudre l'une dans l'autre. Les égocentrismes ne se fondent pas en une volonté commune »[1114], de sorte qu'il s'agit d'une rencontre de volonté sans *fusion*[1115]. En effet,

> « [l]'adhésion contractuelle désigne la situation dans laquelle une partie exprime son consentement à une convention dont la caractéristique est d'être rédigée à l'avance par l'autre partie. L'adhésion n'est rien d'autre qu'une espèce de consentement […]. Le phénomène de l'adhésion est lié à la formalisation systématique. En ce sens, le critère distinctif de l'adhésion est un critère formel »[1116].

Ces propos apparaissent tout à fait transposables aux accords d'adhésion en général – c'est-à-dire au-delà de la qualification en droit civil français – et expliquent que, de nos jours, « [l]'accord de volontés le plus répandu et le plus instantané [soit] celui qui n'a pas été précédé de négociations »[1117], ce qui ne l'empêche pas d'être pleinement considéré comme un accord. En ce sens, les accords d'adhésion formalisent bien un échange de consentements, lequel peut exister en l'absence de négociation.

266. ***Impossibilité d'analyser les accords d'adhésion comme formalisant une source unilatérale.*** Pour confirmer le propos, il est possible de relever que la thèse de la participation de l'accord d'adhésion entre entités privées à un processus unilatéral est théoriquement malaisée, sinon impossible. Sur la base de la définition de l'adjectif « unilatéral » indiquée par le *Dictionnaire de droit international*[1118], les sources unilatérales du droit administratif global ont en effet été définies comme les modes de formation imputables à un unique sujet de droit[1119]. Or, tant que l'instrument qualifié d'accord d'adhésion n'a pas été signé – donc accepté – par l'autre partie, il ne constitue rien d'autre qu'un document compilant des normes *en devenir*, dont la méthode d'accession à la normativité est déterminée par l'expression formelle du consentement de l'autre partie. Il ne saurait dès lors s'interpréter ni comme un acte unilatéral interne dont le contenu serait doté d'une force normative dans l'ordre juridique interne de l'entité émettrice, ni comme une prétention unilatérale destinée à être intégrée, par un

---

[1114] BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit*. note 1091, p. 40.
[1115] *Idem*.
[1116] FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit*. note 1113, p. 279.
[1117] MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 10ème édition,, *op. cit*. note 1093, p. 267.
[1118] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 878, p. 1115, entrée « unilatéral » : « toute manifestation de la volonté imputable à un seul sujet de droit international ou qui ne concerne qu'un seul sujet de droit international ».
[1119] Voir *supra*, §82.

mécanisme de transposition, dans l'ordre interne de l'entité réceptrice[1120]. L'accord d'adhésion est un instrument unique ne prenant son sens que par l'intervention et le consentement de *deux* parties – ou plus –, contrairement à l'instrument unilatéral à vocation externe dont le contenu existe en tant que prétention normative indépendamment du consentement de l'entité destinataire. C'est donc l'acte formel *d'adhésion*, par la signature du code – ou du contrat l'intégrant parmi les clauses applicables – qui fait prendre valeur normative à son contenu, dont l'inexistence est bien admise en l'absence de cette formalisation. En ce sens, l'accord d'adhésion entre entités globales privées constitue un instrument formalisant une source plurilatérale de droit administratif global.

II. La formalisation par accords d'adhésion transnationaux

267. ***Formation de normes de droit administratif global et impact sur les sources.*** Les accords d'adhésion transnationaux créateurs de normes de droit administratif global, ici entendus comme les accords conclus entre une entité globale privée et une ou plusieurs entités publiques, sont rares. Pourtant, le cas des contrats ville hôte, conclus par le Comité international olympique (CIO) avec les organisateurs des Jeux olympiques, est notable, en ce que ces instruments formalisent depuis peu des normes de droit administratif global (**A**). Dans la mesure où ces contrats constituent une inversion de la relation servant classiquement de cadre à la formation du droit administratif global, l'impact de leur existence sur le système des sources plurilatérales du droit étudié nécessite enfin d'être précisé (**B**).

A. La création de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte

268. ***Qualification d'accord d'adhésion et contenu en lien avec le droit administratif global.*** Les contrats ville hôte, révélateurs du pouvoir normatif du CIO au-delà de l'ordre juridique sportif, se présentent comme des accords d'adhésion (1). Depuis peu accessibles, leurs contenus font une large place à certaines normes de droit administratif global (2).

1. La qualification d'accords d'adhésion des contrats ville hôte

269. ***Principe du contrat ville hôte.*** La doctrine a relevé de longue date le pouvoir du CIO lorsqu'il conclut des contrats avec les villes organisatrices des jeux d'été ou d'hiver, dont la

[1120] Voir *supra*, cette Partie, Titre Premier, Chapitre 2.

valeur normative et contraignante n'est plus à démontrer. Avant même la signature définitive du Contrat, les gouvernements des pays des villes candidates à la réception d'un événement olympique doivent en effet s'engager à respecter les dispositions du contrat ville hôte. Cela est de nouveau confirmé, malgré la simplification récente de la candidature conduisant notamment à réduire « le nombre de questions et de garanties »[1121], par la Procédure de candidature pour les jeux de 2026 :

> « [l]es garanties de base à inclure dans le dossier de candidature comprennent des engagements importants liés aux éléments suivants :
> - La signature du Contrat ville hôte 2026 en cas d'élection
> - Le respect de la Charte olympique
> - Le respect du Code mondial antidopage et autres prescriptions liées à la lutte contre le dopage [...] »[1122].

Il est à cet égard remarquable que la mention du Contrat ville hôte intervienne en première position, avant même celle de la Charte olympique – à laquelle le Contrat renvoie de toutes manières : sans que cela ne lui confère une valeur juridique supplémentaire, ce souci confirme son importance, ainsi que celle de son contenu. Comme annoncé, le nouveau Questionnaire de candidature publié peu après prévoit bien des garanties quant au respect du Contrat ville hôte[1123].

270. ***Qualification d'accord d'adhésion.*** Le caractère peu voire non négociable apparaît dès la lecture du Questionnaire. L'une de ses dispositions est en effet de nature à entretenir le doute sur la marge de manœuvre dont dispose la ville hôte dans la négociation du Contrat :

> « [l]es Parties à la candidature connaissent le contrat qui sera passé avec le CIO si la ville est élue ville hôte des Jeux Olympiques d'hiver de 2026 (ledit contrat, incluant toutes les annexes et tous les autres documents qui en font partie, ci-après dénommé « Contrat ville hôte 2026 ») et, la ville et le CNO confirment qu'ils sont prêts à signer le Contrat ville hôte 2026 sans réserve ni amendement »[1124].

[1121] CIO, Procédure de candidature, Jeux Olympiques d'hiver de 2026, septembre 2017, p. 4.
[1122] *Ibid.*, pp. 18 et 19. Il est également précisé plus loin que « [l]e CIO, les représentants de la ville hôte et le CNO concerné signent ensuite le Contrat ville hôte, *immédiatement* après l'élection » (p. 38 ; nous soulignons).
[1123] CIO, Questionnaire de candidature, Jeux Olympiques d'hiver de 2026, octobre 2017, Question 124 : « [d]écrivez les mesures et procédures que vous avez l'intention de mettre en œuvre pour garantir le respect des exigences fiscales définies dans le Contrat ville hôte 2026 ainsi que du calendrier et des procédures administratives/législatives associés ». Voir aussi, avec la même formulation, la Question 126 relative à l'entrée dans le pays hôte, les permis de travail et l'importation de marchandises ; voir également la garantie G1.1 par laquelle le comité de candidature et la ville garantissent qu'il n'existe aucun obstacle juridique empêchant de respecter le Contrat, et s'engagent sur le fait qu'aucun ne sera créé et que les engagements existant et potentiellement contraires ne seront ni appliqués ni exécutoires vis-à-vis du CÒIO – et si possible résiliés ; ou encore la garantie G2.1 par laquelle le Gouvernement national et les autorités régionales et municipales compétentes confirment « leur engagement à prendre toutes les mesures relevant de leurs compétences qui sont nécessaires au respect par la ville, le CNO [Comité national olympique] et le COJO [Comité d'organisation des jeux olympiques] de leurs obligations conformément au Contrat ville hôte 2026 ».
[1124] *Ibid.*, Garantie G1.1.1.

Ce peu d'ouverture à la modification, quand bien même une marge extrêmement ténue de négociation a parfois pu être identifiée[1125] apparaît avec tant d'évidence que la qualification d'accord d'adhésion s'impose : une fois sa candidature retenue, la ville – et son gouvernement, indirectement – n'a d'autre choix que d'accepter ou de refuser le contrat dont les clauses sont rédigées en amont par le CIO. Celles-ci incluent des normes de droit administratif global.

2. La formulation de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte

271. ***Contenu en lien avec le droit administratif global – cas de la transparence.*** S'il n'était pas aisé de consulter ces contrats, jusqu'à récemment couverts par une clause de confidentialité, une partie de la doctrine a pu y accéder, en s'appuyant notamment sur les « fuites » organisées par les opposants qui n'hésitaient pas à publier en ligne de nombreux documents[1126]. La situation évolue néanmoins de manière notable, conformément au mouvement mondial vers une plus grande transparence. Celle-ci se traduit au sein du CIO par un « Agenda olympique 2020 »[1127] dont les principes clés ne sont pas sans faire écho à des normes de droit administratif global déjà largement rencontrées : la transparence, la bonne gouvernance et la responsabilité[1128]. Ces contrats sont donc aujourd'hui de plus en plus publiés et accessibles, y compris en amont de l'organisation des jeux. Tel est le cas pour le contrat ville hôte avec Tokyo

[1125] Voir LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 590, spéc. les notes 467 et surtout 468 : seules les dispositions relatives à la retransmission olympique ont pu être modifiées dans le cadre de l'organisation des jeux de Pékin.

[1126] Voir notamment MARMAYOU Jean-Michel, « Le contrat de ville hôte pour les jeux olympiques », *in* MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Droit et olympisme. Contribution à l'étude juridique d'un phénomène transnational*, Actes du colloque du 4 septembre 2012 à La Réunion, Aix-en-Provence, PUAM, Collection du Centre de droit du sport d'Aix-Marseille, 2015, pp. 114-116.

[1127] CIO, Agenda olympique 2020, adopté par l'Assemblée générale du CIO lors de sa 127ème Session à Monaco, 9 décembre 2014. L'on a déjà relevé *supra* (voir chapitre 1), la Recommandation 27 « Respecter les principes de base de la bonne gouvernance » et la Recommandation 29 « Accroître la transparence » ; l'on peut ajouter à la liste, notamment, la Recommandation 30 « Renforcer l'indépendance de la commission d'éthique du CIO » qui prévoit que ses membres seront dorénavant élus en Session du CIO – la Session étant l'équivalent de l'Assemblée générale dans la terminologie du CIO (pour son fonctionnement et quelques-unes de ses fonctions, voir LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, *op. cit.* note 1125, pp. 191-192).

[1128] Le site internet du CIO rapporte cette citation de Thomas Bach, Président du CIO : « Transparence, bonne gouvernance et responsabilité sont des principes clés de l'Agenda olympique 2020 [...] » (voir la page d'actualité datée du 28 février 2017 : https://www.olympic.org/fr/news/nouveau-contrat-ville-hote-le-cio-renforce-sa-position-en-faveur-des-droits-de-l-homme-et-contre-la-corruption [consultée pour la dernière fois le 6 septembre 2019]). Néanmoins, le Discours du même Président annexé à l'Agenda 2020 précise que « nous renforcerons notre bonne gouvernance, notre transparence et notre éthique » (voir Discours prononcé par le Président du CIO, Thomas Bach, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de la 127ème Session du CIO Monaco, 7 décembre 2014, annexé à Agenda olympique 2020, *ibid.*, p. 5). Cette confusion ou à tout le moins imprécision sémantique ne va pas sans soulever quelques interrogations sur la clarté-même de la démarche du CIO, qui apparaît plus orientée sur la communication de notion-clés que sur le développement de règles de fond relevant du droit administratif global.

en vue des jeux 2020[1129] – le contrat datant de 2013, soit avant l'Agenda 2020, ce n'est qu'en vertu d'un addendum ultérieur, visant spécialement l'Agenda 2020 et spécifiquement la recommandation 1.6. de rendre public ces contrats, que la section 85 relative à la confidentialité a été modifiée en vue de permettre sa publication[1130]. Dans le même ordre d'idées, le « Contrat ville hôte – Principes » entre le CIO, la ville de Paris et le Comité national olympique et sportif français concernant les Jeux Olympiques 2024 à Paris a déjà été publié[1131]. L'analyse de ce dernier document révèle d'abord une volonté de simplification des contrats – si celui conclu avec Tokyo était long de 83 pages[1132], le nouveau « Contrat ville hôte - Principes » dont la rédaction semble indiquer qu'il servira de modèle pour les éditions futures[1133] est réduit à quelques 45 pages –, laquelle n'est en réalité qu'apparence[1134]. Cette récente volonté de transparence, qui découle certes des recommandations du CIO, est partie intégrante de l'accord d'adhésion : elle relève donc des normes de droit administratif global codifiées par ces instruments.

272. ***Contenu en lien avec le droit administratif global – cas de la protection de l'environnement.*** Les Contrats ville hôte intègrent également la considération environnementale, tel que le réclamait ou recommandait la doctrine ayant constaté l'important pouvoir du CIO à l'occasion de leur signature[1135]. L'insertion d'un passage renvoyant au respect des droits de l'homme est également à relever dans les nouveaux contrats[1136]. Ceci se traduit concrètement par un article 15 « Durabilité et héritage olympique » renvoyant aux Objectifs de

[1129] Le contrat, ainsi que ses annexes, est publié en ligne sur le site https://tokyo2020.org/fr/games/plan/#hcc [dernière consultation le 6 septembre 2019].
[1130] CIO, Addendum n°2 au CIO, Contrat ville hôte. Jeux de la XXXIIe olympiade en 2020, signé le 5 avril 2017.
[1131] CIO, Contrat ville hôte – Principes. Jeux de la XXXIIIe olympiade en 2024, signé à Lima le 13 septembre 2017. Il s'agit du dernier Contrat disponible, celui pour les Jeux 2016 devant être publié en juillet 2018 (CIO, Procédure de candidature, Jeux Olympiques d'hiver de 2026, précitée note 1121, p. 8 et p. 41).
[1132] CIO, Contrat ville hôte. Jeux de la XXXIIe olympiade en 2020, signé à Buenos Aires le 7 septembre 2013.
[1133] La procédure de candidature 2026 précise que « [j]usqu'à la diffusion du Contrat ville hôte 2026, les villes intéressées peuvent consulter, pour référence et uniquement à titre indicatif, le Contrat ville hôte pour les Jeux Olympiques de 2024, tel qu'il a été conclu le 13 septembre 2017, constitué du Contrat ville hôte 2024 – Principes et Contrat ville hôte - Conditions opérationnelles (version de décembre 2016). Les dispositions incluses dans ces deux documents sont sujettes à modification dans la mesure où le CIO continue de mettre en œuvre les réformes de l'Agenda olympique 2020 et à consolider les connaissances acquises lors d'éditions précédentes des Jeux ».
[1134] L'article I.1.1. du nouveau Contrat ville hôte – Principes (précité note 1131) précise en effet que « [l]e Contrat ville hôte (ou HCC), auquel il est fait référence ici, comprend les présents Principes du HCC ainsi que les documents et engagements mentionnés ci-après, qui sont tous pleinement contraignants pour les Parties et qui, en cas de conflit ou de divergence, s'appliqueront dans l'ordre de priorité suivant : a. Les Principes du HCC ; b. Les Conditions opérationnelles du HCC ; c. Le Plan de livraison des Jeux ; et d. Les Engagements de la candidature ».
[1135] Voir MARMAYOU Jean-Michel, « Le contrat de ville hôte pour les jeux olympiques », *op. cit.* note 1126, p. 133. L'auteur cite plusieurs contributions doctrinales invitant le CIO à utiliser de sa « puissance politique » à d'autres fins que son propre bénéfice, par exemple en incluant des clauses relatives au respect des droits de l'homme ou à la protection de l'environnement.
[1136] CIO, Contrat ville hôte – Principes. Jeux de la XXXIIIe olympiade en 2024, précité note 1131, article 13.2.b.

développement durable des Nations Unies, et qui impose aux organisateurs locaux de préparer et d'appliquer un programme de durabilité, ainsi que de respecter notamment le droit international en matière de construction, de protection de l'environnement, de santé et de patrimoine culturel[1137]. Cette préoccupation semble tardive, comparativement à l'émergence des normes de droit administratif global dans les autres secteurs évoqués jusqu'ici, ce qui montre que ce droit n'est, sur le plan positif, manifestement pas à l'apogée de son développement.

B. L'apport de l'étude des accords d'adhésion transnationaux aux sources du droit administratif global

273. ***Importance du formalisme.*** De la même manière que les accords d'adhésion privés, ces accords transnationaux impliquant une personne transnationale privée et plusieurs entités publiques – les villes et les États d'accueil – constituent des instruments formalisant une source plurilatérale de droit administratif global. Dans ces cas, le formalisme semble poussé à l'extrême, à tel point que des mesures de simplification du contenu de l'accord semblent nécessaires. Ces instruments apparaissent ainsi plus complets et complexes que ceux formalisant les sources unilatérales envisagés au cours des chapitres précédents et que certains instruments plurilatéraux analysés en section précédente. Loin d'une déformalisation, ces instruments illustrent donc, au contraire, la diversité des conceptions du formalisme que les entités globales peuvent présenter – et estimer nécessaires – lorsqu'elles exercent leur action normative.

274. ***Renversement apparent de la structure de la formation du droit administratif global***. De manière plus significative encore, les accords d'adhésion que constituent les contrats ville hôte amènent à nuancer le schéma qui a jusqu'ici guidé l'analyse des modes de formation du droit administratif global. Jusqu'à présent, en effet, les sources démontraient l'existence d'interactions juridiques entre les secteurs public et privé sans que le second exerce de prétention normative spécifique sur le premier. Autrement dit, s'il est apparu commun que des organisations internationales ou des États cherchent à imposer des normes de droit administratif global – par la voie unilatérale ou conventionnelle – à d'autres entités globales publiques ou à des entités globales privées, le phénomène inverse n'a jusqu'ici pas été observé. Les normes relevant du droit étudié, lorsqu'elles sont formées par des entités purement privées, ont

[1137] *Ibid.*, article 15, spéc. 15.2.b.

généralement vocation à s'appliquer à d'autres entités privées et non à des entités publiques. Pourtant, le cas des accords d'adhésion transnationaux révèle une logique inverse : le contenu du contrat est imposé, par une entité globale privée, à une entité publique.

275. ***Relativisation du phénomène***. Pour autant, il ne semble pas que cet exemple – qui demeure par ailleurs isolé – doive amener à remettre en cause le schéma institutionnel généralement observé. En effet, l'inclusion de considérations environnementales dans l'action olympique résulte avant tout d'une demande de la communauté internationale : la *lex sportiva* s'est, sur ce point et de la même manière que de nombreuses organisations publiques comme privées, pliée aux invitations de l'Agenda 21 des Nations Unies[1138]. Ce ne sont donc pas vraiment à propos de ces mesures que l'absence de négociation apparaît la plus significative, la contrainte s'exerçant essentiellement sur à la mise « en œuvre à l'occasion des Jeux olympiques [d']un régime dérogatoire en matière fiscale, d'immigration, *etc.* »[1139]. Il est même possible, s'agissant des mêmes normes environnementales, de se demander dans quelle mesure leur mention n'est pas superfétatoire dans la plupart des cas, au regard du nombre croissant d'instruments formalisant d'autres sources et prévoyant des considérations élémentaires de protection de l'environnement. Autrement dit, il est permis de penser que les engagements internationaux et les législations internes de la plupart des États dorénavant candidats comprennent des normes équivalentes voire plus contraignantes que celles contenues dans les contrats ville hôte. Enfin, il faut rappeler que le contrat ne lie que la ville d'accueil, l'État ne s'engageant que de manière indirecte – mais par une déclaration pouvant être considérée comme un acte unilatéral engageant[1140] –, de sorte que sa souveraineté est préservée. Il ne serait d'ailleurs pas acquis que les États acceptent de signer un engagement écrit de type conventionnel, si la déclaration requise par le CIO venait à ne pas suffire[1141].

276. ***Conséquences quant à la structure des sources du droit administratif global.*** Deux conclusions doivent être tirées de ce qui précède. D'une part, il semble confirmé que la structure de la formation du droit administratif global est limitée, ou à tout le moins encadré, par la souveraineté : la marge de manœuvre des entités globales privées pour tenter de contraindre, de manière unilatérale ou plurilatérale, les entités publiques et particulièrement les États apparaît

[1138] LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, *op. cit*. note 1125, p. 234.
[1139] *Ibid*., p. 587.
[1140] *Ibid*., pp. 591-594.
[1141] Voir sur ce point *ibid*., pp. 598-599.

très ténue, sinon existante. Ce constat indique qu'une lecture de la globalisation juridique déconnectée de la notion de souveraineté, que paraît parfois prôner la doctrine du droit global[1142], ne correspond pas à l'état du droit positif. D'autre part, le contenu de ces accords met en lumière un autre phénomène qui n'a pas encore fait l'objet de développements spécifiques : la redondance normative. De nombreuses sources sont en effet mobilisées dans le but de générer des normes qui existent déjà par ailleurs, cette remarque ne valant pas que s'agissant des accords d'adhésion transnationaux. Des standards minimaux de transparence, de protection de l'environnement ou encore de bonne gouvernance financière semblent en effet présents de manière quasi systématique dans les instruments unilatéraux comme plurilatéraux à l'origine de droit administratif global. En l'absence d'instrument écrit formalisant une source plurilatérale qui serait universelle ou à tout le moins commune à un très grand nombre d'entités globales publiques comme privées, il convient dorénavant de s'interroger quant à l'existence de sources plurilatérales non écrites de droit administratif global, lesquelles pourraient contribuer à cette situation.

Conclusion du chapitre 1.

277. ***Synthèse***. Ce chapitre avait pour objet d'interroger l'existence de sources plurilatérales écrites de droit administratif global, entendues comme les modes de formation impliquant la rencontre des consentements de deux entités au moins. Cette rencontre présente des caractéristiques très distinctes selon que les normes que contient l'accord sont *négociées* ou *non négociées* par les deux parties. Bien qu'entraînant un inévitable déséquilibre quantitatif au regard de la nette prépondérance du droit administratif global plurilatéral *négocié*, cette dichotomie a pu guider l'analyse de la manière dont ces sources sont formalisées. À cet égard, la grande diversité des instruments comme de leurs dénominations a pu être mesurée. Certaines tendances se sont cependant dessinées. Outre le net déséquilibre entre les instruments formalisant un processus de négociation et ceux formalisant une *adhésion* sans négociation, au bénéfice des premiers, une certaine prépondérance des sources conventionnelles, telles qu'elles sont reconnues dans l'ordre juridique international, a ainsi pu être notée. Bien que le corpus conventionnel ne soit pas homogène, ce mode de formation plurilatéral constitue la catégorie formelle la plus sollicitée par les créateurs de normes de droit administratif global. D'autres instruments, foisonnants, sont mobilisés entre entités globales privées ou entre entités privées

[1142] Voir par exemple MEGRET Frédéric, « L'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, p. 127.

et publiques, et la formation de réseaux promoteurs de droit administratif global ne doit en ce sens pas être négligée, en ce qu'elle semble être un processus plébiscité par l'ensemble des acteurs décidés à négocier la création de normes pertinentes. Il apparaît cependant que la mobilisation de cet instrument formel vise surtout à pallier les lacunes structurelles du droit international, et en particulier l'absence de personnalité juridique internationale complète de la plupart des entités globales privées, que cherchent à contourner les acteurs du droit administratif global – par les réseaux ou par de nouveaux instruments conventionnels visant à soumettre les entités globales privées aux normes formées de manière interétatiques. Le cadre des sources du droit international, qui guide à notre sens la formation plurilatérale écrite du droit administratif global tout en révélant à cette occasion ses – importantes – limites, est également dévoilé par l'absence d'accords d'adhésion générant des normes de droit administratif global à destination des entités globales publiques, absence que seule une analyse distincte de la formalisation de sources plurilatérales non négociées pouvait mettre en lumière.

278. ***Nécessité d'étudier les sources plurilatérales non écrites.*** Le propos s'est focalisé sur les sources plurilatérales *écrites* du droit administratif global, de sorte qu'ont été recherchés des *instruments* formels formalisant des rencontres de consentements. Cependant, la plupart des ordres juridiques de référence des entités globales connaissent le phénomène de la *coutume* et des *principes généraux de droit*, qui constituent des sources plurilatérales cette fois non écrites. Il convient dès lors d'achever l'entreprise d'identification des sources formelles du droit administratif global en envisageant leur existence, notamment en suivant les indices de leur présence révélés au gré des propos précédents.

CHAPITRE 2. LES SOURCES PLURILATERALES NON ECRITES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

279. ***Objet du chapitre.*** Ce chapitre a pour objet de contribuer à la théorie des sources formelles du droit administratif global envisagée en identifiant un quatrième mode de formation des normes qui sont considérées comme en relevant. Si les sources plurilatérales écrites sont particulièrement nombreuses, notamment lorsqu'un processus de négociation les caractérise, il apparaît que la création d'un document écrit n'est pas la seule manière de les formaliser. Au cours de la recherche, l'existence possible de normes tacites et/ou créées de manière tacite a été décelée[1143]. Il convient donc d'approfondir la connaissance de la manière dont sont formées ces normes, après les avoir identifiées.

280. ***Recherche des sources des « principes » en rapport avec le droit administratif global.*** La particularité des modes de formation non écrits est qu'ils ne conduisent pas à l'élaboration d'un *instrument* identifiable mais plutôt à des « principes », au sens le plus général du terme, de sorte qu'ils sont d'une part moins aisés à déceler, d'autre part plus complexes à analyser. Dérivé du latin *principium*, « ce qui prend la première place »[1144], le « principe » revêt diverses significations dont beaucoup ne sont pas juridiques[1145]. Sans qu'il soit pertinent de se livrer à un catalogue terminologique, il peut être dans l'ensemble observé que le terme de « principe » peut renvoyer à des réalités et objets fort divers, et que cette problématique passionne la doctrine depuis des décennies[1146]. La malléabilité de cette notion est telle que même en contentieux – ici d'investissement –, « l'usage du terme « principe » semble parfois constituer un expédient permettant aux tribunaux de se dispenser de procéder à la démonstration de l'existence de la norme mise en œuvre »[1147]. Le discours du droit administratif global n'échappe pas à cette tendance conduisant à qualifier, dans le doute, toute norme de qualité, juridicité, origine ou valeur douteuse, de *principe*. Cette remarque est d'autant plus vraie qu'en l'absence de rattachement à un ordre juridique clairement identifié, le droit administratif global est

[1143] Voir notamment *supra*, §110 et §§134-136.
[1144] CLÉDAT Léon, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Troisième édition revue et augmentée, Hachette, Paris, 1914, p. 87.
[1145] Voir l'exposé de CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, LGDJ, Bibliothèque de l'IHEI de Paris, 2006, pp. 167-168.
[1146] Voir par exemple, sur ce point, PELLET Alain, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse pour le doctorat soutenue le 9 février 1974, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, pp. 11 et suivantes.
[1147] JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, vol. 62, 2016, p. 602.

fréquemment désigné comme un ensemble de principes, sans plus de précision[1148]. Comme le résume Daniel Mockle,

> « [f]aute de cadre général, les auteurs orientent leurs réflexions vers la recherche de principes (*a body of general principles*) qui pourraient servir de substitut, non pas pour spéculer sur l'existence d'un droit constitutionnel global, qui prendrait ainsi le relais des travaux sur le droit constitutionnel international, mais plutôt dans la perspective des bases constitutionnelles. Sabino Cassese a été le premier à faire cette proposition en fonction de huit principes articulés autour des caractéristiques générales du droit administratif : le principe de 1égalité, le droit de participation, le devoir de consultation, le droit d'être entendu (*audi alteran partem*), le droit d'accès aux documents administratifs, la motivation des décisions administratives, les décisions fondées sur des éléments de preuve reconnus sur le plan scientifique et le principe de proportionnalité. II admet l'origine nationale de ces principes (*traditional administrative law rights*) tout en soulignant leur pauvreté en comparaison de la riche panoplie de droits reconnus par les systèmes nationaux »[1149].

Certaines de ces normes se trouvent codifiées par des instruments identifiés au cours des chapitres précédents ; mais la doctrine du *GAL* comme le discours de certaines entités globales invitent à considérer l'hypothèse de leur existence indépendamment, et conjointement, des sources écrites. L'analyse de ces nombreuses normes tacites est cependant malaisée : si certaines apparaissent avec évidence, il est dans d'autres cas particulièrement difficile de maîtriser la pratique non écrite des entités globales, lesquelles sont très nombreuses et pas toujours transparentes – ce en dépit même de l'expansion des normes de droit administratif global, et notamment d'un « principe de transparence » souvent clamé. Les documents écrits de ces entités, codifiant le cas échéant ces normes non écrites, étant parfois voire souvent inaccessibles, l'on imagine la complexité de recenser des pratiques non écrites qui seraient formées, de manière plurilatérale, entre plusieurs d'entre elles. Il est pourtant nécessaire de raisonner à partir d'indices égrenés au sein du discours juridique des entités globales, c'est-à-dire d'examiner les mentions, soit par les entités globales, soit par des acteurs externes exerçant une pression juridique sur ces dernières, de normes de droit administratif global non écrites applicables entre plusieurs entités globales puis d'en rechercher les sources. Cette entreprise est facilitée par une première intuition : dans la mesure où les sources classiques de droit international, tels que le traité, permettent la formation de normes de droit administratif global,

[1148] La mention des « principes » est ainsi foisonnante dans la littérature du *GAL*. Dans leur article fondateur, les concepteurs du *GAL* font, par exemple, 18 fois référence à des « principes » de nature très diverses mais relevant tous du droit administratif global selon eux (KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n°3-4, 2005, pp. 15-61).

[1149] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, pp. 18-19.

il existe une présomption en faveur de l'existence potentielle de normes générées par les autres sources de droit international, à l'instar de la coutume et des principes généraux de droit.

281. ***Principes « relevant du » droit administratif global et « du » droit administratif global.*** L'analyse de l'ensemble de ces processus de formation du droit administratif global est rendue accessible du fait de leur reconnaissance, en tant que sources plurilatérales de droit, dans les ordres juridiques de référence des entités globales. La théorie des sources proposée peut dès lors les appréhender et les catégoriser en tant que modes de formation des nombreux *principes relevant du droit administratif global* (**Section 1**). Il apparaît cependant que la recherche de ces sources, guidée par la connaissance des sources de droit existant au sein des ordres juridiques de référence, n'épuise pas la question de la formation plurilatérale non écrite du droit administratif global. Autrement dit, par-delà les sources formelles non écrites du droit administratif global qui correspondent à des sources plurilatérales connues des ordres juridiques de référence des entités globales, apparaissent des normes tacites communes à plusieurs de ces dernières, voire à leur totalité, et ce sans préjudice de la diversité des ordres juridiques en présence. Sans répondre pour autant à la catégorie des principes généraux de droit car n'étant pas reconnus comme telles au sein des ordres juridiques des entités globales comme de référence, ces normes tacites qui surgissent sous la forme de « principes » indéfinis semblent, *prima facie*, ne répondre à aucune source formelle connue. Plus précisément, il n'est pas possible de déterminer d'emblée si l'existence de ces normes traduit celle d'un « nouveau » mode de formation plurilatéral non écrit du droit administratif global, ou s'il s'agit plus simplement d'un phénomène d'imitation qui conduirait la plupart des entités globales à adopter, de manière unilatérale interne, les mêmes normes sans pour autant qu'il en ressorte un sentiment d'obligation commune ou de pression juridique de les générer. Il est, dans cette mesure, indispensable d'analyser plus avant les modes de formation de ce qu'il est possible de qualifier de *principes du droit administratif global*, cette seconde expression désignant l'hypothèse selon laquelle ces normes seraient propres à l'ensemble « droit administratif global » et ne relèveraient, par conséquent, pas d'un ordre juridique de référence en particulier (**Section 2**).

SECTION 1. LA FORMATION PLURILATERALE DES PRINCIPES RELEVANT DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

282. ***Sources coutumières et non coutumières.*** Les « principes relevant du droit administratif global » sont les normes issues de sources plurilatérales non écrites reconnues comme telles dans les ordres juridiques de référence des entités globales. Parmi ces dernières, la source coutumière est la plus aisément décelable, essentiellement car elle est identifiée comme telle dans la plupart des ordres juridiques au sein desquelles naissent les normes de droit administratif global (**I**). De la même manière, il est possible de s'appuyer sur les modes de formation non écrits de droit dans les ordres juridiques de référence des entités globales pour identifier des principes généraux de droit qui seraient communs à l'ensemble des ordres juridiques, principes dont les sources ne sont pas aisément identifiables (**II**).

I. La formation coutumière des principes relevant du droit administratif global

283. ***Sources coutumières de droit international ou non.*** L'existence de sources coutumières à l'origine de la formation de normes elles-mêmes coutumières est avérée dans la plupart des ordres juridiques, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Si la portée des normes formées varie et fait l'objet de débats, notamment en droit interne français où la doctrine administrativiste lui porte assez peu d'intérêt[1150], tel n'est pas le cas en droit international, de sorte que l'identification des normes coutumières relevant du droit administratif global n'est, à l'instar de leurs sources, pas complexe (**A**). D'autres normes relevant du droit étudié sont formées par une source coutumière externe à l'ordre juridique international (**B**).

A. La source coutumière de principes formés au sein de l'ordre juridique international

284. ***Définition et place de la coutume en droit international.*** Il n'est pas douteux que la coutume (processus) constitue une source non écrite de droit international donnant naissances à des coutumes (normes). Georges Scelle qualifiait ainsi la coutume de « source intuitive et collective de la règle de Droit »[1151], même si celle-ci a pu paraître « troublante »[1152]. En droit

[1150] TEBOUL Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 153, 1989, p. 300.
[1151] SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 10.
[1152] STERN Brigitte, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 480. La coutume l'est « car elle pose inlassablement la question de l'origine de l'obligation dans un système juridique qui évacue assez facilement la question essentielle du fondement de son caractère obligatoire […] au profit de la question existentielle du fondement du caractère obligatoire de ses différentes normes » (*idem*).

international, la coutume se compose d'un élément objectif résidant dans la pratique continue des États et d'un élément subjectif résidant dans la conviction que le comportement en cause relève d'une règle contraignante – cette dernière exigence étant « habituellement visée sous les termes *opinio juris sive necessitatis* »[1153]. Bien que certains auteurs considèrent que « le rôle de l'*opinio juris* est de masquer aussi le rôle d'appréciation souveraine de tout sujet de droit international en présence d'une pratique répétée »[1154], pondérant l'importance de ce concept qui donne en réalité une marge de manœuvre très large au juge et ramenant la création coutumière à un critère purement volontariste[1155], ces deux critères sont bien admis. L'existence d'une coutume internationale liant plusieurs États est ainsi très régulièrement invoquée devant le juge international[1156].

285. ***Formation de normes de droit administratif global en matière environnementale.*** C'est en matière environnementale que la coutume internationale s'avère un mode de formation significatif de normes de droit administratif global. Dans l'affaire *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a ainsi dégagé une obligation coutumière « de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »[1157]. Elle revoyait par ailleurs à chaque État le soin de déterminer

> « la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise »[1158].

Le Cour a repris en 2015, sans réellement la compléter, sa solution dégagée en 2010 dans les affaires *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*[1159]. En revanche, l'exigence de *due diligence* ou de prévention s'est trouvée

---

[1153] VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, Précis de la Faculté de Droit et de l'Université catholique de Louvain, 2000, p. 330.
[1154] STERN Brigitte, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *op. cit.* note 1152, p. 492.
[1155] *Ibid.*, p. 499.
[1156] Pour un exemple récent de reconnaissance d'un droit coutumier, voir parmi d'autres CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 13 juillet 2009, *CIJ Rec*. 2009, §§140-142.
[1157] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil* 2010, §204.
[1158] *Ibid*., §205.
[1159] CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, *CIJ Recueil* 2015, p. 665.

précisée en matière environnementale puisque dans l'arrêt de 2015, ce sont des activités étatiques, et non industrielles privées, qui sont visées ; « [c]'est donc l'obligation de respecter l'environnement lui-même qui semble en cause, non l'obligation de faire respecter par des personnes soumises à la juridiction de l'État »[1160]. En jugeant pour la première fois, en 2018, que les dommages causés à l'environnement sont susceptibles d'indemnisation en droit international[1161], la Cour poursuit par ailleurs son action en faveur de la protection de l'environnement et du développement de normes relevant du droit administratif global.

286. ***Source limitée de droit administratif global.*** Il convient toutefois de relever que rares sont les normes de droit administratif global formées par l'intermédiaire de cette source. La raison semble être que bien que l'on observe depuis plusieurs décennies une certaine accélération du processus de formation de la coutume[1162], qui « répond spontanément aux besoins contradictoires de la société des peuples »[1163], celui-ci demeure caractérisée par son peu de célérité. Contrairement aux instruments écrits envisagés jusqu'ici, la formation coutumière d'une norme implique en effet une pratique plus ou moins longue qui permet, alliée à une *opinio juris* qui ne se forme pas instantanément, la cristallisation d'une norme coutumière. D'ailleurs, selon la Cour, il est

> « bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant »[1164].

Il en découle que pour déterminer tant les pratiques que l'*opinio juris*, il convient de s'appuyer, comme l'a rappelé récemment la Commission du droit international[1165], sur des éléments

---

[1160] HAUPAIS Nicolas, « Chronique de jurisprudence internationale », sous la direction de ALOUPI Niki et LAVAL Pierre-François, *RGDIP*, n° 2016-2, p. 427.
[1161] CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, arrêt du 2 février 2018, Rôle général, n° 150, §§41-42.
[1162] Voir par exemple, sur cette question, FERRARI BRAVO Luigi, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *RCADI*, vol. 192, 1985, pp. 233-330. L'auteur note que l'accélération de la formation coutumière du droit est le phénomène le plus remarquable de son époque, ce qu'il explique par le fait que « des règles qui préexistent à l'état latent peuvent, sous la pression d'événements non prévus, se manifester presque soudainement, à cause de la formation rapide d'une pratique générale conforme à leur contenu » (p. 316).
[1163] DUPUY René-Jean, « Coutume sage et coutume sauvage », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 86-87. La citation est extraite de la p. 86.
[1164] CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *CIJ Rec.* 1985, §27 ; voir également CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, §182.
[1165] CDI, Rapport de la Commission du droit international, Soixante-huitième session (2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016), A/71/10. Voir le *Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission*, pp. 80 et suivantes.

préexistants, tels que la jurisprudence des tribunaux internes, les législations internes ou les déclarations officielles des États[1166]. Autrement dit, l'existence d'une coutume est subordonnée à la préexistence d'un ensemble suffisamment cohérent et continu de pratiques normatives interétatiques[1167]. Ces conditions paraissent, *prima facie*, peu adaptées à la formation du droit administratif global, qui se caractérise entre autres par son caractère récent. Néanmoins, le développement de l'idée selon laquelle « [i]l n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale »[1168] pour déterminer l'existence d'une coutume est de nature à relativiser ce préjugé. Aussi, il n'est pas exclu que la source coutumière internationale constitue un vecteur de formation de normes dans des domaines autres qu'environnemental à l'avenir ; l'on pense par exemple à l'éventuelle cristallisation d'une coutume relative à la transparence en droit des investissements ou en matière de lutte contre la corruption. La coutume demeure cependant, en l'état actuel du droit positif, une source limitée de droit administratif global.

B. Les sources coutumières de principes formés hors de l'ordre juridique international

287. ***Existence du phénomène coutumier hors de l'ordre juridique international.*** En dehors des modes de formation des normes coutumières en vigueur dans les ordres juridiques

---

[1166] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *CIJ Rec*. 2012, §55. Voir dans le même sens, CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *CIJ Rec*. 2002, §58 où la Cour indique avoir « examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales » à la recherche d'une exception à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Voir également CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Rec.* 1950, p. 277 : « il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit ».

[1167] Voir CDI, *Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission*, *op. cit.* note 1165. S'agissant de la pratique, voir la Conclusion 6 : « 1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction. 2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes. 3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique ». S'agissant de l'*opinio juris*, voir la Conclusion 10 : « [...] 2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. 3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction ».

[1168] *Ibid*., Conclusion 8.

nationaux, lesquelles concernent généralement des questions de droit privé de la famille ou de la propriété et ne sont par conséquent pas susceptibles de relever, *ratione materiae*, du droit administratif global[1169], d'autres sources coutumières susceptibles de générer des normes participant du droit étudié peuvent être identifiées. La décentralisation des ordres juridiques transnationaux privés est en effet un facteur de nature à favoriser le développement de la coutume. Franck Latty relève ainsi que la coutume « constitue un processus privilégié de création de droit transnational, à plus forte raison dans les milieux peu réglementés par des organes constitués »[1170]. Les coutumes ne semblent pas prééminentes à l'heure actuelle, s'il en existe encore, en droit transnational du sport du fait de la codification opérée par la Charte olympique[1171]. La coutume demeure néanmoins le moteur incontesté de la création de la *lex mercatoria*, qui constitue un autre ordre juridique transnational. Alain Pellet rappelle à cet égard que « l'analogie avec le droit international public et frappante : les contrats sont, à l'ordre mercatique, ce que les traités sont au droit international ; et, à leur tour, les contrats contribuent à la formation des usages, comme les traités à celle de la coutume »[1172]. Dominique Carreau et Fabrizio Marrella confirment ainsi que la coutume d'origine privée est une source fondamentale

[1169] Pour ne prendre que quelques exemples, voir, en Inde, la coutume du Penjab qui est encore régulièrement invoquée en matière successorale (HALPÉRIN Jean-Louis, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, n°81, 2012/2, pp. 410-411 ; Supreme Court of India, *Darshan Singh & Ors v. Gujjar Singh (Dead) by Lrs. & Ors*, 8 janvier 2002, Appeal (civil) 5 of 1992), tout comme le droit coutumier de l'État de Goa (Supreme Court of India, *Vinisha Jitesh Tolani & Manmeet Laghmani v. Jitesh Kishore Tolani*, 28 avril 2010, Transfer Petition (civil) 1127 of 2008, §14). Au Japon, le Code civil prévoit que certaines questions sont régies par la coutume et ne sont que subsidiairement soumises à ses règles, comme en matière de copropriété (Civil Code (Japon), Act n°. 89 of April 27, 1896, article 263) ; il prévoit également que « [i]n cases there is any custom which is inconsistent with a provision in any law or regulation not related to public policy, if it is found that any party to a juristic act has the intention to abide by such custom, such custom shall prevail » (art. 92. Les manières d'établie la preuve de l'intention sont par ailleurs codifiées par les articles 93 à 98-2 du même code. Pour un exemple d'application, voir Supreme Court of Japan, 14 avril 2008, *Case No. 2006 (Ju) 226*, Minshu Vol. 62, No. 5). En Afrique du Sud, le droit coutumier de certains peuples est reconnu par la loi ; voir le *Limpopo Traditional Leadership and Institutions Act 6 of 2005, as amended by Act 4 of 2011*, section 12 ; la Cour constitutionnelle utilise encore certaines coutumes, à l'instar de la coutume propre au clan Valori (dans une affaire de succession : Constitutional Court of South Africa, *Shilubana and Others v. Nwamitwa*, 4 June 2008, Case CCT 03/07). Dans une délicate affaire familiale relative à la succession de propriétés agricoles d'un polygame au Kenya, une Cour d'appel a également validé une ordonnance déférée qui « a[vait] pris en considération aussi bien le droit coutumier que la réglementation en vigueur sur la succession » (Cour d'appel d'Eldoret, *Mary Rono v Jane and William Rono*, appel civil 66 de 2002, 19 avril 2005, publié dans le *Recueil africain des décisions des droits humains*, 2005, PULP, 2011, p. 118, §9), et valide l'application par la Cour supérieure du droit coutumier « accordant seulement une portion nominale de terrain aux filles » (§14). Voir cependant, pour un exemple de coutume en vigueur n'ayant pas de rapport avec les coutumes familiales, religieuses et successorales, le cas de la Grèce où « la coutume constitutionnelle peut agir de manière complémentaire et être une source du droit constitutionnel dans les deux cas suivants : a) l'exercice prolongé et uniforme ; b) la conviction (conscience) de droit » (POULIS Panayotis, *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 92).

[1170] LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 248.

[1171] *Ibid*., p. 249.

[1172] PELLET Alain, « La *Lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *op. cit.* note 1181, pp. 62-63.

du droit international des contrats internationaux ; il s'agit « des « usages commerciaux internationaux » qui se dégagent de la pratique suivie par les parties contractantes »[1173], particulièrement développées en matières financière et monétaire.

288. ***Hypothèses de la coutume internationale privée.*** L'idée de la formation coutumière privée du droit, par analogie avec le droit international, n'est pas inconnue de la doctrine. Ainsi en est-il de l'hypothèse selon laquelle les Principes d'Équateur[1174] constitueraient une forme de « coutume privée internationale »[1175]. Du point de vue de la théorie des sources, cette assertion reste difficilement démontrable. S'il est loisible de considérer que ces Principes codifieraient une éventuelle coutume, il n'existe pas encore d'éléments permettant de déterminer ni l'origine, ni la réalité de cette « coutume », même s'ils ont pu être récemment concrètement pris en compte, à titre de standards applicables entre les Parties, par un tribunal CIRDI[1176]. Certains usages relevant de la *lex mercatoria*, lesquels sont mieux identifiés par la doctrine, relèvent en revanche du droit administratif global, et donc plus clairement d'un processus de formation de type coutumier. Tel est notamment le cas lorsque les enjeux des échanges commerciaux impliquent des effets au-delà des seuls co-contractants ; l'on pense en particulier aux usages visant à s'assurer de la loyauté des affaires ou à certaines obligations d'information[1177]. Il ne convient pas ici de détailler les vivants débats relatifs à la formation, à l'existence et/ou à l'autonomie de la *lex mercatoria*, dont on se contentera de rappeler qu'elle constitue un ensemble de règles non écrites – quoique sa codification *via* les Principes Unidroit pondère cette affirmation – et surtout façonnées hors des ordres juridiques étatiques et interétatiques relativement au commerce international[1178]. Cet ordre juridique « anational » car totalement

[1173] CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 12ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2018, p. 222.
[1174] Voir *supra*, §252
[1175] L'expression est citée par HOEFFNER Werner, *L'ouvrage public et le droit international*, Thèse de droit public soutenue le 8 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, p. 608, se rapportant à ONG David, « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, p. 50. L'auteur utilise néanmoins le terme « privé » entre guillemets.
[1176] CIRDI, *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, affaire n° ARB/12/1, sentence, 12 juillet 2019, §1006 : « [t]here is no dispute between the Parties' experts that the relevant international standards are the Equator Principles, and the International Finance Corporation's (IFC) Performance Standards ».
[1177] Parmi une littérature abondante, voir KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 53 – dont on ne partage pas pour autant totalement les conclusions quant à l'impossibilité de la *lex mercatoria* à constituer un ordre juridique. L'auteur s'y oppose pour deux raisons : son incomplétude d'une part, l'absence d'un tiers médiateur indépendant et organisé pour l'interpréter (*ibid.*, p. 182).
[1178] Voir par exemple BONIN Coralie, MENETREY Séverine, « *Lex mercatoria* et OMC : sources, normes, règles ? », *in* TOMKIEWICZ Vincent (dir.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, p. 225 : « [s]ur la base de contrats, de sentences arbitrales et de décisions judiciaires, il apparaît que les relations économiques internationales sont effectivement gouvernées

détaché de tout ordre juridique étatique[1179], popularisé par un article fondateur de Berthold Goldman[1180], a fait l'objet de pléthoriques études doctrinales[1181]. Celles-ci mettent en évidence le rôle fondamental de la coutume dans sa formation[1182], de sorte qu'il n'est pas surprenant que les normes de droit administratif global relevant de cet ordre juridique soient générées par l'intermédiaire d'un processus coutumier.

289. ***Contestation de la source coutumière des usages de la*** **lex mercatoria.** Cependant, l'emploi manifestement timide du terme de « coutume » s'agissant de la *lex mercatoria* a conduit la doctrine à s'interroger à son propos, d'autant qu'elle est conçue comme relativement spontanée chez Goldman[1183]. Ainsi Antoine Kassis, négateur notoire de la *lex mercatoria*, est-il particulièrement critique :

> « [l]'usage du commerce n'est pas une règle de droit coutumière, mais un usage conventionnel. La notion d'usage conventionnel en tant que notion distincte de la notion de règle de droit coutumière, est bien connue dans les droits étatiques. L'usage est une pratique qui est devenue tellement courante dans la vie des affaires que les parties considèrent qu'elle va de soi et qu'il n'est plus nécessaire de s'y référer expressément par une clause de leur contrat. [...] Si l'usage présente bien l'élément matériel de la coutume, puisqu'il suppose une pratique constamment et longuement suivie, il ne contient pas l'élément psychologique également nécessaire pour caractériser la coutume, à savoir l'*opinio necessitatis* »[1184].

---

partiellement ou totalement par des principes, règles et usages internationaux spontanément formés ou adoptés […] sans qu'une autorité étatique ou interétatique soient intervenues ».

[1179] OSMAN Filali, *Les principes généraux de la* lex mercatoria. *Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 224, 1992, p. 9.

[1180] GOLDMAN Berthold, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 177-192.

[1181] Par exemple, sur sa nature d'ordre juridique, voir PELLET Alain, « La *Lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 53-74.

[1182] Voir notamment LATTY Franck, « Chapitre 8-3. Le droit transnational économique », *in* DAILLIER Patrick, DE LA PRADELLE Géraud, GHÉRARI Habib (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, CEDIN, 2004, pp. 113-115 ; BELLISH Jonathan, « Towards a More Realistic Vision of Corporate Social Responsibility Through the Lens of the *Lex Mercatoria* », *Denv. J. Int'L L. & Pol'Y*, vol. 40, n°4, 2012, spéc. p. 549.

[1183] Pour une approche historique et critique de l'approche légaliste de Berthold Goldman, voir également HATZIMIHAIL Nikitas E., « The Many Lives – and Faces – of *Lex Mercatoria* : History as Genealogy in International Business Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, pp. 169-190. L'auteur s'interroge notamment sur le sens que donne B. Goldman au terme de « coutume », qui est assimilé avec l'idée de « spontanéité » différente, selon lui, de la conception traditionnelle de la coutume comme résultat d'une pratique plus ou moins longue (p. 188).

[1184] KASSIS Antoine, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 396-397. L'auteur considère, à propos de la *lex mercatoria* et un peu rapidement, que « tel droit est rationnellement impossible et que ses partisans ont d'ailleurs fini par le ravaler au rang d'une banale étude de droit comparé » (p. 14), que « ce droit prétendument autonome n'est qu'un mythe » (p. 255) ou encore que « la *lex mercatoria* a perdu sa substance, de sorte qu'on ne comprend plus ce qu'elle est ni à quoi elle sert » (p. 392). Voir aussi, de manière générale, KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats, arbitrage internationaux et* lex mercatoria, Paris, LGDJ, 1984, 602 p.

Pour lui, la *lex mercatoria* serait en réalité, « comme en matière anglo-saxonne, le droit du précédent »[1185]. Refusant catégoriquement à l'usage conventionnel la qualité de coutume, l'auteur affirme, plusieurs exemples dans des droits internes à l'appui, que l'*opinio juris* que Berthold Goldman pense identifier est en réalité une présomption de fait[1186]. L'usage serait dès lors « une pratique généralement suivie qui est incorporée tacitement dans le contrat, et il n'y a rien de spécial au commerce international à cet égard »[1187]. Au-delà de cette position qui n'apparaît pas elle-même exempte de toute contradiction – si les usages conventionnels sont de simples pratiques de fait, on ne voit pas trop comment ils peuvent être considérés comme relevant d'un « droit du précédent » et en même temps n'avoir absolument aucune valeur juridique – certaines critiques doivent interroger. Malgré la vision clairement volontariste et interniste de l'auteur[1188], révélée par les références systématiques au Code civil français pour démontrer que la *lex mercatoria* ne peut exister, la distinction opérée entre l'usage conventionnel et la coutume n'est pas inintéressante et ramène à deux questions : d'une part, le fait qu'un usage commercial n'existe que lorsqu'il n'est pas contredit par une clause conventionnelle interdit-il de le qualifier de coutume transnationale, l'*opinio juris* n'étant alors pas fondée ? D'autre part, en quoi un usage conventionnel ne pourrait-il pas constituer par ailleurs une règle coutumière de l'ordre transnational ? Les réponses ne peuvent s'appréhender que dans une perspective pluraliste ou, du moins, non exclusivement étatique.

290. ***Dépassement des critiques.*** La question de la possibilité de qualifier de coutume un usage qui n'existe pas de manière générale mais seulement lorsqu'il n'est pas contredit par un texte – qui revient en d'autres termes à se demander si le volontarisme étatique, exprimé par la contradiction ou au contraire la validation tacite d'un usage, est un frein à la qualification de coutume – peut être aisément résolue. Les normes coutumières doivent être conciliées avec d'autres règles issues de sources (loi, Constitution…) et de valeurs différentes, ce qui ne soulève pas de difficulté. Il n'y a donc pas de raison logique de considérer là une exception : ce n'est pas parce que deux acteurs s'opposent de manière casuistique à une règle coutumière en y dérogeant par la voie conventionnelle que la coutume cesse d'exister. Dans l'ordre

[1185] *Ibid.*, p. 271. L'auteur poursuit : « c'est par ce qui aura été décidé dans un certain nombre de cas concrets, par l'accumulation de ce qui aura été décidé un certain nombre de fois, sur un point particulier, en matière d'un usage commercial international, que l'on dégagera l'idée ».
[1186] *Ibid.*, p. 399.
[1187] *Ibid.*, p. 432.
[1188] Dans le même sens, MOHAMED SALAH Mohamed Mahmoud, « La mondialisation du droit des investissements : catalyseur ou frein d'une *lex meditteranea* des investissements ? », *in* OSMAN Filali (dir.), *Vers une* lex mediterranea *des investissements*, Bruxelles, Bruylant, FEDUCI, 2016, pp. 165-166.

international, il existe même au moins deux manières d'expliquer cette possibilité : soit les acteurs décident d'objecter à la coutume, dont l'existence à l'égard des autres n'est pas altérée ; soit il s'agit là de l'application du principe de *lex specialis* si la clause conventionnelle régit un élément particulier et que la coutume reste de manière générale valable. Il apparaît en réalité que l'objection soulevée concerne la *valeur de la coutume lorsqu'elle est confrontée à d'autres normes*, et non la qualification de source coutumière. Par ailleurs, même si l'usage conventionnel semble une terminologie plus adaptée au regard du droit interne français, il faut rappeler que la qualification de la même norme peut tout à fait varier d'un ordre juridique à l'autre. Si l'auteur conteste vigoureusement la qualification de « coutume » de ces usages de manière générale, il ne faut vraisemblablement pas y voir une négation de leur existence, mais plutôt la conclusion logique d'une tentative de qualification au regard du droit privé interne français. Bien que M. Kassis nie l'existence d'un ordre juridique transnational, rien, sur le plan théorique, n'empêche de considérer qu'il en existe un sous le prisme pluraliste, ni que les acteurs de cet ordre juridique ne considèrent pas que ces usages conventionnels constituent des coutumes. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'usage conventionnel résiste à la qualification de coutume comme source de droit du point de vue de l'ordre interne français que cette conclusion est valable dans l'ordre transnational concerné. Enfin, il faut noter que la doctrine actuelle, y compris interne, tend à renoncer à cette distinction[1189], qui a pu être qualifiée de dangereuse[1190]. Toutes ces raisons incitent à écarter les objections présentées et à retenir que les usages relevant de la *lex mercatoria* constituent une forme, peut-être atypique, de *coutume*, et qu'ils sont, en conséquence, formés par un processus coutumier. Les normes de droit administratif global en relevant sont donc créées par des sources plurilatérales non écrites.

II. La formation non coutumière des principes relevant du droit administratif global

291. ***Principes* du *droit et principes* de *droit.*** Les « principes » répondent, en droit international, à deux modes distincts de formation du droit : ou bien ceux-ci sont coutumiers, ou bien ils ne le sont pas. Alain Pellet rappelle ainsi que « les « principes du droit international », quelle que soit leur définition, sont distincts des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » mais s'apparentent au contraire aux règles

[1189] Par exemple, et avec une perspective interniste, LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, 2018, pp. 77-78. Voir également DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 2ème ed., Paris, LGDJ, 2013, p. 330-331.
[1190] DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, pp. 232 et suivantes.

coutumières »[1191]. Ces principes *du* droit international sont en réalité un « avatar »[1192] de la coutume :

> « certes dans les deux cas, il s'agit en général de combler les lacunes du droit international, mais le résultat auquel on aboutit diffère profondément : les solutions fournies par les principes généraux du droit international sont, par nature, traditionnelles : il s'agit au fond pour le droit des gens de « persévérer dans son être » ; ces principes ne peuvent pas innover [...] ; par définition, en revanche, les principes généraux de droit, tels qu'ils ont été définis, enrichissent le droit des gens de règles nouvelles puisées dans des systèmes juridiques plus complets »[1193].

Cette distinction entre principes généraux *du* droit et principes généraux *de* droit est utile à l'analyse de la formation du droit administratif global, laquelle ne semble pas répondre systématiquement aux conditions constitutives de la coutume – que sont une pratique répétée et une *opinio juris*. Si les premiers relèvent du phénomène coutumier envisagé *supra*, l'existence des seconds est particulièrement invoquée par la doctrine du *GAL* amenée à qualifier les normes de droit administratif global analysée. Pourtant, leurs modes précis de formation restent largement indéterminés.

292. ***Existence et sources de principes généraux de droit pertinents en droit administratif global.*** L'existence de « principes » formés de manière non-coutumière est d'abord confirmée par le fait que certains principes généraux de droit relèvent du droit administratif global (**A**). Cependant, les modes de formation de ces principes, qui apparaissent commun à tous les ordres juridiques ou, *a minima*, à plusieurs d'entre eux, ne sont pas clairs, quel que soit l'ordre juridique observé. Leur intégration au sein de la théorie des sources du droit administratif global implique par conséquent de clarifier leur processus de formation et, plus précisément, les conditions dans lesquelles ce processus s'inscrit au sein de l'ensemble des sources plurilatérales non écrites de droit administratif global (**B**).

A. L'existence de principes non coutumiers relevant du droit administratif global

293. ***Identification des principes pertinents et difficulté d'identifier leurs sources.*** Certains « principes généraux de droit » relèvent du droit administratif global, de sorte que la source coutumière ne peut être considérée comme étant l'unique source non écrite de ce droit (1). Les

[1191] PELLET Alain, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.* note 1146, p. 349.
[1192] *Ibid*., p. 356.
[1193] *Ibid*., p. 357.

principes généraux de droit s'avèrent néanmoins une catégorie fuyante, la distinction entre la norme et la source étant souvent confuse ; tout au plus peut-on relever que leur source n'est pas coutumière (2).

1. L'existence de normes de droit administratif global relevant de la catégorie des principes généraux de droit

294. ***Principes généraux de droit reconnus au sein des ordres juridiques de référence.*** En marge des principes généraux propres aux ordres juridiques de référence, lesquels sont généralement qualifiés de principes généraux *du* droit, il n'est pas possible d'ignorer l'existence d'un certain nombre de principes généraux *de* droit, c'est-à-dire communs à plusieurs systèmes juridiques. Dans les ordres juridiques de référence, de tels principes sont connus, mais sont la plupart du temps ramenés à des principes communs aux systèmes *en lien* avec l'ordre au sein duquel le principe est dégagé. Par exemple, en droit international – et au regard de l'article 38 du Statut de la CIJ, les principes généraux de droit sont « les règles générales dégagées empiriquement de la concordance des solutions données à un problème juridique par les droits des divers États du monde, et transposé à la sphère des relations internationales »[1194]. La CJUE, de son côté, distingue également les principes généraux *du* droit de l'Union des principes généraux *de* droit, par exemple s'agissant de la « possibilité, pour une personne lésée, de faire valoir ses droits par la voie juridictionnelle »[1195], qui est « l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres »[1196]. De la même manière, certains principes généraux de droit sont propres à un système de droit, mais ne se retrouvent pas dans d'autres ; ou encore, leurs modalités et contenus divergent fortement d'une famille juridique à une autre, à l'instar du principe général de motivation des décisions juridictionnelles[1197]. Enfin, il « ne peut être exclu que des principes « régionaux » soient affirmées, qu'ils soient ou non spécifiques aux États qui composent la « région » concernée »[1198]. Il semble donc que loin de l'universalisme qu'ils pourraient

[1194] *Ibid.*, p. 326.
[1195] GILLIAUX Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 282.
[1196] CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, affaire 222/84, point 18.
[1197] Voir par exemple, sur ce point, COSTA Delphine, « Transparence et jugement : La transparence impose-t-elle un standard de qualité de la justice ? Étude du contentieux administratif en France et en Europe », *in* CUSTOS Dominique (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance. Actes du XIIe congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 220-221.
[1198] VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, Précis de la Faculté de Droit et de l'Université catholique de Louvain, 2000, p. 349. L'auteur s'appuie spécialement sur l'existence des principes généraux de droit dégagés par la CJCE.

suggérer, les principes généraux de droit sont dépendants des ordres juridiques au sein desquels ils sont reconnus. Si l'on doit reconnaître l'universalité de la notion, celle-ci ne s'étend pas à l'application des principes généraux de droit. Ce relativisme n'affecte néanmoins pas le propos : sont des sources du droit administratif global les principes généraux de droit reconnus au sein des ordres juridiques de référence. Peu importe, à cet égard, l'existence ou non de principes généraux de droit communs à tous ces ordres juridiques, puisqu'ils apparaissent nécessairement, en tant que tels, au sein de ces ordres de référence. Mais l'inverse n'est pas une proposition valide ; en effet :

> « [t]ous les principes communs aux systèmes juridiques nationaux ne sont pas applicables dans l'ordre international. Encore faut-il qu'ils soient « transposables » (J. Basdevant). Seuls le sont ceux qui sont compatibles avec les caractères fondamentaux de l'ordre international ; ce qui oblige le juge ou l'arbitre international à un examen au cas par cas. Pour Anzilotti, la méthode de base du raisonnement est *l'analogie* »[1199].

295. ***Principes généraux relevant du droit administratif global.*** S'agissant du droit administratif global, cette « transposabilité » des principes ne répond qu'à un critère matériel : soit le principe relève *ratione materiae* du droit administratif global quel que soit l'ordre juridique au sein duquel il est reconnu, soit il n'en relève pas. De manière logique et *ratione materiae*, tous les principes généraux de droit présents et révélés dans les ordres juridiques de référence des entités globales n'intègrent pas le droit administratif global. Certains des principes généraux de droit international en relèvent toutefois clairement : ainsi l'abus de droit et le principe de la bonne foi, l'autorité de la chose jugée, l'impossibilité d'être juge et partie, le principe du développement durable[1200], ou encore le principe *iura novit curia*[1201]. D'autres apparaissent moins pertinents et ne trouvent *a priori* pas à s'appliquer en droit administratif global ou sont trop spécifiques ; par exemple, le principe de la réparation intégrale du préjudice ou l'exigence d'un lien de cause à effet entre le fait générateur de la responsabilité et le préjudice subi. Les principes généraux dégagés par les juridictions des organisations régionales sont également particulièrement pertinents dans le cadre de l'étude du droit administratif global. L'on peut par exemple mentionner le principe de confiance légitime en droit de l'Union

[1199] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 384 (italique dans la citation originale). Les auteurs poursuivent : « [p]ar exemple, le principe général de droit interne selon lequel l'individu peut ester en justice n'est pas applicable dans un ordre international fondé sur la juxtaposition de sujets souverains, exclusivement compétents pour saisir une instance internationale sur une base consensuelle » (*idem*).

[1200] L'ensemble des références jurisprudentielles « découvrant » les principes qui précèdent se trouve *ibid*., pp. 385-386.

[1201] DISTEFANO Giovanni, « La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes entre l'Érythrée et le Yémen : quelques observations complémentaires », *AFDI*, vol. 40, 2000, p. 265.

européenne[1202]. Dégagé dans les années 1960 par la CJCE[1203] sur le modèle allemand, celui-ci « implique notamment la protection des particuliers contre une modification sans préavis de la législation européenne » et peut « fonder le droit au maintien d'une pratique antérieure ou le droit à l'existence de dispositions transitoires dans un acte modifiant de manière imprévisible la réglementation antérieure »[1204]. Ce principe, dont l'on peut estimer qu'il émerge également, sous une forme quelque peu différente, en droit international des investissements[1205], trouve à s'appliquer en droit administratif global. La doctrine du *GAL* y voit même l'un des principaux principes substantiels du projet[1206], ce qui paraît toutefois simplificateur, en ce que cette idée impliquerait qu'il existe une unité indiscutable dans l'application et la compréhension de ce principe.

2. Un processus de création incompatible avec la formation coutumière du droit

296. ***Caractère confus de la catégorie normative des principes généraux de droit.*** Il a été précisé que les principes généraux *du* droit international sont produits par une source coutumière. Dès lors, il n'apparaît pas iconoclaste d'envisager l'hypothèse selon laquelle les principes généraux *de* droit constitueraient des coutumes propres aux ordres juridiques au sein desquels ils sont dégagés. Cependant, cette assertion se heurte à de nombreuses difficultés

[1202] Celui-ci existe dans plusieurs doits nationaux, essentiellement en Allemagne ; la doctrine considère qu'il « s'agit d'un mécanisme défensif de droit matériel face aux mutations de la réglementation et aux engagements non tenus » (MOUZOURAKI Paraskevi, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français anglais ; un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 43). En France, le Conseil d'État admet son existence de manière restreinte : « ce principe, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire » (CE, 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*, n°211162 ; encore récemment, CE, 19 octobre 2018, n°408188, cons. 10). S'il a fini par reconnaître l'une des composantes du principe général de droit communautaire de sécurité juridique comme principe général de droit, il refuse pour autant de reconnaître le principe de confiance légitime en droit interne (CE, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460). Voir également, sur ce point, BARROIS DE SARIGNY Cécile, « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, pp. 193-197.

[1203] CJCE, 13 juillet 1965, *LemmerzWerke c. Haute Autorité CECA*, affaire C-111/63.

[1204] DERO-BUGNY Delphine, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1210, p. 656.

[1205] Si principe émergeant, au sein du standard du traitement juste et équitable, du respect des attentes légitimes de l'investisseur, c'est-à-dire « ce à quoi l'investisseur raisonnable serait en droit d'attendre de la part de l'État » (DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, deuxième édition, Paris, Pedone, 2017, p. 352) ne correspond pas exactement au principe européen de confiance légitime, une forme de parenté de fond semble se dessiner.

[1206] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 1148, pp. 40-41. Voir également SCHILL Stephan W., « Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law », IILJ Working Paper 2006/6, *Global Administrative Law Series*, 2006, pp. 15-18.

pratiques. D'abord, et même lorsqu'il est formalisé au sein d'un ordre juridique déterminé au sein duquel il est reconnu comme disposant d'une valeur juridique identifiée, le principe général de droit reste porteur de confusions. Il est d'ailleurs, parfois et contrairement à la norme coutumière, utilisé comme signifiant d'une norme lorsqu'il est difficile de la qualifier avec précision, par exemple en droit international – ici spécifiquement en droit des investissements :

> « [c]ertes, il faut déplorer ce degré de généralité : chaque fois qu'apparaît un principe général, cela veut dire qu'il n'a pas été possible de formuler une règle précise – et cette impossibilité ne doit pas être camouflée en une victoire du droit. Certes, on peut espérer que l'arbitre international, au fur et à mesure du contentieux, parviendra à préciser le contenu du principe et contribuera ainsi à déduire de ce principe une série de règles »[1207].

Norme juridique imprécise palliative de l'absence d'une règle plus claire selon certains, le « principe » général existe dans de nombreux ordres juridiques. Il est en outre manifeste que celui-ci dispose d'une valeur différente d'un ordre à l'autre, à la fois du fait de l'existence d'une hiérarchie des normes dans la plupart des ordres juridiques conduisant chaque système à produire ses propres principes et à leur reconnaître une valeur propre, et de l'existence de rapports de systèmes tendant à conférer des valeurs différentes aux mêmes principes[1208]. Lorsqu'il est précisément nommé sans pour autant être rattaché à un ordre juridique particulier, le principe général génère une évidente confusion, laquelle rejaillit sur l'étude de ses sources. Il est donc nécessaire de mieux identifier, à titre préliminaire, la catégorie normative des « principes généraux de droit » relevant du droit administratif global.

297. ***Dualité normative du principe général de droit.*** En l'absence d'information quant à son mode de formation au sein des ordres juridiques dont il est déduit, par leur simple observation, qu'il existe, le principe général de droit demeure souvent d'une valeur indéterminée. Il peut même être considéré, parfois, comme un *contenant* de normes plus précises. L'imbrication de plusieurs principes est en effet courante, l'un d'entre eux – pourtant considéré par ailleurs comme une norme autonome – servant de fondement à d'autres. À titre d'illustration, le « principe de transparence », fréquemment invoqué dans le contexte du droit administratif global, peut être indiqué comme étant fondamental par une entreprise à l'occasion du

[1207] JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 133. Cette approche critique peut cependant être critiquée, en ce qu'elle considère la généralité comme une faiblesse, là où il est possible au contraire d'y voir un avantage, notamment en termes de souplesse.

[1208] Ainsi, le principe de droit international, théoriquement de valeur égale à la norme conventionnelle en droit international – sous réserve des différentes règles de règlement des conflits telle la qualité de *lex specialis* ou de *jus cogens* – n'est-il pas reconnu comme tel dans l'ordre interne français, qui lui confère une valeur inférieure à celle de la loi (voir CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n°178834).

développement du contenu d'un autre principe – par exemple celui de la loyauté des relations commerciales[1209]. Pour la Cour de Justice de l'Union européenne, ce même principe de transparence, cette fois appliqué aux contrats publics, découle du principe de non-discrimination[1210]. Par ailleurs, à la différence « des autres principes généraux du droit de l'Union européenne, ce principe est toutefois moins conçu comme un principe juridique contraignant pour l'administration de l'Union européenne que comme une exigence procédurale non écrite pour les procédures nationales »[1211]. Dans le même ordre juridique européen, ce principe peut constituer le ciment d'autres règles en découlant :

> « [l]a portée généralement reconnue au principe de transparence en droit de la consommation [de l'Union européenne] est très vaste : ce principe serait directeur en la matière car il concernerait tous les contrats de consommation ; il serait complexe, puisqu'il se déclinerait en plusieurs règles »[1212].

Le principe général, en tant que norme, se manifeste donc selon au moins deux modalités fondateurs d'une dualité normative. Il peut d'une part s'agir d'un principe structurant, dont la valeur juridique n'est pas claire selon la doctrine, dont le respect implique celui d'autres principes plus opérationnels ou précis. Il est alors un repère général contenant d'autres normes[1213]. Il peut également s'agir, d'autre part, de l'inverse, malgré une terminologie identique, lorsque le principe observé est justement déterminé par un principe plus général. Pourtant, ce dernier n'apparaît pas pour autant comme une *source* du principe plus opérationnel : le discours juridique n'évoque que des « principes » au sens large, mais bien au sens normatif, rendant peu lisible leurs modes de formation.

[1209] Voir ENGIE, *Charte éthique*, 2016, principe 3, p. 5, ou encore ROCHER, *Code de conduite des affaires du Groupe Rocher*, 2015, p. 7, principe fondamental 10 « Développer des pratiques commerciales loyales » : « [...] [l]orsqu'un collaborateur reçoit des cadeaux ou des invitations, il doit s'assurer que ces derniers ne sont pas injustifiés et disproportionnés. Le principe de transparence totale doit être appliqué et il doit en informer sa hiérarchie ».

[1210] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, affaire C-324/98. Voir le résumé de NOGUELLOU Rozen, « L'« européanisation » du droit des contrats administratifs », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, 2ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 1172 : « [d]ans cet arrêt, qui concernait une concession de services, c'est-à-dire un contrat non soumis aux directives communautaires en l'état actuel des textes, la Cour de justice a néanmoins considéré qu'en application des règles générales du traité, et notamment du principe de non-discrimination, la personne publique devait respecter « une obligation de transparence » consistant à « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures » ».

[1211] STELKENS Ulrich, « Vers la reconnaissance de principes généraux paneuropéens du droit administratif dans l'Europe des 47 ? », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *ibid.*, p. 734.

[1212] FORTI Valerio, « Réflexions sur la transparence dans les contrats de consommation », *in* CUSTOS Dominique (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, *op. cit.* note 1197, p. 290.

[1213] Dans un sens proche, voir KOLB Robert, « Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques », *RBDI*, n°1999-2, p. 428.

298. ***Dualité irréductible à une distinction entre le principe-norme et le principe-fondement.*** Le principe, en tant que norme, se caractérise donc principalement par sa diversité, tant sur le plan procédural que substantiel. En raison de cette « extraordinaire multiplicité des propositions normatives qualifiées généralement de principes »[1214], il apparaît prudent de ne pas s'attacher à une vision formaliste de ce qui est couramment désigné comme un « principe général de droit ». En d'autres termes, ce n'est *a priori* pas l'étude des contours précis des normes qualifiées de *principes* qui fera apparaître de manière évidente leurs modes de formation. Il faut dès lors admettre, malgré les éclairages proposés, que le principe, en tant que norme, revêt au moins deux sens et que toute catégorisation uniforme est impossible. Une seconde manière de considérer les « principes » consiste alors à voir dans ceux qui constituent une référence plus générale non plus des normes, mais des fondements ou des sources matérielles. Cette solution permet en apparence de résoudre la difficulté induite par la sollicitation des principes à la fois comme normes et comme références d'un ensemble de normes visant à les appliquer. Mais il s'agit là d'un artifice peu convaincant, car soulevant d'autres difficultés : il apparaît en effet improbable que les acteurs juridiques invoquent directement ce qu'ils concevraient comme des sources matérielles de droit pour en faire découler des règles opérationnelles. Dans le champ du droit administratif global, le discours juridique des entités globales vise une forme d'efficacité à l'égard de leurs destinataires, ce qui conduit à penser que de tels détours théoriques seraient parfaitement inutiles. Interpréter la mobilisation d'un « principe » duquel découlent d'autres « principes » en cherchant à qualifier le premier de source matérielle et les seconds de normes constitue donc, à notre sens, une erreur d'appréciation de la réalité de la vie – juridique mais aussi économique – des entités globales.

299. ***Existence de sources propres et non coutumières des principes généraux de droit.*** Il faut donc conclure qu'il existe deux catégories fort distinctes de principes généraux de droit, dont les modes de formation restent non identifiés. Face à ce problème, Robert Kolb considère qu'entre

> « le fondement (*modus essendi* ; « pourquoi » : valeurs) et les sources (*modus existendi* ; « comment » : sociologie) du droit il y a un autre passage : la « nature des choses », qui constitue une catégorisation normative de la réalité. Elle se manifeste dans un corps de principes généraux de droit. Ceux-ci représentent la catégorisation normative de l'expérience des exigences de la justice. Ils sont les concrétisations les plus immédiates de l'idée de la justice. Dès lors, ces principes se situent quelque part entre le fondement du droit et ses expressions positives. En systématisant les aspects épars du droit en

[1214] *Ibid*., p. 430.

> quelques idées juridiques générales […] on s'ouvre la possibilité de percevoir l'ordre juridique en tant que système fondé sur une série de points de gravité fondamentaux »[1215].

Cette autre proposition conduit à distinguer le principe comme fondement, le « principe général » comme catégorisation normative de la réalité, le principe comme source formelle qui le rend opérationnel et enfin le principe en tant que norme. Il en ressort surtout que les principes généraux de droit sont formés, dans tous les cas, non pas par une pratique et une *opinio juris*, mais selon un processus distinct de création, qu'il convient d'approfondir.

B. La difficile identification des sources des principes généraux dans les ordres juridiques de référence

300. ***Condition de référence et caractère externe.*** Dans la plupart des ordres juridiques de référence, il n'existe pas de méthode unanimement reconnue comme permettant d'identifier la manière donc les principes généraux de droit pertinents sont formés. Tout au plus peut-on s'accorder à relever qu'ils prennent leur pleine valeur – variable selon lesdits ordres – lorsqu'ils sont « découverts » par un juge ou un arbitre, de sorte que l'une des conditions de l'existence du principe général de droit est le fait qu'il y soit fait *référence* (1). La simple référence à un principe ne suffit cependant pas à expliquer sa formation, puisque le principe général préexiste, par définition, à sa reconnaissance par l'entité qui y fait référence. En ce sens, la référence fait office de *formalisation* de la source formelle, laquelle se situe hors du champ de l'ordre juridique de référence au sein duquel l'existence du principe général de droit est constatée (2).

1. La formalisation des sources des principes : la condition de la référence

301. ***Prévalence du critère de la reconnaissance.*** Selon Robert Kolb, le « principe général est avant toute chose une norme générale »[1216]. Définir le principe général comme une norme dotée d'une certaine généralité tout en étant opérationnel est évidemment insuffisant ; mais la généralité est souvent indiquée par la manière dont le principe est invoqué ou utilisé, et est en ce sens révélateur d'une caractéristique fondamentale du principe : il y est fait *référence* en tant que tel. Dans la plupart des systèmes, les principes sont en effet découverts par un tiers – souvent un juge. Ainsi, « le juge (ou l'arbitre) international ne crée pas les principes, ou, pour employer une expression sans doute plus exacte et qui rend mieux compte de l'importance de

[1215] KOLB Robert, *Théorie du droit international*, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 137-138.
[1216] KOLB Robert, « Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques », *op. cit.* note 1213, p. 432.

son intervention : il les formule »[1217]. C'est ainsi l'interprète qui intègre le principe – préexistant sous une forme non normative dans l'ordre juridique observé – en droit positif. Mais son existence est en réalité indépendante de sa découverte, cette dernière constituant un mode de *reconnaissance* de cette existence ayant la particularité de le rendre opposable et d'en déterminer avec précision sa valeur dans la hiérarchie des normes. Le principe, indiqué par sa généralité, préexiste donc sous la forme non-juridique jusqu'à ce qu'il soit *reconnu* : c'est cette action de reconnaissance qui constitue le mode de formation de la règle, et permet d'identifier son intégration dans l'ordre juridique concerné. L'universalité de cette méthode peut cependant être questionnée. L'on peut en effet considérer qu'il n'existe pas toujours de tiers habilité pour constater l'existence – ou l'inexistence – du principe. La conception très large de l'ordre juridique retenue invite d'ailleurs à ne pas nécessairement conditionner son existence à celle d'une institution ou d'une personne habilitée à trancher les litiges intervenant en son sein. Cette existence implique-t-elle pour autant l'inexistence de principes, ne pouvant structurellement pas être intégrés dans le droit positif ? En d'autres termes, l'inexistence d'un juge ou d'un arbitre empêche-t-elle la reconnaissance un principe ? Il semble que la réponse doive être négative.

302. ***Insuffisance du critère de la reconnaissance.*** Il apparaît en effet que d'autres modes de reconnaissance que l'appel à un juge ou à un arbitre sont possibles. Ainsi, lorsque des acteurs invoquent des « principes » non codifiés et les désignent en tant que tels, il est loisible de considérer qu'il y a là *référence* à une norme qualifiable de principe, en particulier lorsque celle-ci est régulière. Si l'on accepte cette extension du mode de reconnaissance du principe d'un interprète aux acteurs eux-mêmes, l'on peut alors considérer que, lorsqu'elle n'est pas réservée à un tiers par les règles propres à un ordre juridique donné, la référence à une norme générale qualifiée de « principe » par des acteurs qui en font découler d'autres normes entraînant des obligations constitue une source formelle de droit. Seule la *portée* du principe ainsi formé est imprécise. Lorsque celui-ci est dégagé par un juge, ce dernier lui confère une valeur déterminée ; lorsqu'il est codifié par un instrument qui y fait référence, celui-ci dispose à tout le moins de la valeur attribuée à l'instrument en question dans l'ordre juridique visé. Lorsqu'il y est fait référence en dehors d'un instrument reconnu comme une source formelle de droit, sa valeur demeure imprécise et soumise à fluctuations, ce qui n'invalide pour autant pas l'hypothèse de son existence. Cette tentative de clarification, par l'appel au critère de la

[1217] PELLET Alain, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.* note 1146, p. 363.

« référence », montre toutefois que la catégorie des principes généraux demeure globalement une énigme complexe pour le juriste, ce que confirme une analyse plus avancée de leur formation.

2. Le caractère externe de la formation des principes

303. ***Présomption d'existence d'une source du fait de l'existence externe du principe***. Au-delà du caractère non écrit de la norme finale, l'une des caractéristiques essentielles du processus de formation des principes généraux de droit est son caractère externalisé. La reconnaissance ou la référence au principe vient en effet consacrer l'existence, en-dehors de l'ordre juridique observé, d'une norme reconnue comme étant un principe général de droit dans *d'autres* ordres juridiques. Si la référence constitue un mécanisme d'intégration, au sein de l'ordre juridique en cause, d'une norme plurilatérale puisqu'existant dans plusieurs ordres juridiques, elle formalise en même temps un processus de *report* de l'examen de la manière dont elle a été formée au-delà des frontières de l'ordre initial. Ainsi, pour Jacques Dehaussy évoquant les principes généraux de droit mentionnés par l'article 38 du Statut de la Cour[1218],

> « leur processus de formation est différent de celui des normes coutumières spécifiques du droit international public : les « pratiques » qui attestent leur force obligatoire se manifestent de manière constante à travers le temps dans tous les systèmes de droit, notamment les ordres étatiques »[1219].

Bien que soutenant que ces principes ont « incontestablement la nature de normes coutumières »[1220], ce qui est justement fort contesté[1221], l'approche de Jacques Dehaussy illustre toute la complexité de l'établissement des modes de formation des principes généraux de droit.

[1218] L'auteur entretient néanmoins une ambiguïté en ne distinguant pas très clairement les principes généraux *de* et *du* droit, présentant les seconds comme « cités sous le point c. » de l'article 38§1 (DEHAUSSY Jacques, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, p. 111) alors que ce dernier évoque bien « les principes généraux *de* droit reconnus par les nations civilisées » (nous soulignons). Bien qu'admettant une certaine différence entre principes de et du droit international, l'auteur les appréhende de manière conjointe (pp. 110-113).

[1219] *Ibid*., p. 111.

[1220] *Idem*.

[1221] Voir sur ce point DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, *op. cit*. note 1199, pp. 381 et suivantes. Les auteurs y indiquent que les refus de voir dans les principes généraux de droit une source distincte de la coutume ou du traité « reposent sur une confusion : ce que visent en réalité ces auteurs, ce sont les principes généraux *du* droit international » (p. 381 ; l'italique est dans l'original). Tel ne semble pas être le cas du recteur Dehaussy puisqu'il formalise, bien que de manière peu claire, la distinction (voir *supra*, note 1218). Nous nous rallions cependant à l'opinion selon laquelle « [l]a négation d'une existence indépendante des principes généraux de droit se heurte à la lettre de l'article 38 du Statut de la CIJ qui, en visant expressément ces principes *à côté et en plus* des autres sources – les conventions et les coutumes – consacre sans ambiguïté leur autonomie respective » (DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, *ibid.*, p. 382 (italique dans l'original)).

Autrement dit, la source formelle du principe général de droit est introuvable : le processus renvoie à une sorte de consentement tacite généralisé sans que ce dernier ne fasse l'objet d'examen, la simple existence constatée de la *norme* concernée au sein d'autres ordres juridiques suffisant à considérer son mode de formation comme acquis. Il existe donc, sur le simple fondement du constat que la norme ainsi qualifiée existe dans un nombre jugé suffisant – par l'entité amenée à y faire référence – d'ordres juridiques externes, une présomption d'existence d'une source formelle des principes généraux de droit que confirme ou infirme l'entité habilitée à le reconnaître ou à y faire référence. Seule la multiplication du principe général de droit confirme, *in fine*, d'une part son caractère général, d'autre part son existence même.

304. ***Indétermination structurelle des sources formelles des principes généraux de droit.*** Il n'est pas niable, au regard de ces éléments, que les sources formelles des principes généraux de droit participent d'une forme de mystère juridique, dont l'éclaircissement total paraît impossible. L'imprécision régnant autour des modes de formation des principes généraux de droit – et des principes eux-mêmes, qui sont comme on l'a vu fréquemment confondus avec les principes généraux *du* ou plutôt *d'un* droit – est certainement l'une des raisons, sinon la raison principale, pour laquelle la doctrine n'est pas parvenue à proposer une désignation claire de ce mode de formation unique du droit. C'est ainsi que l'expression « principes généraux du droit » désigne à la fois la norme et sa source, la seconde étant dépendante d'une part de l'existence de la première dans d'autres ordres juridiques, d'autre part de l'existence d'une entité faisant référence, par un raisonnement analogique, au contenu de la norme[1222]. L'indétermination du mode précis de formation des principes généraux de droit apparaît donc structurelle, ce qui n'entache pas leur caractère plurilatéral, dans la mesure où l'existence de la norme dans *plusieurs* ordres juridiques est nécessaire pour qu'il y soit fait référence dans les ordres des entités globales. Le seul élément qu'il est possible d'analyser précisément est la manière dont le principe, d'origine externe, est intégré par la référence ou la reconnaissance. Ainsi, en droit international,

> « les principes extraits des droits nationaux vont devoir être rhabillés de modalités techniques adaptées aux exigences de l'ordre international. Tant et si bien qu'à l'arrivée un principe général de droit pourra ne plus avoir de commun que le nom avec ses ancêtres des droits nationaux »[1223].

[1222] Voir en ce sens COUSTON Mireille, « Les principes en droit international », *in* CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 308.
[1223] WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 147. L'auteur évoque les principes généraux de droit suivants : la force majeure, *pacta*

Il en découle que le processus de formation du principe général de droit, du point de vue d'une entité globale, se décompose en trois étapes. La norme est d'abord créée au sein d'ordres juridiques extérieurs à celui de l'entité globale, de manière indéterminée. Il y est ensuite fait référence par un interprète, qui, enfin, est susceptible de lui conférer un sens distinct de celui qui prévaut dans les ordres juridiques d'où la norme est puisée.

305. ***Conséquences quant aux sources du droit administratif global.*** Cette indétermination n'est pas une caractéristique propre aux sources du droit administratif global, dans la mesure où elle affecte tous les principes généraux de droit. Ses conséquences les plus évidentes sont qu'il est malaisé de compléter la cartographie des sources du droit administratif global par une identification précise du processus de création des principes généraux de droit qui en relèvent ; mais cette difficulté est théorique et propre à l'ensemble des ordres juridiques observés. Il semble cependant que cette confusion ambiante soit particulièrement propice au développement de discours juridiques se fondant, dans le doute ou en l'absence d'éléments permettant avec évidence de rattacher telle ou telle norme à un mode de formation connu dans l'ordre juridique où elle est observée, sur l'existence de tels principes. Pourtant, la doctrine, spécifiquement du *GAL*, n'évoque souvent que des « principes » au *sens* général et non des « principes généraux de droit », évitant la difficulté théorique. Ceux-ci ne sont, la plupart du temps – par exemple lorsqu'il est question du principe de transparence ou de principe de participation – pas des principes généraux de droits connus de manière unanime, ni uniforme, dans les ordres juridiques de référence. Aussi, les conséquences de l'indétermination d'une partie du processus de formation des principes généraux de droit sur la structure des sources formelles du droit administratif global apparaissent peu significatives. Leur analyse révèle cependant l'existence de « principes » qui ne relèvent ni de la catégorie des normes coutumières connues des ordres juridiques de référence, ni des principes généraux de droit. Ceux-ci semblent *prima facie* propres au droit administratif global ; il convient donc de les identifier plus précisément.

sunt servanda, *rebus sic stantibus*, l'obligation de réparer, le respect de la chose jugée ou encore la maxime *nemo auditur* (*ibid*.).

SECTION 2. LA FORMATION PLURILATERALE DE PRINCIPES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

306. ***Existence de normes aux sources encore indéterminées***. Envisager l'existence de normes de droit administratif global dont la source serait plurilatérale, non écrite mais non coutumière au sens des ordres juridiques de référence ni correspondant aux principes généraux de droit, semble de prime abord inviter à quitter les sentiers de l'observation du droit tel qu'il est posé pour s'égarer vers une analyse de *lege feranda*. Pourtant, il est indéniable que des normes relevant du droit administratif global répondant à ces critères de formation – ou plutôt de « non-formation » – sont appliquées, et pour certaines sont communes à toutes les entités globales rencontrées (**I**). Dès lors qu'elles résistent à la théorie des sources formelles du droit administratif global dégagée jusqu'ici, il importe de la compléter par l'intégration d'un mode atypique et universalisant, bien que demeurant plurilatéral et non écrit, de création du droit administratif global, et ainsi d'envisager l'existence de « principes du droit administratif global » (**II**).

I. La difficile identification des sources des normes non écrites communes aux entités globales

307. ***Identification de normes et résistance de leurs sources aux catégories proposées.*** Le développement qui suit part du constat qu'il existe des normes tacites dont le caractère plurilatéral – et, par conséquent, celui de leurs sources – peut être présumé par le fait qu'elles sont communes à l'ensemble des entités globales, selon des modalités parfois variables (**A**). Cependant, leurs modes de formation ne correspondent pas aux sources du droit administratif global étudiées et décelées jusqu'ici, mêmes si certains indices rendent des analogies possibles (**B**).

A. L'existence de normes communes à l'ensemble des entités globales

308. ***Essai d'identification.*** L'étude du discours des entités globales, mais également de la doctrine du *GAL*, fait apparaître des références fréquentes à des « principes » qui ne sont pas forcément communs, sous leur forme normative, aux ordres juridiques de référence, ni nécessairement inspirés d'eux. L'on pense naturellement et d'abord au principe de

transparence[1224], au principe de la motivation des décisions, au principe de consultation des personnes concernées ou encore au principe d'*accountability*. Edouard Fromageau établit une liste des principes « procéduraux » considérés comme tels par la doctrine du *GAL* : le principe de transparence, le principe de participation, le principe de l'existence d'un recours, le principe de motivation de toute décision[1225], ou encore le principe selon lequel les entités globales doivent être auditées. Ces principes ne sauraient être considérés comme des principes généraux de droit : ils ne sont pas toujours reconnus dans les ordres juridiques internes ou internationaux ; lorsqu'ils le sont, ils sont bien plus précis et leur contenu varie de manière trop importante pour que puisse en être retirée une unité pertinente. L'existence de certains d'entre eux, choisis pour leur représentativité et face à l'impossibilité – et au peu de pertinence – de l'exhaustivité, peut être approfondie ; ainsi peut-on évoquer l'audit (1) et la transparence (2).

1. Le cas de l'audit

309. ***Principe selon lequel les entités doivent être auditées – États.*** L'audit, entendu comme la vérification régulière, en interne et par un auditeur externe, des comptes d'une entité, est une pratique manifestement universelle, puisqu'aucune entité – qu'il s'agisse d'entreprises, d'organisations internationales et même de réseaux transnationaux – ne semble y échapper. Cette universalité interroge nécessairement et invite à examiner plus attentivement les fondements juridiques de l'audit au sein de ces diverses entités. Il est d'abord de nombreux cas où la loi nationale impose l'audit aux entités globales placées sous sa juridiction. Ainsi, le droit interne français prévoit parfois une obligation de créer un comité d'audit. Tel est le cas pour certains établissements publics, dont l'activité ne relève cependant pas du droit administratif global[1226] ; d'autres dispositions peuvent prévoir une fonction d'audit – sans mise en place obligatoire d'un comité dédié – au sein d'un établissement public à caractère industriel et

[1224] Pris non au sens de l'Union européenne envisagé *supra*, mais comme une obligation de publier un rapport annuel et des informations (au sens large) sur les décisions prises lorsqu'elles affectent des populations, par exemple.

[1225] Voir en ce sens la liste établie par FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 65-67. L'auteur mentionne de nombreuses références doctrinales appuyant le propos.

[1226] L'on pense par exemple aux « grands ports maritimes » créées par décret sur le fondement de l'article L5312-1 du Code des transports. L'article L5312-8-1 du même Code, créé par l'article 20 de la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue, prévoit ainsi qu'en leur sein, le « conseil de surveillance constitue en son sein un comité d'audit » dont les attributions sont « notamment le contrôle de l'efficacité des systèmes de contrôle interne, la supervision du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, l'évaluation des risques d'engagement hors bilan significatifs ainsi que l'examen et le suivi de l'indépendance des commissaires aux comptes ».

commercial[1227] ou à caractère scientifique, culturel et professionnel[1228], ou encore d'une agence régionale[1229]. Sous l'influence du droit de l'Union européenne parfois, ces obligations d'être audité, *a minima* en interne, sont également codifiées en droit national s'agissant des mutuelles[1230] ou des assurances[1231], qui sont susceptibles d'adopter des décisions globales. Les organisations publiques, à commencer par l'État, sont elles-mêmes auditées. En effet, « [l]es règles de l'audit interne du secteur marchand peuvent peu ou prou être dupliquées dans les administrations : l'esprit et les méthodes sont proches car l'audit trouve matière à s'appliquer à une grande organisation qui s'appelle l'État »[1232]. En France, l'audit a même constitué un mode de réforme de l'État consistant, « avant toute décision, de conduire une procédure préalable d'examen détaillé des propositions de réforme par un regard extérieur aux administrations elles-mêmes »[1233] :

> « [c]ette méthode de réforme de l'État par l'audit sera menée sous deux formes : les audits de modernisation de 2005 à 2007 et la révision générale des politiques publiques à partir de l'été 2007. C'est « une forme tout à fait nouvelle de gouvernance », prenant modèle sur celle de l'entreprise qui conduit à réévaluer le fonctionnement de l'État ou plutôt le coût de la qualité de ses services »[1234].

310. ***Principe selon lequel les entités doivent être auditées – entreprises transnationales.*** Plus directement concernant le droit administratif global, peut être mentionné le comité d'audit « de

---

[1227] L'exemple-type, à cet égard, est la rédaction du 4° de l'article L2102-1 du Code des transports français, qui indique que « [l]'établissement public national à caractère industriel et commercial dénommé « SNCF » a pour objet d'assurer [...] [d]es fonctions mutualisées exercées au bénéfice de l'ensemble du groupe public ferroviaire, dont [...] l'audit et le contrôle des risques » (Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, article 1er).

[1228] Tel est le cas des universités dans le cadre de leurs nouvelles responsabilités. Chaque établissement doit en effet, aux termes de l'article L712-9 du Code de l'éducation, se doter « d'instruments d'audit interne et de pilotage financier et patrimonial » (Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, article 18).

[1229] Voir ainsi l'audit interne, qui s'analyse plutôt comme une évaluation des procédures comptables, à la charge du directeur général de chaque agence régionale de santé aux termes de l'article R1432-63 du Code de la santé publique (Décret n° 2010-339 du 31 mars 2010 relatif au régime financier des agences régionales de santé, article 2).

[1230] Voir ainsi l'article L211-12 du Code de la mutualité, aux termes duquel les « mutuelles et unions élaborent des politiques écrites relatives au moins à la gestion des risques, au contrôle interne, à l'audit interne » (ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II), article 14).

[1231] Voir par exemple l'article L354-1 du Code des assurances, rédigé sensiblement de la même manière que l'article L211-12 du Code de la mutualité car transposant la même directive (*ibid*., article 4).

[1232] MORDACQ Franck, *La réforme de l'État par l'audit*, Paris, LGDJ, Systèmes, 2009, p. 68. L'auteur examine également les programmes de réforme par l'audit ou des méthodes proches dans d'autres États, attestant le caractère répandu de ce phénomène : « revue des programmes » au Canada, « efficiency reviews » au Royaume-Uni, « national performance review » aux États-Unis, ainsi que d'autres méthodes aux Pays-Bas, Italie, Portugal, Australie, Nouvelle-Zélande, Allemagne et pays nordiques (*ibid.*, pp. 81-83).

[1233] *Ibid*., p. 69.

[1234] *Idem*, citant BOUVIER Michel, « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA*, 2008, p. 329.

trois à cinq membres qualifiés en matière d'analyse financière et d'évaluation des risques » désigné, selon l'article R515-19 du Code monétaire et financier[1235], par le conseil d'administration de l'Agence française de développement – qui peut mener des opérations pour le compte de l'État, actions pouvant relever de l'étude[1236]. Mais c'est surtout à l'égard des sociétés privées – et donc des entreprises multinationales – que le droit français a codifié l'exigence d'un audit. L'audit des entreprises privées, existant depuis le XIX[ème] siècle, serait officiellement entré en vigueur en 1935 dans l'ordre juridique français – mais aurait pris toute sa mesure dans les années 1960[1237]. Au Royaume-Uni, l'obligation d'un audit pour les *limited companies* a été codifiée en 1900 ; mais la doctrine précise que « dès la fin des années 1880, la plupart des sociétés cotées à la place de Londres faisaient auditer leurs comptes par des membres de la profession »[1238]. Aux États-Unis, l'*American Association of Public Accountants*, organisation professionnelle rassemblant les auditeurs du pays et ancêtre de l'actuel *American Institute of Certified Public Accountants*, a vu le jour en 1887[1239], ce qui implique la préexistence de l'audit financier. Dans tous les cas, l'audit financier constitue, selon les termes des chercheurs en sciences sociales, « une institution historiquement construite qui bénéficie [...] d'une légitimité sociale – issue d'une tradition avérée et qui lui donne une stabilité »[1240]. Dans le même sens, plusieurs auteurs considèrent que « from the middle of the 1800 and early 1900, the practice of auditing was considered to be a kind of « traditional conformation of the role of audit » »[1241]. Un auteur le fait même remonter à l'Antiquité :

> « [h]istoriquement, les premières démarches de normalisation et de contrôle des comptes remontent à l'Antiquité. Les Sumériens du deuxième millénaire avant J.C. avaient déjà compris l'utilité d'établir une information objective entre partenaires économiques. Le fameux code d'Hammourabi ne se contentait pas de définir des lois commerciales et

[1235] Décret n° 2017-582 du 20 avril 2017 modifiant les statuts de l'Agence française de développement, article 1er.
[1236] En effet, au titre de l'article R515-18 du même Code, les « concours de l'agence peuvent être consentis sous forme de prêts, d'avances, de prises de participation, de garanties, de dons ou de toute autre forme de concours financier. Ces concours sont consentis aux États, à des organisations internationales, à des personnes morales de droit public ou de droit privé, notamment des organisations non gouvernementales engagées dans le développement, ou à des personnes physiques » (*ibid.*).
[1237] Voir RAMIREZ Carlos, « Du commissariat aux comptes à l'audit. Les *Big 4* et la profession comptable depuis 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 146-147, 2003, p. 65, et les références afférentes. L'auteur cite en particulier deux études historiques à l'appui de son propos.
[1238] MIKOL Alain, « The evolution of auditing and the independent auditor in France », *European Account Review*, 1993, n°1, p. 1.
[1239] ROBERTS Thomas Cullen, CANNON James G., « American Association of Public Accountants (1908) », *Accounting Historians Journal*, vol. 14, n° 2, 1987, p. 99.
[1240] HERRBACH Olivier, *Le comportement au travail des collaborateurs de cabinets d'audit financier : une approche par le contrat psychologique*, Thèse de doctorat en sciences de gestion soutenue le 8 décembre 2000, Université de Toulouse 1, p. 6.
[1241] LLADROVCI Ramiz, « The EU Legal Audit Framework – The Case of Kosovo », *Acta Universitatis Danubius*, vol. 13, n°3, 2017, pp. 134-143, p. 134, citant LEE Teck-Heang, AZHAM Md. Ali, « The evolution of auditing: An analysis of the historical development », *Journal of Modern Accounting and Auditing*, vol. 4, n° 12, 2008, pp. 1-8.

> sociales générales, mais mentionnait explicitement l'obligation d'utiliser un plan comptable et de respecter des normes de présentation afin d'établir un support fiable de communication financière. Plus tard, dès le IIIe siècle avant J.C., les gouverneurs romains ont nommé des questeurs chargés de contrôler les comptabilités de toutes les provinces. C'est de cette époque que provient l'origine du terme « audit », dérivé du latin *audire* qui veut dire « écouter ». Les questeurs rendaient en effet compte de leur mission devant une assemblée constituée d'« auditeurs » »[1242].

L'ancienneté de ces pratiques et leur universalité de principe – car les applications précises de l'audit peuvent varier dans le temps et dans l'espace, – nous semblent indiquer avec évidence la préexistence d'une norme tacite à sa codification par les États ou les associations professionnelles, puis, comme il le sera vu *infra*[1243], par les organisations internationales. Qu'il s'agisse de l'administration générale ou locale ou, à partir du XIX^{ème} siècle essentiellement, des entreprises[1244], l'idée selon laquelle une forme de certification des comptes rend objectivement plus *fiables* les informations transmises et renforce l'image positive de l'entité en question apparaît bien implantée. Les mentions régulières de cette pratique avant sa codification sont autant d'indices de la préexistence d'une norme tacite et commune – au moins à l'égard des entités globales correspondant structurellement à des entreprises multinationales.

311. ***Principe selon lequel les entités doivent être auditées – organisations internationales.*** Il est de prime abord peu aisé de confirmer cette observation par l'analyse de l'audit au sein des organisations internationales. Si certaines pratiquent l'audit depuis leur création sur le fondement d'un texte écrit[1245], beaucoup, à l'inverse, ont commencé à pratiquer tardivement l'audit[1246] et/ou seulement après une décision interne correspondant à un acte unilatéral. Cependant, il s'agit là d'informations très difficiles à obtenir et à confirmer, d'autant qu'aucune

---

[1242] HERRBACH Olivier, *Le comportement au travail des collaborateurs de cabinets d'audit financier : une approche par le contrat psychologique*, *op. cit.* note 1240, p. 17. Dans le même sens et avec des références précises à Aristote, à l'Angleterre du 12ème siècle ou encore aux cités italiennes de la fin du 14ème siècle, voir LEE Teck-Heang, AZHAM Md. Ali, « The evolution of auditing: An analysis of the historical development », *ibid.* p. 2.

[1243] Voir le §311.

[1244] Le développement de l'audit correspond en effet, à la lecture de la doctrine, au développement de l'activité industrielle à partir de la seconde moitié du 19ème siècle ; voir les références citées en notes *supra*.

[1245] Tel est en particulier le cas de la plupart des organes subsidiaires ou organisation fondées au sein de l'ordre juridique d'une organisation plus vaste, qui en adopte les règles. Ainsi l'exemple d'UNIDROIT, organe auxiliaire de la Société des Nations créé en 1926, dont le Règlement financier de 1924 inclut des règles sur l'audit héritées des règles de la SDN (informations issues d'un échange de courriels avec Lena Peters, Senior Legal Officer à UNIDROIT, le 21 octobre 2018). Dans le même ordre d'idées, l'Agence internationale de l'énergie, bien qu'autonome, est placée sous la juridiction de l'OCDE dont elle applique l'architecture financière relative à l'audit.

[1246] Tel est le cas de l'OIF. Bien que l'Agence de Coopération Culturelle et Technique (ACCT) ait été créée en 1970 (devenue Agence de la Francophonie en 1997 puis Organisation internationale de la Francophonie en 2005), ce n'est, selon la Directrice de l'audit interne, qu'en 2015, avec l'adoption d'un Règlement financier incluant l'audit, que celui-ci a débuté (informations issues d'un échange de courriels avec Mme Aissatou Thioro Dia NDIAYE, Directrice de l'Audit Interne de l'OIF, le 22 octobre 2018).

étude d'ampleur n'existe, à notre connaissance, sur ce sujet[1247]. Lorsque l'audit n'est pas prévu dès les textes fondateurs, l'éventuelle pratique antérieure à la décision d'instaurer l'audit est le plus souvent inconnue, même lorsqu'il semble évident que l'audit préexistait[1248]. Le discours des entités globales repose généralement, en effet, sur la codification de la règle en interne, sans que les acteurs n'aient la plupart du temps connaissance des raisons et circonstances dans lesquelles celle-ci a pu avoir lieu, ni d'une éventuelle pratique antérieure.

312. ***Conclusion quant à la source de la norme commune prévoyant l'audit des entités globales***. Malgré la difficulté parfois d'accéder à des informations complètes, il ressort avec suffisamment d'évidence de ces éléments qu'il existe une pratique (la plupart du temps codifiée ultérieurement par un instrument dont la qualité de source ne fait pas débat), de l'audit des entités globales – mais aussi, plus largement, d'autres entités ne répondant pas à ces critères, ce qui ne remet toutefois pas en cause la pertinence du propos. Cette pratique, tacite puis écrite, a manifestement émergé de toutes parts, sans qu'il soit possible d'identifier un acteur qui soit historiquement moteur du développement de cette norme. Il n'existe toutefois pas, à ce jour, de convention internationale prévoyant une obligation d'audit généralisée des entités globales privées et publiques, qu'elles soient nationales, transnationales ou internationales, de sorte qu'il faut convenir du caractère original de la formation de cette norme.

2. Le cas de la transparence

313. ***Possibilité de généraliser le propos à d'autres normes identifiées.*** Au-delà de l'audit, l'on peut légitimement se demander si certaines actions des entités globales ne constituent pas la manifestation d'un principe de « transparence » à géométrie variable, mais dont certains éléments apparaissent communs à toutes les entités globales. Ainsi en est-il de la pratique consistant, pour la majorité sinon la totalité des entités globales, à créer et entretenir un site internet pour présenter leur activité et leur organigramme, en l'absence de toute norme écrite le prévoyant ni même le préconisant. En effet, tant la création que l'entretien de tels sites internet constituent un investissement fort coûteux et objectivement peu utile si l'entité ne mène aucune

[1247] Voir cependant les développements *supra*, §125.

[1248] Tel est le cas de l'UIT, dont le directeur de l'audit interne s'exprime en ces termes : « I joined ITU IA in 2004 and I am not sure when exactly the function was created. I know that my predecessor was here since 1997 and that there was virtually no one else prior to him » (informations issues d'un échange de courriels avec M. Frank H. Sap, Directeur de l'Audit Interne de l'UIT, le 2 novembre 2018). Les échanges ultérieurs confirment que l'audit interne n'était pas *formalisé* avant 1997, mais il est, au regard du contexte de la pratique de l'audit dans les années 1990, hautement improbable qu'il n'ait pas existé sous une forme ou une autre.

activité commerciale à promouvoir – comme c'est le cas de nombreuses entités globales publiques – et demeurent douteux s'agissant de nombreuses entités hybrides ou privées dont l'activité ne concerne les internautes individuels qu'au stade des effets de leurs décisions. L'on peut y voir la volonté de transparence et un outil de légitimation de leur action qui n'est, ainsi, pas totalement opaque aux yeux de la société civile, et partant envisager l'existence d'une norme commune en faveur de la création d'un tel outil, dont la source reste indéterminée mais n'apparaît pas différente, quant à la forme, de celle des obligations d'audit. D'autres déclinaisons de la vaste catégorie de la « transparence » peuvent être mentionnées, dont l'universalité ou la quasi-universalité sans la présence systématique d'une norme écrite les commandant suggère l'existence d'une telle norme tacite ; ainsi la pratique, de plus en plus répandue, selon laquelle les entités globales – de tout type – mettent à disposition du public un rapport annuel plus ou moins documenté comprenant des informations relatives à leur activité.

B. La résistance des sources des normes communes aux modes de formation identifiés

314. ***Absence de correspondance avec les sources coutumière et des principes généraux de droit.*** Le caractère non écrit de ces normes invite à « tester » leur correspondance avec d'autres normes de droit administratif global générées par des modes de formations déjà identifiés au cours de l'étude. Cependant, celles-ci ne correspondent ni aux sources coutumières (1), ni aux sources désignées par l'expression « principes généraux de droit » (2).

1. L'invalidation de l'hypothèse de la coutume internationale

315. ***Problème du caractère « international » de la source coutumière.*** En premier lieu, les principes dégagés ne sauraient relever du processus de formation coutumier international – que l'on cherche à déterminer s'il s'agit de normes coutumières ou de principes généraux *du* droit international. Les conditions que sont l'existence d'une pratique et d'une *opinio juris* paraissent, certes, de prime abord, pouvoir être remplies par plusieurs de ces principes – notamment s'agissant de l'audit, comme on l'a vu. Cependant, une problématique *ratione personae* se pose : la coutume internationale n'est formée, par définition, que par les sujets de l'ordre international. La notion de personnalité juridique, c'est-à-dire « l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations »[1249] limite en effet la pertinence de la source coutumière

[1249] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public,* Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 819, entrée « Personnalité (juridique) ».

internationale aux États et aux organisations internationales, rendant difficile son extension aux entités privées. L'on pense ainsi aux entités régulant certains domaines sans pouvoir se prévaloir de la personnalité juridique internationale, à l'instar de l'ICANN, ou plus largement aux entreprises transnationales. Il est bien sûr possible de considérer que la coutume internationale, en tant que norme, s'applique – selon les mécanismes de transposition pertinents – au sein des ordres juridiques internes, qui sont les ordres de référence de ces entités et qu'elle s'applique par conséquent à ces dernières, par leur intermédiaire. Il s'agit là, cependant, d'un raisonnement concernant les *normes* et non leurs éventuelles sources formelles communes. Par ailleurs, le caractère « commun » de cette source au sein des ordres juridiques des entités globales apparaît, dans cette hypothèse, fortement dilué, et il reste très difficile d'exposer clairement les raisons pour lesquelles ces normes parviennent à s'appliquer de manière aussi systématique au sein des entités hybrides ou privées, alors même que leurs ordres juridiques de référence n'accordent pas une place significative à la coutume internationale dans leurs systèmes normatifs. Il n'est en effet pas niable qu'au-delà de l'ordre juridique international qui n'en prévoit pas, les ordres de référence des entités globales que sont les ordres étatiques peuvent introduire une hiérarchie des sources, réservant une place peu significative à la coutume internationale[1250]. À titre d'illustration, il est difficile de se contenter de l'hypothèse de la source coutumière internationale, dont le produit est considéré comme infra-législatif en France, pour expliquer le développement simultané et universel de l'audit, d'autant que celui-ci s'applique à une diversité d'entités globales dont plusieurs ne disposent d'aucune personnalité internationale susceptible de justifier son application.

316. ***Hypothèse de l'extension de la personnalité juridique internationale aux entités globales.*** *In fine*, ce n'est pas tant le processus coutumier en lui-même dont l'existence est douteuse : ses conditions apparaissent *prima facie* réunies, ce que confirmera une analyse plus approfondie[1251]. C'est son rattachement à l'ordre juridique international, qui est pourtant le principal système générateur de normes coutumières susceptibles d'être appliquées dans le champ du droit administratif global du fait de la prédominance *ratione materiae* comme *ratione personae* du droit international dans ce champ, qui soulève de nombreuses difficultés. En

[1250] Les coutumes internationales ont ainsi, en France, fait l'objet de jurisprudences administratives les considérant comme inférieures à la législation interne. Cette solution génère ainsi une distinction hiérarchique, inconnue du droit international, entre les sources de ce droit dans l'ordre interne ; voir CE, Ass, 6 juin 1997, *Aquarone*, n°148683, et le commentaire de cet arrêt par Erika HENNEKET *in* PELLET Alain, MIRON Alina (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 1ère édition, 2015, pp. 265-275.

[1251] Voir *infra*, §§331 et suivants.

somme, l'hypothèse coutumière internationale aurait pu être validée – sous réserve de la vérification que ses conditions sont bien remplies pour chacun des « principes » invoqués – si elle ne conduisait pas à limiter structurellement la portée des normes produites. Il est possible, avec Édouard Fromageau, de voir dans le développement des normes du droit administratif global un phénomène invitant à admettre une extension de la personnalité juridique internationale à d'autres entités que celles jusqu'ici admises comme pouvant s'en prévaloir[1252]. Cette idée repose sur le constat selon lequel

> « [l]es interactions entre le GAL et le droit international public laissent en définitive entrevoir une grande similitude entre, d'une part, les organisations internationales formelles lorsqu'elles exercent un pouvoir de régulation (ou une autorité publique), et les institutions dénuées de personnalité juridique internationale dans la même position. Cette similitude vient questionner la pertinence de cette barrière conceptuelle que serait la personnalité juridique internationale. Compte tenu de cette similitude, est-il toujours pertinent de traiter ces institutions qui, parce qu'elles ne sont pas dotées d'une personnalité juridique internationale et pas instituées par traité, sont considérées comme n'appartenant pas à la catégorie « organisations internationales » ? Une voie vers l'intégration de ces institutions est de prendre en considération aussi bien les organisations internationales, dotées d'une personnalité juridique internationale, et ces institutions, dotées d'une personnalité juridique interne, comme formant plusieurs « types d'organisations internationales », ces différents types étant identifiés à l'aide de critères additionnels »[1253].

Cette proposition, qui revient à considérer que la plupart des entités globales pourraient finalement se prévaloir de la personnalité juridique internationale, aurait pour conséquence de résoudre, temporairement sans doute, la question de la source de ces principes. Mais, d'une part, une telle solution doctrinale relève pour l'instant de la *lex ferenda*. D'autre part, bien qu'invitant à la réflexion, elle soulève potentiellement de nombreuses difficultés juridiques, à commencer par la question de la responsabilité de ces « nouvelles » organisations internationales au fonctionnement fort distinct des organisations intergouvernementales. Si ces dernières pourraient sans doute être résolues, un troisième argument vient enfin relativiser la portée de cette proposition. En effet, cette dernière ne résout pas toutes les difficultés posées par l'existence de ces principes, dans la mesure où l'auteur n'inclut pas dans le champ de l'analyse du *GAL* les entreprises transnationales, lesquelles résistent à l'évidence à la qualification d'organisation internationale – même étendue. Il convient donc de rechercher une autre explication au développement simultané et universel de normes non écrites.

[1252] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 1225, spéc. pp. 218-220.

[1253] *Ibid*., p. 218, citant LAGRANGE Évelyne, « Chapitre 2. La catégorie « organisation internationale » », *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des Organisations Internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 56.

2. L'invalidation de l'hypothèse des principes généraux de droit

317. ***Rejet de la proposition par la doctrine du* GAL.** L'hypothèse de la coutume internationale étant peu fructueuse à raison de la limitation du champ de cette source à l'ordre international, celle des principes généraux de droit, tels qu'envisagés précédemment, se pose logiquement. En effet, ceux-ci étant communs aux « nations civilisées », ou, de manière plus contemporaine, à de nombreux systèmes juridiques, leurs sources paraissent pouvoir être plus aisément mobilisées pour comprendre la formation des « principes » étudiés. Pourtant, les concepteurs du *GAL* ont rapidement écarté cette idée. Selon Benedict Kingsbury et Megan Donaldson,

> « [r]ecourse to general principles of law as a source of law in general international law has been quite limited, and the general principles relied upon have typically included only principles on which there is a high degree of convergence; the diverse and fragmented practices associated with global administration are unlikely to qualify, at least at this stage, as general principles »[1254].

En d'autres termes, le critère de la « généralité » ne serait pas systématiquement présent dans les normes créées, de sorte que leur génération par la source nommée « principes généraux de droit » ne serait pas possible. De manière plus détaillée mais se fondant sur des arguments en partie différents, le premier auteur exposait dès 2005 et le début du projet scientifique que

> « an attempt might be made to enlarge the rubric of "general principles of law" in the ICJ Statute so as to accommodate the principles of global administrative law. Such a project faces two practical obstacles that, while not insuperable, will not easily be overcome. First, the sources of global administrative law are more diverse, its content much fuller, and its scope more comprehensive than the propositions the ICJ has hitherto endorsed in its very limited jurisprudence of "general principles of law". Second, the status of "general principles" would imply that the principles of global administrative law all enjoy the hierarchical status of international law vis-a-vis other normative systems, such as national law. Practice is a long way from this at present. Principles are applied, but often without a strong sense of hierarchical obligation or even of formal sources »[1255].

Le premier argument repose sur le mode de reconnaissance des principes généraux par la Cour internationale de Justice et le caractère réduit de la catégorie des normes en découlant, et n'est que partiellement pertinent dans la mesure où il a été montré que les principes généraux

[1254] KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 473, §20.
[1255] KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 99, 2005, p. 148.

préexistent à leur reconnaissance[1256]. Il est d'ailleurs intéressant de relever que Benedict Kingsbury présente, dans ces écrits, une conception formaliste des principes généraux de droit qui tranche avec la déformalisation des normes – et des sources – défendue de manière simultanée. Le second argument, plus convaincant à nos yeux, renvoie à celui qui a été avancé s'agissant de la coutume internationale : si les « principes » observés constituaient des principes généraux de droit au sens du droit international ou du droit interne, ceux-ci jouieraient de la même qualité hiérarchique que les autres normes similaires dans tous les ordres juridiques pertinents. Or, tel n'est manifestement pas le cas puisque ces principes sont appliqués de manière large, mais disparate quant à leurs valeurs qui varient d'un ordre à l'autre voire au sein du même ordre juridique. Par exemple, le degré de transparence des organisations internationales est particulièrement variable, de la même manière que la mesure dans laquelle elles conduisent – et communiquent sur – les audits réalisés. Comparer même superficiellement les mêmes pratiques au sein des autres entités globales conduit à relever l'évidence que l'hypothèse des principes généraux de droit international ne permet pas d'expliquer cette diversité.

318. ***Position de la doctrine extérieure au* GAL.** De manière générale, ces propos sont confirmés par les auteurs ne se plaçant pas dans la perspective prospective du *GAL*, qui constatent parfois l'émergence d'un discours doctrinal insuffisant à démontrer l'existence de tels principes généraux de droit. Comme le relève Valère Ndior en matière financière internationale, la doctrine est

> « prompte à identifier des standards transversaux de transparence, de légitimité, d'association des populations au processus décisionnel, de légitimation de ce dernier et plus globalement de responsabilisation de l'organisation internationale. La normativité, acquise ou espérée, de ces standards est généralement recherchée dans le creuset commun des droits internes et dissiperait, selon certains, les craintes suscitées par le risque de fragmentation du droit international »[1257].

Aucun de ces principes n'a pour l'instant été consacré en tant que principe général de droit – au sens du droit international – par un juge ou un arbitre international. Leur absence de normativité dépend, en revanche, du point de vue depuis lequel se place l'observateur, ce qui conduit à relativiser à la fois l'engouement en faveur de la reconnaissance de ces principes, et

[1256] Voir *supra*, §303.
[1257] NDIOR Valère, *La participation d'entités privées aux activités des institutions économiques internationales. Contribution à l'étude de l'*accountability *des organisations internationales*, Thèse de droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université de Cergy Pontoise, p. 328.

la pétition de principe en sa défaveur. Ces éléments permettent en réalité de penser que l'hypothèse d'une reconnaissance future, sans doute subordonnée à des précisions quant au contenu et au champ d'application desdits principes, n'est pas totalement déraisonnable. À l'heure actuelle, ces propos ne relèvent naturellement que de la *lex feranda* – quoique la question de l'*opportunité* de favoriser la reconnaissance de tels éventuels principes n'a, à dessein, pas été abordée.

319. ***Perspectives de recherche.*** Il ressort de ce qui précède que les sources classiques non écrites du droit international que sont les sources coutumières et des principes généraux de droit ne sont pas pleinement satisfaisantes pour expliquer l'apparition simultanée, massive, mais volatile, sur le fond, des normes étudiées. Deux hypothèses s'offrent alors à l'observateur. Il est possible, d'une part, de concéder qu'il s'agit là d'un simple lien analogique conduisant plusieurs entités relevant de plusieurs ordres à admettre, du fait de l'existence de sources coutumières internes, l'existence de normes non écrites. Une autre solution est d'envisager l'existence d'une autre source non écrite commune aux entités globales rencontrées.

II. Des normes qualifiables de principes « du » droit administratif global

320. ***Obstacles théoriques et nature coutumière des sources étudiées.*** L'hypothèse de l'existence de principes du droit administratif global, en tant que sources de principes pouvant porter le même nom, se heurte d'abord à des difficultés théoriques (**A**). Cependant, celles-ci sont surmontables, de sorte que l'étude des sources formelles du droit administratif global fait *in fine* apparaître un processus spécifique de formation coutumière de ces principes (**B**).

A. Les conditions de l'existence de principes généraux du droit administratif global

321. ***Problème de l'ordre juridique et généralité des principes.*** Le premier obstacle rencontré par l'hypothèse de l'existence de « principes généraux du droit administratif global » en tant que normes – dont la source pourra être ensuite identifiée – réside dans la détermination de leur ordre juridique d'origine. Dans la mesure où une conception résolument pluraliste de l'ordre juridique est adoptée dans cette étude, et qu'en conséquence il n'est pas possible de les rattacher théoriquement à un ordre juridique unique global dont l'existence n'est pas avérée (1), il convient de déterminer comment, dans ce contexte, ces normes peuvent être pensées. Il en ressort qu'au-delà de l'hypothèse de l'ordre juridique global, les principes généraux « du » droit

administratif global peuvent être identifiés en marge de toute idée d'ordre juridique, constituant seulement l'indice de l'existence d'un *corpus juris* (2).

1. La nécessaire déconnexion de l'idée d'ordre juridique global

322. ***Absence d'acceptation* a priori *de l'existence d'un ordre juridique global.*** De prime abord, proposer l'existence de principes « du » droit administratif global semble revenir à proposer l'assimilation de l'ensemble « droit administratif global » à un ordre juridique capable de développer ses propres modes de formation du droit. En effet, si les principes généraux de droit sont puisés dans des ordres juridiques, on imagine mal comment des principes généraux *du* droit administratif global pourraient émerger du vide et être propres à cet ensemble. De tels principes ne pouvant exister, selon ce premier argument, sans ordre juridique global, ceux que l'on pourrait également découvrir seraient plutôt des principes généraux *de* droit applicables en droit administratif global ; or, comme cela a été démontré, tel n'est pas le cas. Pourtant et d'un autre côté, nous n'admettons pas *a priori* l'existence d'un ordre juridique global, entendu comme un quelconque ordonnancement des normes ou de leur formation[1258]. Les entités globales apparaissent trop diverses et variées, sans liens juridiques entre elles, pour que des indices primitifs d'un tel ordonnancement puissent être dégagés. L'existence de normes non écrites communes aux entités globales relève plutôt d'une *dynamique* commune que d'une source formelle unique qui serait « reçue », par un dispositif de transposition ou de réception, au sein de tous les ordres juridiques partiels des entités globales. En effet, sauf à considérer que toutes les entités globales fonctionnent de manière moniste, ce qui est fort douteux, un mécanisme de réception des normes extérieures devrait exister pour intégrer ces normes de sources non écrites à leurs ordres juridiques. Or, il est impossible de déceler, ni dans la pratique, ni dans le discours juridique des entités globales, une éventuelle référence à des normes qui ne seraient générées par des ordres juridiques nommément désignés – le droit interne, le droit international, le droit de l'Union européenne par exemple. Cet élément suffit, à notre sens, à invalider l'hypothèse de sources non écrites de droit administratif global reconnues de manière générale au sein d'une ordre juridique global, et, par conséquent, celle de l'existence de principes généraux du droit administratif global propres à un tel ordre juridique.

[1258] Ce point fait l'objet de développements *infra*, §§526 et ss.

2. La nécessaire déconnexion de l'idée d'ordre juridique

323. ***Possibilité de déconnecter les principes généraux du droit de la notion d'ordre juridique.*** Il apparaît enfin que le lien entre principes généraux propres à un droit, à l'instar du droit administratif global, et un ordre juridique propre à ce « droit » spécifique, n'est de toutes façons pas une condition indispensable à l'existence de tels principes. La doctrine n'hésite ainsi pas à identifier l'existence de principes généraux du droit de l'environnement, pour ne prendre que cet exemple[1259]. Pour se convaincre de leur existence au-delà du discours doctrinal, un raisonnement par analogie est possible. C'est ainsi que le juge administratif français n'hésite pas à évoquer l'existence de principes généraux propres à une branche de droit, et non rattachés à un ordre juridique. L'on pense, sans exhaustivité, aux principes généraux du droit de la commande publique[1260], aux principes généraux du droit pénal[1261], aux principes généraux du droit de l'extradition[1262], aux principes généraux du droit applicables aux réfugiés[1263], aux principes généraux du droit du travail[1264] ou encore aux principes généraux du droit électoral[1265]. Dans tous ces cas, il n'est pas possible d'avancer l'existence d'un ordre juridique

[1259] Voir en particulier, sur leur renforcement, NADAUD Séverine, « Catastrophes écologiques et retour d'expérience. Quelles évolutions, quelles révolutions pour le droit de l'environnement ? », *Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n°10, mars 2017, pp. 30-34.

[1260] Pour une première mention expresse par le Conseil d'État, voir CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n°330054. Ces principes sont codifiés par l'article 1er du Code des marchés publics et comprennent « en particulier des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » (récemment, voir CE, 9 octobre 2019, *Arrou et autres*, n°s 430538 et 431689, cons. 25). Il s'agit d'une interprétation conforme de la jurisprudence constitutionnelle, qui a considéré dès 2003 que ces principes constituent le « droit commun de la commande publique » et ont valeur constitutionnelle (CC, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 18).

[1261] CE, Ass, 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n°58502. En relèvent notamment l'existence d'une voie de recours. Voir également les « principes généraux du droit pénal et des libertés publiques » (CE, 10 juin 1991, *Association de parents et amis de détenus « Solidarité-Prison » et Œuvre de la visite des détenus dans les prisons*, n°s 105192 et 105196).

[1262] CE, Ass, 25 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, n°62847. Ceux-ci interdisent notamment l'extradition si l'infraction est de nature politique ou si le système juridique de l'État requérant ne respecte pas les droits fondamentaux.

[1263] CE, Ass, 1er avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, n°85234. Ceux-ci se distinguent des précédents en ce qu'ils constituent la recherche de « l'essence » du dispositif international de protection des réfugiés – en particulier le principe de non-livraison du titulaire du statut de réfugié à son pays d'origine.

[1264] CE, 22 février 1989, *Roussel c. SNCF*, n°69332.

[1265] CE, 2 juin 1999, *Meyet*, n°208068. Le juge administratif y considère que le pouvoir du gouvernement de retarder l'heure de fermeture d'un scrutin ne peut « s'exercer qu'en vue de faciliter aux électeurs l'exercice de leur droit de vote ». L'existence des principes généraux du droit électoral a en outre été codifiée par le Code du travail et reconnue par le Conseil constitutionnel (CC, Décision n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017, *Confédération générale du travail – Force ouvrière* ; CC, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* ; citant cette dernière décision, voir CE, 1er avril 2019, *CGT, FO et autres*, n°s 417652, 418525, 418619, 418673).

dédié : l'unité des normes visée est matérielle. Ces principes, qu'ils soient codifiés par la loi, dégagés de l'esprit d'un régime international ou reconnus *ex nihilo* par le juge, sont par conséquent propres à un *corpus juris* spécifique, ce qui démontre qu'une telle déconnexion de la notion d'ordre juridique est possible.

324. ***Pertinence d'une analyse* ratione materiae *des principes généraux étudiés.*** Sur ce modèle, il est donc proposé d'écarter temporairement le caractère déterminant de l'existence d'un ordre juridique global, et d'ouvrir ainsi, sur le plan théorique, la possibilité de qualifier de « principes généraux du droit administratif global » les principes étudiés. Autrement dit, il ne s'agit pas d'écarter d'un revers de la main l'argument de l'ordre juridique, mais de tenter de considérer, temporairement, qu'il n'est pas indispensable à l'existence de principes généraux du droit administratif global. La mise en évidence d'un *corpus juris*, qui constitue l'une des prémices de cette recherche, suffit à admettre qu'il puisse exister des « principes généraux » structurants de ces normes, contribuant d'ailleurs à l'unité matérielle du droit administratif global. Cette proposition ne permet cependant que de dégager des *normes* non écrites identifiables par la terminologie proposée, mais dont les sources demeurent à découvrir. Leur analyse indique que celles-ci sont coutumières.

B. La source coutumière des principes généraux du droit administratif global

325. ***Adéquation de la coutume comme prisme d'appréhension des sources des normes identifiées***. L'idée de sources coutumières – le pluriel étant de rigueur au regard de l'absence de preuves quant à l'existence d'un ordre juridique unique – générant des principes généraux du droit administratif global, même si elle n'est à notre connaissance pas évoquée par la doctrine, n'est pas iconoclaste. Comme l'indiquent les Professeurs Carreau et Marrella à propos d'autres secteurs d'activité,

> « [l]a *coutume* apparaît pour ces domaines nouveaux du droit international comme la seule source de droit possible avec les *principes généraux de droit*, en raison de sa souplesse, de son informalisme et, pourrait-on dire, de son caractère « feutré ». Elle permet, de surcroît, d'instituer des relations juridiques stables et précises entre sujets (États, personnes privées, organisations internationales) possédant des statuts extrêmement différents. En ce sens, la coutume apparaît comme une source « novatrice », féconde et irremplaçable du droit international. Loin de disparaître, son rôle ne fait qu'augmenter dans l'ordre international, du moins dans certains secteurs nouveaux

> comme les secteurs économiques et financiers, ce qui suffit à assurer à la règle un bel avenir »[1266].

L'hypothèse des principes généraux de droit ayant été écartée, celle de la coutume demeure d'actualité, à condition de se départir de sa vision formellement interétatique – que rejettent d'ailleurs, en partie, les auteurs suscités en intégrant dans leur analyse les phénomènes transnationaux privés. Il n'est donc pas question de rechercher l'existence de sources coutumières *internationales* des principes généraux identifiés, cette entreprise ayant été menée et écartée *supra*[1267], mais de considérer la piste coutumière comme ouverte dans la recherche de l'identification de leurs modes de formation. Cette piste est rendue possible par l'existence de la coutume, en tant que source du droit, dans la quasi-intégralité des ordres juridiques du monde, de sorte que sa capacité à générer des normes relevant du droit administratif global n'est pas niable (1). L'existence de pratiques, s'agissant des principes généraux du droit administratif global, ayant été mise en évidence *supra*[1268], cette piste est confirmée par une série d'indices de nature à mettre en évidence l'existence d'une *opinio juris* (2).

1. Le caractère universel de la source coutumière

326. ***Nécessité de rechercher si la coutume constitue une source de droit universelle.*** Le premier élément de réflexion à verser aux débats quant aux sources des principes généraux du droit administratif global est la *possibilité* que celles-ci soient coutumières. Pour ce faire, il est indispensable que ces sources existent, sans préjudice de la valeur des normes produites, dans tous les ordres juridiques des entités globales. Il a justement été vu que la source coutumière existait dans l'ordre international, et dans les ordres transnationaux privés. Dans les ordres étatiques, qui constituent les ordres de référence de nombreuses entités globales privées comme publiques, la situation est plus complexe : malgré son caractère complet et achevé, l'ordre interne étatique est pluriel et spécifique à chaque État. L'impossibilité matérielle d'examiner le phénomène conduisant l'usage à former du droit dans chaque ordre juridique interne apparaît avec évidence. Il n'est possible que d'effleurer la question ; ce survol, malgré sa superficialité, montre que l'usage existe également dans la plupart des ordres internes, avec cependant des significations juridiques très variables.

[1266] CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 12ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2018, p. 328.
[1267] Voir *supra*, spécifiquement §315.
[1268] Voir *supra*, §§308-313.

327. ***La coutume, source de droit interne en France, en Allemagne et au Royaume-Uni.*** Bien que peu considérée, la source coutumière existe dans l'ordre juridique français. Certains auteurs en doutent certes, à l'instar de René Chapus[1269], lequel ne semble d'ailleurs pas porter d'intérêt pour ce mode de production du droit en général[1270]. Comme le relève Benoît Plessix, « dans la grande majorité des cas, il y a toujours, à l'arrière-plan d'une coutume dont le juge fait application, un texte qui la reprend, lui communique sa validité et la relie au système étatique formel »[1271]. Il est néanmoins des cas, rares, où les textes confient aux juges la charge de conférer « validité effective à des règles coutumières »[1272] ; il faut dès lors en déduire que la coutume est une source du droit interne français – administratif, au moins. Cette conclusion est également valable dans d'autres droits administratifs, par exemple en Allemagne où, bien que de manière controversée, la coutume est considérée comme une source dès les années 1930[1273], mais « ne joue plus aujourd'hui qu'un rôle secondaire »[1274]. Le phénomène coutumier est plus connu dans les ordres juridiques utilisant la *common law*. Même si celle-ci n'est « à proprement parler ni une jurisprudence, ni une coutume »[1275], ces systèmes reconnaissent plus aisément la coutume comme source de droit. En particulier, les *constitutional conventions* sont nombreuses en droit britannique[1276] – sans être d'ailleurs inconnues en France[1277].

[1269] CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 28 : « [q]uant à la coutume, au sens juridique et strict du terme (association d'un usage et de la conviction qu'il traduit l'existence d'une règle de droit), rien *a priori* n'exclut l'existence en matière administrative de cette source de droit. Mais, dans les faits, si, en cette matière, l'existence d'usages n'est pas douteuse […], celle de coutumes est problématique ». L'auteur n'apporte néanmoins aucune information supplémentaire quant au caractère problématique de l'existence de ces coutumes. Gérard Teboul offre de son côté un aperçu des problématiques théoriques soulevées par l'existence de la coutume en tant que source formelle du droit administratif – hypothèse qu'il valide, au demeurant – mais il n'est pas certain que René Chapus, récipiendaire de cette contribution publiée dans ses *Mélanges*, y fasse allusion ici. Voir TEBOUL Gérard, « À propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », *in Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 590, spéc. p. 596.

[1270] Non seulement la coutume n'est pas mentionnée dans son étude des sources formelles, mais en outre René Chapus semble considérer, de manière erronée, son existence également douteuse en droit international, lorsqu'il écrit que « [à] ces sources du droit interne s'ajoutent […] les conventions internationales et, notamment, européennes (et, *dans la mesure où il en existe encore*, les coutumes de droit international) » (CHAPUS René, *Droit administratif général*, *op. cit*. note 1269, p. 28 ; nous soulignons).

[1271] PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, 2ème édition, Paris, LexisNexis, 2018, p. 18.

[1272] *Ibid*., p. 19.

[1273] FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduit par Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, 1933, pp. 57-60.

[1274] MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Paris, LGDJ, 1994 (édition originale : München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992), p. 70.

[1275] FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, p. 79.

[1276] PARPWORTH Neil, *Constitutional & Administrative Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 233-251. Plusieurs exemples sont cités p. 235. Voir aussi les nombreuses références bibliographiques sur la question, pp. 251-252.

[1277] Ces pratiques, que Pierre Avril tente de comparer à la coutume internationale (AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1997, p. 118) avant de déterminer qu'elles ne sont pas du droit sans être pour autant « extérieures au droit » (pp. 146 et 149), sont relatives à l'application du droit constitutionnel ou à son

328. ***Extension de cette conclusion à la plupart des ordres juridiques étatiques.*** Un survol des autres systèmes juridiques nationaux montre que l'usage est considéré, parfois de manière résiduelle, comme une source possible de droit interne de manière quasiment universelle, malgré parfois la prépondérance du droit écrit – dans les systèmes de droit romaniste en premier lieu[1278]. Outre les exemples européens (Italie[1279], Grèce[1280], Pays-Bas[1281], …), tel est également le cas dans les systèmes africains de manière générale, malgré sa codification progressive et les imports juridiques occidentaux avec lesquels ces systèmes doivent encore composer selon des modalités diverses[1282]. De nombreuses mentions doctrinales, souvent en matière pénale et parfois en matière administrative et constitutionnelle, l'attestent : ces coutumes existent en tant

interprétation et ne seraient pas des normes créatrices d'obligations ni des normes juridiquement obligatoires, selon lui et la doctrine majoritaire (pp. 160-161). Contrairement aux conventions de la Constitution britannique intervenant « de manière toute coutumière » (BEAUD Olivier, « Les mutations de la Vè République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 22) en l'absence de Constitution écrite ou encore aux « coutumes constitutionnelles » de certaines États (comme en Grèce ; voir POULIS Panayotis, *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 92), il ne s'agirait pas là de coutumes au sens normatif du terme mais de successions de pratiques et de précédents. La question a cependant fait l'objet de nombreuses études dont certaines admettent le caractère possiblement contraignant de ces conventions en dégageant un fondement théorique à la production de droit constitutionnel par voie coutumière. Voir, sur ce point, DUMONT Hugues, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », *in* BLANCHET Thérèse, KELLER-NOËLLET Jacques, « Peut-on parler de « coutume » en droit de l'Union européenne ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées, Volume 1. Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 581-634, spéc. les références citées pp. 584-588. L'auteur fournit une synthèse très claire de l'état actuel de la question dans la doctrine française – à l'exception notable de la position de Pierre Avril.

[1278] Michel Fromont indique que « dans les pays de droit romaniste, le droit est fondamentalement un droit écrit : la coutume a pratiquement cessé d'être une source de droit. Dans la pratique, la différence subsiste certes, mais elle est moindre qu'on ne le prétend généralement » (FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, note 1278, p. 79). Les références qui suivent – et qui précèdent s'agissant de la France – montrent que ce constat est à nuancer.

[1279] Il existe notamment des « coutumes constitutionnelles » : voir CARMELI Sara, *La Constitution italienne et le droit communautaire. Étude de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 266.

[1280] KAZIS Lampros, *Pour un droit rural grec. Droit comparé européen*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 119.

[1281] ZILLER Jacques, « Absence et présences de la notion de service public dans le droit des États membres du Benelux », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 198. Ces coutumes seraient néanmoins très rares.

[1282] Voir les développements de Thierry Rambaud, qui rappelle qu'historiquement, « [l]orsqu'on évoque les droits africains, c'est l'idée de diversité des coutumes qui prévaut en premier lieu » (RAMBAUD Thierry, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le* monde, Paris, PUF, 2014, p. 215). Ainsi, en Afrique sub-saharienne, « les règles gouvernant les tributs et les micro-sociétés sont dérivées du culte des ancêtres, de l'animisme *et sont de nature coutumière et orale* » (*ibid.*, p. 216) ; elles subsistent après la période de colonisation jusqu'à aujourd'hui (*ibid.*, p. 218) et ont toujours une influence importante dans certains domaines. La présence de la coutume comme source de droit est manifeste à la lecture de certains traités internationaux africains. Voir par exemple l'article 1er de la Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant, Addis-Abeba, 11 juillet 1990, adoptée par la 26ème Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine, ratifiée par 41 États africains, qui précise que « [t]oute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec les droits, devoirs et obligations énoncés dans la présente Charte doit être découragée dans la mesure de cette incompatibilité ». Dans le même sens, voir GUEYE Ibrahim, *Les normes de la bioéthique et l'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 25 ou encore p. 269.

que sources du droit au Cameroun[1283], au Sénégal[1284], en Tanzanie[1285], au Tchad[1286] ou encore au Togo[1287]; *contra*, il n'existerait plus de droit coutumier en matière administrative au Congo[1288]. De plus, les juges des Cours suprêmes ou constitutionnelles africaines sont souvent confrontés à la question du respect des normes produites par la source coutumière et de leur valeur par rapport à d'autres normes écrites, souvent plus récentes ; ainsi en Afrique du Sud[1289], au Bostwana[1290], au Kenya[1291] ou encore au Nigéria[1292]. L'on retrouve également du droit coutumier américain : ainsi au Brésil[1293] ou en Colombie dont les autorités indigènes

[1283] GUESSELE ISSEME Lionel Pierre, « Les fondements jurisprudentiels du droit administratif dans les États de l'Afrique noire francophone : le cas du Cameroun », *in* ONDOA Magloire, ABANE ENGOLO Patrick E. (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Actes du colloque organisé à l'université de Yaoundé-II les 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, CERCAF, 2016, pp. 100-103. L'auteur analyse les difficultés de conciliation entre le « droit administratif importé » de France avec le droit majoritairement coutumier, avec de nombreuses références jurisprudentielles éclairantes quant à la prégnance de la coutume dans cet État.

[1284] En droit sénégalais, la Cour suprême peut connaître de pourvois en cassation pour violation de la coutume dirigés contre les arrêts et jugements rendus par toute juridiction (SY Demba, *Droit administratif*, 2ème édition revue, corrigée et augmentée, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, Crédila, p. 144).

[1285] TWINING William, *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Northwestern University Press, 2000, p. 83.

[1286] KAAS SONN Kaar, *Droit, culture et développement en Afrique : le cas du Tchad*, Paris, L'Harmattan, Études africaines, 2015, pp. 14 et 40-46.

[1287] Voir le cas du maintien du droit coutumier par l'État français ; PANIER Élise, *L'État et les relations de travail au Togo*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 15-16 et 152.

[1288] Un auteur fait ainsi référence à des coutumes relatives à l'entrée en fonction des préfets et des maires, qui ne relèvent que de la tradition non juridique (MOUDOUDOU Placide, Droit administratif congolais, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 30), et précise plus loin que même si leur existence est consacrée par la législation – dans le même cas que celui du Sénégal soulevé *supra* note 1284 –, il s'agit là d'une contradiction car il « n'existe pas, à notre connaissance, de coutumes administratives au Congo » (*ibid.*, p. 103). Cette absence rapportée ne remet à notre sens pas en cause le constat général.

[1289] Encore récemment : Constitutional Court of South Africa, *Tshivhulana Royal Family v. Netshivhulana*, 14 December 2016, Case CCT 48/16, §18. Pour une utilisation de la coutume propre au clan Valori dans une affaire de succession, voir Constitutional Court of South Africa, *Shilubana and Others v. Nwamitwa*, 4 June 2008, Case CCT 03/07. En Afrique du Sud, le droit coutumier de certains peuples est reconnu par la loi ; voir le *Limpopo Traditional Leadership and Institutions Act 6 of 2005, as amended by Act 4 of 2011*, section 12.

[1290] Cour of Appeal of Lobatse, *Attorney-Geneal c. Unity Dow*, 3 juillet 1992, n°4/91, §49, publié dans le Recueil africain des décisions des droits humains, 2001, PULP, 2008, p. 122. Dans cette affaire d'attribution de la nationalité aux enfants des requérants, la Cour a été amenée à préciser que « [l]'effet d'une disposition constitutionnelle ne peut être annulée par une coutume. Bien entendu, on essaiera d'aller aussi loin que possible pour qu'une coutume soit interprétée comme étant en conformité avec la Constitution. Mais lorsque ceci s'avère impossible, c'est la coutume et non la constitution qui doit se plier devant l'autorité de l'autre ».

[1291] Cour d'appel d'Eldoret, *Mary Rono v Jane and William Rono*, appel civil 66 de 2002, 19 avril 2005, publié dans le *Recueil africain des décisions des droits humains*, 2005, PULP, 2011, p. 118. Dans cette délicate affaire familiale relative à la succession de propriétés agricoles d'un polygame, la Cour valide l'ordonnance déférée qui « a pris en considération aussi bien le droit coutumier que la réglementation en vigueur sur la succession » (§9), et valide l'application par la Cour supérieure du droit coutumier « accordant seulement une portion nominale de terrain aux filles » (§14).

[1292] Cour d'Appel de Port Harcourt*, Alajemba Uke and Anna Alajiofor v. Albert Iro*, 18 janvier 2001, §§7-10, publié dans le *Recueil africain des décisions des droits humains*, 2002, *PULP*, 2009, p. 101. Dans cette affaire les juges ont écarté une coutume - Nneato Nnewi, selon laquelle une femme ne peut témoigner dans une affaire de propriété
Foncière – en jugeant qu'elle allait à l'encontre de l'égalité des sexes constitutionnellement garantie.

[1293] MARTIN-CHENUT Kathia, DE MELO-FOURNIER Fabia, « Chapitre XI. Le droit pénal », *in* PAÏVA de ALMEIDA Domingos (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 359.

l'appliquant sont constitutionnellement rattachées au pouvoir judiciaire[1294]. Les droits asiatiques, malgré leur complexité, ne sont pas en reste ; si l'*adat law*, dont la traduction par « droit coutumier » fait débat, a dû également être conciliée avec les systèmes des différents États colonisateurs[1295], la coutume subsiste en tant que source du droit, par exemple au Vietnam[1296]. En ce qui concerne l'Inde, comme l'indique la Cour suprême, « [c]ustom is one of the three sources of Hindu Law. [...] Hindu law recognizes three types of customs : local custom, class custom and family custom »[1297], même si des travaux ont montré que ce droit coutumier avait largement été réécrit par les britanniques colonisateurs[1298]. Les États fédérés ont souvent leurs propres coutumes dérivées de croyances en Inde, à tel point que pour certains découpages administratifs en zones rurales, la législation étatique prévoit que les législations locales doivent être adoptées en accord avec elles[1299]. Ainsi la coutume en vigueur au Pendjab est-elle très régulièrement invoquée en matière successorale[1300], tout comme, moins fréquemment, le droit coutumier de l'État de Goa[1301]. Au Japon, le Code civil prévoit que certaines questions sont régies par la coutume et ne sont que subsidiairement soumises à ses règles, comme en matière de copropriété[1302] ; il prévoit également que « [i]n cases there is any custom which is inconsistent with a provision in any law or regulation not related to public policy, if it is found that any party to a juristic act has the intention to abide by such custom, such custom shall prevail »[1303]. La coutume est également présente en Indonésie et en Malaisie[1304].

[1294] RESTREPO-NAVARRO Paulina, *Le droit du patrimoine culturel colombien à l'épreuve de la restitution internationale des biens archéologiques*, Paris, L'Harmattan, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, 2015, p. 93. L'auteur précise que la valeur de la coutume visée est infra-législative.

[1295] LEGEAIS Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche* contemporaine, 3ème édition, Paris, LexisNexis, 2016, p. 300.

[1296] *Ibid.*, p. 302.

[1297] Supreme Court of India, *Smt. Ass Kaur (Deceased) by L.Rs v. Kartar Singh (Dead) by L.Rs. & Ors*, 18 mai 2007, Appeal (civil) 12395 of 1996, §§9-10.

[1298] HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, n° 75, 2010/2, p. 303 ; HALPÉRIN Jean-Louis, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, n°81, 2012/2, pp. 410-411.

[1299] *The Provisions of the Panchayats (Extension to the Schedulded Areas) Act*, 24th December, 1996, n° 40 of 1996 ; pour un exemple d'utilisation jurisprudentielle, voir Supreme Court of India, *Orissa Mining Corporation Ltd. v. Ministry of Environment & Forest & Others*, 18 avril 2013, Writ Petition (civil) 180 of 2011, spéc. §36.

[1300] *Ibid.*, §10 ; voir aussi et parmi de nombreux exemples, Supreme Court of India, *Darshan Singh & Ors v. Gujjar Singh (Dead) by Lrs. & Ors*, 8 janvier 2002, Appeal (civil) 5 of 1992.

[1301] Supreme Court of India, *Vinisha Jitesh Tolani & Manmeet Laghmani v. Jitesh Kishore Tolani*, 28 avril 2010, Transfer Petition (civil) 1127 of 2008, §14.

[1302] Civil Code (Japon), Act n°. 89 of April 27, 1896, art. 263.

[1303] *Ibid.*, art. 92. Les manières d'établie la preuve de l'intention sont par ailleurs codifiées par les articles 93 à 98-2 du même code. Pour un exemple d'application, voir Supreme Court of Japan, 14 avril 2008, *Case No. 2006 (Ju) 226*, Minshu Vol. 62, No. 5.

[1304] XANTHAKI Alexandra, « Land Rights of Indigenous Peoples in South-East Asia », *MelbJIL*, vol. 4-2, 2003, pp. 467-473.

329. ***Conséquences quant aux sources du droit administratif global.*** Il découle du survol précédent que la coutume constitue une source de droit universelle, même si son champ est parfois réduit à des normes non encore codifiées dans certains domaines précis. Dès lors, il n'existe aucun obstacle théorique empêchant de considérer les principes généraux du droit administratif global comme étant produits de manière coutumière, peu important leur origine exacte, ce moyen de production de droit étant reconnu, de manière générale, dans tout ordre juridique. Compte tenu à la fois de l'unité relative de la notion mais de son universalité, le terme de « coutume » revêt à notre sens, lorsqu'il est employé de manière générale sans viser un système juridique spécifique, une certaine forme de neutralité de nature à justifier son emploi pour désigner un mode de formation du droit combinant des usages ou une pratique et un sentiment de devoir les appliquer – ce sentiment pouvant être d'ordre juridique, religieux, rituel, historique ou encore moral.

2. L'existence d'éléments indiquant l'existence d'une *opinio juris*

330. ***Éléments en faveur de la mise en évidence d'une*** **opinio juris.** Si l'on s'accorde, au regard de ce qui précède, pour considérer qu'un mode de formation coutumier se définit, dans l'absolu et manifestement dans la plupart des ordres juridiques du monde, par l'existence d'une pratique corroborée par une *opinio juris*, la présence de ces deux éléments dans le processus de création des principes généraux du droit administratif global doit être examinée pour conclure à son caractère coutumier. La pratique a déjà été identifiée pour plusieurs de ces principes, de sorte qu'il n'est pas utile d'y revenir et qu'elle peut être considérée comme établie[1305]. Rechercher une *opinio juris* consiste, sur cette base, à rechercher si la pratique identifiée répond au sentiment, par ses auteurs, qu'il s'agit de suivre une norme contraignante. Une telle démarche s'avère malaisée s'agissant des entités globales, celles-ci ne produisant parfois – tel est le cas des entreprises transnationales – pas de documents officiels permettant de constater l'existence d'un tel sentiment. La difficulté de dégager une *opinio juris*, par exemple dans le cas de l'audit, est également liée au fait que ce principe est très largement codifié. Il ne peut donc s'agir de démontrer l'existence d'une *opinio juris* systématique au sein de chaque entité globale pour chaque principe général du droit administratif global : cela est impossible. Sont plutôt recherchées des grandes lignes, lesquelles, sans démontrer sans l'ombre d'un doute

[1305] Voir *supra*, §§308-313.

l'existence d'une telle source coutumière, permettent d'emporter la conviction que cela est possible.

331. ***Indices de l'existence d'une*** **opinio juris** **– *cas de l'audit.*** Pour les identifier, deux indices peuvent guider la recherche : l'analyse de la pratique mise en évidence et le discours de ces mêmes entités globales. Comme il l'a été vu, les normes mettant en place l'audit, pour reprendre cet exemple topique, sont en effet souvent récentes, et ne datent parfois pas de l'adoption des Statuts des entités globales. Il s'agit là d'un indice du fait que cette adoption constituerait la *codification* d'une norme non écrite préexistante. Or, l'on ne voit pas l'intérêt de codifier ce qui relèverait de la simple habitude ou du simple usage dépourvu de toute portée juridique. Il semble plutôt que ce soit dans le but de rationaliser une pratique considérée comme obligatoire ou à tout le moins dotée d'une certaine force normative, de lui adjoindre des procédures uniformes et de garantir, finalement, une forme de sécurité juridique, que cette codification prenne place. C'est dans le discours des entités globales que l'on peut relever un second indice. Certains praticiens confirment, notamment, que l'audit existe ou a pu exister de manière non formalisée au sein de leur organisation et qu'il s'agit là d'une règle évidente : « I think [internal audit] was created independently of any law or external rule, any financial investor would expect to have this independent assurance provider as a minimum governance requirement in a financial institution »[1306]. Il ressort néanmoins de ces échanges que ce sentiment d'obligation n'est pas universel, et pourrait ne pas être présent dans les pays de tradition civile ; ainsi, le Directeur exécutif de l'IIF considère-t-il que la mise en place de l'audit au sein de cette organisation – sans aucun texte fournissant une base juridique ou confirmant l'obligation – « relève d'une sorte d'obligation pour les pays anglo-saxons, tel que j'ai pu le sentir lors des réunions du comité exécutif, mais pas vraiment [pour les] autres »[1307]. De telles conclusions sont peu ou prou transposables s'agissant du principe de transparence, qui apparaît comme une évidence dans les discours des entités globales sans qu'il soit réellement possible de dégager davantage d'éléments probants quant au sentiment d'obligatoriété qui en découle.

332. ***Absence d'uniformité de l'*****opinio juris.** L'existence d'une *opinio juris* ne peut donc pas, dans le cadre de cette recherche, être mise en évidence avec la certitude nécessaire à

[1306] Échange de courriels avec M. Alexandre Ariño Fort, *Officer Internatal Audit* à la Banque européenne d'investissements, le 23 octobre 2018.
[1307] Échange de courriels avec M. Didier Coulomb, Directeur exécutif de l'Institut international du froid, le 25 octobre 2018.

l'affirmation qu'il s'agit là d'une coutume de droit administratif global. Un faisceau d'indices concordants permet toutefois de dégager une piste solide en ce sens. Celle-ci suffit au moins à démontrer que la coutume est susceptible de constituer la source des principes généraux du droit administratif global, tout en mettant en lumière toute la complexité de l'identification de ce mode de formation. La dissymétrie entre, d'une part, les ordres privés qui ont appliqué très tôt, par l'intermédiaire de la loi, l'obligation codifiée d'audit et les ordres publics internationaux qui ont procédé, en fonction des systèmes juridiques dans lesquels ils sont ancrés, plus tardivement à cette codification rappelle surtout la difficulté de dégager une *opinio juris* uniforme : il s'agit plutôt d'un mouvement commun dont la pratique est difficilement synthétisable. Les principes généraux du droit administratif global procèdent, en ce sens, d'une source non écrite résolument *plurilatérale*.

Conclusion du chapitre 2.

333. ***Synthèse***. Ce chapitre avait pour objet de déterminer l'existence de sources plurilatérales non écrites de droit administratif global, en procédant à une analyse formelle des nombreux mais imprécis « principes » invoqués par la doctrine ou les entités globales elles-mêmes. Il a d'abord permis de relever, sans surprise au regard des conclusions des précédents chapitres, que certaines normes de droit administratif global étaient formées à l'occasion de processus tacites bien connus de l'ordre juridique international ou, plus largement, des ordres juridiques de référence des entités globales. La source coutumière et les principes généraux de droit constituent ainsi des modes de formation plurilatéraux non écrits du droit administratif global, le caractère plurilatéral des principes généraux de droit résidant dans le caractère externe de leur formation. Cependant, un certain nombre de « principes généraux » ne relevant pas de ces modes de formation ont été identifiés ; ou, plus précisément, le caractère manifestement universel, au sein des entités globales, de certaines normes désignées de manière récurrente comme des « principes » a conduit, au-delà de leur fréquente codification, à envisager l'hypothèse de l'existence d'une autre source tacite et plurilatérale de droit administratif global. En partant de l'observation de ces normes, il a été possible de les qualifier de « principes généraux du droit administratif global » et de recenser suffisamment d'indices probants pour considérer qu'ils sont formés de manière coutumière, dans la dimension la plus abstraite – c'est-à-dire sans lien avec tel ou tel ordre juridique – de cette source. Sans aucun doute en voie de développement, ces principes généraux du droit administratif global, dont les limites n'apparaissent pas encore clairement, ne peuvent qu'être entrevus à travers leurs codifications

par des instruments issus de sources plus aisément formalisées au sein des ordres juridiques de référence. Leur identification ouvre cependant la voie vers une réflexion quant à la *dynamique* qu'ils induisent : la société globale, entendue comme la somme des entités globales, voit la génération de règles non écrites de manière déconnectée des ordres de juridiques connus, voire de manière déconnectée de la notion-même d'ordre juridique. Si cette dynamique émergente est résolument embryonnaire, et que l'obligatoriété de ces principes demeure contestable, elle constitue aussi le fondement d'un socle commun : l'unité matérielle des normes relevant du droit administratif global paraît ainsi pouvoir être assise, pour certaines d'entre elles, sur l'existence de modes de formation universels de ce droit.

Conclusion du Titre Deuxième.

334. ***Synthèse du Titre.*** L'étude de la formation plurilatérale du droit administratif global démontre avant tout que ce droit n'est pas un droit intrinsèquement interne aux entités globales, dont l'émergence simultanée au sein de nombre d'entre elles serait une coïncidence. Les nombreuses sources plurilatérales écrites illustrent l'existence de plusieurs tendances affectant la formation du droit administratif global. Il est d'abord essentiellement *négocié* entre entités globales, majoritairement par le recours à la convention internationale. L'accord négocié est cependant mobilisé au secours de la formation de normes entre entités ne relevant pas directement du droit international, souvent de manière à pallier les limites de ce droit. D'un autre côté, une dynamique tend vers le développement de normes de droit administratif global au sein d'accords non négociés, se caractérisant alors par la technique de l'adhésion. Les sources plurilatérales non écrites montrent pour leur part que les accords entre entités globales – et entre entités imposant des normes relevant du droit administratif global – peuvent ne pas être formalisés au sein d'un instrument écrit. La distinction entre les principes généraux *de* droit et les principes généraux *du* droit administratif global apparaît particulièrement pertinente pour étudier ce droit et s'affranchir de la nébuleuse sémantique entourant souvent ces « principes ». Au-delà des normes coutumières et des principes généraux de droit produits par des processus connus des ordres juridiques de référence, bien que pas toujours identifiés avec précision s'agissant de ces derniers, une catégorie résiduelle de « principes généraux » semblait résister à une théorie des sources formelles, ne relevant d'aucune source préalablement décelée. Une solution de facilité aurait pu reposer sur leur formalisation fréquente au sein d'instruments formés par d'autres processus, souvent écrits, limitant ainsi l'analyse de leur formation à ce qui apparaît souvent comme étant leur codification. Il a cependant paru pertinent de dégager les indices de l'existence de normes générées de manière coutumière, bien que détachée de tout « ordre juridique global » ou, plus précisément, commune à l'ensemble des ordres juridiques rencontrés, malgré leurs divergences. Cette présence commune, dépassant manifestement le paradigme de l'ordre juridique – et notamment de l'ordre juridique international qui restait jusqu'ici un point de référence, y compris dans l'analyse des sources – appelle nécessairement à s'interroger plus avant sur l'élément, ou les éléments, qui fondent ce noyau commun du droit administratif global, noyau commun qu'il reste manifestement difficile d'analyser par ses sources formelles.

335. ***Théorie des sources formelles du droit administratif global.*** En outre, dans les deux catégories de sources formelles plurilatérales observées, les difficultés que pose l'absence de personnalité juridique internationale complète de la plupart des entités globales privées sont palpables. L'on constate ainsi que la mobilisation d'autres sources vise à contourner cette limite intrinsèque du droit international, malgré son élasticité. Cependant et contrairement à ce qu'avance la doctrine du *GAL*, cet état de fait et cette limite ne conduisent pas inexorablement à devoir abandonner l'idée de modes de formation du droit administratif global pour la remplacer par celle de « pratiques normatives »[1308] irrémédiablement déconnectées de toute notion de source du droit. Bien au contraire, une cartographie complète a pu en être dressée, de sorte qu'une théorie des sources formelles du droit administratif global, entendue comme une manière d'exposer de manière ordonnée les modes de formations d'un ensemble de normes[1309] a pu être présentée, sans qu'aucune norme relevant de cet ensemble apparaisse y échapper. Cette théorie des sources présente certes une certaine complexité, du fait de la diversité des ordres juridiques en jeu et de leurs interactions parfois complexes. Elle est toutefois, et sous réserve d'adopter une vision pluraliste du phénomène juridique, possible, ce qui démontre que les outils les plus classiques de la science juridique demeurent efficaces et utiles pour analyser de nouvelles manifestations normatives.

[1308] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit*. note 1225, p. 49. Voir également, sur ce point, *supra*, §70.
[1309] Voir *supra*, §72.

Conclusion de la Première Partie.

336. ***Construction d'une théorie des sources formelles du droit administratif global.*** La première étape de la vérification de l'hypothèse selon laquelle il est possible de concevoir une théorie des sources du droit administratif global consistait à déterminer dans quelle mesure la création des normes qui en relèvent répond systématiquement à des modes, techniques ou procédés identifiables et catégorisables. Cette entreprise doit être considérée comme accomplie, l'étude ayant établi d'une part l'existence de sources *unilatérales* de droit administratif global – qu'elles soit *internes* ou *externes* à l'ordre juridique de l'entité globale au sein duquel les normes sont formées – et d'autre part celle de sources *plurilatérales* de droit administratif global, qui se caractérisent par leur qualité soit *écrite*, soit *non écrite*. Par ailleurs, l'analyse a conduit à identifier, de manière la plus systématique possible, un certain nombre de dynamiques propres à la mobilisation de chacune des catégories de sources exposées, de sorte qu'il en ressort des éléments de connaissance des logiques à l'œuvre dans la sollicitation de tel ou tel mode de formation. Ramenant *in fine* à la définition du droit administratif global en tant que *corpus juris*, l'étude a enfin révélé l'existence de sources coutumières communes à toutes les entités globales, existence qui laisse poindre l'idée selon laquelle l'unité du droit administratif global n'est peut-être pas limitée à son contenu matériel.

337. ***Limites de la théorie des sources formelles du droit administratif global.*** L'ambition de la présente recherche ne se bornait cependant pas à catégoriser l'ensemble des modes de production des normes considérées comme relevant du droit administratif global, mais visait également à en fournir des éléments de définition, sur le modèle du procédé doctrinal consistant à définir un droit par ses sources[1310]. La théorie des sources formelles ne suffit pourtant pas à embrasser l'intégralité du phénomène « droit administratif global ». Si ses sources formelles peuvent dorénavant être identifiées avec précision, elles ne sont que de peu de secours pour *définir* ce droit, ni en comprendre l'ensemble des ressorts – à commencer par ses dénominateurs communs, dont les principes généraux du droit administratif global décelés semblent confirmer l'existence au-delà d'un ensemble matériel. Or, l'analyse d'autres éléments relatifs aux sources identifiées permet de dégager des éléments de définition du droit administratif global, et, partant, de combler les espaces laissés vides ou partiellement vides par l'étude de ses sources

[1310] Tel est le cas du droit international qui reste, comme on l'a dit, souvent défini par ses sources ; voir en ce sens SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 39 et ss ; SUR Serge, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, p. 306.

formelles. En d'autres termes, les sources doivent être analysées dans leur *contexte*, et l'intuition qui a guidé cette recherche est que le contexte de la formation du droit administratif global peut intégrer une analyse de ses sources de telle manière à pouvoir contribuer à sa définition. Malgré l'avertissement de Michel Virally, selon lequel seules les sources formelles du droit peuvent être systématisées[1311], un ensemble d'indices invite au contraire à penser qu'une analyse de ces sources sous l'angle de la notion de *système* est indispensable à une compréhension avancée desdites sources, mais aussi, plus fondamentalement, du droit administratif global lui-même.

[1311] VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 148.

DEUXIÈME PARTIE.

L'ANALYSE SYSTÉMIQUE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

338. ***Objet de la partie.*** L'ambition de cette recherche est de déterminer la mesure dans laquelle les phénomènes considérés comme des manifestations du « droit administratif global » peuvent faire l'objet d'une théorie des sources. La première étape de cette démarche a été, en partant desdites manifestations normatives, de déterminer si elles répondaient à des modes de formation, à des processus de création de la norme, qu'il était possible non seulement d'identifier mais encore de classifier de manière ordonnée. Cependant, une théorie des sources a, et doit avoir, des vertus explicatives transcendant le simple éclairage des modes de formation formels des normes identifiées. Il faut pour s'en convaincre revenir à la définition de la théorie des sources, c'est-à-dire « une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux. Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires »[1312]. Or, si l'approche proposée jusqu'ici a permis de se former une idée claire des modes de production des normes relevant du droit administratif global, elle apparaît incomplète en ce qui concerne l'identification de la manière dont ces sources permettent de générer des normes aptes à régir certains rapports sociaux. En d'autres termes, une approche purement *formelle* des sources n'a pas permis de mettre en lumière l'ensemble des facteurs et mécaniques à l'œuvre dans la formation du droit administratif global. L'objet de cette seconde Partie consiste donc à placer les sources formelles identifiées dans leur *contexte*, lequel doit être pleinement intégré à une étude théorique des sources du droit pour comprendre le droit administratif global, et tenter de le définir en tant que corpus juridique cohérent. Cette cohérence ne découle à l'évidence pas de ses sources formelles, mais plutôt de ses sources *matérielles*, que les premières ont pour fonction de traduire en « langage » juridique. Il est donc nécessaire d'éclairer les processus formels de création des normes relevant du droit administratif global par l'analyse du contexte de ces modes de formation, dont l'on devine qu'il

[1312] OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 45.

implique la prise en compte des sources matérielles. À cet effet, une analyse systémique des sources du droit administratif global paraît parfaitement adaptée et pertinente.

339. ***Utilisation de l'analyse systémique en doctrine.*** L'analyse systémique, c'est-à-dire une « présentation de l'objet comme faisant système »[1313], emprunte largement à la théorie des systèmes de Luhmann[1314]. Si la pensée du sociologue allemand, juriste de formation, est particulièrement complexe et dépasse largement le cadre de la présente recherche[1315], l'on peut retenir pour les besoins de cette étude que sa théorie propose d'envisager le droit, à l'instar de l'économie, ou encore de l'art, comme un sous-système interagissant, par des procédés de communication, avec un environnement social qui constitue un système[1316]. L'analyse systémique a été régulièrement sollicitée par la doctrine, par exemple pour définir la notion de « régulation »[1317] mais particulièrement, en France, pour concevoir le droit de l'environnement. Comme le rappelle Michel Prieur,

> « [u]n système se caractérise par un ensemble d'éléments, l'existence de relations entre eux et le caractère globalisant (ou d'unité organisée) de l'ensemble. Si l'on retient dans l'environnement non seulement les éléments physiques mais aussi les éléments culturels et sociaux, le droit est nécessairement concerné. Une réflexion théorique prospective a de ce fait été élaborée pour tenter de construire un droit de l'environnement selon l'analyse systémique. L'obstacle essentiel est de concevoir des normes globalisantes qui restent opérationnelles dans des secteurs particuliers, d'adapter les règles de compétences matérielles et territoriales au système et surtout de pouvoir isoler le système droit de l'environnement du système juridique dans son ensemble »[1318].

L'un des aboutissements partiels, en France, de cette démarche scientifique est la codification par un Code de l'environnement à l'ambition transversale[1319]. Les avantages d'une analyse systémique du droit apparaissent donc avec évidence, dès lors que l'objectif final de l'étude est de parvenir à une meilleure connaissance du droit administratif global.

[1313] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 4.
[1314] LUHMANN Niklas, *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995, 627 p.
[1315] Voir, pour un exemple illustrant cette complexité, CLAM Jean, « Phénoménologie et droit chez Niklas Luhmann. De la déphénoménologisation de la sociologie à la dépolémisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1994, pp. 335-377.
[1316] En ce sens, voir BERNATCHEZ Stéphane*, Juger les lois. La légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, Thèse de droit public soutenue le 3 février 2006, Université de Montréal, pp. 227-228.
[1317] PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, pp. 557-558.
[1318] PRIEUR Michel, avec la collaboration de BÉTAILLE Julien, COHENDET Marie-Anne, DELZANGLES Hubert, MAKOWIAK Jessica, STEICHEN Pascale, *Droit de l'environnement*, 7ème édition, Paris, Dalloz, Précis, 2016, pp. 12-13.
[1319] *Ibid*., p. 13.

340. ***Possibilité d'appliquer l'analyse systémique aux sources d'un droit.*** L'analyse systémique n'apparaît, à cet égard, pas réservée à l'étude d'un « droit » entendu comme un *corpus juris*, à l'instar du droit administratif global, mais peut parfaitement être appliquée à ses *sources*. Ainsi est-il intéressant de comparer les résultats obtenus jusqu'ici avec les conclusions récentes de la doctrine quant à l'émergence d'un droit interne français des déontologies – même si celles-ci ne concernent que les marchés financiers :

> « [l]es constructions analysées peuvent poser question en ce qui concerne la *hiérarchie des normes*. La dynamique de construction du système de droit semble ici largement inversée comparée une présentation habituelle : les règles déontologiques semblent en effet ici être dans un premier temps élaborées par les professionnels des marchés eux-mêmes, dans le cadre de leurs associations, les pouvoirs publics les reconnaissant ensuite, au sein des instances de contrôle, puis dans la loi, avant ou suite à l'adoption d'une directive européenne, les institutions européennes soutenant à l'évidence cette dynamique normative. On peut alors constater, sans prendre parti sur sa pertinence, que *la hiérarchie « réelle » des normes est, en ce qui concerne les déontologies des marchés financiers, largement inversée* »[1320].

Il ressort de ce qui précède deux éléments principaux. D'une part, l'analyse systémique paraît particulièrement adaptée à l'étude de normes relevant d'un ensemble normatif dont la construction doctrinale est émergente. D'autre part, l'analyse systémique des sources des normes en question est d'autant plus pertinente qu'elle permet d'envisager l'unité matérielle de l'ensemble, mais également d'en déterminer les mécaniques et dynamiques internes de formation.

341. ***Application de l'analyse systémique aux sources du droit administratif global.*** Utiliser la méthode systémique pour étudier les sources du droit administratif global consiste à intégrer les modes de formation identifiés dans un *système*, et par conséquent d'analyser les liens relationnels entre ses différents éléments. En s'appuyant sur le contexte de la formation des sources identifiées, sur leurs interactions, leur objet et leurs conséquences, il est alors possible de caractériser un « système » des sources du droit administratif global. Comment dégager au mieux les critères de l'analyse systémique proposée tout en tentant d'identifier, au sein des relations entre elles, des éléments communs aux sources du droit administratif global ? Il est sur ce point possible d'explorer une piste dégagée par la doctrine s'intéressant aux « nouvelles » sources de droit. Ainsi, Philippe Jestaz écrit-il à propos de l'étude des avis, en tant qu'instruments formalisant une source, que « [l]'erreur est peut-être de vouloir élucider la

[1320] MORET-BAILLY Joël, TRUCHET Didier, *Droit des déontologies*, Paris, PUF, 2016, p. 415. Les italiques sont dans le texte.

nature juridique de l'avis ou des différents avis. Mieux vaut s'attacher à la fonction qu'ils remplissent, voire – en franchissant un nouveau palier – à l'effet qu'a pu produire leur intrusion dans l'ordre juridique »[1321]. Cette proposition, reprise par ailleurs[1322], offre ainsi deux cadres d'analyse des sources du droit administratif global.

342. ***Fonctions et effets des sources formelles du droit administratif global.*** Développer une vision systémique des sources du droit administratif global invite ainsi à examiner d'une part les fonctions des sources identifiées (**TITRE PREMIER**), et d'autre part à évaluer leurs effets (**TITRE DEUXIEME)** afin d'en proposer une présentation complète. Ce n'est qu'à la condition de mener ces deux études à bien qu'il est possible d'identifier les relations entre les sources du droit administratif global et leur environnement et, partant, de contribuer significativement à la définition de ce droit par ses sources.

[1321] JESTAZ Philippe, « Rapport de synthèse », *in* REVET Thierry (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 116.
[1322] OST François, « Conclusions générales », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012, p. 990.

TITRE PREMIER.
LES FONCTIONS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

343. ***Limites des études portant sur les fonctions des sources du droit.*** La plupart des écrits soulevant la question des fonctions des sources formelles du droit mettent l'accent sur une unique fonction doctrinale. Les sources n'auraient, pour schématiser, qu'une fonction explicative de l'existence des normes en découlant. Les propos sur les fonctions des sources du droit tendent en effet à les réduire au rôle de référentiel permettant d'identifier la règle de droit comme existante et/ou valide, puisque formée par tel ou tel processus. Cette conception formaliste dominante[1323] conduit à l'absence d'analyses alternatives quant aux rôles que peuvent revêtir un mode de formation du droit. Ainsi Michel Virally se limite-t-il à indiquer que les sources formelles « désignent les modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence historique »[1324] sans explorer plus avant leurs fonctions. De manière plus contemporaine, Jacques Dehaussy, parmi les « principales questions relatives aux sources du droit international » qu'il identifie, n'évoque à aucun moment celle de leurs fonctions, au détriment d'interrogations sur leur définition et leurs relations conflictuelles[1325]. En d'autres termes, la doctrine majoritaire considère les sources comme un objet souvent évolutif, mais dont la fonction est immuable : conférer, selon l'école doctrinale retenue, l'onction du caractère juridique, obligatoire ou valide d'une norme qui en découle[1326].

[1323] Voir sur ce point D'ASPREMONT Jean, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 12 et ss. : « [a]ccording to a formal conception of law-identification, any norm that meets such predefined formal standards is a rule of law » (p. 12).

[1324] VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 148.

[1325] DEHAUSSY Jacques, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, pp. 14-15. L'expression citée constitue le titre du paragraphe pertinent, p. 14. Plus loin, l'auteur évoque cependant la « fonction constitutive des normes composant le droit des sources du droit dans un ordre juridique » (p. 65), assimilant les sources à des normes procédurales dont la fonction ne serait autre que d'assurer la constitution de l'ordre juridique : « les normes qui déterminent les modalités de formation de toutes les autres normes. Ces normes sont, par définition, les premières parmi toutes les sources du droit » (p. 66).

[1326] Pour un autre exemple, voir CAPOTORTI Francesco, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 248, 1994, p. 333, qui indique que les sources non écrites, dans le système des sources communautaires, ont notamment pour fonction de constituer « un instrument de mesure pour juger de la validité des sources de droit secondaire ou dérivé (c'est-à-dire de la validité des actes des institutions) ». Cette proposition renvoie à celle de Jacques Dehaussy, et contribue à réduire la source à une norme supérieure dont découle la validité de normes inférieures.

344. ***Approche pragmatique des fonctions des sources.*** Une autre approche, plus adaptée à la démarche de la présente étude qui est partie des *normes* pour en identifier les *sources* sans préjudice de l'obligatoriété ou de la validité desdites normes, est parfois avancée :

> « [d]ans une perspective pragmatique, ce qu'on tient généralement pour « sources », sont plutôt des qualifications à la disposition des particuliers, ainsi que des pouvoirs publics et privés : du matériau juridique à « monter » (au sens du montage cinématographique) en fonction du résultat souhaité »[1327].

En d'autres termes, en délaissant la perspective doctrinale consistant à appréhender la source comme un référentiel permettant *a posteriori* de déterminer la validité de la norme produite, il est possible de la considérer elle-même comme partie d'un processus plus large, impliquant des motifs ou fondements non formels – et notamment des sources matérielles – en vue d'aboutir à un *résultat* normatif. Intégrer la source formelle au sein d'un tel processus plutôt que la concevoir comme un référentiel dont se prévaut, ou non, une norme permet de comprendre qu'un mode de formation du droit naît avant tout de *motifs* sociaux, politiques ou encore humains. La mobilisation d'une source formelle n'est pas le fruit d'un hasard et est en effet *motivée* par des éléments extérieurs à la source elle-même, de sorte que cette dernière peut être analysée comme un moyen de répondre aux motifs de sa mobilisation. La fonction principale d'une source formelle, sous l'angle pragmatique, apparaît alors : il s'agit d'opérer concrètement la transformation, en *normes* reconnues comme telles dans l'ordre juridique pertinent, d'idées juridiques ou extra-juridiques qui motivent la création desdites normes.

345. ***Détermination des fonctions des sources formelles du droit administratif global.*** C'est cette fonction principale de « traduction » d'idées externes[1328] en droit, qui se divise en autant de sous-fonctions qu'il existe de motifs à l'origine de la mobilisation de la source formelle[1329], qu'il convient donc d'étudier pour mener à bien une analyse systémique des sources du droit administratif global. La recherche dévoile ainsi une fonction principale de réponse à un besoin social, lequel constitue le « déclencheur » du processus normatif ; la « réponse » qu'apporte ce processus au besoin n'est cependant pas neutre, et apparaît conditionnée par un principe de maintien des apparences (**Chapitre 1**). Cette première fonction des sources formelles est indispensable à la naissance du droit administratif global. Mais il ne s'agit que d'une fonction

[1327] OST François, « Conclusions générales », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012, p. 986.
[1328] Sur ce point, voir AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 253, et plus généralement *supra*, §59.
[1329] Par commodité de langage, le terme de « fonctions » sera cependant préféré à l'expression « sous-fonctions ».

principale, et non *unique* des sources formelles du droit étudié. Transparaît également une fonction secondaire, mais cumulative, de légitimation des décisions globales, laquelle modèle le recours aux sources formelles en invitant les créateurs du droit administratif global à emprunter, au cours du processus de formation des normes, des éléments à divers droits administratifs (**Chapitre 2**). De cette analyse chronologique de l'accession à la « vie juridique » des normes le composant ressortent des éléments d'unité du droit administratif global par ses sources.

CHAPITRE 1. LA REPONSE A UN BESOIN SOCIAL EN CONSIDERATION DU PRINCIPE D'APPARENCE

346. ***Objet du chapitre.*** Pour comprendre les fonctions des sources formelles identifiées et en déterminer les dénominateurs communs, il est nécessaire de s'intéresser aux motifs de la création de la norme, c'est-à-dire aux raisons, juridiques ou postulées comme étant extra-juridiques, qui expliquent le recours à un processus formel. Le droit ne jaillit jamais par hasard et du vide : son émergence est motivée par un ou plusieurs facteurs. Il apparait que le principal facteur identifiable par l'étude du droit administratif global est celui de l'expression d'un besoin social, auquel les entités globales ou les entités imposant du droit administratif global répondent en mobilisant, selon des processus internes et des choix politiques et juridiques, un mode de formation du droit. Ce facteur social n'est pas inconnu de la doctrine ; Léon Duguit voyait ainsi dans « l'interdépendance sociale »[1330] la source matérielle de tout droit. Ainsi, selon le Doyen bordelais, « [u]n système juridique n'a de réalité que dans la mesure où il peut fonder et sanctionner des règles assurant la satisfaction des besoins qui s'imposent aux hommes dans une société donnée, à un moment donné »[1331]. Plus récemment, Robert Kolb, évoquant l'émergence du *jus cogens* en droit international, note que

> « [l]es divers effets potentiellement inhérents à un corps de normes supérieures peuvent effectivement être rattachés à ces normes d'ordre public dans la mesure où un besoin social le justifie aux yeux de l'opérateur juridique. En soi, ce processus n'est pas logiquement vicieux. Le besoin social sous-jacent est exprimé soit par la pratique des États (inductivement) soit par un raisonnement axiologique (déductivement). Il a sa racine dans l'accroissement considérable de problèmes communs à l'humanité. Ces problèmes sont souvent de caractère passablement urgent. Ils ne peuvent plus être adéquatement résolus par les voies lentes et ambiguës de la création et de l'application traditionnelles du droit international »[1332].

[1330] Voir par exemple DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème édition revue et mise au courant, Paris, E. De Boccard, 1923, p. 8 : « [l]'homme, dirons-nous, est uni aux autres hommes par les liens de la solidarité sociale. Pour éviter le mot solidarité, on peut dire l'interdépendance sociale. Cette solidarité ou interdépendance sociale embrasse-t-elle tous les membres de l'humanité ? Assurément oui ». Plus loin, le Doyen écrit « que le fondement du droit est la solidarité ou interdépendance sociale, que tous les membres de la société sont obligés par la règle de droit de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la réalisation, que s'il y a des droits, ils dérivent de cette règle de conduite, que tout homme a le devoir de collaborer, dans la mesure où il le peut, à la réalisation de la solidarité sociale et de ne rien faire qui puisse empêcher les autres d'y collaborer » (pp. 210-211). Sur ce point, voir notamment BOCCON-GIBOD Thomas, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *RIDE*, t. XXVIII, n°3, 2014, pp. 285-300, spéc. p. 298.

[1331] DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, p. 26.

[1332] KOLB Robert, *Théorie du droit international*, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 510.

347. ***Besoin social et principe d'apparence.*** Le besoin social, envisagé comme une prétention d'un groupe social donné, s'avère bien être le principal moteur de la création du droit administratif global ; à tout le moins conditionne-t-il le déclenchement des processus normatifs identifiés au cours de la recherche. À ce titre, le « besoin social », entendu dans l'immédiat de manière générale et abstraite, constitue la source matérielle principale du droit administratif global (**Section 1**) et détermine la fonction des sources formelles qui lui donnent réalité : celles-ci doivent *répondre* au besoin social. L'analyse de la manière dont les sources formelles répondent à ces besoins sociaux permet en outre, et en grande partie, d'expliquer la sensation de peu de normativité, voire de peu de crédibilité, que ressent parfois la doctrine amenée à observer les normes produites. La fonction de réponse au besoin social que remplissent les sources formelles du droit administratif global s'exerce en effet en considération d'un « principe d'apparence », hérité de la théorie des apparences qui guide le rendu de la justice, qui en constitue un dénominateur commun. Autrement dit, la mobilisation des sources formelles du droit administratif global n'est pas uniquement déclenchée par l'expression d'un besoin social : elle est également motivée par le souci d'y répondre de manière à ce que celui-ci *paraisse* au maximum satisfait, de telle sorte que cet impératif doit être considéré comme intégrant pleinement la fonction des sources formelles identifiée (**Section 2**).

SECTION 1. LE BESOIN SOCIAL, SOURCE MATERIELLE DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

348. ***Identification du besoin social et nécessité d'y répondre.*** La doctrine du *GAL*, que l'on rejoint sur ce point, est unanime : la création du droit administratif global est motivée par l'expression d'un *besoin* ou d'une « pression » provenant de la base – notamment la société civile, organisée en associations, en collectifs d'utilisateurs, d'usagers ou de consommateurs, ou simplement à titre individuel. Ce constat apparaît exact : l'étude des motifs justifiant le déclenchement du processus de création des normes de droit administratif global met bien en évidence l'expression d'un besoin social qui se manifeste de diverses manières (**I**). Celui-ci peut être qualifié de source matérielle du droit administratif global et confère *de facto* une fonction aux sources formelles : celles-ci doivent, d'une manière ou d'une autre, y répondre (**II**).

I. L'identification d'un besoin social, déclencheur du processus de formation du droit administratif global

349. ***Expression directe ou indirecte du besoin social.*** L'originalité du droit administratif global est que sa formation ne répond pas matériellement, ou en tout cas pas en premier lieu, à une volonté interne de l'État ou de l'entité globale, mais à un besoin exprimé par des personnes physiques et morales concernées par ses activités. Ce besoin peut être exprimé de manière directe (**A**) ou déduit d'un ensemble d'éléments (**B**).

A. Les indices directs de l'existence du besoin social

350. ***Discours des entités globales et circulation des normes.*** Deux modes d'expression directe du besoin social peuvent être distingués à l'origine du droit administratif global. Dans le cas le plus simple, les entités globales y font référence (1), pour différents motifs : justifier l'adoption d'une norme qui rendra plus complexe telle ou telle procédure, ou montrer une capacité à écouter et à s'adapter aux demandes du public – et donc se donner une image positive auprès de la société civile[1333]. Parfois, le besoin social ne peut être identifié au sein du discours de l'entité globale, mais la référence à des normes développées parallèlement par d'autres entités met tout aussi directement en exergue ce motif de déclenchement d'un processus de création normative (2).

1. Les manifestations du besoin social dans le discours des entités globales

351. ***Discours des entités globales privées.*** Les entités globales ne conceptualisent pas nommément un « besoin social », de sorte que l'expression n'apparaît pas dans leurs discours officiels. Les préambules des documents concernant les entreprises privées, ou produits par elles-mêmes, sont toutefois révélateurs de ce besoin. Ainsi, l'avant-propos du code de conduite privé libanais débute par cette précision :

> « [l]es grands scandales financiers qui ont récemment secoué les entreprises à travers le monde et qui sont notamment dus au contrôle interne, à la rémunération, aux conflits d'intérêts ou à l'attribution illicite des compétences, ont largement affecté des sociétés internationales et poussé les participants au marché à exiger davantage de transparence dans la gestion, le suivi et le contrôle des sociétés publiques cotées à la bourse »[1334].

[1333] Voir *infra*, §§379 et ss.
[1334] LEBANESE TRANSPARENCY ASSOCIATION, Lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la bourse, 2010.

De nombreux codes privés d'entreprise incluent des formulations proches, justifiant à titre liminaire l'amélioration des procédures et normes applicables – et donc le développement du droit administratif global – par l'importance de conserver la confiance des tiers : « Valeo considère que l'Éthique et la Conformité sont indispensables pour gagner et conserver la confiance de ses parties prenantes et de ses collaborateurs »[1335] ; « en respectant des normes éthiques élevées, nous serons plus que jamais une entreprise exemplaire, un Groupe qui inspire à chacun confiance et respect »[1336] ; « [n]ous devons respecter en permanence la législation relative à l'environnement applicable à ArcelorMittal, et nous avons un rôle important à jouer dans la mise en œuvre des directives émises par la société à cet égard »[1337] ; « nous avons besoin d'une relation de confiance […] : confiance des consommateurs et des industriels, des pouvoirs publics et de la société civile, de nos fournisseurs et de nos partenaires, et de nos clients »[1338] ; ou encore « la réputation de Nestlé continu[e] à constituer l'un des biens les plus importants de la société à l'heure actuelle »[1339]. L'ensemble de ces mentions traduit l'intégration, dans le discours des entreprises, de nécessités sociales qui s'imposent à elles pour des raisons économiques : si celles-ci entendent conserver la place qu'elles occupent sur un marché donné ou conquérir de nouvelles parts, elles doivent être à l'écoute des besoins des clients, du public et des tiers en général. De l'image renvoyée par l'entreprise dépend, en partie, sa santé économique, de sorte que le développement de normes de droit administratif global visant à garantir cette image satisfaisante – en améliorant les procédures de transparence, de bonne gouvernance, *etc*. – répond à un impératif social aisément identifiable. Au-delà des codes de conduite internes, les sites internet de plusieurs entités globales privées ou transnationales mettent en évidence l'existence de ce besoin social provenant de la société civile, ou, plus précisément, la manière dont l'activité de l'entité globale est déterminée – et donc encadrée – par lui. Ainsi le cas de l'Initiative pour la transparence de l'industrie extractive (ITIE), qui est

> « guidée par la conviction que les ressources naturelles d'un pays appartiennent à ses citoyens et elle a élaboré une norme visant à promouvoir la gestion ouverte et responsable des ressources pétrolières, gazières et minières. La Norme ITIE exige des pays qu'ils publient des informations sur la chaîne de valeur extractive, de l'octroi des droits d'extraction aux revenus du gouvernement et à la façon dont ces revenus bénéficient à la population. L'ITIE cherche ainsi à renforcer la gouvernance publique et des entreprises, à promouvoir une bonne compréhension de la gestion des ressources naturelles et à fournir des données pour informer et mener des réformes permettant d'endiguer la corruption et aller vers une gestion plus responsable du secteur extractif. Dans chacun des

[1335] VALÉO, *Code d'Éthique*, 2015, p. 7.
[1336] L'ORÉAL, Charte éthique. L'éthique au quotidien, 2014, p. 2.
[1337] ARCELORMITTAL, *Code d'Éthique ArcelorMittal*, 2007, p. 5.
[1338] ENGIE, Guide pratique de l'éthique, 2016, p. 2.
[1339] NESTLÉ, Code de conduite professionnelle de Nestlé, 2007, p. 1.

> 51 pays de mise en œuvre, l'ITIE est soutenue par une coalition formée par le gouvernement, les entreprises et la société civile »[1340].

Si ces précisions démontrent certes une prise en compte avant tout économique du besoin social, laquelle sera examinée *infra*, elles n'en mettent pas moins en avant l'existence tangible de ce besoin.

352. ***Discours des entités globales publiques.*** L'on retrouve également son expression dans les discours ou la pratique des entités publiques ou juridictionnelles, qui ne sont, quant à elles, théoriquement pas motivées par des considérations économiques de marché. C'est ainsi en raison d'une pression sociale que l'application de la règle de droit a supplanté, en arbitrage international, l'application de l'équité à partir des années 1920 :

> « [m]algré l'insistance de la CCI en faveur de l'équité, les arbitres semblent avoir eu recours au raisonnement juridique dans leurs sentences dès les années 1930. Les raisons de cette évolution étaient simples : les usagers de l'arbitrage ont progressivement exercé une pression importante sur la CCI afin que les arbitres appliquent le droit plutôt que l'équité. Cette pression s'est exercée dans un contexte de dépression économique engendrée par la crise de 1929. La raison en est certainement un besoin accru de sécurité juridique que ne pouvait garantir l'équité dans un contexte économique défavorable »[1341].

Tel est également, plus récemment, le cas du contexte de l'élaboration internationale de l'Accord de Paris – et plus généralement de la lutte contre le réchauffement climatique –, qui cherche à coordonner les expressions directes du besoin social par la société civile. L'Accord a en effet pris acte de

> « [l]a multiplicité des démarches, coalitions et Sommets des Parties prenantes, qui est certes le reflet de la dynamique coopérative recherchée pour le nouveau régime international en matière de climat […] en prévoyant, pendant la période de participation renforcée 2016-2020, la sélection par les présidences de COP de deux « champions de haut-niveau sur le climat » en vue d'assurer un « lien pérenne » entre la Convention et les collaborations volontaires. Cette pérennité repose sur l'efficacité et la crédibilité du rôle climatique des acteurs non-étatiques, individuellement ou dans le cadre des Initiatives de Coopération Internationale telles par exemple la *Caring for Climate initiative* en lien avec le *Global Compact*, ou la *WWF Climate Savers*. […] Cette nécessité de transparence n'échappe pas aux acteurs eux-mêmes et l'association *Climate Chance* vient de lancer un Observatoire de l'action climatique non-étatique qui construira « une grille d'analyse permettant une lecture claire sur les progrès enregistrés, le potentiel de réduction

[1340] Site internet de l'ITIE, page accessible à l'adresse : https://eiti.org/fr/qui-sommesnous [consultée pour la dernière fois le 12 septembre 2019].
[1341] GRISEL Florian, « Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une perspective historique », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25-2, 2014, p. 16.

> d'émissions suivant les secteurs, les points de blocage, l'évolution des méthodologies de comptabilisation, *etc.* » »[1342].

La mention expresse du besoin social reste néanmoins peu fréquente au sein des entités publiques – internationales ou nationales. Cela est dû au fait qu'il n'est pas nécessaire d'y faire référence : il est en effet acquis, dans la plupart des systèmes, que la loi est l'expression de la volonté générale et qu'elle est très largement déterminée par les besoins exprimés par les citoyens[1343]. Toutefois, les réactions normatives souvent rapides des États et des organisations internationales à certaines catastrophes traduisent ponctuellement ce besoin. Pour ne prendre qu'un exemple, c'est

> « suite à une catastrophe ayant vu un immeuble de neuf étages abritant plusieurs usines de confection s'effondrer au Bangladesh, causant la mort de plus de mille personnes, qu'une proposition de loi a été déposée […] visant à imposer une obligation de vigilance aux sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs »[1344].

Dans ce cas comme dans de très nombreux autres en droit interne, l'opinion publique, choquée par ces images, a exprimé un besoin social par des processus non matériellement juridiques, lequel besoin est exprimé clairement dans la proposition de loi[1345]. Les exposés des motifs des différents projets et propositions de lois françaises mettant en place du droit administratif global se font ainsi très généralement l'écho de ce besoin, à l'instar des premiers mots du projet de loi « Sapin 2 » :

> « [l]es lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 [...] ont marqué une avancée significative pour le respect de règles éthiques par les responsables publics. À travers des mécanismes de publicité et de contrôle nouveaux, ces textes ont visé à retisser les liens de confiance qui unissent citoyens, élus et administrations. C'est dans ce même esprit que le projet de loi entend [...] réaliser de nouveaux progrès en matière de transparence et de modernisation de la vie des affaires et des relations entre acteurs économiques et décideurs publics. En cela, il prend appui sur un ensemble d'études et rapports nationaux

---

[1342] BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris ? », *RJE*, n° spécial, HS17, 2017, p. 127. La citation renvoie au site internet de l'association *Climate Chance* : http://www.climate-chance.org/#actualites [page consultée pour la dernière fois le 12 septembre 2019].

[1343] Voir par exemple, dans le même sens, KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 45, évoquant « une société normée reposant sur la liberté et dans laquelle la « loi » est le reflet ou l'expression des aspirations de la collectivité ».

[1344] MORET-BAILLY Joël, TRUCHET Didier, *Droit des déontologies*, Paris, PUF, 2016, p. 378.

[1345] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013. L'exposé des motifs indique en effet que « [s]i le développement des échanges commerciaux mondiaux contribue au rayonnement et au développement économiques des pays qui y participent, force est de constater qu'il s'accompagne parfois de certaines pratiques ayant des incidences négatives sur les droits humains et l'environnement. Ces pratiques peuvent constituer un frein au développement économique et humain, tout autant qu'une pression à la baisse sur nos standards nationaux en matière de protection sociale, de droits humains, de protection de la biodiversité et de l'environnement, et plus généralement d'éthique dans les affaires ». Le même exposé rappelle que ce problème « dépasse les frontières » de la France.

> – au premier rang desquels celui de M. Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), sur l'exemplarité des responsables publics – ou internationaux tels que ceux publiés par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), tout comme il répond à des préoccupations exprimées par des organisations non gouvernementales »[1346].

353. ***Exemple du discours de l'Union européenne.*** Pour compléter le propos par l'exemple d'une organisation internationale, les mêmes mentions plus ou moins directes du besoin social sont identifiables dans les Préambules ou exposés des motifs des textes codifiant du droit administratif global au sein de l'Union européenne. Ainsi, selon le RGPD, qui vise « à contribuer à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques »[1347], le traitement des données à caractère personnel doit être conçu « pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »[1348]. Plus clairement encore, le Préambule indique que si elle demeure satisfaisante en ce qui concerne ses objectifs et ses principes, la directive précédente « n'a pas permis d'éviter [...] une insécurité juridique ou le sentiment, largement répandu dans le public, que des risques importants pour la protection des personnes physiques subsistent, en particulier en ce qui concerne l'environnement en ligne »[1349]. Certaines procédures européennes vont plus loin en codifiant l'obligation de répondre à un besoin social – de manière nécessairement discutable, eu égard à la difficulté de démontrer la satisfaction d'un tel critère. Ainsi les normes comptables internationales ne sont-elles adoptées par l'Union européenne, au regard du Règlement pertinent, que « si elles ne sont pas contraires au principe énoncé à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 78/660/CEE et à l'article 16, paragraphe 3, de la directive 83/349/CEE et si elles répondent à l'intérêt public européen »[1350]. Dans la pratique, les Règlements appliquant les normes comptables précisent, en Préambule, qu'après consultation du « groupe consultatif pour l'information financière en

[1346] Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016.
[1347] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L 119/1, Préambule, (2).
[1348] *Ibid*., Préambule, (4).
[1349] *Ibid*., Préambule, (9).
[1350] Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, *JOUE*, 11 octobre 2002, L 243/1, article 3.2.

Europe, la Commission conclut que les modifications de la norme comptable internationale [...] satisfont aux critères d'adoption énoncés à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1606/2002 »[1351]. Il est cependant notable que l'existence d'un critère de réponse à un intérêt public européen ne soit pas commune à l'ensemble des textes européens, mais limitée au cas précis où la norme comptable n'est pas élaborée directement par l'Union européenne. Il s'agit donc d'un garde-fou permettant d'éviter que la norme générée par des intérêts privés sans considération pour le besoin social réel soit appliquée sans contrôle, la marge de manœuvre de l'Union européenne demeurant d'ailleurs ténue puisqu'elle n'a d'autre alternative que d'adopter ou de ne pas adopter la norme[1352]. En d'autres termes, le besoin social est sous-jacent à l'action normative de l'Union européenne, de sorte qu'il apparaît nécessaire de rappeler son existence latente lorsque celle-ci paraît douteuse. L'existence d'un besoin social à l'origine du processus normatif ressort ainsi des discours des entités globales, qu'elles soient privées ou publiques. D'autres indices confirment cette présence *a priori*.

2. La référence au droit administratif global développé par d'autres entités globales

354. ***Appel à l'argument comparatif.*** Une autre manière de déceler l'existence d'un besoin social dans le discours des entités globales consiste à analyser la manière dont l'argument comparatif est utilisé par les acteurs amenés à adopter des normes de droit administratif global. Ainsi, la proposition de loi faisant suite à la catastrophe de l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh[1353] ne fit-elle pas l'économie d'un rappel du droit, déclaratoire ou non, applicable au niveau international, de l'existence généralisée – mais non universelle – de Codes de conduite et de législations concordantes au Royaume-Uni, en Suisse, en Italie, au Canada ou

[1351] Voir par exemple Règlement (UE) 2019/237 de la Commission du 8 février 2019 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 28, *JOUE*, 11 février 2019, L 39/1. Préambule, (3).

[1352] Cette situation invite d'ailleurs la doctrine à plaider pour l'adoption de nouvelles normes de droit administratif global : « la Commission ne participe pas à la préparation des normes et ne dispose pas de moyens procéduraux pour les infléchir ; elle n'a que la prérogative de les accepter ou de les refuser. Aussi, *de facto*, elle ne peut qu'insister sur les oppositions aux normes apparues au sein des comités qui préparaient sa décision, autrement dit en faire une tribune de contestation des choix de l'IASB. Au reste, si l'EFRAG peut réagir en permanence aux projets de nouvelles normes IAS/IFRS, expliquer et interpréter celles en application, et tenter de peser indirectement sur l'IASB, il est notablement influencé par les groupes de lobbying européens, pas nécessairement préoccupés de défendre l'intérêt public européen. Il serait donc souhaitable que l'IASB accepte d'intégrer sous une forme conventionnelle des institutions régionales, et, à ce titre, l'Union en tant que telle. À défaut, au minimum, il pourrait être engagé au sein de l'IASB un système de responsabilité formelle permettant des recours directs ou indirects contre les normes adoptées » (VALETTE Jean-Paul, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, n°1 p. 201).

[1353] Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, précitée note 1345 ; voir également *supra*, §352.

encore aux États-Unis. Ces éléments ont pour objet de démontrer que la proposition « transpose en droit français des engagements diplomatiques de la France et clarifie le paysage juridique actuel, avec pour objectif d'œuvrer au respect des droits humains et des normes environnementales dans les échanges commerciaux mondialisés »[1354], tout comme le projet de loi Sapin 2 visait « à permettre de porter la législation française en la matière aux meilleurs standards européens et internationaux »[1355].

355. ***Circulation des normes***. La diffusion rapide des normes de droit administratif global, analysée sous l'angle de la circulation normative, doit aussi être interprétée comme l'expression du sentiment qu'il est *nécessaire*, du fait d'une pression sociale, de les adopter de manière globale. Plusieurs éléments analysés au stade de l'étude des sources formelles ont montré le développement contemporain et accéléré de normes telles que l'exigence d'être audité, l'inclusion de la mention de la transparence dans les accords de libre-échanges ou d'investissement, ou encore des dispositions relatives à la protection de l'environnement. Comme le rappelle ainsi la doctrine s'attachant à analyser la circulation des normes en matière environnementale, l'Union européenne a « calqué des dispositions reliées à la participation de la société civile que l'on retrouvait traditionnellement dans des accords américains »[1356]. Ce souci d'intégration de ces normes depuis la fin des années 2000 traduit au moins trois considérations matérielles. Celles-ci sont d'abord la volonté de limiter la concurrence entre les Parties et celle de limiter le risque contentieux ensuite – notamment au regard des plaintes passées et possibles, de manière interne à l'Union ou auprès de l'OMC – ; mais cette inclusion « envoie également un signal rassurant aux citoyens européens, notamment ceux qui s'opposent à l'agenda libre-échangiste de la Commission européenne »[1357].

356. ***Rôle majeur de la jurisprudence – exemples de la CJUE et de la CEDH.*** Dans le même sens, la jurisprudence, en particulier lorsqu'elle est citée en dehors des systèmes juridiques où elle a vocation à s'appliquer, contribue à identifier l'existence de ces besoins sociaux de normes

---

[1354] *Idem*.
[1355] Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, précité note 1346.
[1356] MORIN Jean-Frédéric, ROCHETTE Myriam, « Les dispositions environnementales des accords commerciaux : entre innovation et diffusion », *in* MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Aix-en-Provence, Confluence des droits [en ligne], 2017, p. 58. Ces dispositions prévoient par exemple la consultation des différentes parties prenantes lorsque de nouvelles mesures environnementales sont introduites, la mise en place d'un mécanisme « permettant aux mêmes parties prenantes de soumettre des commentaires, de demander des consultations ou de faire des recommandations sur le respect des obligations environnementales » (*idem*).
[1357] *Ibid*., p. 59.

de droit administratif global. Il est alors aisé de constater que des acteurs extérieurs s'en saisissent pour tenter de démontrer la nécessité, pour une entité globale, de s'aligner ou tout de moins de tenir compte d'une nécessité sociale exprimée par ailleurs. L'on peut ici utilement rappeler la manière par laquelle le mécanisme de radiation des listes du Comité des sanctions a été amélioré à la lumière de la jurisprudence européenne, laquelle n'a, sur le plan juridique, aucun effet sur le système onusien. En effet, la jurisprudence européenne dans son acception large, qu'il s'agisse de la Cour de Justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a pas immédiatement approuvé les évolutions procédurales onusiennes et a continué à les considérer comme non respectueuses de certains droits[1358]. Ces réticences ont très largement déterminé l'action onusienne qui s'en est suivie. Ladite jurisprudence est ainsi directement citée par le Bureau du Médiateur dès la première année de son activité :

> « [a]fin d'aider le Médiateur à présenter une analyse et des observations cohérentes, il convient d'apprécier les informations rassemblées et le raisonnement qui leur est appliqué sur la base d'une norme constante. Cette norme doit être adaptée au contexte unique des décisions prises par un comité agissant sur instruction expresse du Conseil de sécurité. Elle doit tenir compte du cadre purement international, le critère utilisé ne pouvant reposer sur les préceptes d'un système ou d'une tradition juridiques particuliers. Pour arriver à établir une norme à appliquer par le Médiateur, le droit et la jurisprudence appliqués aux niveaux national et régional ont été examinés, en particulier dans le contexte du gel des avoirs et d'autres restrictions au titre des régimes de lutte contre le terrorisme »[1359].

Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'utilisation faite par la CEDH de la notion de « besoin social » peut être mobilisée pour indiquer son existence et favoriser le développement du droit administratif global. Au regard de la jurisprudence classique de la Cour, l'ingérence par un État dans l'exercice de certaines libertés protégées par la Convention – comme la liberté d'expression ou dans la vie privée des individus – doit en effet être nécessaire dans une société démocratique et répondre à un « besoin social impérieux ». Cette notion a pu être dégagée à l'occasion de l'affaire *Handyside*, relative à la publication, au Royaume-Uni, d'un ouvrage contesté pour ses valeurs obscènes et immorales :

> « [e]n particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des

[1358] CEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08. Voir aussi l'arrêt dit « *Kadi II* » qui prend acte des évolutions du régime mais les estime insatisfaisantes : « en dépit des améliorations qui leur ont été apportées, […], les procédures de radiation et de révision d'office instituées au niveau de l'ONU n'offrent pas à la personne dont le nom est inscrit sur la liste récapitulative du comité des sanctions et, subséquemment […], les garanties d'une protection juridictionnelle effective » (CJUE, GC, 18 juillet 2013, *Commission européenne e.a. c. Yassin Abdullah Kadi*, affaires C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, §133).

[1359] Deuxième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 1989 (2011) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 22 juillet 2011, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 22 juillet 2011, S/2011/447, §11.

> exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre. La Cour note à cette occasion que si l'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 par. 2 n'est pas synonyme d'« indispensable » […], il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal » […], « utile » […], « raisonnable » […] ou « opportun ». Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de « nécessité » »[1360].

La marge d'appréciation bénéficie donc aux États. Ceux-ci sont en effet les mieux placés pour apprécier l'existence ou non de ce besoin social impérieux sur la base duquel la Cour exerce son contrôle de proportionnalité – d'intensité variable selon les questions en jeu[1361]. Dans l'affaire *Nada c. Suisse*, la Cour rappelle qu'une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre « un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. À cet égard, il faut que les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » »[1362]. Pour ce faire et dans le cas du requérant, un homme âgé et malade dont le nom a fini par être rayé de la liste par l'intermédiaire d'une autre procédure, la Cour examine si les autorités suisses « ont suffisamment tenu compte de la nature particulière de son cas et si elles ont pris, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les mesures qui s'imposaient pour adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant »[1363]. Si elle est « prête à tenir compte du fait que la menace constituée par le terrorisme était particulièrement sérieuse au moment de l'adoption, entre 1999 et 2002, des résolutions prévoyant ces sanctions »[1364], « le maintien, voire le renforcement de ces mesures au fil des années doit être expliqué et justifié de manière convaincante »[1365]. Après avoir constaté que les arguments en faveur des sanctions prises contre le requérant ne sont pas convaincants, la Cour relève que son nom avait été inscrit

---

[1360] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5413/72, §48.
[1361] Par exemple, la pose d'une puce GPS sur le véhicule d'un suspect dans le cadre d'une enquête pénale a pu répondre à un besoin social impérieux vu la gravité des infractions suspectées (CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05, §§77-81) ; mais, en matière de discours politique et de questions d'intérêt général divulguées par les médias, la Cour considère que la liberté d'expression doit être plus étendue. Voir ainsi le cas d'une requérante avocate condamnée, sur le fondement de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction, pour avoir diffusé des éléments d'intérêt public d'un rapport d'expertise judiciaire, mais ayant eu gain de cause devant la Cour en raison de l'inexistence d'un besoin social impérieux de l'ingérence : CEDH, 15 décembre 2011, *Mor c. France*, n° 28198/09, §§62-63. Sur ce cas, voir DERIEUX Emmanuel, « La transparence de l'information et ses limites. Enjeux juridiques internationaux », *AFRI*, vol. XIV, 2013, p. 787.
[1362] CEDH, *Nada c. Suisse*, précité note 1358, §181.
[1363] *Ibid*., §185.
[1364] *Ibid*., §186.
[1365] *Idem*.

par les États-Unis et que, jusqu'en 2006, la procédure onusienne ne permettait pas à la Suisse d'entreprendre une démarche de radiation devant le Comité des sanctions. Alors que l'Italie aurait pu être sollicitée par la Suisse, « les autorités se sont contentées de suggérer au requérant de prendre contact avec la Mission de l'Italie auprès des Nations unies, indiquant que cet État siégeait alors au Conseil de sécurité »[1366] ; par ailleurs, l'État défendeur ne pouvait se « contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité, mais aurait dû [...] convaincre [la Cour] qu'il avait pris – ou au moins tenté de prendre – toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle »[1367] du requérant. La Cour conclut ainsi :

> « [c]e qui importe, selon la Cour, est de constater que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer qu'il avait tenté d'harmoniser autant que possible les obligations qu'il a jugées divergentes [...]. Eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour juge que les restrictions imposées à la liberté de circulation du requérant pendant une durée considérable n'ont pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, le droit de l'intéressé à la protection de sa vie privée et familiale et, d'autre part, les buts légitimes que constituent la prévention des infractions pénales, la protection de la sécurité nationale et de la sécurité publique de la Suisse. Il s'ensuit que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier n'était pas proportionnée et, dès lors, pas nécessaire dans une société démocratique »[1368].

Au-delà de l'inexistence d'un besoin social impérieux de maintenir les sanctions prononcées contre le requérant, cette affaire montre qu'il existe, inversement, un besoin social d'adapter le régime des sanctions, et ce alors même que la hiérarchie des normes en droit international invite à la prudence. Celui-ci n'est pas exprimé directement, mais ressort du raisonnement de la Cour ainsi que de sa reprise par le Bureau du Médiateur dans les années suivantes. En effet, durant la période courant de 2013 à 2018, le Bureau du Médiateur a systématiquement surveillé l'évolution de la jurisprudence régionale, laquelle a guidé ses propositions de réformes. Par exemple, la Médiatrice relève en 2017, citant l'affaire *Nada* mais également l'affaire *Al-Ghabra* jugée par le Tribunal de l'Union européenne[1369], que le raisonnement du juge européen constitue des vues « encourageantes »[1370] contrairement à celles exprimées dans « plusieurs décisions précédentes rendues par des tribunaux régionaux, après la création du Bureau. Ces

[1366] *Ibid*., §194.
[1367] *Ibid*., §196.
[1368] *Ibid*., §§197-198.
[1369] CJUE, Tribunal (troisième Chambre), 13 décembre 2016, *Mohammed Al-Ghabra c. Commission européenne*, affaire T-248/13.
[1370] Treizième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 2253 (2015) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 23 janvier 2017, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 23 janvier 2017, S/2017/60, §40.

décisions avaient fait peu de cas de la création du Bureau du fait qu'il n'offrait pas la garantie d'une protection juridictionnelle efficace »[1371].

357. ***Existence d'indices externes.*** La circulation des normes de droit administratif global et le discours des entités et acteurs qui le développent montrent donc l'existence sous-jacente d'un besoin social à l'origine de leur création ou de leur reprise. Celle-ci est confirmée par des éléments externes au discours des entités globales.

B. Les indices indirects de l'existence du besoin social

358. ***Apport de la doctrine et raisonnement logique.*** Le raisonnement inductif mis en œuvre pour déceler l'existence du besoin social dans le discours des entités globales ne peut suffire à affirmer que ce besoin est systématiquement à l'œuvre lorsqu'il est question de créer des normes relevant du droit administratif global. À son secours peuvent être mobilisés les travaux de la doctrine (1) et l'application d'un raisonnement inductif mené à partir des facteurs d'émergence du besoin social (2).

1. L'apport de la doctrine pour éclairer le processus de formation du droit administratif global

359. ***Convergence des analyses doctrinales.*** En tant qu'observatrice de la création et de l'application du droit, la doctrine en a identifié les motivations. Au sein du discours doctrinal, tant l'analyse générale de la formation du droit que les commentaires spécifiques au développement de certaines normes de droit administratif global conduisent à confirmer l'hypothèse de l'existence d'un – ou de plusieurs – besoins sociaux à l'origine de ce droit. Les juristes ont en effet, de longue date, conceptualisé les rapports entre besoins sociaux et formation du droit. Ainsi, en droit international et sous réserve de ne pas adopter une stricte vision volontariste de sa création, « le fait que les traités sont conclus pour répondre à un besoin social des parties »[1372] n'est pas contestable. Il en est d'ailleurs de même en matière coutumière ; les États issus de la décolonisation sont ainsi liés par les normes coutumières préexistantes car celles-ci « répondent au besoin de la société internationale à laquelle ils

[1371] *Idem.* La Médiatrice fait ici directement référence en notes de bas de page aux arrêts *Nada c. Suisse* (précité note 1358) et *Kadi II* (*idem*).
[1372] PELLET Alain, « Cours Général : le Droit International entre souveraineté et communauté internationale », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, p. 50.

accèdent et ce besoin est attesté par la pratique acceptée comme étant le droit par la communauté des États dans leur ensemble »[1373]. Par analogie, il est possible de déduire de la formation des normes pertinentes de droit international la prise en compte d'un besoin social. L'enjeu demeure alors dans l'identification du groupe social à l'origine de ce besoin ; si celui-ci réside, principalement, dans la communauté des États, les évolutions récentes montrent que la part de la société civile dans son expression n'est plus négligeable. L'analyse doctrinale de plusieurs exemples rencontrés à l'occasion de la recherche des sources formelles du droit administratif global le confirme. Pour reprendre un exemple mentionné *supra*, « [l]es correspondances entre le directeur juridique d'une entreprise américaine et le Secrétariat de la Cour d'arbitrage de la CCI à la fin des années 1920 témoignent de cette pression exercée par les usagers de l'arbitrage CCI »[1374] en faveur de l'application de la règle de droit ; mais celles-ci n'auraient été portées à l'attention du public sans l'analyse de la doctrine. La création du Panel d'inspection de la Banque mondiale a, de même, une double origine, les commentateurs ayant noté la coïncidence entre le besoin social externe et les besoins internes de contrôle de la Banque :

> « appelé de leurs vœux par de nombreuses organisations non-gouvernementales qui voyaient là un moyen pour les populations touchées par les projets de faire valoir leurs droits, ou plus généralement un moyen d'exercer un contrôle externe sur la Banque, le Panel est aux yeux des Administrateurs qui l'ont établi un instrument destiné à les aider dans leur propre tâche de contrôle des activités de la Banque »[1375].

La norme ISO 26000 sur la RSE[1376] puise de son côté « ses racines dans la société civile »[1377], par une « quête profonde de légitimité, presque d'utopie universelle »[1378] initiée dans un cadre procédural particulièrement démocratique[1379]. L'on sait aussi le rôle prépondérant de la société civile dans l'élaboration du droit de l'environnement, spécifiquement depuis la Conférence de Rio, qui conduit parfois la doctrine théorisant « l'observation empirique réalisée de l'action de

[1373] *Ibid.*, p. 68.
[1374] GRISEL Florian, « Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une perspective historique », *op. cit.* note 1341, p. 16. En note, l'auteur renvoie à des extraits précis de correspondance.
[1375] FORGET Louis, « Le « panel d'inspection » de la Banque mondiale », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 649. Voir aussi *ibid.*, p. 647 : « [v]ers la fin des années 1980 et au début des années 1990 [...], les politiques et procédures opérationnelles de la Banque suscitaient de nombreuses critiques. Tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Banque, certains estimaient que celle-ci devait tenir davantage compte des intérêts des populations directement concernées par les projets, améliorer l'information de ces populations et du public en général, et améliorer la gestion du suivi des projets. Au plan interne, le Président de la Banque, M. Preston, avait demandé un examen exhaustif de l'efficacité des politiques opérationnelles de la Banque. [...] Le rapport recommandait également qu'une étude soit entreprise sur les mécanismes d'inspection qui fonctionnent dans certains pays. Au plan externe, de nombreuses voix se faisaient entendre pour réclamer l'établissement d'un mécanisme de ce type ».
[1376] Voir *supra*, §99.
[1377] CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, t. XXIV, n° 4, 2010, p. 406.
[1378] *Idem*.
[1379] *Ibid.*, p. 409.

la Société Civile »[1380] à y reconnaître des fonctions de création de normes juridiques[1381]. Au sein des organisations régionales, le poids de la société civile parfois sous-estimé a même invité les États membres à se doter d'organes consultatifs destinés à recueillir leur participation, alors que ceux-ci n'étaient pas prévus initialement. Tel est le cas du MERCOSUR où, « très vite, on a pris conscience de la nécessité de compter avec la voix de la société civile organisée dans le processus d'intégration »[1382] *via* l'institution du Forum consultatif économique et social du MERCOSUR par le Protocole additionnel au traité d'Asunción[1383].

360. ***Confirmation dans le cadre de nouvelles recherches doctrinales.*** Au-delà de ces exemples qui pourraient être multipliés, la doctrine constate actuellement l'émergence de nouvelles matières voire disciplines en lien direct avec l'expression de ce besoin social, et dont le contenu est parfois proche de celui du droit administratif global lorsqu'il ne le recoupe pas. Ainsi, Joël Moret-Bailly et Didier Truchet notent le développement du droit français des déontologies, dont les sources sont aussi diverses que celles du droit administratif global, et incluent parmi ses facteurs « le développement de certains instruments, notamment par des organes de presse et des ONG, destinés à permettre les alertes éthiques en protégeant les lanceurs d'alerte »[1384]. Les travaux doctrinaux convergent donc pour montrer que les normes analysées sous l'angle du droit administratif global sont formées, au moins partiellement, du fait de l'existence d'un besoin social. Cette conclusion peut enfin être confirmée et élargie par l'application d'un raisonnement logique.

2. Les indices factuels de l'existence du besoin social

361. ***Application d'un raisonnement inductif.*** Les observations précédentes indiquent qu'un besoin social est à l'œuvre là où le droit administratif global émerge, mais il est impossible, pour des raisons évidentes, de le démontrer de manière exhaustive et systématique. Le raisonnement proposé rencontre en effet ses limites sur ce point. Néanmoins, l'adoption d'une démarche inductive pour vérifier cette hypothèse est possible : si l'ensemble des conditions favorables à l'émergence du besoin social en tant que moteur de la formation du droit

[1380] POMADE Adélie, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ*, vol. 64, 2010, p. 122.
[1381] *Ibid*., pp. 92-95.
[1382] FALCHETTI Roberto, « La réforme institutionnelle du Mercosur : quel avenir pour le Forum consultatif économique et social du Mercosur ? », *Droit et société*, n°59, 2005/1, p. 84.
[1383] Protocole additionnel au Traite d'Asunción sur la structure institutionnelle du Mercosur, Ouro Preto, 17 décembre 1994, *RTNU*, vol. 2145, 2003, n° 37341, p. 298.
[1384] MORET-BAILLY Joël, TRUCHET Didier, *Droit des déontologies*, *op. cit.* note 1344, p. 389.

administratif global sont réunies, la probabilité pour que l'hypothèse soit valide se trouve renforcée. Un examen des facteurs explicatifs de la révélation des besoins sociaux, dans la société internationale contemporaine, permet ainsi de montrer que leur émergence sur la scène globale était inéluctable, et valide l'idée selon laquelle ceux-ci irriguent l'ensemble des processus de création du droit administratif global. Autrement dit, il est possible, en observant l'évolution des facteurs permettant au besoin social d'être exprimé et en comparant ce mouvement avec la formation du droit administratif global, de se convaincre de son omniprésence à l'origine de ce processus.

362. ***Facteurs liés au progrès technologique.*** La première série de considérations plaidant en ce sens est technique. Pour des raisons d'avancée technologique, la société civile et le public ont, depuis plusieurs décennies, accès à un nombre incomparable d'informations qui leur était inaccessible auparavant. Le développement de l'Internet et de l'information en continu a permis à la fois aux citoyens de s'informer en temps réel, mais encore de se regrouper malgré la distance géographique en vue de peser sur la décision publique. Comme le relève le Premier ministre français à propos des entreprises :

> « c'est une vraie demande, dans les opinions publiques, de « reprise de contrôle » ou de reprise en main. Dans tous les domaines. J'ignore si la citoyenneté s'est déplacée ou si elle s'est étendue. Une chose est sûre : après des années de « ni vu, ni connu », la demande de responsabilité, d'exemplarité et de régulation devient particulièrement forte. D'autant qu'aujourd'hui, tout se sait. Et de plus en plus vite »[1385].

La globalisation apparaît, dans cette perspective, à la fois comme la cause de *situations* faisant l'objet de décisions au-delà de l'État et comme le moteur d'une prise de conscience sociale que chaque individu peut avoir un rôle à jouer – par l'association à la décision, par exemple. Il est logique que le droit s'adapte à cette reconfiguration technologique : le groupe social que constituait au début du XX^{ème} siècle la communauté internationale a été rejoint, sur le plan purement factuel, par des groupements de personnes privées plus ou moins organisés qui entendent peser dans le processus décisionnel. L'émergence, depuis plusieurs décennies, d'ordres juridiques transnationaux en marge du droit international interétatique *stricto sensu* constitue l'un des indices confirmatifs de ce fait social qui n'est plus guère contestable. L'émergence de la société civile sur la scène globale n'est ainsi plus réfutable et soulève de nombreuses interrogations d'ordre juridique et politique :

[1385] PREMIER MINISTRE, Discours de M. Édouard Philippe, Premier ministre, au Colloque du Club des juristes du 28 juin 2019.

> « le concept de « société civile » occulte des intérêts privés les plus divers qui tentent, non sans succès, de jouer un rôle tant dans l'espace national que dans l'espace transnational. Il est incontestable que les groupes qui la composent réussissent par divers moyens à se poser comme des acteurs des relations transnationales. À cet effet, ils proposent aux citoyens des allégeances qui ne sont plus fondées sur les concepts traditionnels qui soudaient les populations étatiques : le suffrage universel et la représentation politique de la nation. La société civile par les intérêts particuliers qu'elle défend introduit des éléments politiques, économiques et sociaux particuliers qui ne favorisent pas nécessairement l'unité ou la cohésion de l'ensemble de la population ; par leur aspect transnational ou « multinational » lorsqu'il s'agit d'entreprises économiques, l'opposition des intérêts sera souvent radicale, voire déstabilisante pour l'intérêt général »[1386].

363. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** La seconde série de considérations consiste à tirer les conclusions, sur le plan juridique, du renforcement du rôle de la société civile sur la scène globale, en grande partie favorisé par l'avancée technologique. Dans le cadre du droit administratif global en effet, « plus le poids de la société civile augmente, plus les rapports entre citoyens ou entreprises et organisations globales deviennent fréquents, et plus le besoin d'introduire et de respecter ces principes devient fort »[1387]. Sabino Cassese analyse ainsi les motifs du développement du *GAL* par

> « l'asymétrie entre participation des personnes privées aux décisions administratives générales et individuelles nationales et globales, qui est particulièrement ressentie dans les pays où l'administration accorde une grande place aux personnes privées (par exemple, aux États-Unis d'Amérique […]). Le déplacement du niveau de décision, du niveau national au niveau global, prive les citoyens et les entreprises de ces droits de participation ; d'où la demande de participer à la formation de la position nationale, en vue des négociations administratives globales, ou de participer à ces dernières, directement ou par le biais d'organisations non gouvernementales »[1388].

En d'autres termes, la formation du droit administratif global ainsi éclairée répond à un schéma relativement simple. La globalisation des échanges a non seulement entraîné la survenance de situations que les États ne sont pas aptes à résoudre seuls et donc le développement d'entités globales habilitées *de jure* ou *de facto* à prendre des décisions qualifiées de globales, mais également, et de manière concomitante, une avancée technologique et une prise de conscience impliquant une émergence de la société civile – au sens large – sur la scène globale. La rencontre de ces deux dynamiques, ponctuée de divers éléments accélérateurs tels que la

---

[1386] SALMON Jean, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », *RCADI*, vol. 347, 2011, pp. 37-38.
[1387] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative law, 2011, p. 100. L'auteur évoque en particulier les principes de participation, de transparence, de motivation et de proportionnalité.
[1388] *Ibid*., p. 104.

rapidité du phénomène de globalisation ou l'accès à de nouvelles connaissances scientifiques, par exemple en matière environnementale, implique certains réajustements juridiques. En effet, cette rencontre invite à tenir compte de la prétention de la société civile à participer à la décision ou, plus profondément, de l'impératif social que les décisions globales, dorénavant connues, soient acceptables pour elle. La fonction créatrice du besoin social est donc intrinsèque à la globalisation : ce besoin émerge pour les mêmes raisons que les situations qu'il invite à réguler. Dès lors, le besoin social apparaît comme consubstantiel à toute création de droit administratif global.

II. L'octroi de la qualité de « source matérielle du droit administratif global » au besoin social

364. ***Dénominateur commun et traduction par les sources formelles.*** L'identification d'un besoin social à l'origine du droit administratif global peut ne pas apparaître comme une découverte révolutionnaire, la doctrine ayant, comme il le sera indiqué *infra*, eu l'occasion de banaliser ce type d'analyse sociologique du droit. Toutefois, celle-ci s'avère indispensable pour comprendre les fonctions des sources du droit administratif global, et, partant, contribuer à la définition de ce droit. Il apparaît en effet que le « besoin social » identifié de manière large est propre au droit administratif global, et non commun à toute formation normative contemporaine comme l'on pourrait le supposer. Il s'agit donc de la source matérielle principale du droit administratif global (**A**). C'est la raison pour laquelle il est particulièrement pertinent de chercher à déterminer dans quelle mesure les sources formelles identifiées précédemment traduisent, ou ont pour fonction de traduire, cette source matérielle ; il est possible d'en retirer des éléments de réponse aux interrogations portant sur la structure du droit administratif global (**B**).

A. Le besoin social, un dénominateur commun spécifique au droit administratif global

365. ***Apport et dépassement de la doctrine du besoin social de Duguit.*** Après avoir constaté à l'origine du droit administratif global l'existence d'un besoin social, pour l'instant peu défini sauf à considérer que la société civile fait, par des moyens divers, pression sur les entités globales afin que celles-ci adoptent certaines normes, il est nécessaire de s'interroger plus avant sur les implications théoriques de cette conclusion. Il a, en particulier, été indiqué que la doctrine avait de longue date contribué à identifier ce besoin social matriciel, y compris dans des domaines étrangers au droit administratif global, voire au droit international. En effet, une

lecture sociologique des sources du droit en général est possible. Toutefois, celle-ci n'implique pas d'adopter intégralement et sans réserves un positionnement théorique connu mais classique, voire dépassé, de la création juridique. Si cette lecture demeure en réalité pertinente (1), le constat d'un besoin social *propre* au droit administratif global invite au contraire à le considérer non plus comme une grille d'analyse, mais comme une source matérielle spécifique à ce droit (2).

1. La pertinence d'une lecture duguiste des sources du droit administratif global

366. ***Exposé de la doctrine duguiste.*** Influencé par Émile Durkheim avec lequel il travaille au quotidien et se lie d'amitié à Bordeaux[1389], Léon Duguit, qui le considère comme son « maître »[1390] et évoque régulièrement son ouvrage *La Division du travail social*[1391] dont il « accepte, avec quelques réserves cependant, les principales conclusions »[1392], s'exprime ainsi en 1913 :

> « on peut affirmer que des obligations d'ordre juridique s'imposent aux gouvernements, parce qu'il y a dans l'esprit de l'homme moderne une répugnance invincible à ce qu'il en soit autrement. On peut aussi l'affirmer parce que […] toute une série d'institutions s'organisent spontanément pour donner une sanction positive à ces obligations. Qu'après cela les juristes sociologues cherchent à déterminer le fait social qui est le fondement de ces obligations, libre à eux. Personnellement nous l'avons tenté et nous avons cru le trouver dans le grand fait de l'interdépendance sociale […]. [C]e qui fait le droit, la règle de droit, c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie. Le droit, en un mot, est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral »[1393].

Complétant ce raisonnement, Georges Scelle estime plus tard et dans cette lignée « qu'il n'y a pas comme on le croit souvent, plusieurs sources du droit, mais une seule : le fait social lui-même ou la solidarité »[1394]. Selon le futur deuxième Président de la Commission du droit international,

---

[1389] PINON Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ*, 2011, vol. 67, n°2011/2, pp. 70-71.
[1390] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème édition, Tome premier, Paris, Fontenoing & Cie, 1927, p. 98.
[1391] DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, Thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris, Paris, Libraire Félix Alcan, 1893, 471 p.
[1392] DUGUIT Léon, *Souveraineté et Liberté. Leçons données à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1922, p. 147.
[1393] DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, *op. cit.* note 1331, pp. 44-45.
[1394] SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, Sirey, 1932, p. 6.

> « il ne faut pas, en effet, confondre la *source matérielle* du droit objectif, avec ses captations par le droit positif que l'on appelle parfois *sources formelles*. Dans une société déterminée les règles de droit semblent émaner des individus qui les formulent, mais ceux-ci ne font que traduire les règles de la solidarité sociale »[1395].

Ces réflexions théoriques conduisent leurs auteurs à des conclusions engagées selon lesquelles la souveraineté, ou encore la personnalité juridique de l'État, constituent des mythes dispensables, dès lors qu'il peut être considéré que l'État est un *groupe social*. La soumission de l'État au droit n'est, dans cette mesure, conditionnée que par l'impératif de maintenir un équilibre social né de l'existence-même du groupe. Ce raisonnement permet aussi à Léon Duguit de déterminer le droit administratif non procéduralement ou organiquement, mais matériellement : il existe, pour le Doyen bordelais, un intérêt public traduit par l'idée de service public, et c'est lui qui constitue le critère du droit administratif. Georges Scelle écrit par la suite que « [l]e fait social crée la solidarité matérielle, qui s'identifie avec la nécessité vitale »[1396], source matérielle du droit ; mais cette solidarité demeure relativement indéfinie[1397].

367. ***Réinvestissement possible de la doctrine duguiste dans le cadre du droit administratif global.*** Sans adopter les conclusions les plus discutables de Scelle – par exemple celle selon laquelle les « sujets du droit international ne peuvent être que des individus, et non pas des États »[1398] –, il est possible de retirer de ces réflexions des éléments utiles à l'analyse des sources du droit administratif global. Outre le fait que les propos de Duguit constituent une piste intéressante permettant de mesurer le caractère administratif du droit administratif global, l'enseignement principal des deux maîtres est que le fait social, ou l'interdépendance sociale, est la source matérielle de tout droit. Dans cette mesure, le droit, et en conséquence le droit administratif global, ne fait que les traduire. Les sources formelles ont alors pour fonction de

---

[1395] *Idem*.
[1396] *Ibid*., p. 2.
[1397] Ce reproche lui est adressé par Kelsen : KELSEN Hans, *Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 67-68. La réflexion scellienne est là encore directement héritée de Durkheim, comme l'indique Léon Duguit : « [à] la suite de Durkheim, on a donné au lien qui réunit entre eux les hommes vivant dans une société déterminée le nom de solidarité sociale. Comme dans des milieux divers on a fait parfois un grand abus de ce mot solidarité, qu'on a employé à tort et à travers, on dit quelquefois, et moi-même j'ai employé souvent cette expression, interdépendance sociale. Mais je conserve ici le mot solidarité, parce que c'est le mot à la fois le plus exact et le plus commode ; et à tout prendre l'abus qu'on en a fait prouve à quel point la conception solidariste a pénétré dans les consciences modernes. La solidarité qui existe entre les hommes d'un même groupe est double ; Durkheim l'a mis remarquablement en relief. Il a démontré, d'une manière définitive, que les hommes sont unis entre eux, d'abord par les liens d'une solidarité qu'il appelle solidarité mécanique ou par similitudes et, en outre, par les liens d'une solidarité dite solidarité organique ou par division du travail » (DUGUIT Léon, *Souveraineté et Liberté. Leçons données à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, *op. cit.* note 1392, p. 147).
[1398] SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, *op. cit.* note 1395, p. 42 ; voir aussi la critique de Kelsen *ibid*., p. 149.

transformer l'idée non-juridique – le fait social – en processus de formation d'une norme qui y répondra.

368. ***Limites de l'approche duguiste.*** L'on pourra bien sûr objecter utilement que ces analyses ne sont pas ou plus en phase avec la réalité. Elles ne permettent en effet pas d'expliquer de manière systématique la formation du droit de manière générale. Comme le précise plus tard et presque cyniquement Georges Ripert,

> « [d]ans la réalité la règle juridique n'a été édictée que parce qu'une force sociale en a exigé l'existence, en étant victorieuse de celles qui s'y opposaient ou en profitant de leur indifférence. […] Le plus fort sort vainqueur d'un combat dont la loi est le prix. Après quoi le juriste déclare gravement que la loi est l'expression de la volonté générale. Elle n'est jamais que l'expression de la volonté de quelques-uns »[1399].

En d'autres termes, l'analyse précédente ne tiendrait pas suffisamment compte, en tant que telle, de la diversité des forces sociales, des contradictions des groupes sociaux et des besoins sociaux divergents. Il n'est, par exemple, pas contestable que les entreprises multinationales d'un secteur constituent un « groupe social » au sens de Duguit, et que les besoins qu'il exprime sont susceptibles d'entrer en conflit avec ceux d'un autre groupe social – comme la société civile. La doctrine de Duguit est donc intéressante, mais, ramenée à l'observation des sources du droit actuelles, affiche un angélisme excessif, lequel s'explique en partie par l'époque à laquelle ce dernier écrit. D'ailleurs, sa pensée ne suscite pas, sur ce point, de nombreux écrits doctrinaux contemporains. Pour autant, les phénomènes observés sous l'angle du droit administratif global montrent que la lecture duguiste demeure d'actualité, et plus encore permet de clarifier la formation du droit administratif global.

2. Le dépassement de l'approche duguiste : un besoin social propre au droit administratif global

369. ***Le besoin social, dénominateur commun de la formation du droit administratif global.*** Le présent propos n'a pas pour objet de prétendre que le « fait social » constitue l'unique source matérielle de *tout* droit, cette position théorique ayant été fortement contestée. Il s'est jusqu'ici agi de rappeler la construction doctrinale que constitue la théorie duguiste, laquelle entendait s'appliquer au droit public en général. Si la source matérielle de *tout* droit ne semble pas forcément résider dans le fait social mais peut également être fondée, par exemple, dans la

[1399] RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955, p. 81. Dans le même sens, « [c]haque force sociale tend à troubler l'ordre existant dans le dessein de créer des règles nouvelles » (*ibid*., p. 115).

volonté des gouvernants, la théorie de Duguit paraît en revanche pertinente pour analyser la principale source matérielle propre du droit administratif global. Toutes les normes observées répondent en effet à un *besoin social* provenant des destinataires des décisions globales ou, plus généralement, du public. Il ne saurait être question de théoriser l'ensemble de la création juridique autour de cette source matérielle ; mais les propos précédents ont montré que celle-ci constitue un facteur commun et évident de la formation du droit administratif global. L'observation de cette caractéristique permet non seulement de dévoiler un élément du dénominateur commun du droit administratif global[1400], mais en outre d'échapper à certaines critiques adressées à la doctrine du *GAL*.

370. ***Utilité de l'approche duguiste pour dépasser les limites de la doctrine du* GAL.** La doctrine du *GAL* a en effet échoué à déterminer le critère du droit administratif global. Dès les premiers écrits, les auteurs semblent gênés par la définition procédurale du *GAL* qu'ils proposent. En effet, cette dernière ne correspond, en l'absence notamment de base constitutionnelle, que modérément aux modèles de droits administratifs connus. Rapidement, ceux-ci introduisent des éléments matériels pour tenter d'identifier le critère du *GAL* ; cependant, les idées d'intérêt public[1401] ou encore de *publicness*[1402] se heurtent à des difficultés théoriques importantes[1403], de sorte qu'un reflux du droit naturel se fait sentir à la lecture des

[1400] Comme cela a été indiqué *supra*, la thèse défendue est que ce dénominateur commun est dual, et réside dans la réponse au besoin social en considération du principe d'apparence.

[1401] Benedict Kingsbury renonce en 2011 à cette idée pour identifier l'administration globale, face à la difficulté d'envisager un intérêt public commun : « [h]owever, the problem of defining a public extra-nationally, and the essentially contested nature of public interests, make it very difficult to determine which extra-State activities do or do not have public purposes bringing them within the ambit of global administrative law » (KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012 p. 472, §12).

[1402] Voir sur cette question D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, 2012, p. 91 : « [l]e principe du *publicness* est assurément un des aspects les plus ambigus du projet relatif au droit administratif global. Il a curieusement été présenté comme manifestant ce que les théoriciens du droit appellent un positivisme inclusif (*inclusive legal positivism*) ou un positivisme mou (*soft legal positivism*), en référence à la concession faite par Herbert Hart à Dworkin quant à la possibilité pour la règle de reconnaissance d'élever des principes moraux en règle de droit. Selon cette idée, le principe de *publicness* serait une sorte de règle de reconnaissance renvoyant à certains principes normatifs immanents et transcendantaux. Même si cet aspect du droit administratif global fait renaître le spectre du droit naturel – comme la fameuse critique d'Alexander SOMEK a tenté de le mettre en lumière – force est de constater que le droit administratif global ne va pas aussi loin que stipuler ces principes transcendantaux et évite partiellement le piège du droit naturel ».

[1403] À l'issue de leur analyse approfondie sur la question, John Morison et Gordon Anthony indiquent d'ailleurs que « [t]he argument of this chapter is one that is essentially sceptical of the project of finding or creating a workable notion of public interest within the emerging global administrative space » (MORISON John, ANTHONY Gordon, « The Place of Public Interest », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 237).

tentatives de conceptualisation du fondement du droit administratif global[1404]. Or, un réinvestissement des observations de Duguit permet de les dépasser, à condition de ne pas y voir une règle générale valable en tout lieu et en tout temps. En particulier, Léon Duguit ne cherche pas à dissimuler le critère matériel du droit administratif qui met aujourd'hui en difficulté la doctrine du *GAL*. En analysant le droit administratif comme étant le produit de faits sociaux répondant à un intérêt général et sans préjudice de la définition précise de cet intérêt général, il est ainsi possible d'admettre avec Duguit que la source matérielle – principale, et non unique[1405] – du droit administratif global réside, somme toute simplement, dans les besoins sociaux exprimés sur la scène globale. La recherche d'un critère unique à l'ensemble du droit administratif global, comme un intérêt public global, n'apparaît à ce propos pas nécessaire : Duguit, pour s'en tenir à sa pensée, ne semble pas opposé à l'existence d'intérêts publics sectoriels ; tout du moins, rien ne permet de le penser à sa lecture. Dans ces conditions, tout groupe social peut exprimer, dans son intérêt, un *besoin* social propre, qui a vocation à être traduit par des sources formelles de droit en vue de sa satisfaction. L'emploi de l'expression au singulier ne doit en ce sens pas tromper : les nécessités et prétentions sociales exprimées sont multiples et *a priori* peu homogènes, mais peuvent être synthétisées matériellement au sein d'une notion unique de « besoin social ». Celle-ci désigne les faits sociaux exprimés, sur la scène globale, sous forme de besoin de normes. Sous réserve de ne pas chercher à les systématiser au-delà du droit administratif global, les conclusions de Duguit quant au fait social comme source matérielle apparaissent donc non seulement valides, mais en outre utiles.

B. L'intérêt d'envisager la réponse au besoin social comme fonction des sources formelles

371. ***Apports à l'étude systémique des sources du droit administratif global.*** Parvenir à identifier une source matérielle commune au droit administratif global constitue une découverte intéressante, mais à l'utilité limitée pour l'étude. Dès lors il convient de chercher à déteminer la mesure dans laquelle l'identification de cette source matérielle permet une meilleure connaissance du droit administratif global (1), tout en n'ignorant pas certaines critiques possibles (2).

[1404] Tel est, par exemple, l'un des sens de la critique de Somek qui voit dans les tentatives du projet du *GAL* l'émergence d'un « natural administrative law » (SOMEK Alexander, « The Concept of « Law » in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20-4, 2009, p. 990).

[1405] Rappelons en effet que le besoin social apparaît comme la source matérielle *principale* du droit administratif global, mais que rien n'exclut l'existence d'autres sources matérielles – au contraire, l'analyse en mettra en évidence dès le chapitre suivant.

1. Une contribution à l'identification de l'architecture du processus normatif

372. ***Identification d'un processus de type ascendant.*** Déterminer les motifs pour lesquels les sources formelles sont mobilisées permet d'abord de mettre en évidence une architecture du processus normatif de type ascendant. Ce n'est que pour prendre en considération le besoin social ou l'anticiper que les entités globales ou les acteurs du droit administratif global développement des normes qui relèvent de l'ensemble étudié, ce qui invite à relativiser la portée de certaines hypothèses doctrinales quant à l'origine et au fondement de ce droit. Ainsi est-il difficile d'affirmer que les normes envisagées s'expliquent par l'exercice international d'une « autorité publique » provenant du haut : l'observation des sources du droit administratif global montre au contraire qu'au moins à l'origine, le droit puise sa source dans la « base » que constitue la société civile ou tout groupement plus ou moins organisé capable d'exprimer des prétentions sur ce plan.

373. ***Identification possible d'une dynamique des sources.*** Dans la mesure où il a été précisé que les besoins sociaux pouvaient varier d'un groupe social à l'autre et donc, pour revenir dans le champ du droit administratif global, potentiellement d'une entité globale à l'autre, il est intéressant de chercher à déterminer si le choix des sources formelles mobilisées pour y répondre est adapté au type de besoin exprimé, et dans la positive de quelle manière. Sans pour autant céder à une vision marxiste du droit administratif global, l'intérêt d'approfondir la recherche des sources formelles par une évaluation de la manière dont elles répondent ou entendent répondre aux besoins sociaux qui en conditionnent le recours est qu'elle ouvre la voie à la détermination d'une *dynamique des sources*, qui serait constituée par la manière dont celles-ci répondent à la source matérielle principale. Traditionnellement, la théorie des sources ne s'intéresse pas aux raisons pour lesquelles telle ou telle source formelle est mobilisée, mais s'en tient à l'analyse positive de son utilisation et, parfois, de ses effets. Autrement dit, la théorie générale des sources constitue classiquement un outil doctrinal statique permettant d'une part de classer des modes de formation du droit selon différents critères pouvant varier d'une théorie à l'autre et d'un ordre juridique à l'autre, et, d'autre part de porter un regard analytique sur le sort des normes ainsi créées – notamment en termes d'obligatoriété, de juridicité, d'effectivité – pour en déduire des principes généraux. Ainsi, l'observation enseigne que la mobilisation de telle source formelle permettra de créer une norme plus « souple » que l'appel à une telle autre source, de sorte qu'il est loisible aux auteurs de la norme d'ajuster la souplesse ou la densité de la norme voulue par cet intermédiaire. Si ces éléments peuvent ressortir d'une analyse

sociologique des sources et expliquer *a posteriori* les raisons pour lesquelles les auteurs des normes observées font volontairement appel à telle ou telle source, les interactions entre la source matérielle principale et les sources formelles qui y répondent ne font généralement pas partie du champ des recherches sur les sources en droit positif. Cette absence est liée à plusieurs considérations, dont la principale réside dans l'argument selon lequel les sources matérielles sont extra-juridiques, ce qui les place d'office hors du champ d'étude du juriste[1406].

374. ***Intégration du besoin social au sein de la théorie des sources.*** Pourtant et à la lumière des développements précédents, il est possible de considérer que le besoin social constitue non une donnée extra-juridique mais, dans le contexte des sources, une *prétention normative* exprimée de manière formelle ou informelle par un groupe social. Celle-ci ne doit pas être confondue avec un acte émanant d'un sujet de droit dans un ordre juridique donné, lequel appelle – ou non – des réponses d'autres acteurs en vue de la formation d'une norme[1407] : le besoin social considéré comme une prétention normative ne constitue pas ici un élément du processus formel de création du droit. Autrement dit, il n'est pas contesté que le besoin social se situe hors du champ des sources formelles du droit administratif global ; mais il est suggéré qu'il peut être intégré à la théorie des sources en tant que prétention susceptible de *déclencher* – voire indispensable au déclenchement de – sa production normative. Il s'agit donc d'ajouter un maillon supplémentaire dans l'analyse des sources du droit. Plutôt que de renoncer à étudier les sources matérielles et de se limiter à une analyse stricte des sources formelles, qui n'apporte, comme on l'a vu, pas suffisamment d'enseignements pour définir le droit administratif global, il est ainsi proposé d'intégrer pleinement le moteur de la mobilisation des sources formelles dans l'étude des sources. Pour ce faire, il apparaît pertinent d'adopter une approche dynamique fondée sur les interactions entre la source matérielle principale du droit administratif global et ses sources formelles, et particulièrement de déplacer le niveau d'analyse vers les *fonctions des sources formelles par rapport à la source matérielle principale*. L'analyse d'un simple lien de causalité entre la source matérielle[1408] et les sources formelles n'apporterait en effet pas d'éléments substantiels à l'analyse ; au surplus, celle-ci peut être considérée comme déjà menée

[1406] Voir ainsi GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 23.

[1407] Voir, dans ce sens, *supra*, §148, ainsi que l'étude de ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 704 p., et spécifiquement les explications préliminaires pp. 89-91.

[1408] Dans le souci de ne pas alourdir déraisonnablement le propos et par commodité de langage, l'expression « la source matérielle » doit, lorsqu'elle ne désigne pas la pensée de Duguit et conformément aux conclusions exposées *supra*, être considérée comme désignant « la source matérielle *principale* » du droit administratif global.

à son terme. En revanche, la recherche de la manière dont les sources formelles remplissent une fonction de réponse aux prétentions normatives exprimées par le groupe social paraît pouvoir éclairer sous un jour nouveau les phénomènes étudiés.

375. ***Réponse aux critiques possibles.*** Cette entreprise paraît de prime abord critiquable, notamment en ce qu'elle éloignerait le raisonnement d'une recherche de droit positif en introduisant des éléments sociologiques, anthropologiques ou ethnologiques dans l'analyse juridique. Néanmoins, le matériau de la recherche demeurant inchangé – les normes de droit administratif global –, le risque paraît d'une part minime sinon négligeable. D'autre part, les avantages d'intégrer une réflexion sur la fonction des sources formelles de traduction de la source matérielle apparaissent significatifs. Cette recherche est en effet éclairante pour appréhender la *structure* d'un système juridique, c'est-à-dire la manière dont la production normative évolue en son sein et à la lumière des évolutions sociales. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les recherches récentes en droit international montrent que la doctrine s'interroge de nouveau sur les sources, cherchant par exemple à comprendre pourquoi les instruments de *soft law* sont parfois privilégiés aux conventions internationales et en tirant des enseignements sur la structure du droit international – et au-delà sur l'état de la société internationale[1409]. Pour toutes ces raisons, il paraît à la fois utile et pertinent de rechercher la manière dont les sources formelles répondent aux prétentions normatives exprimées par les différents groupes sociaux en cause.

2. Le dépassement des difficultés liées à l'attribution d'une fonction aux sources formelles

376. ***La réponse à la source matérielle principale, une fonction de la source formelle.*** Le propos précédent peut être ainsi résumé : le besoin social est la source matérielle principale du droit administratif global ; y répondre constitue la première des fonctions des sources formelles du droit administratif global. Or, il est possible d'objecter à cette idée que répondre à ce besoin est la fonction du droit administratif global, et non celle de ses sources formelles. Pourtant, il apparaît à l'analyse que le choix de mobiliser l'une ou l'autre des sources formelles, opéré par les entités globales ou les personnes juridiques qui leur imposent des normes, participe de cette fonction, de sorte qu'il est pertinent de reconsidérer le schéma classique de la création

[1409] Voir par exemple, PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *in* DEUMIER Pascale, SOREL Jean-Marc (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 177-191.

normative – à tout le moins à propos du droit administratif global. Plutôt que de postuler que les sources matérielles et les sources formelles coexistent au même niveau d'abstraction et que seules ces dernières sont susceptibles de révéler des éléments pertinents pour l'analyse positive du droit, il est à ce titre intéressant d'envisager des interactions plus pyramidales. En ce sens, l'on peut considérer que la source matérielle déclenche un processus normatif ayant pour fonction d'y répondre, et ce indifféremment du *contenu* du droit développé. La norme juridique n'est alors envisagée que comme le produit de la fonction de réponse au besoin social, et non comme un énoncé censé remplir lui-même cette fonction.

377. ***Absence de rejet de l'hypothèse de la co-existence d'une fonction de la norme.*** Cette proposition n'implique pas pour autant un hermétisme fonctionnel de la norme par rapport à sa source. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'il est suggéré que la réponse au besoin social est une fonction des sources formelles que l'hypothèse d'une norme remplissant la même fonction est exclue : il s'agit plutôt de remonter l'analyse d'un niveau pour tenter d'embrasser une plus grande diversité d'éléments. Par ailleurs et pour échapper à une autre critique potentielle, il faut préciser que l'évaluation de la qualité de la réponse apportée par la source formelle ne saurait être axiologique. Il n'est en effet pas question de déterminer si les normes substantielles créées répondent « correctement » ou non au besoin social – ce qui conduirait inévitablement à porter un regard critique sur le *droit* et non sur sa *formation* –, mais d'identifier les manières dont les sources formelles sont mobilisées en relation avec le besoin exprimé. Conférer une fonction de réponse à la source matérielle aux sources formelles revient donc seulement à ouvrir la voie à une nouvelle analyse interactionnelle entre ces deux processus. Finalement, les éventuels arguments tendant à considérer que la réponse à la source matérielle principale ne peut être qu'une fonction des normes produites et non une fonction de leurs sources formelles ne se justifient pas, tandis que plusieurs éléments invitent à élargir le spectre d'analyse en considérant la proposition inverse.

378. ***Conclusion de la section.*** Les développements qui précèdent ont démontré, à partir de l'observation de la pratique et du discours des entités globales, l'existence d'un « fait social » à l'origine de tout droit administratif global, au sens de Duguit. La mobilisation de ses travaux au support de l'analyse de la pratique a conduit à identifier un « besoin social » propre au droit administratif global, bien que nécessairement multiple dans ses manifestations. Alors que celui-ci est généralement exclu des analyses doctrinales des sources du droit, il apparaît pertinent de l'appréhender, sous l'angle du droit administratif global, comme l'expression de prétentions

normatives auxquelles les acteurs du droit administratif global répondent en mobilisant des sources formelles. L'examen de la manière dont les sources formelles remplissent leur fonction de réponse à ces prétentions ne peut que contribuer à une meilleure compréhension du droit administratif global, et par-delà permettre d'identifier des éléments de sa définition.

SECTION 2. LA REPONSE AU BESOIN SOCIAL PAR LE DEVELOPPEMENT DE LA THEORIE DES APPARENCES

379. ***Fonction communicationnelle et fonction de conciliation des sources formelles.*** Il ressort de l'analyse que la manière dont les sources formelles sont mobilisées pour traduire la source matérielle principale n'est pas neutre. Au contraire, les sources formelles – autant sinon plus que les normes créées – sont mises en avant par les entités globales dans une visée communicationnelle (**I**). En d'autres termes, les sources formelles remplissent leur fonction de réponse au besoin social d'une certaine manière, qui peut être interprétée comme révélant une fonction secondaire des sources formelles. En s'appuyant sur une analogie avec, notamment, la jurisprudence européenne des droits de l'homme, il est ainsi possible de conceptualiser cette dynamique fonctionnelle des sources sous l'angle de la théorie des apparences. L'analyse du droit administratif global montre en effet qu'elle irrigue tout son contenu, de sorte que les sources formelles semblent avoir pour « fonction-fin »[1410] de réaliser une conciliation entre la source matérielle principale et le droit positif par son intermédiaire (**II**).

I. La mise en évidence de l'orientation communicationnelle des sources formelles du droit administratif global

380. ***Orientation communicationnelle au sein des entités globales privées et publiques.*** L'absence de neutralité du recours aux sources formelles, en cas d'identification d'un besoin social, ressort de l'observation du processus créatif. Or, comme cela a pu être constaté au stade de la recherche des sources formelles du droit administratif global, certaines divergences dans l'action des entités globales peuvent être justifiées par la diversité de leurs logiques intrinsèques. La satisfaction d'un besoin social ne revêt pas le même degré d'impérativité, ni la même nature d'ailleurs, lorsqu'elle est sollicitée auprès d'un d'État, d'une organisation internationale, d'une organisation non gouvernementale ou d'une entreprise transnationale.

[1410] L'expression est employée au sens dégagé par TIMSIT Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 48, 1963, spéc. pp. 12-13 ; voir *infra*, §405.

L'on peut raisonnablement supposer *prima facie* qu'un État sera davantage sensible à cet impératif qu'une entreprise, qui pourra choisir de le satisfaire pour des raisons économiques – par exemple si elle peut en retirer un avantage concurrentiel. Dans cette mesure, une distinction entre la manière dont les entités globales non-publiques (**A**) et les entités globales publiques (**B**) utilisent les sources à des fins communicationnelles, c'est-à-dire d'autopromotion, apparaît ici pertinente. Pourtant, l'analyse démontre que les entités globales et les acteurs du droit administratif global présentent une tendance à surmonter ces divergences structurelles et à adopter des comportements proches, ce qui renforce l'intuition initiale selon laquelle cette orientation constitue la traduction d'une fonction commune des sources du droit administratif global.

A. L'orientation communicationnelle de la formation du droit administratif global au sein des entités privées

381. ***Communication sur la formation des normes et dépassement des impératifs légaux.*** Les entités globales privées n'hésitent pas, assez logiquement, à *utiliser* la mobilisation des sources du droit administratif global, et la mise en œuvre d'un processus normatif de manière générale, à des fins communicationnelles. Cette opération passe essentiellement par la publicité réalisée autour de sa formation (1), mais d'autres actions propres aux entités globales privées peuvent être identifiées (2).

1. L'orientation communicationnelle des sources révélée par la publicité réalisée au sein des entités privées

382. ***Exemple des rapports annuels.*** Les documents des entités globales privées, en particulier des entreprises transnationales, ne manquent jamais de mettre en avant les réalisations et les projets normatifs en lien avec le droit administratif global. L'un des exemples les plus topiques réside dans la sophistication des rapports annuels de certaines entreprises amenées à agir en tant qu'entités globales. Le rapport annuel 2018 du groupe LVMH est ainsi publié sous la forme d'un ouvrage à la belle plastique disponible en ligne ; celui-ci ne manque pas de préciser que

> « sur le plan environnemental [...] [n]ous avons été les premiers à créer dès 1992 une direction de l'environnement. [...] Notre responsabilité est également de renforcer la transparence de nos filières d'approvisionnement et de nous assurer que nos pratiques reflètent les standards les plus élevés d'intégrité et de respect de nos partenaires »[1411].

[1411] LVMH, Rapport annuel 2018. La passion créative, 2019, p. 9.

Le discours des entités globales, qui cherche à mettre en valeur ses réalisations, peut aisément sombrer dans la caricature, à l'instar de la page internet « L'éthique au cœur des engagements de L'Oréal » du Rapport 2018 dématérialisé de L'Oréal. Celle-ci identifie quatre « principes éthiques forts qui guident son développement et contribuent à établir sa réputation »[1412] ; c'est « sur ces principes que se fondent notamment ses politiques en matière de conformité, d'innovation responsable, d'environnement, de responsabilité sociale et sociétale, et de mécénat »[1413]. Sur cette page, l'entreprise indique principalement que « L'Oréal [est] nommé *Global Compact LEAD* » en 2018 en détaillant les normes qu'elle a adoptées volontairement – donc en mettant en avant une source volontaire de droit – et consacre des développements substantiels à la création de « correspondants éthiques » au sein du Groupe. En 2018, l'entreprise a en effet réuni un réseau de 75 collaborateurs « reconnus pour leur exemplarité en matière éthique » dont le but est de s'assurer, de par le monde, de la promotion de l'éthique de l'entreprise[1414].

383. ***Exemples révélateurs d'une pratique répandue.*** Plus généralement, les entités globales privées tentent au maximum de communiquer autour de la formation du droit administratif global, qu'il s'agisse pour elles de mobiliser un mode de formation unilatéral comme la création d'un nouvel organe d'éthique, ou un mode de formation conventionnel comme l'adhésion à un texte non-contraignant. Ce n'est que lorsque la source du droit relève de la formation unilatérale externe et que la norme est imposée que les entités globales se dispensent, parfois, de communiquer dessus. L'on se souviendra en particulier des protestations liées à l'obligation, par l'entreprise Google condamnée par la CNIL, d'afficher pendant 48h sur la page du moteur de recherche la décision la concernant et lui imposant le respect de normes relatives à la protection des données – lesquelles relèvent du droit administratif global[1415].

[1412] Page accessible en ligne : https://www.loreal-finance.com/fr/rapport-annuel-2018/ethique-1-4/ [dernière consultation le 18 septembre 2019]. Ces principes sont : l'intégrité (« [c]ar agir avec intégrité est vital pour construire et maintenir la confiance et de bonnes relations »), le respect (« [c]ar ce que nous faisons affecte de nombreuses parties prenantes »), le courage (« [c]ar les dilemmes éthiques sont rarement simples mais doivent être abordés ») et la transparence (« [c]ar nous devons toujours être sincères et capables de justifier nos actions et nos décisions »).

[1413] Idem.

[1414] Voir la page dédiée, accessible en ligne : https://www.loreal-finance.com/fr/rapport-annuel-2018/ethique-1-4/correspondants-ethiques-ambassadeurs-quotidien-1-4-1/ [dernière consultation le 18 septembre 2019]

[1415] Journal en ligne *Lemonde*.fr, « Google contraint d'afficher la punition de la CNIL sur sa page d'accueil », 8 février 2014, accessible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/02/08/google-contraint-d-afficher-la-punition-de-la-cnil-sur-sa-page-d-accueil_4362866_3234.html [dernière consultation le 18 septembre 2019]. L'afflux de visites sur le site de la CNIL avait alors entraîné l'engorgement du site, devenu inaccessible pendant quelques heures.

384. ***Limites de la communication relative à la formation du droit administratif global.*** La communication autour du développement du droit administratif global rencontre bien entendu des revers, dont le nombre apparaît d'ailleurs croissant. Tel est le cas de l'annonce faite par Google, en mars 2019, de se doter d'un comité d'éthique spécialement dédié à la question de ses recherches sur l'intelligence artificielle[1416]. L'*Advanced Technology External Advisory Council* a néanmoins été dissous une semaine plus tard face à la levée de boucliers des salariés de Google, qui se sont largement mobilisés par pétition pour dénoncer la présence en son sein de deux personnalités critiquées pour leurs prises de positions politiques ou leur proximité avec l'armée états-unienne[1417]. Sous l'angle du droit administratif global, la situation peut être analysée comme une tentative d'instituer un organe de droit administratif global de manière interne pour répondre à un besoin social – d'éthique, de protection des données. Un second besoin social plus impérieux et contraire, manifesté par une pétition signée, en quelques jours, par plus de 2000 personnes[1418], a toutefois conduit l'entité globale à reculer immédiatement.

385. ***Pratique du « washing ».*** De la même manière, les dénonciations systématiques du *greenwashing*, c'est-à-dire de la pratique qui « correspond à l'acte de transmettre au public des informations qui sont une présentation imparfaite dans le but d'apparaître responsable aux yeux d'un public ciblé »[1419], contraignent peu à peu les entités globales hâtives à faire la promotion de leurs produits ou de leur démarche à la retenue. La finalité communicationnelle a en effet ses limites ; lorsqu'elles sont atteintes, le label « bio » n'est « plus un moyen juridique de certifier la conformité du processus de production aux normes et standards pertinents, mais un simple label marketing destiné à suggérer que le produit est sain »[1420]. Au-delà des réglementations édictées pour limiter ce phénomène[1421] et de la pression sociale contraire traduite par sa dénonciation (en particulier par l'appellation : *greenwashing*, *socialwashing*,

[1416] WALKER Kent, « An external advisory council to help advance the responsible development of AI », www.blog.google, 26 mars 2019, accessible en ligne à l'adresse : https://www.blog.google/technology/ai/external-advisory-council-help-advance-responsible-development-ai/ [dernière consultation le 18 septembre 2019].
[1417] Voir la mise à jour de l'article *ibid.* : « [i]t's become clear that in the current environment, ATEAC can't function as we wanted. So we're ending the council and going back to the drawing board. We'll continue to be responsible in our work on the important issues that AI raises, and will find different ways of getting outside opinions on these topics ».
[1418] Le texte de la pétition et les signataires sont accessibles en ligne à l'adresse : https://medium.com/@against.transphobia/googlers-against-transphobia-and-hate-b1b0a5dbf76 [dernière consultation le 18 septembre 2019].
[1419] AMF, Rapport de l'AMF sur l'investissement socialement responsable (ISR) dans la gestion collective, novembre 2015, p. 18.
[1420] NDIOR Valère, « Le bio, entre norme & label », *in* TOUZEIL-DIVINA Mathieu, HOEPFFNER Hélène (dir), *Droit(s) du bio*, Toulouse, Boulogne et Pau, Editions l'Epitoge, CLUD, 2018, p. 49.
[1421] Voir *ibid.*, p. 50.

fairwashing voire *brainwashing*[1422]), les entreprises sont aujourd'hui conscientes qu'il s'agit de « répondre aux attentes de la société civile qui dénon[ce] ce type de pratiques »[1423]. Les codes de conduite de certaines entreprises se font ainsi l'écho de ce nouveau besoin social, précisant par exemple que l'« ensemble des communications est concerné par une démarche de communication responsable dans un objectif d'éviter toutes dérives de communication « greenwashing » »[1424]. Ces éléments montrent qu'à la lumière de ses fonctions, le processus normatif apparaît comme étant particulièrement dynamique : différentes prétentions normatives peuvent être formulées à divers stades de la formation des normes de droit administratif global, et la survenance d'un nouveau besoin social peut reconfigurer la situation. Plus encore, l'adoption même des codes de conduite a pu être qualifiée d'opération de communication :

> « [e]nvisagés comme des instruments de communication dont le message compte moins que le messager, ils promeuvent une certaine image de l'entreprise, une forme de marketing social. Ces codes sont alors des moyens de pression à l'égard de l'opinion publique […]. [C]es codes de conduite permettent de moraliser la vie des affaires à un moment où ont été dénoncées publiquement des pratiques scandaleuses mais également d'améliorer les conditions de travail. […] Néanmoins, ces outils peuvent être sanctionnés sur le fondement de la publicité trompeuse [en droit français de la communication] »[1425].

L'on ne partage pas pleinement cette analyse – que les auteurs nuancent d'ailleurs en évoquant des tentatives doctrinales de qualifier certains codes, notamment ceux des entreprises transnationales, de *hard law*[1426]. Bien que des condamnations pour publicité mensongère contenue dans un code de conduite aient pu être prononcées[1427], des analyses ont montré que dans les ordres juridiques internes des entreprises multinationales, les dispositions contenues dans les codes de conduite constituent de « réelles » normes et y disposent d'un certain degré

[1422] Voir les développements très éclairants de MARTIN-CHENUT Kathia, TRICOT Juliette, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 369-370.

[1423] NDIOR Valère, « Le bio, entre norme & label », *op. cit.* note 1420, p. 50 ; l'auteur développe l'exemple des entreprises Danone et Yoplait, menacées par un boycottage par des professionnels français de l'agriculture biologique.

[1424] ACCORHOTELS, *Charte Éthique et responsabilité sociétale d'entreprise*, 2015, p. 20. Le *greenwashing* est défini comme la « [p]ratique utilisée dans le but de se donner une image écologique responsable allant au-delà de la réalité des faits » (*idem*).

[1425] FRAPARD Mathilde, LARONZE Fleur, « Les normes unilatérales et négociées d'entreprise », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, *op. cit.* note 1422, pp. 295-296.

[1426] Leur conclusion est à cet égard mesurée : « [i]l semble pourtant que cet outil gagne une vigueur juridique considérable sur la scène internationale en prévoyant des dispositions à la charge de l'entreprise multinationale susceptibles d'engager sa responsabilité » (*ibid*., p. 302).

[1427] Voir par exemple le cas de l'entreprise *Nike*, condamnée sur ce fondement par les tribunaux américains en 2002 ; LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, *ibid*., pp. 353-353.

d'obligatoriété appréciable au cas par cas[1428]. D'autres analyses doctrinales, frôlant parfois l'excès inverse, s'inscrivent en contradiction avec cette appréciation purement communicationnelle de l'adoption des codes de conduite, en jugeant que l'auto-discipline « ne peut servir ni de gadget publicitaire ni uniquement d'instrument de relations publiques, même si la publication d'un code peut avoir un effet positif sur les relations publiques de l'entreprise »[1429]. L'on peut ainsi considérer que le risque de condamnation étant important en cas de publicité mensongère, les entreprises sont très majoritairement sincères en adoptant leurs codes de conduite. L'évaluation du degré de sincérité de l'entité globale lorsqu'elle détermine le contenu de son code de conduite n'entre néanmoins pas en considération dans l'analyse de la fonction conférée à cette source de droit ; dès lors qu'il est admis qu'il s'agit bien d'une source de droit, sa fonction communicationnelle apparaît avec évidence.

386. ***Conclusion quant aux sources du droit administratif global.*** Il ressort de ces développements que la manière dont les sources sont mobilisées fait l'objet d'une communication dont l'importance quantitative invite à penser qu'elle est une *fonction* à part entière, mais sans doute secondaire, desdites sources. Autrement dit, les sources formelles n'ont pas pour fonction que de traduire par un processus normatif un besoin social ; encore le font-elles dans un but *communicationnel*, qui reste indépendant du contenu normatif final. Cette idée – selon laquelle l'indifférence quant au contenu normatif montre que ce sont bien les sources, et pas ou pas seulement les normes, qui revêtent cette fonction communicationnelle – est confirmée par une autre pratique propre aux entités globales privées que sont les entreprises transnationales.

2. La pratique consistant à aller au-delà des impératifs légaux au sein des entités privées

387. ***Mise en évidence de la pratique.*** Au-delà de la publicité autour de la formation et de l'application du droit administratif global, les entités globales privées mettent directement ou indirectement en avant le fait qu'elles ont, en interne, adopté des normes plus strictes que le droit national qui s'applique à elles dans certains domaines, comme le respect des droits de l'homme ou de l'environnement. En pratique, les entités globales privées annoncent que les règles internes contenues dans leurs codes de conduite sont susceptibles d'aller plus loin que ce

[1428] Voir *supra*, §116, et *infra*, §482.
[1429] TROCHON Jean-Yves, VINCKE François (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 287.

que la loi leur impose. Au regard du nombre d'États au sein desquels les entreprises sont amenées à agir, les codes ne précisent pas clairement que telle disposition excède la lettre de telle ou telle législation locale ; par ailleurs, nommer les États qui seraient prétendument moins respectueux de certains standards que le Groupe ne serait pas pertinent sur le plan commercial. Les indications sont donc généralement discrètes mais tout autant claires. Elles peuvent être générales : « [l]orsque la législation nationale et autres lois applicables et le présent code de conduite couvrent un même sujet, c'est la disposition la plus contraignante qui s'applique »[1430]. Dans de nombreux cas, les codes indiquent les secteurs précis dans lesquels leurs normes internes sont susceptibles d'être plus exigeantes que les législations locales, ce qui permet à l'entité globale d'appuyer ses mérites sur ces sujets qui constituent parfois leurs « valeurs » mises en avant. Tel peut être le cas, selon les entreprises et de manière non exhaustive, de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme[1431], de l'établissement d'un salaire minimum[1432], de la lutte contre la corruption[1433], du financement d'activités politiques[1434], ou encore de la lutte contre la discrimination et le harcèlement au travail[1435]. Les règles d'information, de publications de documents ou de bonne gouvernance – comme la

[1430] LVMH, *Code de conduite*, 2014, p. 1. Dans le même sens, voir par exemple ARCELORMITTAL, *Politique des Droits de l'Homme*, 2014, p. 1 : « [d]ans les cas où notre Politique, nos procédures et nos engagements extérieurs s'avéreraient plus contraignants que la législation locale, nous opérerions conformément aux normes qui sont les nôtres ».

[1431] SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, *Code de conduite du groupe*, 2016, p. 6 : « [n]ous participons activement à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, en coopération avec les autorités compétentes. Nous nous sommes dotés pour ce faire de règles que nous appliquons partout dans le monde, y compris lorsque celles-ci sont plus exigeantes que la législation locale ».

[1432] LAFARGE, *Code de Conduite des Affaires destiné aux Fournisseurs*, non daté, p. 5 : « [s]i aucun salaire minimum n'est fixé par la législation nationale, les conditions de travail équitables et décentes attendues de la part des Fournisseurs impliquent que les employés soient payés en fonction du niveau de rémunération attendu dans le pays, du coût de la vie, de la protection sociale et du niveau de vie local ».

[1433] SAFRAN, *Charte achats responsables entre Safran et ses fournisseurs et sous-traitants*, non datée, non paginée : « [l]es fournisseurs et sous-traitants de Safran doivent se conformer aux lois, directives et réglementations anti-corruption en vigueur dans les pays où ils exercent leurs activités. Ils ne doivent pas proposer ou effectuer de paiements inappropriés sous forme de versements d'argent ou d'objet de valeur à des représentants du pouvoir public, à des partis politiques, à des candidats à une fonction publique ou à toute autre personne. Cela inclut une interdiction des versements qui auraient pour but d'accélérer ou d'obtenir l'exécution d'actions gouvernementales comme l'obtention d'un visa ou une action de dédouanement, et ce même dans les régions où de telles activités ne sont pas punies par la législation locale ». Voir également SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, *Charte pour une représentation responsable auprès des pouvoirs publics et des institutions représentatives*, non datée, p. 3, point 6, où l'entreprise s'est engagée à « [o]bserver une neutralité politique et s'abstenir de soutenir par des dons ou subventions des organisations ou activités politiques, même si la législation locale le permet ».

[1434] ENGIE, *Code de conduite en matière de lobbying*, 2017, p. 2 : « [l]e Groupe s'interdit tout financement d'activités politiques, même dans les pays où ces financements sont autorisés et encadrés par la loi ».

[1435] L'ORÉAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 2014, p. 18 : « [l]a première règle est que L'ORÉAL respecte les lois nationales. Dès lors, tout Collaborateur qui violerait la législation nationale en matière de discrimination pourrait faire l'objet de sanctions. Il existe cependant certains pays où L'ORÉAL considère que la législation sur la discrimination n'est pas assez protectrice contre certains comportements que notre Société considère pourtant comme inacceptables. L'ORÉAL est par exemple opposé aussi bien à la discrimination directe qu'indirecte ». Les mêmes indications sont d'ailleurs présentes à propos du harcèlement moral (p. 20) et du harcèlement sexuel (p. 21).

création volontaire de tel ou tel organe d'éthique –, qui ne sont pas toujours mentionnées dans les codes de conduite, relèvent également parfois de cet usage.

388. ***Politique de développement du droit administratif global et communication.*** Cette pratique appelle plusieurs séries d'observations. Tout d'abord, il faut souligner la particularité de l'interaction normative entre la loi et les entités globales : les entreprises mobilisent des sources internes de droit administratif global, alors qu'elles pourraient attendre que la loi, dans leur ordre juridique de référence en particulier, dispose et leur impose les mêmes normes. Il y existe donc une politique interne de développement du droit administratif global ; mais, envisagée de manière indépendante des intérêts des entités globales que sont les entreprises, cette politique pourrait passer par l'intermédiaire du *lobbying* auprès des pouvoirs publics. Dans une perspective abstraite – et quelque peu candide –, une entreprise pourrait ainsi avoir intérêt à inciter des législateurs à adopter des dispositions contraignantes de droit administratif global, dans la mesure où elles pourraient mettre en avant leur rôle dans le processus de formation de la norme et en retirer des bénéfices en termes d'image et de légitimité. Pourtant, elles ne le font généralement pas et préfèrent mobiliser des sources formelles internes comme des codes de conduite, alors même que les normes produites ne sont pas considérées comme revêtant un effet juridique dans les ordres juridiques étatiques. Ce choix est très manifestement empreint d'une volonté communicationnelle qui a pu être identifiée par la doctrine comme distincte de la publicité mensongère :

> « le troisième type [de procédé d'instrumentalisation de la RSE] consiste à déformer non pas la réalité concrète, mais la réalité juridique. Ainsi, des obligations légales deviennent par l'effet du discours « publicitaire » des engagements volontaires, spontanés de l'entreprise. Ce faisant, les obligations légales sont indirectement fragilisées. Finalement, puisque les entreprises font d'elles-mêmes le nécessaire, pourquoi leur imposer davantage de contraintes. Autrement dit, ce n'est pas tant l'obligation légale ainsi transformée en manifestation de vertus entrepreneuriales qui est minée, c'est le principe même d'un encadrement légal qui en ressort affaibli »[1436].

Une seconde série d'observations conduit à relativiser cette dernière analyse, sans pour autant nier la part évidente de vérité qu'elle porte, pour analyser la question sous l'angle des sources. Les auteurs nuancent d'ailleurs elles-mêmes ce propos en relevant que

> « sous l'effet de la prise en compte progressive et polymorphe par le droit des multiples manifestations de la RSE, l'entreprise est finalement prise entre deux feux. La combinaison vertueuse des obligations de communication et de rapportage d'une part, et

[1436] MARTIN-CHENUT Kathia, TRICOT Juliette, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, *op. cit.* note 1422, p. 367.

> de la sanction de la loyauté des engagements d'autre part, peut la conduire à s'engager sérieusement et loyalement »[1437].

Une partie de la doctrine va dans le même sens en soulignant que « en contradiction avec les idées généralement reçues, l'application volontaire de normes, trouvant leur origine à l'intérieur de l'entreprise, peut se révéler plus efficace que le respect de la norme extérieure »[1438]. Les motifs du choix de recourir à des sources unilatérales internes éclairent la manière dont les entités globales créent le droit administratif global, et révèlent les fonctions qu'elles attribuent à ses sources. D'une part et sans préjudice de la nécessité de répondre au besoin social, qui demeure en tout état de cause le facteur de déclenchement du processus, les sources sont clairement utilisées à des fins d'auto-promotion et de renforcement de l'image de l'entreprise. D'autre part, une fonction des sources internes apparaît de façon tout aussi limpide : il s'agit, pour les entités globales, de recourir à un instrument en interne souple et maniable pour éviter la formalisation des mêmes normes par la loi. L'entreprise a en effet tout intérêt à adopter et à communiquer autour de l'adoption de normes qu'elle a créées en interne pour répondre à un besoin social plutôt qu'à ne pas le faire, prenant le risque que le législateur d'un État où elle mène des activités et ayant constaté l'existence du même besoin social ne l'oblige, par la loi, à respecter les mêmes règles. Les avantages sont évidents : non seulement le formalisme de la norme est moindre dans le cas du code de conduite, mais en outre l'entreprise peut aisément utiliser le processus à son avantage en montrant au public son haut souci pour la protection de l'environnement, les droits des travailleurs, sa bonne gouvernance, sa bonne foi, *etc*. Dans certains cas, elle peut même en retirer un avantage concurrentiel en montrant sa capacité d'adaptation aux prétentions sociales lorsque les concurrents tardent à adopter les mêmes normes[1439]. Autrement dit, les entités globales privées peuvent aller jusqu'à tirer profit de l'émergence d'un besoin social y compris dans l'hypothèse où la norme requise par un groupe social s'avère contraignante pour elles, grâce à la combinaison à une politique des sources formelles adaptée et à une communication adéquate sur le processus. Ces deux éléments, alliés à la circonstance que les groupes sociaux ne requièrent souvent pas la mobilisation d'une source formelle en particulier au moment de l'expression du besoin social mais laissent ce choix à l'appréciation des entités globales, permettent ainsi à ces dernières de satisfaire le besoin social tout en en tirant satisfaction voire avantage. Dans cette mesure, les sources unilatérales internes

[1437] *Ibid*., p. 377.
[1438] TROCHON Jean-Yves, VINCKE François (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, *op. cit*. note 1429, p. 287.
[1439] Dans le même sens concernant l'évitement de la rigidité de la loi et ses avantages, voir *ibid.*, pp. 284-285.

du droit administratif global revêtent très clairement une fonction communicationnelle, plus que la *norme*, qui importe *in fine* peu et est potentiellement la même – en termes de contenu – que la norme législative ainsi évitée.

B. L'orientation communicationnelle de la formation du droit administratif global au sein des entités publiques

389. ***Mimétisme du secteur public – publicité et discours général.*** La problématique de la grande variabilité des entités globales et des intérêts qui les animent a été soulevée *supra*. Pourtant, la pratique tendant à faire la publicité du processus normatif et donc d'instrumentaliser – sans que ce terme revête une quelconque connotation négative *a priori* – les sources du droit administratif global est partagée. Il apparaît, de manière paradoxale, que les principales stratégies communicationnelles autour de la formation du droit administratif global répondent à des logiques communes. Ce phénomène, dont les causes doivent être identifiées, révèle une forme d'alignement des entités publiques sur le mode action des entités privées, qu'il s'agisse de la publicité autour de la formation du droit administratif global (1) ou du discours général des entités publiques (2). Plus fondamentalement, ce constat achève de démontrer qu'il est pertinent d'y voir une fonction des sources formelles.

1. L'orientation communicationnelle des sources confirmée par la publicité réalisée au sein des entités publiques ou hybrides

390. ***Présomption d'absence d'intérêt à communiquer sur les sources du droit administratif global.*** Les constats précédents quant à la dimension « *marketing* » de la sollicitation des sources de droit au sein des entités globales privées et lucratives ne sauraient étonner, dans la mesure où la finalité première d'une entreprise réside dans le profit : l'avantage concurrentiel potentiellement conféré par le développement de normes qui seraient favorablement perçues sur le marché peut s'avérer particulièrement motivant, et de manière générale il s'agit pour ces entités globales de maintenir un niveau de satisfaction du public au moins suffisant à la perpétuation de leur activité. Tel n'est pas le cas des entités globales publiques, qui ne poursuivent pas de but lucratif, à tout le moins en matière régalienne. Logiquement, l'orientation communicationnelle de leurs actions ne peut être fondée sur un raisonnement motivé par un gain économique. Peu importe néanmoins le caractère fondé ou non du préjugé selon lequel les entités globales publiques ne devraient pas être guidées par les impératifs économiques dans leur communication : l'analyse de la formation du droit administratif global

en leur sein montre que cette orientation communicationnelle est également présente, ce qui invite dans tous les cas à élargir l'appréhension de ses motifs au-delà des considérations économiques.

391. ***Exemple de l'ICANN.*** S'agissant des entités considérées comme hybrides, l'exemple de l'ICANN, société privée sans but lucratif[1440] faisant partie des « institutions semi-publiques […] [pouvant] très bien relever d'un exercice de l'autorité publique »[1441] peut être utilement développé. L'action normative de l'ICANN est en effet soumise, par l'institution, à une procédure de commentaires mise en avant par l'entité. En évidence sur son site internet, une section « Public comment » indique que

> « Public Comment is a mechanism that gives the ICANN community and other stakeholders an opportunity to provide input and feedback. Public Comment is a key part of the policy development process (PDP), allowing for refinement of recommendations before further consideration and potential adoption. Public Comment is also used to guide implementation work, reviews, and operational activities of the ICANN organization »[1442].

Une fois la période de consultations – d'un à deux mois – achevée, l'ICANN publie un rapport synthétisant les commentaires reçus. La récente consultation, ouverte car « ICANN organization is initiating the process of evaluating a two-year process as a mechanism to address the need for additional time for community engagement »[1443], est symptomatique des travers de ce système. Seules six contributions ont été reçues pendant la période, dont une seule par une personne privée n'agissant pas pour un groupe ou un organe de l'ICANN. De la même manière, la consultation concernant le plan stratégique de l'ICANN 2021-2025 n'a réuni que quinze commentaires[1444] ; celle relative aux modifications de la Charte du *Registrar Stakeholder Group* n'en a réuni que six – dont un seul provenant dudit Groupe[1445] ; les consultations prévues par les Statuts de l'ICANN, comme l'évaluation de l'effectivité du *Customer Standing Committee*, n'ont pas plus de succès puisque seuls cinq commentaires (positifs) ont été

[1440] JACOB Patrick, « Le programme des nouveaux noms de domaine génériques de haut niveau de l'ICANN : témoin de l'affirmation d'un droit administratif global ? », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 757.
[1441] DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde, Représentativité, efficacité, légitimité : des organisations internationales en crise ?, *in* LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 102.
[1442] Description de la page accessible à l'adresse : https://www.icann.org/public-comments [dernière consultation le 18 septembre 2019].
[1443] ICANN, Staff Report of Public Comment Proceeding, First Consultation on a 2-Year Planning Process, 2 April 2019, p. 1
[1444] ICANN, Staff Report of Public Comment Proceeding, ICANN Strategic Plan for Fiscal Years 2021 – 2025, 29 March 2019, p. 2.
[1445] ICANN, Staff Report of Public Comment Proceeding, Proposed Changes to The Registrar Stakeholder Group (RrSG) Charter, 7 February 2019, 3 p.

enregistrés[1446]. Même la consultation ouverte pour recueillir des commentaires sur le projet de nouveaux Statuts pour l'ICANN, en 2016, n'a mobilisé pour ainsi dire personne : seules 31 contributions ont été reçues[1447], ce qui peut être considéré comme insignifiant au regard du nombre de personnes et groupes potentiellement concernés par ces questions. Au regard de ces données, la communication effectuée par l'ICANN autour des consultations et le sentiment implicite d'une plus grande association à la décision apparaissent largement artificielles. Sans préjudice des motifs de ce désintérêt manifeste[1448], un simple examen de la réalité montre ainsi que le « sérieux problème de légitimité démocratique »[1449] auquel est confronté l'ICANN depuis plus de quinze ans ne trouve dans ces procédures que des réponses d'apparence de démocratie. En ce sens, l'élaboration interne des procédures de consultation, en tant que source de droit administratif global, constitue autant une réponse abstraite à un besoin social qu'un outil de communication quant à la bonne gouvernance de l'entité.

392. ***Généralisation de ce constat – organisations internationales.*** Cette conclusion peut être étendue aux organisations internationales, dont les sites internet sont parfois aussi développés que ceux des entreprises transnationales. Si l'on considère que la transparence, en tant que norme de droit administratif global, commande de mettre à disposition du public et des destinataires des décisions globales des éléments d'information, la mobilisation de la source interne dans ce sens peut parfois interroger. Ainsi peut-on considérer que la création d'un site internet institutionnel et la publication récurrente de documents relève d'une obligation coutumière de transparence au moins interne à l'entité globale qui s'y soumet volontairement : le processus formel conduisant à la décision de publier telle ou telle information relève en ce sens des sources coutumières du droit administratif global[1450]. Or, certaines pratiques peuvent être considérées comme excédant le contenu légitimement attendu de cette obligation interne de transparence, et constituent ainsi une instrumentalisation de la source coutumière identifiée. Par exemple, le site internet du Conseil de Sécurité des Nations Unies présente dorénavant, en évidence, une page comprenant des statistiques sur les heures passées en séance, en consultation

[1446] ICANN, Staff Report of Public Comment Proceeding, Initial Report on CSC Effectiveness, 4 March 2019, 3 p.
[1447] ICANN, Staff Report of Public Comment Proceeding, Draft New ICANN Bylaws, 25 May 2016, p. 1.
[1448] Sur ce point, évoquant notamment la complexité des documents, voir, BOTTINI Eleonora, « La construction de principes de procédure administrative (globale) par des personnes privées : le cas de l'ICANN », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, pp. 59-60. Il convient de relever que l'auteur ne considère pas l'ICANN comme une structure hybride, mais totalement privée (par exemple p. 42).
[1449] FORTIN Pascal, « Le sommet mondial sur la société de l'information. Un conclave intergouvernemental en panne d'idéal », *AFRI*, vol. V, 2004, p. 920.
[1450] Voir *supra*, §280.

et en dialogue participatif informel, par mois[1451]. Certains États communiquent également, depuis 2001, un « récapitulatif des travaux que le Conseil de sécurité a menés » directement accessible depuis la page d'accueil de son site internet, sous forme de compte-rendu synthétique des questions abordées sous leur présidence du Conseil[1452] – alors que de nombreux documents plus complets s'en font déjà l'écho. Il est difficile d'appréhender l'utilité concrète d'un tel document hors de la perspective communicationnelle externe, dans la double mesure où ces éléments sont déjà diffusés par ailleurs et où il ne saurait être question de mettre en concurrence l'activité du Conseil selon sa présidence – tout du moins, pas par l'intermédiaire des canaux de communication de l'organisation elle-même. Une exception doit néanmoins être notée concernant la discrétion des informations relatives à l'audit des organisations internationales[1453].

393. ***Généralisation de ce constat – États.*** La pratique qui consiste à communiquer autour du processus normatif à des fins d'auto-promotion ou, à tout le moins, de contribution à la construction d'une image globalement positive est bien connue en droit interne. La doctrine interne française y voit d'ailleurs une crise de la loi : « [a]u lieu de s'attacher aux concepts, aux principes régissant la conduite des hommes, la loi se serait transformée en un instrument au service du pouvoir, dans sa course pour s'adapter aux attentes de l'opinion publique et aux diverses pressions des groupes d'intérêt »[1454]. Les historiens du droit partagent ce constat, à l'instar d'Antoine Leca qui note avec virulence que

> « la fréquence et l'ampleur avec laquelle les normes juridiques changent aujourd'hui ne permettent plus à une intelligence humaine de les appréhender. En effet, la production de règles est telle qu'on a pu parler de « diarrhée » normative. Le droit est devenu pour nos gouvernants un simple mode de communication : à chaque fait divers douloureux est invariablement apportée la même réponse : l'élaboration d'une nouvelle loi, souvent inapplicable en l'absence de ses décrets d'application, lesquels sont parfois oubliés »[1455].

Le propos n'entend pas généraliser ces réflexions, mais identifier à travers elles une caractéristique des sources du droit administratif global. Sous réserve de quelques exceptions,

---

[1451] Page accessible à l'adresse : https://unite.un.org/sites/unite.un.org/files/app-dpamonthlystats/french.html [dernière consultation le 18 septembre 2019].
[1452] Voir par exemple la Lettre datée du 7 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Chine auprès de l'Organisation des Nations Unies, 8 février 2019, S/2019/122. Celle-ci précise, de manière peu utile, qu'en « novembre 2018, sous la présidence de la Chine, le Conseil de sécurité a tenu 35 séances publiques et consultations, adopté six résolutions et publié sept déclarations à la presse » (annexe à la Lettre, *ibid*, p. 2).
[1453] Voir *supra*, §280 et surtout §311.
[1454] ALBERTINI Pierre, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, Essais, 2015, p. 157.
[1455] LECA Antoine, *Formation et transformations du droit français. Des origines au XXIè siècle*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 3.

dont celle de l'audit des entités publiques, la publicité effectuée par les entités globales autour de la formation du droit administratif global apparaît en effet comme consubstantielle à sa formation, et constitue manifestement l'une des fonctions de ces sources, peut-être plus que s'agissant de toute autre branche de droit. D'autres stratégies communicationnelles communes aux entités globales privées et publiques au moment de développer de telles normes confirment cette observation.

2. Une tendance à l'alignement discursif sur la terminologie des entités globales privées

394. ***Exemple du terme « gouvernance ».*** L'observation de la manière dont les entités publiques, et spécifiquement les organisations internationales, communiquent sur la formation de certaines normes de droit administratif global est également, à titre confirmatif, révélatrice de cette fonction communicationnelle des sources. En particulier, l'on peut relever que le changement de discours des entités globales publiques concernant leur administration interne depuis le début des années 1990 est constitutif d'un alignement lexical sur la terminologique des entreprises, et considérer que cette évolution traduit l'émergence d'une fonction communicationnelle de la formation des normes concernées. C'est ainsi que le terme de « gouvernance » apparu dans les années 1970 en milieu de l'entreprise n'apparaît que dans les années 1990 dans le discours des organisations internationales, à l'initiative de la Banque mondiale, suivie par plusieurs organes des Nations unies avant l'Union européenne en 2001 puis les publications sur la « gouvernance publique » de l'OCDE courant des années 2000[1456]. Ce concept, d'origine extra-juridique, « émane en effet de l'analyse économique et des réflexions conduites sur le « gouvernement d'entreprise » (*corporate governance*) »[1457]. Comme l'indique Pierre Bodeau-Livinec,

> « [p]ar facilité, il est certainement loisible de ne percevoir ici qu'un simple effet de mode : emprunter la « gouvernance » aux sciences économiques et au champ des recherches managériales permettrait aux juristes de sortir enfin de la dialectique stérile entre évaluation de l'effectivité du gouvernement et promotion de sa légitimité, dans laquelle les plus passéistes d'entre eux resteraient encore enfermés. Pourtant, il y a indéniablement d'avantage à puiser dans cette mutation terminologique […]. D'une part en effet, il faut admettre que le langage de la gouvernance a durablement délaissé le seul terrain de la doctrine pour pénétrer dans le champ, sinon du droit positif *stricto sensu*, du moins de la *soft law*. […] D'autre part, et surtout, là où le gouvernement renvoie essentiellement à

[1456] Voir les explications de KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, *op. cit*. note 1343, pp. 16-17.
[1457] BODEAU-LIVINEC Pierre, « Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ?*, *op. cit.* note 1402, p. 221.

> une fonction et aux organes qui l'assurent, la gouvernance évoque presque intuitivement une manière d'agir, un processus susceptible d'être qualifié selon des critères prédéterminés, ceux de la « bonne » gouvernance »[1458].

La diffusion massive du concept et son adoption généralisée par les organisations internationales ne sont plus à démontrer[1459] ; les États eux-mêmes emploient dorénavant ce terme qui amène la doctrine interne à s'interroger sur son sens[1460]. Certains auteurs ont ainsi pu noter que la notion de gouvernance est « pertinente au regard des évolutions de l'action publique »[1461] et qu'elle doit également son succès au fait qu'elle a permis de combiner trois types de préoccupations des universitaires que sont la réflexion sur « la crise d'efficacité et de légitimité des politiques publiques […], celle sur la sectorialisation croissante et l'autonomisation des sphères d'action et de valeur, et enfin les études sur la nature et l'action des réseaux de politiques publiques unissant des acteurs du public et du privé »[1462]. Il est intéressant de noter que cette analyse intervient *a posteriori*, c'est-à-dire que la doctrine a pris acte de l'évolution linguistique et y porte un regard analytique validant – ou ne validant pas, potentiellement – l'usage déjà ancré. L'étude du terme de gouvernance montre en tout état de cause que le concept a évolué et correspond, aujourd'hui, à la « gestion des affaires publiques entendue largement comme englobant aussi bien la gestion des ressources économiques, financières, et environnementales que la gestion des libertés publiques et des droits fondamentaux dans le cadre de sociétés démocratiques »[1463]. Si l'instrumentalisation à diverses fins de la « gouvernance », qu'il s'agisse du terme même ou de ses manifestations, a pu être parfois relevée[1464], tant l'analyse de la chronologie de l'imposition de l'expression que le sens qu'elle véhicule implicitement révèlent une orientation communicationnelle des sources du « droit de la gouvernance », lequel relève très largement du droit administratif global. En effet, le remplacement d'un terme – le *gouvernement* ou l'*administration* – par un autre – la *gouvernance* – ne peut être neutre. En renvoyant au champ lexical de l'entreprise, il traduit au moins inconsciemment l'idée d'une recherche d'efficacité, mais également un but communicationnel autour de cette recherche, lequel transparaît dès la mobilisation des sources

---

[1458] *Ibid.*, pp. 219-220.
[1459] Voir pour un aperçu KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, *op. cit*. note 1343, pp. 20-27.
[1460] Voir par exemple BARON Catherine, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, n°54, 2003/2, pp. 329-349.
[1461] SIMOULIN Vincent, « La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne », *Droit et société*, n°54, 2003/2, p. 320.
[1462] *Idem*.
[1463] KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, *op. cit*. note 1343, p. 33.
[1464] Voir par exemple BARON Catherine, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *op. cit.* note 1460, p. 340.

du droit pour générer le droit relatif au contenu de cette nouvelle notion. L'ajout du qualificatif « *bonne* gouvernance » amplifie encore cet effet.

395. ***Autres exemples possibles.*** D'autres exemples pourraient être mobilisés pour montrer une forme d'alignement des entités globales publiques – voire, plus largement, des États – sur le discours des entreprises quant aux sources du droit administratif global. Pour n'en prendre qu'un, il est possible de mentionner la publication parfaitement inédite, en avril 2019, d'un premier « Voluntary Report on the Implementation of International Humanitarian Law at Domestic Level » par le gouvernement britannique, qui communique sur les avancées de l'État dans ce domaine avec la prétention affichée que cette démarche constitue un précédent à l'égard d'autres États : « [w]e hope it will encourage other States to publish details of their activities to implement IHL at the domestic level, to better identify best practice and ultimately to improve implementation and compliance with IHL »[1465]. Ces mots du Ministre concerné pourraient sans conteste être attribués à un dirigeant d'entreprise ; rapportés à la problématique des sources du droit administratif global, ils peuvent être interprétés comme constituant une première manifestation d'une éventuelle norme coutumière globale relative à une obligation d'information et de publicité des mesures prises en la matière. Dans l'immédiat, la source purement unilatérale de cette obligation de publication que semble inaugurer l'État britannique – à tout le moins à son propre égard – constitue manifestement un outil de communication censé améliorer ou maintenir l'image de l'État dans le domaine de l'application du droit international humanitaire, tout en répondant à titre principal à un besoin de transparence et d'information du public, exprimé par la défiance générale des citoyens envers les pouvoirs publics.

396. ***Synthèse du développement.*** Deux principales séries d'usages ont donc pu être constatées à l'occasion de l'observation du contexte dans lequel s'inscrit la formation – ou la réception, lorsque la norme formée est coutumière ou constitue un principe – du droit administratif global. Aussi est-il possible de dégager un « socle commun » de l'action administrative globale, lequel réside dans les efforts produits pour transformer le processus normatif en outil communicationnel par la publicité, ou à tout le moins de lui adjoindre une dimension visant à faire l'article de la mobilisation de sources du droit administratif global. Ces efforts

[1465] UNITED KINGDOM GOVERNMENT, *Voluntary Report on the Implementation of International Humanitarian Law at Domestic Level*, Foreign & Commonwealth Office, 2019, p. 5. Le rapport, de 47 pages, se présente sous la forme de questions classées thématiquement et auxquelles le gouvernement répond en mettant en avant son respect voire la promotion des normes de droit international pertinentes.

n'aboutissent pas forcément, la formation des normes en question ne s'y prêtant pas toujours. Il est donc difficile d'affirmer que l'ensemble de la production normative relevant du droit administratif global constitue un outil communicationnel. Cependant, il ressort de l'analyse que dès qu'une telle opportunité est ouverte, celle-ci est saisie par toutes les entités globales. Au-delà de cette pratique, qui nous semble donc commune, de publicité, les entités globales privées comme publiques développent d'autres stratégies pour renforcer l'image donnée à l'occasion de la mobilisation de sources de droit administratif global. Il est enfin important de noter qu'en l'absence de motif commercial, la fonction « *marketing* » identifiée s'agissant des entités globales privées ne saurait l'être concernant les entités publiques : l'orientation communicationnelle poursuit donc nécessairement un autre objet. Cette orientation est pourtant commune, ce qui paraît logiquement pouvoir impliquer l'existence d'une fonction commune des sources du droit administratif global. Celle-ci doit dorénavant être déterminée ; il s'agit d'une fonction d'apparence.

II. L'intégration du principe d'apparence parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global

397. ***De la théorie des apparences au principe d'apparence.*** Il est proposé de voir dans cet ensemble de stratégies communicationnelles, dont la finalité économique n'est pas systématique et ne constitue donc pas une clé de lecture universelle, la manifestation d'une *fonction* attribuée par les acteurs du droit administratif global aux sources formelles : celle de répondre au besoin social de manière à tenir compte des apparences. La « théorie des apparences », sur laquelle il convient de revenir brièvement, n'est pas sans lien avec les stratégies communicationnelles constatées, de sorte qu'une analogie est possible (**A**). Il semble dès lors que cette théorie puisse servir de base d'analyse pertinente pour comprendre et qualifier la fonction des sources du droit administratif global, telle qu'elle transparaît des observations précédentes. Cette analyse révèle l'existence d'un *principe d'apparence* qui conditionne la fonction de réponse au besoin social. Outre la fonction première des sources formelles du droit administratif global, c'est-à-dire la traduction de la source matérielle, existe en effet une sous-fonction résidant dans le développement de la théorie des apparences, sur le fondement d'un « principe des apparences » dont il faut déterminer l'articulation avec ladite fonction première (**B**).

A. L'identification d'un lien entre la théorie des apparences et l'expression d'un besoin social

398. ***Limitation et évolutions de la théorie des apparences.*** La théorie des apparences est principalement développée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et à propos de questions liées au fonctionnement de la justice (1) ; mais son évolution sous l'impulsion de la Cour montre qu'elle est liée à l'idée de réponse à un besoin social (2). C'est la raison pour laquelle cette théorie suggère, par-delà le champ du droit européen des droits de l'homme, l'existence d'un principe plus vaste dont la pertinence pour l'étude des fonctions du droit administratif global peut être démontrée.

1. Une théorie jurisprudentielle européenne limitée à l'apparence de la justice

399. ***Exposé de la théorie.*** La théorie des apparences est une construction jurisprudentielle récente, dont l'origine, britannique, remonterait à une formule de Lord Chief Justice Heward dans les années 1920 : « [b]ut while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done »[1466]. L'idée est reprise par la Cour européenne des droits de l'homme en 1970 :

> « [à] s'en tenir à une vue superficielle des choses, on pourrait aller jusqu'à se demander si la distinction susmentionnée reflète fidèlement la réalité. En effet, le parquet de cassation a parfois la qualité de partie demanderesse ; il lui arrive, par exemple, d'intenter une action publique ou disciplinaire contre des magistrats [...]. En outre, ses membres se recrutent parfois parmi ceux du parquet des juridictions du fond. Aussi se peut-il que certains justiciables aient assez naturellement tendance à considérer comme un adversaire un procureur ou avocat général qui se prononce pour le rejet de leurs pourvois. [...] Et l'on conçoit qu'ils puissent éprouver une impression d'inégalité si, après avoir entendu un membre du parquet de cassation conclure dans un sens défavorable à leur thèse à l'issue de l'audience publique, ils le voient se retirer avec les magistrats du siège afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil. Sur ce dernier point, la législation belge peut en effet paraître de prime abord « insolite » [...] et elle ne semble pas avoir aujourd'hui d'équivalent dans les autres États membres du Conseil de l'Europe [...]. Les considérations qui précèdent ont une certaine importance qu'il ne faut pas sous-estimer. Si l'on se réfère à l'adage « *justice must not only be done* ; *it must also be seen to be done* », elles permettent de douter que le système litigieux soit très heureux »[1467].

[1466] High Court of Justice, King's Bench Division, 9 November 1923, *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, p. 259. La formule est généralement réduite à l'aphorisme « Justice must not only be done; it must be seen to be done ».
[1467] CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, n° 2689/65, §§30-31.

En application de ce principe lié à l'article 6§1 de la Convention EDH[1468], « doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité »[1469] ; si un juge, « après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité »[1470]. Pour synthétiser une jurisprudence fournie, la Cour juge que les exigences d'indépendance et d'impartialité du tribunal s'interprètent au regard de la « confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »[1471], de sorte que les apparences constituent l'un des critères utilisés par la Cour lorsqu'elle s'attache à « déterminer si un organe peut *passer pour indépendant* »[1472]. Pour ce faire, elle distingue « une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard *tout doute légitime* »[1473].

2. La mutation de la théorie par l'effet et en faveur du besoin social

400. ***Inversion du raisonnement du juge.*** Malgré l'objectivité annoncée, un tel critère permettant de déterminer dans quelle mesure un tribunal peut passer en apparence pour indépendant apparaît en réalité pour le moins subjectif[1474]. Cette subjectivité est d'autant renforcée que la Cour a pu juger que « la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice justifiait l'importance croissante attribuée aux apparences »[1475]. Celle-ci a, en particulier, été violemment critiquée par la doctrine française mécontente de la condamnation

[1468] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, *STE*, n°005, article 6§1.
[1469] CEDH, *Piersack c. Belgique*, 1er octobre 1982, n° 8692/79, §30a).
[1470] *Ibid*., §30d).
[1471] *Ibid.*, §30a). Cette expression est très régulièrement utilisée par la Cour ; pour un exemple jurisprudentiel récent et envisagé dans le chapitre précédent, voir CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, §143 : « même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables » (l'italique est dans l'original).
[1472] CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, n° 7819/77, §31. Nous soulignons. Voir aussi, parmi une jurisprudence fournie, CEDH, *Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, n° 19178/91, §37 ou encore CEDH, *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1995, n° 22107/93, §73.
[1473] CEDH, *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, n° 11179/84, §32. Nous soulignons.
[1474] Dans le même sens, Frédéric Sudre évoque un « critère subjectif tenant à l'« apparence d'indépendance » aux yeux du justiciable » (SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13ème édition refondue, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2016, p. 618).
[1475] CEDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001, n° 39594/98, §82. Avec une formulation légèrement différente, voir CEDH, *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, n° 12005/86, §24. Plus récemment, voir CEDH, *Batsanina c. Russie*, 26 mai 2009, n° 3932/02, §24.

de la France, pour violation de l'article 6-1, du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement du Conseil d'État[1476]. Il est vrai que la logique poursuivie par la Cour n'apparaît pas toujours avec évidence, ce qui peut être considéré comme un comble, dans la mesure où il est justement question des apparences renvoyées par un tribunal. Ainsi la doctrine a-t-elle pu relever la « mauvaise foi évidente »[1477] de la décision d'irrecevabilité validant *de facto* les apparences entretenues par le renommage du commissaire du gouvernement en « rapporteur public »[1478]. Plus généralement, il faut relever que l'évolution de la jurisprudence montre une inversion manifeste de la logique européenne concernant les apparences. Dans l'arrêt *Delcourt* qui marque l'introduction de cette théorie dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, la Cour – qui ne retient d'ailleurs pas de violation de l'article 6§1 – estime que les apparences « ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit »[1479]. Les arrêts ultérieurs retiennent une conception qui s'éloigne progressivement de cette formule, au point qu'il est possible d'estimer qu'elle lui est aujourd'hui totalement contraire. Depuis lors et comme les montrent les développements qui précèdent, c'est en effet « par un renversement complet de logique que la Cour en est arrivée ensuite, au contraire, à s'assurer qu'« au-delà de la réalité », si l'on peut dire, les apparences donnent cette réalité à voir, quitte à faire prévaloir les premières sur la seconde »[1480].

[1476] CEDH, *Kress c. France*, *ibid.*, §81 : « la théorie des apparences doit aussi entrer en jeu : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles. Pour la Cour, un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se prononce pour le rejet de son pourvoi. À l'inverse, il est vrai, un justiciable qui verrait sa thèse appuyée par le commissaire le percevrait comme son allié ». Certains auteurs ont ainsi pu commenter la « conception extrême de la théorie de l'apparence retenue par la Cour européenne » (CHABANOL Daniel, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *AJDA*, 2002, pp. 9-12. La citation est extraite de la p. 9.). Selon Didier Truchet, cette solution « tient à ce que la Cour a une vision abstraite de l'« égalité des armes » et ignore les réalités issues de l'histoire » (TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2011, p. 132). *Contra*, d'autres auteurs ont pu valider le raisonnement européen, à l'instar de Laurence Burgogue-Larsen, qui, évoquant le retour de « querelles doctrinales dont on pensait qu'elles s'étaient sérieusement dissipées au sein de l'univers académique », dénonce avec humour une certaine « boulimie textuelle » subite de la doctrine interniste (BURGOGUE-LARSEN Laurence, « La France et la protection européenne des droits de l'homme », *AFRI*, vol. VI, 2005, p. 606).

[1477] MILANO Laure, « Douze ans après l'arrêt Kress, la reconnaissance de la spécificité du rapporteur public », *RDP*, 2013, n°5, p. 1128.

[1478] CEDH, déc., *Marc-Antoine c. France*, 4 juin 2013, n°54984/09.

[1479] CEDH, *Delcourt c. Belgique*, précité note 1467, §31.

[1480] GANDREAU Stéphanie, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de *Common Law* », *RDP*, 2005, n°2, p. 323.

401. ***Lien avec la fonction de réponse aux besoins sociaux.*** L'évolution de la jurisprudence européenne montre donc que la théorie des apparences a pris une importance croissante, au point qu'elle a au fil du temps impliqué une inversion du raisonnement du juge, qui tend dorénavant à prioriser les apparences. Cette mutation est due, comme l'indique clairement la Cour, à un besoin social exprimé par le public, dont la considération grandissante pour la « bonne justice » justifie le renforcement des apparences[1481]. Ce lien entre la théorie des apparences et la fonction de réponse aux besoins sociaux a pu être identifié par la doctrine, notamment en droit administratif interne :

> « [l]a théorie des apparences est en effet fondée sur la volonté d'assurer la confiance des justiciables dans les institutions judiciaires (et sur le présupposé que le meilleur moyen d'y parvenir est de créer les conditions les plus favorables à l'affichage de l'impartialité et de l'indépendance de ces dernières, de sorte que le requérant n'ait pas lieu de concevoir de doutes à cet égard). Cette théorie semble dès lors susceptible de jouer un rôle dans le processus de légitimation des institutions judiciaires à une époque caractérisée par un fort accroissement du recours à la justice. Les citoyens ressentent en effet un besoin accru de faire valoir leurs droits à l'égard d'autres individus comme de l'État et attendent de plus en plus de cette dernière qu'elle encadre les rapports sociaux. Ceci s'accompagne de l'expression d'exigences corrélativement croissantes à l'égard du système judiciaire »[1482].

Dans cette mesure, il apparaît intéressant de s'interroger sur la possibilité de « transposer » la théorie dans le champ du droit administratif global, ou, plus précisément, de l'envisager comme un outil d'analyse de ses sources, comme l'invitent à le faire les conclusions précédentes quant à leur orientation communicationnelle.

B. La mise en évidence d'un principe d'apparence conditionnant les fonctions des sources formelles du droit administratif global

402. ***Lien avec les sources du droit administratif global et interaction avec leur fonction principale.*** Il est proposé de théoriser l'orientation communicationnelle des sources du droit administratif global mise en évidence *supra* en la qualifiant de *fonction d'apparence* des sources. Pour ce faire, il convient de démontrer l'intérêt et surtout la possibilité d'utiliser la théorie des apparences pour qualifier un mode de formation du droit – et donc d'éclaircir l'articulation proposée entre la théorie européenne des apparences et les sources du droit administratif global (1), puis d'étudier ses interactions avec la fonction de réponse au besoin social (2).

[1481] CEDH, *Kress c. France*, précité note 1475.
[1482] LECLERC Caroline, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 70.

1. La pertinence d'une analyse des sources formelles du droit administratif global sous l'angle des apparences

403. ***Principe d'apparence et non théorie des apparences.*** La possibilité de s'appuyer sur la théorie des apparences telle que développée en *common law* puis par la Cour européenne des droits de l'homme – sans oublier qu'elle irrigue nécessairement les droits nationaux influencés par sa jurisprudence – pour qualifier une fonction des sources du droit administratif global peut ne pas apparaître avec évidence. Pourtant, le développement précédent a révélé le lien indéniable entre ce critère jurisprudentiel et les besoins sociaux à son origine. Or, la particularité de ce critère est qu'il semble *a priori* ne pas être *juridique* ; au contraire, il apparaît purement factuel, voire abstrait et subjectif. C'est sans doute la raison pour laquelle il est désigné sous le terme « *théorie* des apparences » (« *doctrine of appearances* » en version anglaise) [1483], tandis que les autres critères permettant de qualifier d'indépendant et d'impartial un tribunal ne sont pas désignés comme des « théories ». Cependant et au-delà des apparences terminologiques, une lecture critique de la jurisprudence conduit à estimer que l'expression « théorie des apparences » n'est pas adaptée. Celle-ci ne désigne en effet pas une « théorie », mais le *principe* – en tant que norme – selon lequel les États parties doivent faire en sorte qu'outre être indépendants et impartiaux, leurs tribunaux doivent objectivement et subjectivement *paraître* l'être. Si l'on comprend la frilosité de la Cour à opter pour une telle qualification, qui impliquerait l'entrée de la norme d'apparence dans le champ juridique de manière plus explicite qu'elle ne l'est déjà, il n'en demeure pas moins que cette théorie implique l'évaluation de la manière dont les États mettent en œuvre une norme d'apparence. La position prudente de la Cour, tendant à se satisfaire du terme « théorie » qui renvoie historiquement à une « théorie jurisprudentielle », ne doit donc pas empêcher de constater l'existence de ce principe. Il est d'ailleurs possible, sinon souhaitable, d'élargir la portée – ou, plutôt, de constater l'ampleur de la portée – dudit principe, qui, s'il est utilisé comme un critère par la Cour dans le seul champ de l'article 6§1, peut trouver à s'appliquer dans de nombreuses autres situations, à commencer par celles relevant du droit administratif. Dès lors, il ne s'agit pas d'emprunter une théorie jurisprudentielle européenne pour l'intégrer en tant qu'outil d'analyse des sources du droit administratif global, mais plutôt de constater que ces dernières répondent à une fonction

[1483] La qualification de « théorie » n'est pas l'apanage de la doctrine ; la Cour utilise elle-même l'expression depuis l'arrêt *Kress* (CEDH, *Kress c. France*, précité note 1475, §81). Voir par exemple, depuis, CEDH, GC, *Martinie c. France*, 12 avril 2006, n° 58675/00, §53, ou CEDH, *Société Bouygues Télécom c. France*, 13 mars 2012, n° 2324/08, §64.

précise : répondre à une *norme* qualifiable de principe, dont la jurisprudence européenne constitue un indice de l'existence. L'on peut ainsi admettre la possibilité que le respect du principe d'apparence constitue une fonction des sources du droit administratif global.

404. ***Intérêt dans le cadre des sources du droit administratif global.*** L'intérêt de déterminer cette fonction est que cette démarche intellectuelle permet de systématiser des tendances *a priori* diffuses et disparates. La fonction de réponse au besoin social peut en effet être considérée comme commune à de nombreuses sources de droit, y compris étrangères au droit administratif global, et la manière dont les sources sont employées pour y répondre ne répond pas à un schéma unique qui pourrait être déduit de cette première fonction. Or, l'orientation communicationnelle générale mise en évidence *supra* concernant spécifiquement la formation et l'application des normes de droit administratif global invite justement à considérer que la réponse au besoin social ne constitue pas la seule fonction desdites sources, ou à tout le moins qu'elle ne constitue qu'un élément de cette fonction. Cette orientation communicationnelle est en effet révélatrice d'une *volonté propre aux entités globales de faire apparaître* le processus normatif et sa conséquence – la norme de droit administratif global – comme répondant au besoin social. Dans ce contexte, le principe d'apparence peut être décrit comme la *norme prescrivant que le processus normatif apparaisse aux yeux du public ou du groupe social à l'origine du besoin,* via *la mobilisation d'une communication spécifique et d'autres stratégies envisagées* supra*, comme répondant au mieux au besoin social qui le déclenche.* L'identification du principe d'apparence et sa considération en tant que fonction des sources du droit administratif global permet ainsi d'analyser l'ensemble des pratiques des entités globales sous un angle commun. L'existence d'un dénominateur commun des sources du droit administratif global avait jusqu'ici fait défaut, nonobstant les conclusions de la première partie de la recherche qui ont montré qu'il était possible d'envisager tous ses modes de formation sous le prisme de la théorie des sources. Cet apport manifeste à la réflexion sur le droit administratif global invite ainsi à estimer que la « théorie des apparences » gagnerait à être extraite du champ du droit européen des droits de l'homme auquel son analyse est souvent limitée[1484], et la doctrine à s'en saisir plus systématiquement pour étudier le droit positif.

[1484] Cette affirmation, selon laquelle la théorie des apparences n'existerait que dans le champ européen des droits de l'homme, doit bien entendu être nuancée au regard des références mentionnées *supra* ; elle irrigue vraisemblablement la plupart des droits internes, sans faire pour autant, curieusement, l'objet de réflexions doctrinales d'ampleur à notre connaissance.

2. Une condition rattachée à la fonction de réponse au besoin social des sources du droit administratif global

405. ***Condition du processus normatif.*** Demeure enfin la question de savoir si la fonction d'apparence constitue une deuxième fonction des sources du droit administratif global, aux côtés de la fonction de réponse au besoin social, ou s'il s'agit de la manifestation de la *même* fonction, laquelle serait alors composée de deux sous-éléments. Pour résoudre la difficulté, l'on pourrait recourir à la notion de « fonction-fin » au sens de Gérard Timsit, bien que l'auteur n'évoque pas la question des sources :

> « [l]es fins de l'activité étatique se situent donc sur le plan métajuridique, sur le plan psychologique : elles correspondent à *l'intention* qui anime l'auteur de l'activité […]. Bien que cette intention soit réalisée, transposée dans la réalité postérieurement à l'acte, elle existe antérieurement à l'accomplissement de l'acte, puisque c'est elle qui détermine cet accomplissement. La fin est logiquement antérieure au moyen […] mais ne devient sensible à l'observateur extérieur que par le moyen, qui projette dans la réalité l'élément psychologique qui l'a devancé »[1485].

Ainsi et aux-côtés de la fonction-objet[1486] que constitue la traduction d'un besoin social, le respect, ou à tout le moins la prise en compte, du principe d'apparence peut être qualifié de fonction-fin des sources du droit administratif global. Toutefois, considérer que la fonction d'apparence constituerait une fonction à part entière des sources du droit administratif global pourrait induire une forme de prédétermination de son contenu, qui ne serait alors pas du « vrai droit » mais de l'apparat, voire un jugement de valeur *prima facie*. Or, tel n'est pas le cas, comme le montreront les développements ultérieurs relatifs à l'obligatoriété et à l'effectivité normative du droit administratif global[1487]. Par ailleurs, les éléments dégagés *supra*, et en particulier la construction du raisonnement qui a permis de faire le lien entre le besoin social et la théorie des apparences, invitent à considérer la seconde hypothèse comme décrivant le mieux le processus de formation du droit administratif global. Il est donc préférable de qualifier cette « sous-fonction » de *condition* que doit remplir le processus normatif. Autrement dit, les sources formelles ont pour fonction de traduire la source matérielle principale que constitue le besoin social *de manière* à *renforcer l'apparence qu'une bonne réponse y est apportée* – et ce indépendamment du contenu de la norme et donc de la question de savoir si elle y répond, ou

[1485] TIMSIT Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, *op. cit.* note 1410, p. 13. L'italique est dans l'original.
[1486] La fonction-objet « définie par les actes mêmes qui en constituent l'accomplissement apparaît comme un moyen d'obtenir un résultat donné, d'atteindre à une fin déterminée, se situant au-delà de la sphère du Droit. La fonction-objet est en effet, un moyen juridique au service d'une fin non juridique » (*ibid.*, p. 12).
[1487] Voir *infra*, cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1 et Chapitre 2, section 1.

non, au-delà des apparences[1488]. En ce sens et au regard des développements qui précèdent, l'une des fonctions des sources formelles du droit administratif global consiste donc à *répondre, conformément au principe d'apparence, à un besoin social*.

406. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** Les conséquences de cette « condition d'apparence »[1489], intégrée à la fonction de réponse au besoin social, sur la formation du droit administratif global, apparaissent avec évidence. En répondant au besoin social, les entités globales et les acteurs du droit administratif global, c'est-à-dire les entités publiques n'agissant pas à titre d'entité globale – à l'instar de l'État imposant des normes de droit administratif global aux entités agissant sur son territoire –, veillent intrinsèquement à ce que ledit besoin *paraisse être satisfait*. Pour ce faire, les entités globales pourront déployer tout aussi bien du droit considéré comme « dur », comme un traité ou la loi, ou du droit considéré comme « mou » ou peu engageant, selon le degré d'apparence qu'ils entendront déployer mais également selon de nombreux autres facteurs extérieurs au principe d'apparence[1490]. Les développements qui précèdent ne doivent en conséquence pas être interprétés comme signifiant que les normes produites par les sources du droit administratif global, dont on vient de montrer qu'elles étaient déterminées par un principe d'apparence, ne seraient « que » des normes d'apparence, sans contenu juridique contraignant. L'analyse s'est en effet contentée de révéler que la fonction de réponse au besoin social était conditionnée, à chaque étape du processus de formation de la norme, par le souci de veiller à ce que la norme *paraisse* objectivement et subjectivement répondre à ce besoin. Ce souci, traduit par un principe d'apparence intégré à la fonction des sources formelles, permet d'expliquer l'orientation communicationnelle du processus normatif identifiée *supra*. La condition d'apparence associée à la fonction des sources formelles entretient toutefois une relation d'indifférence réciproque avec l'évaluation de la qualité de la réponse au besoin social. En d'autres termes, la première fonction des sources formelles n'est pas de *répondre en apparence au besoin social*, mais bien de *répondre au besoin social en prenant en considération le principe d'apparence*.

Conclusion du Chapitre 1.

[1488] Ce point ne concerne en effet plus l'analyse des sources en tant que telles, mais celle des *normes*. D'un point de vue purement théorique, la méconnaissance de cette condition pourrait conditionner leur validité ; mais cette analyse ressortit pleinement de la théorie du droit et dépasse le cadre de cette étude.
[1489] L'expression est utilisée par commodité de langage, afin de désigner la condition selon laquelle les sources du droit administratif global ont pour fonction de répondre à un besoin social conformément au principe d'apparence.
[1490] Ces éléments sont analysés *infra*, notamment dans cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2.

407. ***Synthèse.*** Ce chapitre a validé l'hypothèse qui le sous-tendait, en démontrant que la connaissance du droit administratif global pouvait être substantiellement enrichie par la recherche des fonctions de ses sources formelles. La première d'entre elles est de répondre à la source matérielle commune que constitue le besoin social. Cette expression, considérée au singulier dans son sens général, ne dissimule pas l'immense diversité de ces besoins, lesquels sont exprimés au sein de groupes sociaux eux-mêmes fort disparates. Au-delà de ce constat qui pourrait être élargi à la production de droit ne pouvant être qualifié, par exemple *ratione materiae*, de droit administratif global, la manière dont les sources formelles sont mobilisées pour répondre au besoin social a permis d'affiner l'identification de cette fonction première. En effet, l'orientation communicationnelle des sources formelles du droit administratif global a pu être envisagée comme révélatrice d'un principe d'apparence qui conditionne la fonction de ces sources, sans toutefois conditionner son résultat – c'est-à-dire la norme proprement dite. Le fait que le principe d'apparence ne concerne pas les *normes* de droit administratif global démontre d'ailleurs que l'apparence ne peut constituer une fonction des normes, mais bien une fonction des sources. Toutefois, il y a lieu de penser que si la réponse apportée en droit est insuffisante, le besoin social, déclencheur des sources formelles qui ont pour fonction d'y répondre, ne sera pas satisfait. Cette question amène logiquement à se poser celle des effets des sources, à laquelle des réponses seront apportées *infra*[1491].

408. ***Nécessité d'analyser la fonction de légitimation des décisions globales.*** Ce chapitre a étudié la fonction qualifiée de « principale » des sources du droit administratif global : traduire ses sources matérielles. Les développements ont par ailleurs montré que si cette traduction emprunte des chemins amenés à se diviser en différentes sous-fonctions ou conditions, ces sources matérielles étaient en réalité une : la nécessité de répondre à un besoin social de normes relevant du droit administratif global, exprimé par la société civile ou un groupe social organisé. Cette analyse n'épuise cependant pas la question des fonctions des sources formelles du droit administratif global. Divers indices disséminés dans les études doctrinales relatives au *GAL* et plus largement aux droits administratifs amènent en effet à envisager l'existence d'une seconde fonction des sources du droit administratif global : la fonction de *légitimation* des décisions globales.

[1491] Voir *infra*, cette Partie, Titre Deuxième.

CHAPITRE 2. LA LEGITIMATION PAR L'EMPRUNT AUX DROITS ADMINISTRATIFS

409. ***Objet du chapitre.*** Le chapitre précédent, comme celui qui est ici introduit, est fondé sur l'idée qu'il est nécessaire de s'intéresser aux motifs de la création de la norme pour comprendre les fonctions des sources formelles identifiées, conformément à l'hypothèse selon laquelle l'inclusion de ces fonctions au sein de l'étude des sources du droit permet de contribuer à la définition du droit administratif global. Si un premier motif a pu être identifié à partir du discours des entités globales, la réflexion doit être approfondie. En effet, le développement précédent a révélé que la première fonction des sources du droit administratif global est de répondre, en prenant en compte le principe d'apparence, à un besoin social. Il a toutefois été noté que cette conclusion quant aux fonctions des sources formelles était, notamment au regard de la pratique, seulement partielle : pour compléter la compréhension de ces fonctions, il faut tenter d'identifier l'objet du besoin social. Or, les analyses du discours des entités globales et du contenu du droit administratif global mettent en évidence à la fois cet objet et les réponses qui sont apportées à ce besoin. C'est ainsi qu'en étudiant plus avant le discours des entités globales et les motifs de déclenchement du processus normatif, il est possible de dégager une seconde fonction des sources formelles du droit administratif global.

410. ***Besoin social de légitimité et emprunt aux droits administratifs.*** Il apparaît que le besoin social à l'origine du droit administratif global est un besoin de *légitimité* des décisions globales, auquel il est répondu soit en travaillant directement sur la légitimité desdites décisions en appliquant des procédures spécifiques (motivation de la décision, participation à son élaboration, *etc*.), soit en renforçant la légitimité structurelle de l'institution qui les adopte, de sorte qu'elle rejaillisse sur l'ensemble des décisions prises (*accountability*, bonne gouvernance de l'entité globale, *etc*.). Cette distinction selon l'objet des techniques de légitimation ne revêt pourtant qu'un intérêt limité, tant les mécanismes à l'œuvre sont identiques et répondent aux mêmes processus. C'est, dans cette mesure, à ces processus qu'il convient de s'intéresser en démontrant d'abord que le besoin de légitimité constitue une source matérielle du droit administratif global – dont la combinaison avec la source matérielle principale doit être précisée **(Section 1)**. Pour y répondre, les sources formelles mobilisent un processus d'emprunt aux droits administratifs, qualifiable de processus de légitimation et qui constitue une fonction des sources du droit administratif global (**Section 2**).

SECTION 1. LE BESOIN DE LEGITIMITE, SOURCE MATERIELLE DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

411. ***Plan de la section.*** Cette section répond à une question posée en fin de chapitre précédent : une fois le besoin social mis en évidence, encore faut-il déterminer l'objet de ce besoin. Celui-ci réside dans la recherche de légitimité des décisions globales, lequel passe parfois par un processus de légitimation générale de l'entité globale à leur origine (**I**). Ce besoin de légitimité constitue, aux côtés du besoin social et selon une articulation qu'il convient de préciser, une source matérielle du droit administratif global (**II**).

I. L'identification d'un besoin de légitimité, déclencheur du processus de formation du droit administratif global

412. ***Indices directs et indirects du besoin de légitimité.*** La notion de légitimité « peine à paraître comme un objet simple à appréhender »[1492], notamment du fait de « son caractère intrinsèquement multidisciplinaire et polysémique, qui n'aide certes pas à dissiper le flou qui l'entoure »[1493]. Après un examen fouillé de son histoire auquel il est loisible de se reporter, Julie Tribolo conclut, dans le contexte de l'étude de l'expertise en contentieux international, qu'il

> « est constant qu'une norme ou une décision de justice valide et contraignante sur le plan juridique peut néanmoins être méconnue ou difficilement applicable en pratique, c'est-à-dire *in fine* non efficace. En conséquence, la légitimité sera plutôt conçue ici comme un moyen permettant, en parallèle – voire même indépendamment – du caractère juridiquement valide et/ou contraignant de la décision, d'assurer l'efficacité pratique de l'intervention du juge international ; il s'agira d'un élément ou d'un ensemble d'éléments de nature à convaincre les États destinataires de ce que la décision – et au-delà même l'action du juge international – est juste et fondée en raison, pour finalement induire chez eux la volonté de s'y conformer plutôt que d'y faire obstacle ou d'y déroger »[1494].

Mutatis mutandis, ce raisonnement peut être employé s'agissant du droit administratif global. Le besoin de légitimité correspond en effet à une demande – un besoin social – d'éléments de nature à convaincre les destinataires des décisions globales de ce que celles-ci sont justes et fondées, de sorte à éviter les mouvements de protestation à leur encontre – qui constitueraient des obstacles au moins sociaux – ou la banalisation de leur dérogation, lorsque celle-ci est possible. L'étude du discours des entités globales permet d'identifier l'existence de ce besoin

[1492] TRIBOLO Julie, *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, Thèse de droit public soutenue le 28 mars 2017, Université d'Aix-Marseille, p. 141.
[1493] *Ibid*., p. 137.
[1494] *Ibid*., p. 141.

(**A**), sans pour autant apporter la démonstration incontestable qu'il est commun à toutes ces entités. D'autres indices moins directs permettent cependant de s'en convaincre (**B**).

A. Les indices directs de l'existence du besoin de légitimité

413. ***Référence directe aux besoins de transparence et de responsabilité.*** Il est rare que les entités globales fassent référence textuellement à un besoin de légitimité à l'occasion du développement d'une norme de droit administratif global, même si certaines entités admettent l'existence d'un tel besoin de manière générale[1495]. Cette conclusion ressort néanmoins et d'une part, des références à un besoin de transparence (1). En effet, la connaissance du fonctionnement de l'entité qui prend une décision, et en particulier la connaissance des règles qu'elle applique à l'occasion du processus décisionnel, aide le public à la considérer comme plus légitime. D'autre part, les références à la « responsabilité » abstraite des entités globales peuvent être considérées comme d'autres indices de l'existence de ce besoin de légitimité (2).

1. Les références au besoin de transparence dans le discours des entités globales

414. ***Référence au besoin de transparence – entités étatiques.*** Le besoin de transparence est très fréquemment souligné dans les travaux parlementaires au niveau national, dans les domaines les plus variés. Les débats relèvent ainsi un « irrépressible besoin de transparence »[1496] de l'opinion publique française auquel il peut par exemple être répondu par l'institution d'organes dédiés à la surveillance de la déontologie[1497], besoin qui « gagne du terrain au niveau mondial »[1498]. Le constat est exact, puisque les mêmes débats ont lieu depuis

[1495] Tel est par exemple le cas de l'ISO, comme l'a identifié la doctrine du *GAL* que nous rallions sur ce point. Voir SHAMIR-BORER Eran, « Legitimacy without Authority in Global Standardization Governance: The Case of the International Organization for Standardization (ISO) », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. I. States and Global Administrations in Context, p. 173.

[1496] ASSEMBLÉE NATIONALE, XIVe législature, Session ordinaire de 2012-2013, Deuxième séance du lundi 17 juin 2013, Transparence de la vie publique. Suite de la discussion d'un projet de loi organique et d'un projet de loi, Discussion des articles, article 1er, intervention de M. Lionel Tardy.

[1497] Pour un exemple certes quelque peu daté, l'institution du Conseil supérieur de la déontologie en France, « à l'instar de celle du médiateur de la République, permet de répondre à un besoin de transparence à l'égard des citoyens dans leurs rapports avec les différents intervenants en matière de sécurité » (Projet de loi portant création d'un conseil supérieur de la déontologie de la sécurité, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 janvier 1998, exposé des motifs par M. Jean-Pierre Chevènement, ministre de l'intérieur).

[1498] ASSEMBLÉE NATIONALE, XIVe législature Session ordinaire de 2012-2013, Deuxième séance du mercredi 15 mai 2013, Adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable. Discussion, après engagement de la procédure accélérée, d'un projet de loi, Discussion générale, intervention de M. Yves Blein.

une vingtaine d'années au moins dans d'autres assemblées parlementaires étrangères – par exemple au Canada à propos du contrôle du lobbying des entreprises multinationales[1499] ou de l'indépendance des sénateurs au détriment du désir des citoyens « d'avoir un réel contrôle sur leurs institutions »[1500]. De manière générale, il apparaît depuis longtemps en France « des plus essentiels qu'une totale transparence soit observée dans un domaine où l'action publique prête souvent à soupçons et où les dérives éventuelles portent atteinte aux libertés »[1501] – en l'espèce dans le domaine des actions de police dans le cadre du système de signalement SIS[1502]. Certaines déclarations officielles, émanant donc plus directement de l'entité globale étatique, mentionnent également ce fait, soit en rappelant que « [n]os sociétés se caractérisent par un irrépressible besoin de transparence »[1503], soit de manière moins précise[1504]. Ces exemples, qui peuvent être multipliés, montrent tous l'existence d'un besoin social de transparence à propos de l'activité décisionnelle, lequel s'est étendu à toutes les dimensions de l'action publique.

415. ***Référence au besoin de transparence – entités interétatiques.*** Il n'y a pas de raison de penser que ce besoin serait limité à la sphère nationale. Il est d'ailleurs exprimé et officiellement reconnu s'agissant de l'action décisionnelle de l'Union européenne[1505]. Les travaux des Nations Unies montrent également une prise de conscience de l'existence de ce besoin, qui n'est pas toujours expressément formulé. Toutefois, il a pu être indiqué à l'Assemblée générale que « [n]ul ne constestera [...] qu'il y a un réel besoin de transparence accrue à l'échelon tant

[1499] CHAMBRE DES COMMUNES, mercredi 3 mai 1995, intervention de M. Osvaldo Nunez : « le besoin de transparence n'a jamais été aussi grand ».
[1500] CHAMBRE DES COMMUNES, jeudi 8 décembre 2011, intervention de Mme Annick Papillon, qui rappelle également que « [l]es Canadiens sont fort préoccupés par ce besoin de transparence ».
[1501] ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information n°1476 déposé par la Commission des affaires étrangères sur le bilan et les perspectives des Accords de Schengen, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mars 1999 et présenté par M. François LONCLE, député, pp. 31-32.
[1502] Système d'information Schengen.
[1503] Intervention de M. Gérard LONGUET, Ministre de la défense et des anciens combattants, à l'occasion du 70ème anniversaire du Bureau central de renseignements et d'action, mardi 17 janvier 2012.
[1504] Voir par exemple PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, François Hollande, Discours lors de l'ouverture des Rencontres internationales des autorités anti-corruption, Paris, mardi 14 juin 2016 : « [v]ous êtes aujourd'hui réunis à l'OCDE pour réfléchir ensemble justement à une meilleure coopération entre les autorités chargées de cette lutte. Sont présents ici des magistrats, des fonctionnaires, des enquêteurs, des représentants d'institutions financières, mais également des représentants des grandes associations, qui veulent davantage de transparence ».
[1505] Par exemple : PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, François Hollande, Conférence de presse à l'issue du Conseil européen, Bruxelles, mercredi 29 juin 2016 : « [s]ur le TTIP, le traité commercial, entre l'Union européenne et les États-Unis, il a été, à juste raison, reproché une forme d'opacité, défaut de transparence, problème d'association justement des citoyens, ou des groupes qui peuvent les représenter, à des choix, qui sont très importants, [...] donc il est légitime qu'il y ait là-aussi un débat. On ne va pas laisser ce processus se poursuivre sans que les citoyens eux-mêmes ne s'en emparent ».

national qu'international »[1506], ou encore qu'il existe un « besoin de transparence »[1507] à propos de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, lequel encourage « à mettre au point un site Web complet afin de permettre à un large public de prendre connaissance » des travaux de l'Équipe spéciale de lutte contre le terrorisme[1508].

416. ***Référence au besoin de transparence – entités globales privées.*** De la même manière, le discours officiel des entreprises multinationales s'en fait souvent l'écho, en évoquant par exemple « un environnement concurrentiel, mouvant, où les technologies transforment nos métiers et l'économie, où les régulateurs et les clients exigent plus de transparence »[1509]. Tel est également le cas en matière de régulation financière dont les normes peuvent relever du droit administratif global, où les entreprises peuvent préciser sous forme de rappel que la « récente crise financière a permis de remettre l'accent sur le besoin de transparence »[1510] dans ce domaine. Le discours de ces entités globales n'est cependant pas toujours limpide, dans la mesure où il est parfois malaisé de déterminer s'il est fait référence à des évolutions juridiques – lesquelles répondent, comme mentionné *supra*, à ce besoin et le révèlent souvent au stade des débats parlementaires – ou plus directement au besoin de légitimité. Ainsi certains codes précisent répondre à des principes « conformément aux exigences nouvelles des dix dernières années qui ont fait leur apparition en matière de transparence et d'éthique des affaires »[1511] ou lient l'exigence de transparence à l'impératif de satisfaction des clients de manière clairement indépendante des dispositions légales en la matière[1512], tandis que des codes de gouvernement d'entreprise – ici privés – évoquent plus directement la légitimité recherchée : « [g]reater

[1506] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-sixième session, 111ème séance plénière, mardi 29 mai 2012 à 10h, A/66/PV.111, intervention de M. Radi, Président de l'Union interparlementaire, pp. 12-13.
[1507] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-quatrième session, 117ème séance plénière, mercredi 8 septembre à 15h, A/64/PV.117, intervention de M. Momen, représentant du Bangladesh, p. 35.
[1508] *Idem*. La résolution afférente, adoptée à l'unanimité, note « qu'il est nécessaire de continuer à promouvoir la transparence » de l'action de l'Équipe spéciale, sans le rattacher clairement à un besoin social (ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-quatrième session, Résolution 64/297 adoptée le 8 septembre 2010, A/RES/64/297, §10).
[1509] SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, *Code de conduite du groupe*, 2016, Préambule.
[1510] ATOS, *Document de Référence 2011*, déposé auprès de l'Autorité des Marchés Financiers le 5 avril 2012, p. 36.
[1511] LEGRAND, *Guide des Bonnes Pratiques des Affaires du Groupe Legrand*, 2012, p. 6. Cet extrait s'insère dans un paragraphe au sein d'un développement sur « [l]es lois et les normes sociales » ; son placement quelques paragraphes avant la mention du respect des lois invite à penser qu'il peut faire référence à ces « normes sociales ».
[1512] Voir en particulier ENGIE, *Guide pratique de l'éthique*, 2016, p. 9 : « [l]a satisfaction des clients, et par conséquent, la pérennité du Groupe, dépendent de nombreux facteurs, notamment : la disponibilité, l'imagination, l'esprit d'innovation, l'amélioration constante de la qualité et de la traçabilité, en particulier en matière de santé et de sécurité, ou encore la prise en compte de la dimension sociale dans les activités de service public. Ces exigences supposent un dialogue ouvert fondé sur une information précise et sincère, la protection des données personnelles des clients, le respect des règles liées aux informations commercialement sensibles, la transparence des procédures mises en œuvre par le Groupe et, évidemment, le respect des engagements et des règles de la concurrence ». Voir également ENGIE, *Charte éthique*, 2016, p. 7.

transparency is beneficial in establishing the legitimacy of the company as a responsible enterprise in society. Increasingly, civil society views organisations that lack transparency with suspicion »[1513].

417. ***Motifs du développement de ces normes.*** Ces éléments traduisent cependant tous une recherche de légitimité. L'amélioration de la transparence permet au public comme aux décideurs d'exercer un *contrôle*, certes limité, sur l'activité, le processus décisionnel ou le fonctionnement général d'une entité globale. Ce contrôle s'apparente dans ce cas à une forme de vérification sans pouvoir de contrainte. Cette vérification s'exerce en considération de standards sociaux et moraux, lesquels sont tacites et peuvent varier en fonction de la personne morale ou physique qui la mène. Dans l'hypothèse où cette vérification conduit à constater l'adéquation du fonctionnement présenté par l'entité globale avec ces standards, sa légitimité, entendue comme sa conformité avec l'idée du « juste », sera renforcée. Il est possible de prendre un exemple simple pour s'en convaincre ; ainsi le cas d'un individu X considérant comme socialement nécessaire qu'une entité prenant des décisions ayant un impact sur l'environnement rende accessible son organigramme institutionnel pour savoir « qui » décide. Cette appréciation du « socialement nécessaire » constitue un standard, personnel à l'individu X mais en réalité largement partagé, à la lumière duquel celui-ci « testera » les différentes entités globales concernées. Si l'individu X constatait, face à une décision quelconque ayant un impact sur l'environnement, qu'une organisation interétatique Y dont l'activité serait de fixer des quotas de pêche d'espèce protégées, ou qu'une entreprise multinationale Z dont l'activité serait de concevoir et de vendre dans sa région des produits reconnus comme polluants, ne remplissait pas ce standard personnel, il est alors évident que la légitimité de l'entité globale Y ou Z ne serait pas renforcée. Au contraire, celle-ci serait considérablement réduite du simple fait de cette absence de transparence, et ce sans préjudice de leurs autres engagements et activités. Par conséquent, il est clair que l'adaptation des entités globales à ce standard social contribue à renforcer la légitimité des entités globales concernées. Il faut en déduire un besoin de légitimité qui s'exprime, notamment et dans le cas fictif proposé, par un besoin de transparence – le standard étant personnel à l'individu X dans l'exemple présenté, mais en réalité reconnu par les entités globales comme largement partagé. En inversant le raisonnement tout en conservant toutes ses conditions logiques, il apparaît que le besoin de transparence, dont l'objet est de créer les conditions d'une possibilité de vérification factuelle de certaines

[1513] ECODA & IOD, Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK, 2010, p. 17.

informations, traduit un besoin de légitimité. C'est donc parce qu'il existe un besoin originel de légitimer les décisions globales ou, plus largement, le fonctionnement des entités globales, que les normes relatives à la transparence sont développées, qu'il s'agisse de normes adoptées volontairement ou imposées par un acteur extérieur. Le besoin de légitimité conditionne donc, dans ces cas, la mobilisation de sources formelles du droit administratif global.

2. Les références à la « responsabilité » dans le discours des entités globales

418. ***Notion de « responsabilité ».*** Conjointement à la transparence, les entités globales font régulièrement référence à une notion également abordée dans la première partie de cette étude : la responsabilité. La polysémie de ce terme est particulièrement génératrice de confusions dans le cadre du droit administratif global. Celui-ci peut en effet désigner deux notions différentes. D'une part, la « responsabilité » renvoie à une notion juridique bien connue : l'« [o]bligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, *etc*. »[1514] ; en droit international, cette responsabilité est définie comme l' « [e]nsemble des relations juridiques nouvelles découlant d'un fait internationalement illicite d'un sujet de droit international »[1515]. La responsabilité constitue, dans ce premier sens, la conséquence juridique d'un acte ou d'une série d'actes, c'est-à-dire l'application de normes propres à l'ordre juridique ou au champ disciplinaire prévoyant leur déclenchement lorsque tel ou tel acte est commis. D'autre part et dans un sens plus général, la responsabilité renvoie au « [f]ait qu'un sujet est comptable de son action »[1516], et traduit alors trois termes anglais : *responsability*, *liability* et *accountability*. De manière variable, l'idée d'*accountability* est ainsi traduite, même si elle l'est rarement par la doctrine française[1517], par les expressions « redevabilité », « reddition des comptes », ou « responsabilité », l'emploi de cette dernière entretenant souvent une confusion avec la responsabilité légale – par exemple des entreprises multinationales. Or, ce deuxième sens du mot « responsabilité » est fréquemment sollicité par

[1514] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, Quadrige, 2011, p. 908, entrée « responsabilité ».
[1515] SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 995, entrée « responsabilité », point D. Cette définition présente la particularité de s'affranchir d'une conception traditionnelle de la responsabilité, laquelle lui assigne « comme fonction exclusive l'obligation de réparer » (*idem*).
[1516] *Ibid*., p. 994.
[1517] Voir NDIOR Valère, *La participation d'entités privées aux activités des institutions économiques internationales. Contribution à l'étude de l'*accountability *des organisations internationales*, Thèse de droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université de Cergy Pontoise, p. 7, note 33, et p. 8 pour une mention du lien entre *accountability* et légitimité des organisations internationales.

les entités globales dans leurs discours et actions concernant la formation du droit administratif global.

419. ***Références au besoin de responsabilité au sein du discours des entités globales.*** En effet, et conformément au fait qu'il est « de plus en plus admis que les sociétés transnationales ont une responsabilité (au sens du mot anglais *accountability*) »[1518] notamment en matière d'éthique, les entités globales privées que sont les entreprises font souvent référence à leur « responsabilité » sans lien avec les obligations légales pertinentes. Cette mention intervient à l'occasion du développement de normes de droit administratif global au sein de codes privés d'entreprise : « nous insistons sur l'importance et la place de la responsabilité au cœur de notre gouvernance d'entreprise »[1519] ; « we must […] [l]everage the health, safety and environment mindset in a transparent, respectful and accountable way across the organization »[1520] ; « il est de notre responsabilité de démultiplier les impacts positifs et de minimiser les impacts négatifs de notre activité sur l'ensemble de la société et sur l'environnement »[1521]. De manière plus surprenante, de nombreuses organisations internationales prévoient une section dédiée à l'« *accountability* » sur leur site internet, à l'instar du FMI[1522] ou encore de l'AIEA[1523] – pour ne prendre que deux exemples. Tel est aussi le cas des organisations hybrides, comme l'ICANN qui lie transparence et *accountability* à l'impératif d'efficacité[1524].

420. ***Existence d'un second niveau d'analyse de la responsabilité.*** L'utilisation de ce terme invite à dégager un deuxième niveau de lecture de son invocation par les entités globales. Lorsque le terme « responsabilité » est envisagé dans sa version française et dans son sens juridique classique, la question de l'identité de la personne envers laquelle la responsabilité est engagée ne soulève pas d'interrogations spécifiques – à tout le moins pas d'interrogations qui

[1518] KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 42.
[1519] SCHNEIDER ELECTRIC, *Nos principes de responsabilité*, 2009, p. 2.
[1520] SANOFI, *Code of ethics. Our commitment to acting with integrity*, 2018, p. 9.
[1521] ANETT, *Charte RSE*, 2016, p. 4.
[1522] Site internet du FMI, page « IMF Accountability », accessible en ligne : https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2018/09/11/imf-accountability [dernière consultation le 29 avril 2019]
[1523] Site internet de l'AIEA, page « More on the Office of Internal Oversight Services », accessible en ligne : https://www.iaea.org/about/https%3A//www.iaea.org/about/organizational-structure/offices-reporting-to-the-director-general/office-of-internal-oversight-services/more-on-office [dernière consultation le 29 avril 2019].
[1524] Voir le site internet de l'ICANN : « ICANN has a proven commitment to accountability and transparency in all of its practices. Indeed, ICANN considers these principles to be fundamental safeguards in ensuring that its international, bottom-up and multistakeholder operating model remains effective » (page « Accountability and Transparency », accessible en ligne : https://www.icann.org/resources/accountability [dernière consultation le 29 avril 2019]).

ne trouveraient réponses au sein du régime juridique pertinent. Il en est d'ailleurs de même s'agissant des motifs du recours à la responsabilité, qui sont énumérés ou *a minima* identifiés au sein de l'ordre juridique qui en détermine les conséquences. Toutefois, lorsqu'il est envisagé dans son acception plus générale, l'on peut à juste titre s'interroger sur l'identité des personnes ou groupes de personnes auxquelles les comptes sont rendus, et sur les motifs de ce mécanisme. La responsabilité ne répond alors pas à un régime juridique spécifique qui l'institue ; ainsi le cas de l'*accountability* des organisations internationales, qui n'a rien en commun avec la responsabilité juridique des organisations internationales telle qu'envisagée par le droit international[1525]. Il semble ainsi admis, *ex nihilo*, qu'une forme de « responsabilité » s'impose *à l'égard du public* et des destinataires des normes générées par les entités globales qui mettent en place ces mécanismes et procédures d'*accountability*. L'objet de la mobilisation des sources formelles dans ce but ne peut alors qu'être de renforcer les capacités de vérification du fonctionnement de l'entité globale par le public, de manière similaire à la référence à la transparence, qui va d'ailleurs souvent de pair. Il convient dès lors d'en déduire que la responsabilité prise dans ce second sens et ses avatars anglais répondent à un besoin de légitimité de l'entité qui les invoquent, et que leur mention révèle l'existence de cette nécessité ressentie. L'existence de ce besoin sous-jacent à la mobilisation de sources du droit administratif global est confirmée par des éléments externes à ces discours.

B. Les indices indirects de l'existence du besoin de légitimité

421. ***Confirmations doctrinale et logique.*** Les éléments qui précèdent mettent en lumière un lien tout à fait évident entre le développement de normes relatives à la transparence et un besoin de légitimité propre aux entités globales, que complète l'examen de l'invocation de la « responsabilité » dans son sens anglais d'*accountability*. L'existence de ce besoin à l'origine du droit administratif global est confirmée par la doctrine (1), dont les conclusions peuvent être utilement complétées par quelques remarques sur le lien causal qu'il entretient avec l'idée d'acceptation de la norme (2).

[1525] Une simple consultation des règles coutumières applicables en la matière permet de s'en convaincre. Voir CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, 2011, adopté par l'Assemblée générale : ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-sixième session, Résolution 66/100 adoptée le 9 décembre 2011, A/RES/66/100.

1. L'apport de la doctrine à la mise en évidence du besoin de légitimité

422. ***Démonstration par l'isolation des motifs de création des normes.*** Les auteurs ayant travaillé sur le *GAL* ont apporté deux types d'éléments utiles à la mise en évidence de ce besoin. D'une part, ils ont pu révéler ce besoin en analysant les motifs exacts de la formation des normes de droit administratif global prises isolément. Les exemples, foisonnants, montrent que le besoin de légitimité est omniprésent à la base du processus. Ainsi,

> « [i]n the absence of any hard legal structure, or democratic accountability, the Council turned to experimentation with techniques familiar to global administrative law to achieve greater legitimacy at the expense of a degree of its discretion. One recent example of such self-limitation is its creation of an ombudsman through Resolution 1904, capable of reviewing an individual's listing on the rolls of the 1267 terroristsanctions regime »[1526].

De manière générale, les recherches quant aux motivations des auteurs du *GAL*, spécifiquement lorsqu'il est créé par l'entité globale elle-même, mettent dès lors qu'elles comprennent un volet historique l'accent sur la nécessité de rendre plus légitime l'entité ou son action. L'on retrouve en effet des analyses sectorielles allant dans le même sens et soulevant un manque de légitimité à l'origine du développement de droit administratif global dans d'innombrables cas, par exemple concernant l'ISO[1527], l'IASB[1528], la Commission du *Codex Alimentarius*[1529], ou encore les Principes d'Équateur[1530].

[1526] ARATO Julian, « Material Limits to the Power of the United Nations Security Council: Between Law and Politics », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 1495, vol. I. States and Global Administrations in Context, p. 66.

[1527] SHAMIR-BORER Eran, « Legitimacy without Authority in Global Standardization Governance: The Case of the International Organization for Standardization (ISO) », *op. cit*. note 1495, p. 171 : « a major element in ISO's pre-eminence has been its ability to extract legitimacy from its social environment, and, more particularly, its use of the standardization procedures in the pursuit of such legitimacy ».

[1528] DE BELLIS Maurizia, « The Public Accountability of a Global Private Regulator: the IFRS Foundation's Ongoing Constitution Review, the IASB and the Monitoring Board », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 1495, vol. II. Global Standards, p. 36. Le raisonnement proposé est en deux temps, le premier identifiant le besoin d'améliorer l'acceptabilité des normes produites et le second en faisant le lien entre droit administratif global et ce besoin conçu comme un but poursuivi : « [t]he ongoing review process of the IFRS Foundation Constitution is intended to increase the accountability of the global private regulator for accounting in a number of ways: [...] by using procedural tools, such as notice and comment; through the establishment of a monitoring body, the MB, made up of public regulators; and by changing its funding arrangements. But do these tools succeed in increasing the legitimacy of the IFRS Foundation? » (p. 36).

[1529] BEVILACQUA Dario, « Competing Interests: Food Safety Standards and the Codex Alimentarius Commission », *ibid.*, pp. 43-44.

[1530] MEER Yoav, « The Equator Principles: Voluntary Standards in Project Financing », *ibid.*, vol. VII. Global Dimensions of Democracy, pp. 145 et 147.

423. ***Démonstration par l'étude des motifs de l'émergence du besoin lui-même.*** D'autre part, les auteurs du *GAL* ont pu analyser les motifs du besoin de légitimité lui-même, lesquels permettent de se convaincre de son caractère systématique :

> « le raisonnement courant est le suivant : l'État est le siège de la démocratie, si l'on échappe à l'État, la démocratie est érodée et une technocratie globale se développe, capable seulement de dialoguer avec les bureaucraties nationales. Mais l'absence du sommet de l'exécutif, responsable devant un organe représentatif, produit une pression croissante sur le droit administratif global, dans le sens de l'ouverture, de la participation, de la transparence. Celles-ci peuvent suppléer au déficit de légitimation démocratique qui découle de l'absence d'une base constitutionnelle du droit administratif global. Si la légitimation ne vient pas « d'en haut », elle peut au moins en partie y remédier par l'augmentation des garanties « vers le bas » »[1531].

Cette remarque de Sabino Cassese à propos de la doctrine nord-américaine du *GAL* est particulièrement intéressante puisqu'elle identifie un motif commun dans la formation du droit administratif global. La légitimation ne pouvant passer par les outils classiques mobilisés dans le cadre étatique, celle-ci est, selon l'auteur italien, recherchée par le biais du développement de normes de droit administratif global. Cette position est d'ailleurs partagée :

> « [i]n the context of a changing administrative landscape, traditional « transmission belt » models cannot give a sufficient answer to the question of legitimacy of the exercise of public power, especially in relation to global administrative bodies; nor, however, can the legitimacy model of public international law apply in the context of global administration. Several models of legitimacy have been proposed in the GAL literature in order to replace traditional models, or to enhance the legitimacy of global administrative actors. Up to now, no uniform model has been developed for the legal justification of the exercise of global public authority. Global law is in much greater need of legitimacy, and national and global bodies are in a much greater need of being held accountable, when the rules they apply and their actions touch upon matters of personal freedoms »[1532].

La recherche de légitimité se trouve ainsi, selon la doctrine, à l'origine de sa formation en tant qu'objet de son existence. Au-delà de ce *but* poursuivi par la création du droit administratif global, les auteurs mettent la plupart du temps en évidence de manière explicite l'existence d'un *besoin* de légitimité. Toutefois, cette distinction entre « but légitimant » et « besoin de légitimité » n'est pas présente de manière systématique dans les travaux doctrinaux concernant le *GAL*, de sorte qu'il est difficile d'en retirer une conclusion irréfutable. Pour achever de

[1531] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative law, 2011, p. 12.
[1532] DIMITROPOULOS Georgios, « Holding National Administrations Accountable through Peer Review: The FATF Case », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, *op. cit.* note 1495, vol. IV. The Enforcement of Global Decisions, p. 9.

démontrer que la légitimité constitue bien un *besoin* à l'origine du droit administratif global et non un simple but poursuivi, il faut faire le lien entre celle-ci et l'acceptation de la norme.

2. Le lien entre impératif d'acceptation de la décision globale et besoin de légitimité

424. ***Mise en évidence du lien.*** Le peu d'importance de la distinction entre le but poursuivi par une norme de droit administratif global (légitimer une décision ou l'entité qui la prend) et le besoin qui motive sa création (le besoin de légitimité) n'apparait avec évidence que lorsque l'observateur s'interroge quant *aux raisons* pour lesquelles la légitimité, de manière générale, est recherchée par le processus de formation du droit administratif global. Sur ce point, la doctrine opère clairement un lien entre l'impératif de légitimité et le degré d'acceptabilité, pour le public, des décisions prises par les entités globales :

> « [o]rganizations need legitimacy, understood here as social acceptability and credibility, to survive and thrive. Global regulatory bodies in particular depend on the legitimacy granted by their social environment. These bodies usually lack coercive powers or authority as we know it from the national sphere. To induce compliance with the rules and norms that they generate, the legitimacy that different social groups in their environment – constituents and stakeholders – can offer these bodies thus becomes essential. Although organizations cannot fully control whether others will grant them their support, they can employ a series of legitimacy-management strategies to help them gain, maintain, and where necessary also repair, the perception by others as legitimate. They are therefore engaged in an ongoing effort to respond to the demands presented to them by their different « legitimacy audiences », and resolve the challenges that arise particularly when such demands conflict with each other or are inconsistent with the functional requirements of the organization's core business »[1533].

Si l'on suit ce raisonnement, l'existence même de certaines entités globales, et de manière moins hyperbolique celle de leur fonction décisionnelle, est conditionnée par leur légitimité. Celle-ci n'étant pas conférée par un système politique établi comme l'est, historiquement et politiquement, la figure étatique à l'exception des cas dans lesquels l'État agit comme entité globale[1534], son manque ou déficit appelle de nouvelles solutions – dont le développement du

[1533] SHAMIR-BORER Eran, « Legitimacy without Authority in Global Standardization Governance: The Case of the International Organization for Standardization (ISO) », *op. cit*. note 1495, p. 181.

[1534] Cette affirmation peut être nuancée à la lecture des travaux des historiens de l'État, par exemple en France où un perpétuel déficit de légitimité de la figure gouvernementale est mis en évidence depuis la Révolution française et l'exécution de Louis XVI. Ce déficit est généralement comblé par des tentatives de faire coïncider la légitimité gouvernementale à la légitimité historique ; voir JULLIARD Jacques, « La tentation du Prince-Président », *Pouvoirs*, n°41, 1987, pp. 27-36, spéc. p. 27 et p. 35.

droit administratif global[1535]. Cette conclusion est particulièrement évidente concernant les entités privées comme l'ISO, qui est

> « constantly engaged in efforts to gain and maintain the support of various « legitimacy audiences » in its environment, from industry and business stakeholders, through governments and intergovernmental organizations, to civil society NGOs and academia. Because the legitimacy of these different audiences may be based on different grounds, their legitimacy demands – namely, their pre-conditions for granting ISO their support – may vary, and at times even conflict with one another »[1536].

L'on retrouve également, et par exemple, cette idée dans le cas de l'IASB, à propos de laquelle « [t]he acceptance and use by public regulators of standards set by private bodies raises a number of questions concerning the accountability of such entities »[1537]. Sans toujours aller jusqu'à menacer l'existence-même de l'entité globale, il en ressort que de la légitimité de l'entité globale dépend l'effectivité des décisions qu'elle prend. Dans cette mesure, la création du droit administratif global, en renforçant la légitimité de l'entité ou de certaines de ses décisions, détermine la mesure dans laquelle l'activité décisionnelle de l'entité globale sera effective. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle le droit administratif global n'est pas créé de manière systématique et universelle : son développement apparaît modulé en fonction des besoins de légitimité et du degré d'acceptabilité des décisions de l'entité globale que cette dernière estime souhaitable afin que son action soit effective. Le degré d'effectivité souhaité de son activité décisionnelle reste, d'ailleurs, en partie déterminé par les entités globales elles-mêmes. Une entité désireuse de voir ses décisions largement acceptées, voire reprises et reproduites au-delà de son champ d'influence juridique, c'est-à-dire au-delà de ce que les ordres juridiques pertinents prévoient strictement par exemple en termes de hiérarchie normative, veillera ainsi volontiers à développer sa légitimité et, partant, un certain nombre de normes de droit administratif global. Ce raisonnement a particulièrement été mis en lumière, là encore, à propos de l'ISO :

> « [h]ow does ISO manage these legitimacy demands? It is suggested here that, in certain cases, particularly when international civil society legitimacy seems crucial to the effectiveness of the proposed international standards (in the sense of their widespread acceptance and adoption), ISO is attentive to NGO claims, and responds by adapting its standardization procedures in a way that facilitates NGO participation and allows NGOs

[1535] Au-delà de la doctrine du *GAL*, ce phénomène est également relevé s'agissant du droit international général au 21ème siècle. Voir sur ce point YASUAKI Onuma, « A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century », *RCADI*, vol. 342, 2009, p. 127 ou p. 238, évoquant « the lack of global legitimacy » (p. 127) – en particulier de la coutume internationale élaborée par les États du Nord.

[1536] SHAMIR-BORER Eran, « Legitimacy without Authority in Global Standardization Governance: The Case of the International Organization for Standardization (ISO) », *op. cit*. note 1495, p. 172.

[1537] DE BELLIS Maurizia, « The Public Accountability of a Global Private Regulator: the IFRS Foundation's Ongoing Constitution Review, the IASB and the Monitoring Board », *op. cit*. note 1528, p. 36.

> greater opportunities to influence the standardization process at the international level »[1538].

425. ***Qualification du lien.*** L'acceptabilité[1539] des décisions prises par les entités globales est donc conditionnée par la légitimité de ladite décision, laquelle peut être renforcée soit par des normes de droit administratif global applicables au processus d'adoption de la décision visée, soit par des normes de droit administratif global applicables au fonctionnement général de l'entité globale. Dans ce dernier cas, le raisonnement à l'œuvre consiste à considérer que la confiance dans une entité globale conférée par la formation du droit administratif global rejaillit sur les décisions qu'elle adopte. Il existe donc un lien de causalité entre acceptation de la décision et légitimité[1540]. Or, le caractère acceptable des décisions prises par les entités globales constitue à bien des égards un impératif pour elles : sans lui, leur action est peu effective, peu efficace voire vaine, et la confiance qui leur est portée par les États souverains amoindrie, de sorte que la reconnaissance – expresse ou tacite – d'une fonction décisionnelle globale dont elles jouissent peut être questionnée. Dans le cas des entités globales hybrides ou privées, l'on perçoit aisément la problématique si ce questionnement aboutit à la conclusion qu'il conviendrait de « publiciser » la fonction exercée – l'on pense à l'ICANN, à l'ISO ou à d'autres organismes privés de standardisation. Sans aller jusqu'à cette solution, ce souci d'acceptation – et donc de légitimité – permet d'expliquer le fait que le besoin de légitimité concerne tout autant le droit administratif global créé de manière *interne* à l'entité globale que celui créé de manière *externe*, comme lorsqu'il est imposé par un État ou une organisation internationale. En effet, les acteurs du droit administratif global comme les États peuvent avoir intérêt à ce qu'une fonction spécifique soit exercée par une entité globale extérieure – notamment du fait de l'impossibilité d'y apporter des réponses exclusivement nationales, de la nécessité d'une action coordonnée, ou de le la technicité de la fonction. Dès lors, face au constat d'un déficit d'acceptation et de légitimité des décisions émises par ces entités globales, les acteurs étatiques

---

[1538] SHAMIR-BORER Eran, « Legitimacy without Authority in Global Standardization Governance: The Case of the International Organization for Standardization (ISO) », *op. cit*. note 1495, p. 173.

[1539] L'on fait une distinction, empruntée à la sociologie et à la psychologie cognitive, entre « acceptation » et « acceptabilité ». Si le premier terme désigne le « fait d'accepter » quelque chose (ou quelqu'un, dans un groupe social), le second désigne plutôt les caractères psychologiques qui mènent à l'acceptation, c'est-à-dire les conditions menant un individu à considérer quelque chose ou quelqu'un comme « acceptable » (voir par exemple, sur cette question, BASTIN Georges, *Les techniques sociométriques*, Paris, PUF, 1961, 184 p., notamment p. 112). La doctrine juridique ne semble pas faire systématiquement la différence (voir ainsi GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 412), de sorte que lorsque celle-ci n'apparaît pas significative pour le sens du propos, les deux termes pourront être utilisés indifféremment.

[1540] Cette affirmation renvoie immanquablement aux travaux d'Habermas sur la question (spéc. HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, 554 p), lesquels seront mobilités *infra*, §459.

ont également intérêt à favoriser voire à imposer l'adoption de normes de droit administratif global. C'est ainsi car la légitimité de l'entité globale ou de la décision qu'elle émet est lacunaire ou contestée que le droit administratif global est développé. Le lien de causalité établi amène donc à confirmer l'existence d'un besoin de légitimité à l'origine du droit administratif global, lequel poursuit le but d'améliorer l'acceptabilité des décisions globales.

II. L'octroi de la qualité de « source matérielle du droit administratif global » au besoin de légitimité

426. ***Possibilité et pertinence d'une analyse sous l'angle des sources matérielles.*** De la même manière qu'il a été démontré dans le chapitre précédent que le besoin social constituait une source matérielle du droit administratif global, il ressort des constats effectués plus haut que le besoin de légitimité constitue également une telle source. Cette qualification ne soulève pas de difficultés majeures et s'avère pertinente pour mieux comprendre les fonctions des sources et des normes de droit administratif global (**B**), mais doit être contextualisée afin d'écarter certaines éventuelles critiques (**A**).

A. La possibilité d'envisager le besoin de légitimité comme source matérielle du droit administratif global

427. ***Articulation et clarification de l'articulation.*** La possibilité de qualifier le besoin de légitimité identifié comme source matérielle commune au droit administratif global se heurte *prima facie* à deux séries de réserves, qui peuvent aisément être levées. Il convient d'abord d'exposer la position retenue quant à l'utilité ou à la dualité de la source matérielle ou des sources matérielles du droit – au sens de Duguit si l'expression est prise au singulier (1). Il s'avère ensuite nécessaire de clarifier l'articulation entre le *besoin de légitimité* considéré comme source matérielle du droit administratif global et l'*objectif de légitimité* qui a servi de critère pour dégager une liste préliminaire de normes relevant du droit administratif global (2).

1. L'articulation des sources matérielles du droit administratif global

428. ***Exposé de la critique possible.*** Une première critique adressée à la qualification du besoin de légitimité en tant que source matérielle du droit administratif global consiste à indiquer qu'une source matérielle a déjà été identifiée : il s'agit du besoin social[1541]. Si Léon Duguit et

[1541] Voir *supra*, chapitre 5.

son discipline Georges Scelle estiment qu'il n'y a pas « comme on le croit souvent, plusieurs sources du droit, mais une seule : le fait social lui-même ou la solidarité »[1542], telle n'est pas la position théorique retenue dans cette recherche. Adopter en l'état cette conception stricte de la source matérielle serait en effet imposer un carcan à l'analyse de la pratique.

429. ***Réponse à la critique.*** Tout en ne reniant pas l'emprunt à la théorie duguiste selon lequel le fait social, analysé comme un « besoin social », constitue la source du droit administratif global, deux solutions s'offrent à l'observateur. La première possibilité consiste à admettre l'existence d'une dualité voire d'une pluralité de sources matérielles. Elle revient ainsi à admettre que le besoin social n'est que la première source matérielle dégagée, mais que d'autres peuvent lui être juxtaposées. Cette vision, assez simpliste, comporte toutefois un risque de dilution de l'intensité de la source qu'est le besoin social, lequel est systématiquement trouvé au fondement de la création du droit administratif global. La seconde possibilité pour concilier le constat de la coexistence de deux sources matérielles consiste à ne pas considérer la source matérielle qu'est le besoin social comme un bloc figé, mais au contraire à distinguer au sein de cette source différents degrés, voire à la concevoir comme le contenant de plusieurs sous-impératifs sociaux. En ce sens, le besoin social constitue la *principale* source du droit administratif global, cette précaution terminologique ayant d'ailleurs été adoptée *supra*[1543]. Le besoin social peut alors être conçu comme se déclinant ensuite en cascade qu'il est possible de remonter jusqu'à cette source principale. Cette seconde manière d'envisager les sources matérielles permet par ailleurs de ne pas séparer artificiellement deux éléments indissociables : le besoin de légitimité est en effet indissociable du besoin social, par le simple fait qu'il est lui-même un besoin social. Il s'agit dès lors d'une source accessoire à la principale, et non une source secondaire qui lui serait étrangère. L'image de la cascade permet ainsi de décrire au mieux la manière dont les sources matérielles déterminent la création du droit administratif global, sans pour autant trahir la pensée duguiste, laquelle nous semble toujours permettre d'analyser de manière pertinente la formation de ce droit.

[1542] SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, Sirey, 1932, p. 6.
[1543] En substance, il a en effet été précisé (cette Partie, Titre Premier, Chapitre 1) que le besoin social, envisagé comme une prétention d'un groupe social donné, est le principal moteur de la création du droit administratif global.

2. Le dépassement des difficultés liées à la définition du droit administratif global adoptée

430. ***Exposé de la critique possible.*** Une seconde critique qui pourrait être adressée à la qualification du besoin de légitimité en tant que source matérielle du droit administratif global réside dans la mise en perspective du raisonnement proposé. Il a en effet été indiqué en introduction que le but de légitimation des décisions globales constituait un critère d'identification *a priori* du droit administratif global, l'étude consistant ensuite à analyser ses sources. Dans cette mesure, il paraît évident que la fonction légitimatrice est commune aux normes découvertes selon cette grille d'analyse ; le raisonnement pourrait même être interprété comme tautologique.

431. ***Réponse à la critique.*** Pour constater que tel n'est pas le cas, il suffit à cet égard de relever une distinction fondamentale : il ne s'agit pas ici de constater que les normes de droit administratif global poursuivent une fonction légitimatrice, mais de confirmer que le besoin de légitimité – peu important la manière dont il est assouvi – constitue une source matérielle du droit administratif global. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une norme a pour fonction de légitimer l'action d'une entité quelconque qu'il faut systématiquement en déduire que sa source matérielle réside dans un besoin de légitimité, sans quoi l'étude des sources matérielles du droit devrait être substituées à celle des fonctions des règles – sans préjudice des sources. D'un point de vue abstrait, cette fonction légitimatrice de la norme peut être tout à fait secondaire, voire imprévue, et dépendre de faits et structures sociales totalement indépendants de son mode de formation. Par exemple, la norme constitutionnelle prévoyant en France le référendum poursuit une fonction légitimatrice du gouvernement en place, notamment à la lumière de son utilisation ; il n'est néanmoins pas certain que sa source matérielle réside dans un *besoin de légitimité* du constituant, celle-ci devant plutôt être trouvée dans l'expression de la souveraineté du peuple. Dans le même ordre d'idées, si la fonction légitimatrice de la norme peut varier à travers le temps et selon l'utilisation qui en est faite, tel n'est pas le cas de la source matérielle, qui lui préexiste. Il existe donc *a minima* une différence *ratione temporis* entre fonction de la norme et source matérielle, dont il découle une impossibilité d'assimiler les deux quand bien même elles auraient en commun la notion centrale de « légitimité ». L'on doit donc en conclure une indifférence réciproque entre la fonction légitimatrice d'une norme et sa source matérielle, laquelle permet d'écarter l'éventuelle critique pouvant être adressée au raisonnement. Pour les raisons qui précèdent, il semble qu'aucun argument ne fasse obstacle à la possibilité d'envisager

le besoin de légitimité comme une source matérielle du droit administratif global. Plus encore, cette analyse paraît constituer une étape supplémentaire dans la définition du droit administratif global lui-même.

B. La pertinence d'envisager le besoin de légitimité en tant que source matérielle du droit administratif global

432. ***Intérêt de la démarche.*** Envisager le besoin de légitimité comme une source matérielle du droit administratif global, conformément à l'articulation précisée plus haut, constitue une contribution substantielle à l'identification de la fonction téléologique des sources du droit administratif global. La mise en évidence d'une fonction téléologique des sources d'un droit est en effet un indicateur extrêmement utile pour comprendre son objet et, au-delà, définir ledit droit. Le droit administratif global peut être identifié par son objet ; mais l'étude de ses sources matérielles – dont le besoin de légitimité – permet de mieux le définir. Cette conclusion s'inscrit, par analogie, dans la lignée des tentatives de définition du droit international par ses sources :

> « il peut être admis que si le droit international ne peut pas être identifié par son objet, pas plus que par ses sujets ou par d'autres caractéristiques qui lui seraient absolument propres, il peut en revanche être reconnu en première approximation par sa forme : c'est le droit qui résulte des modes de formation du droit international, c'est-à-dire le droit qui résulte de la rencontre des volontés de plusieurs États (et/ou organisations internationales) ou qui en est dérivé »[1544].

L'analyse des sources formelles n'a pas permis de dégager un critère spécifique du droit administratif global comme cela peut être le cas s'agissant du droit international. Néanmoins, l'analyse de ses sources matérielles, que les sources formelles ont pour fonction de traduire en droit positif, met en évidence une caractéristique : le droit administratif global est formé à la suite d'un besoin social de légitimité, lequel s'exprime certes de diverses manières. Ce qui était vu *prima facie* comme un critère d'identification des normes du droit administratif global constitue donc surtout une *fonction de ses sources* et par conséquent un élément de sa définition. La manière dont les sources formelles sont mobilisées pour répondre à cette source matérielle met en lumière une nouvelle fonction de ces sources formelles, laquelle contribue, ce faisant, à la définition du droit administratif global.

[1544] SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 39.

433. ***Nécessité d'analyser la manière dont les sources formelles répondent au besoin de légitimité.*** Il ressort de ce qui précède qu'il n'est pas souhaitable de limiter l'analyse des sources matérielles du droit administratif global à l'identification du « besoin social » pris isolément. Le système des sources matérielles s'avère, à la lumière de la pratique, plus complexe et s'apparente à une cascade à l'origine de laquelle se trouve un besoin social. Dans le cas du droit administratif global, il a pu être identifié un *besoin de légitimité* commun à l'origine de sa formation. Il en constitue donc une source matérielle et permet de contribuer à la définition, par ses sources, de ce droit. L'étude des fonctions des sources identifiées ne peut néanmoins s'achever sur ce constat : encore faut-il déterminer de quelle manière les sources formelles sont mobilisées pour répondre à ce besoin de légitimité. Il convient donc d'étudier les procédés mobilisés par les sources formelles en vue de le satisfaire.

SECTION 2. LA REPONSE AU BESOIN DE LEGITIMITE PAR L'EMPRUNT AUX DROITS ADMINISTRATIFS

434. ***Plan de la section.*** La manière dont les sources formelles sont mobilisées pour répondre à ce besoin de légitimité est empreinte de références au « droit administratif », entendu ici de manière générale. Cette référence indique l'existence d'un processus d'emprunt – essentiellement procédural – aux droits administratifs intrinsèque à la formation du droit administratif global (**I**). Celui-ci constitue une fonction des sources formelles du droit administratif global qui permet de mieux le définir. Il existe donc une fonction de *légitimation de la décision globale* répondant au besoin de légitimité (**II**).

I. La mise en évidence du phénomène d'emprunt aux droits administratifs

435. ***Précautions terminologiques.*** L'hypothèse de l'existence d'une influence des droits administratifs, qu'ils soient étatiques ou interétatiques, dans la formation du droit administratif global[1545], sous la forme d'emprunts, appelle quelques remarques préliminaires. En premier lieu, il convient de préciser qu'*a priori*, les droits administratifs – au sens le plus large dans l'immédiat – ne peuvent avoir par eux-mêmes une influence dans la formation d'un autre droit.

[1545] Le choix du terme « dans » et non « sur » la formation du droit administratif global constitue déjà une précaution terminologique. Le propos consiste à analyser l'influence des droits administratifs nationaux *dans* la formation du droit administratif global, c'est-à-dire la mesure dans laquelle ces droits peuvent entrer en considération *à l'occasion du processus normatif*. L'utilisation de l'expression « influence *sur* la formation » semblerait impliquer que les droits administratifs, ou plutôt les États ou organisations à leur origine, exercent une forme de pression en vue de l'adoption de normes administratives globales. Sans être exclue, cette possibilité n'apparaît pas comme étant la seule hypothèse pertinente ; cette expression apparaît donc réductrice.

La précision est purement linguistique : les droits administratifs, en tant qu'ensembles normatifs, sont statiques. Il n'est pas contesté qu'ils puissent évoluer dans les limites de leurs processus de formation internes aux ordres juridiques où ils se développent, le droit étant en perpétuelle évolution ; mais ils ne peuvent être considérés comme des ensembles personnifiés susceptibles d'exercer un *mouvement* extérieur à ces ordres. L'idée d'une influence des droits administratifs doit donc être formulée compte tenu de cet élément logique : seuls les auteurs du droit administratif global et les groupes sociaux qui expriment une prétention normative sont en mesure d'influencer, par la comparaison ou d'autres techniques, la formation du droit administratif global. Ce système apparait ainsi lié au mouvement de la globalisation des droits administratifs qui, par l'intermédiaire de diverses institutions – à l'instar d'un juge ou d'un arbitre international –, peut conduire une entité globale à s'inspirer d'une solution en vigueur dans un ordre juridique tiers pour répondre au besoin de légitimité[1546]. Ce mouvement de globalisation des droits administratifs constitue toutefois lui-aussi une proposition doctrinale que l'observation de la pratique doit, dans le cadre du droit administratif global, vérifier. Pour ce faire, il convient d'abord d'adopter un point de vue détaché de la terminologie du droit administratif global. En d'autres termes, il faut surmonter la référence intrinsèque au « droit administratif » en général pour interroger les liens entre droit administratif global et droits administratifs, et déterminer si ceux-ci sont purement terminologiques ou dépassent cet aspect cosmétique.

436. ***Notion d'emprunt.*** À cette fin, la notion d'« emprunt », définie dans son sens courant comme le fait de « [p]rendre ailleurs pour s'approprier »[1547], peut être mobilisée. Dans le contexte de la recherche, le terme « emprunt » peut désigner le fait, pour l'entité ou les entités qui créent une norme de droit administratif global, de s'appuyer directement ou indirectement sur des normes de droit administratif provenant d'un ordre juridique tiers. Deux séries de

[1546] Cette idée d'inspiration des solutions étrangères à l'ordre juridique considéré renvoie à l'utilisation du droit comparé. Sur ce point, une partie de la doctrine administrativiste française considère que le recours au droit comparé, dans la jurisprudence interne, a essentiellement une fonction communicationnelle et de persuasion, s'éloignant des motifs identifiés dans cette étude ; voir ainsi MELLERAY Fabrice, « L'utilisation du droit étranger par le Conseil d'État statuant au contentieux », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 792-793 : « [p]ersuader la formation de jugement de la pertinence de la solution prônée, persuader la doctrine française et étrangère ainsi que les juges étrangers et européens que le juge administratif français est désormais ouvert sur l'Europe et sur le monde et attentif aux autres systèmes juridiques, telle est selon nous la raison essentielle de l'utilisation du droit comparé par le Conseil d'État au contentieux ». Le lien entre l'emprunt ici analysé et l'argument de droit comparé en droit administratif interne n'est donc pas évident. Pour une approche plus approfondie, voir MELLERAY Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 p., spéc. pp. 13 et suivantes concernant les trois « âges du droit administratif comparé » dégagés par le directeur de publication.

[1547] Dictionnaire *Le Petit Larousse illustré 2011*, Paris, Larousse, 2010, p. 364 (entrée « emprunter »).

réponses peuvent alors être apportées à l'hypothèse, par l'observation de la pratique. D'une part, les emprunts *normatifs* aux droits administratifs sont limités aux normes procédurales, comme le montre l'absence de normes substantielles dans le corpus du droit administratif global (**A**). Cette caractéristique est liée au fait que les emprunts *conceptuels* aux droits administratifs sont eux-mêmes limités, bien qu'il soit possible d'en identifier (**B**).

A. L'existence d'emprunts normatifs procéduraux

437. ***Réalité, caractères et limites des emprunts normatifs procéduraux.*** L'étude du processus de création des normes de droit administratif global met en évidence un phénomène d'emprunt normatif (1). Celui-ci ne concerne, toutefois, que certaines normes de droit administratif, qui ont en commun leur nature procédurale (2). Cette caractéristique invite d'emblée à envisager les limites de cette dynamique d'emprunt, dont l'identification peut soulever quelques réserves (3).

1. La mise en évidence d'un phénomène d'emprunt normatif

438. ***Raisonnement déductif et analogique.*** La mise en lumière des emprunts normatifs aux droits administratifs par les auteurs de normes relevant du droit administratif global présente quelques difficultés pratiques : le discours des entités globales ne s'en fait pas l'écho, de sorte que leur existence est dans un premier temps déduite d'un ensemble de facteurs ne provenant pas directement de l'analyse de la pratique (*a*). Ce n'est que par un raisonnement analogique et chronologique à partir des *normes* du droit administratif global qu'il est possible de clarifier ce phénomène (*b*).

a. L'existence d'un lien entre droit administratif global et droits administratifs

439. ***Champ lexical.*** Le point de départ du raisonnement tendant à identifier une nouvelle fonction des sources du droit administratif global liée au besoin de légitimité réside dans une observation simple. Le champ lexical du droit administratif est en effet employé tant par les entités globales que par la doctrine du *GAL* – parfois en référence à d'anciennes théories dont la pertinence, d'un point de vue chronologique, n'est pas toujours convaincante[1548]. Daniel

[1548] L'on pense à la mobilisation, évoquée en introduction, des théories du droit administratif international et du droit international administratif par la doctrine du *GAL*. Par exemple, il est notable que le cours de Paul Négulesco

Mockle relève ainsi que « l'existence [du droit administratif global] est le plus souvent postulée ou calquée d'après des éléments de procédure administrative ou des principes généraux du droit »[1549]. Bien que la formulation qui suit paraisse à première vue tautologique, ce fait montre qu'il existe un *lien* entre le droit administratif global et « le » droit administratif – même si, comme il l'a été esquissé en introduction, il est difficile sinon impossible de dégager une définition unitaire du droit administratif.

440. ***Position de la doctrine du* GAL.** Pourtant et au-delà de ce champ lexical, la doctrine du *GAL*, à l'instar des entités globales qui n'y ont aucun intérêt, fait très peu le lien entre l'objet du projet et les droits administratifs nationaux. En effet la doctrine du *GAL* a, curieusement, « négligé le contenu, ainsi que les acquis, des différents droits administratifs nationaux, qui ont été exclus d'emblée en 2005 »[1550]. Ce faisant, elle a mené une démarche inverse de celle poursuivie par les travaux relatifs au droit administratif européen, qui les prennent justement comme base de réflexion[1551]. Bien que les choix des auteurs du *GAL* ne constituent pas le cadre de la présente recherche, ceux-ci peuvent interroger et amener à mettre en doute l'approche proposée. Pourtant, il apparaît qu'il en résulte « une absence de débat sur la pertinence de plusieurs notions propres au droit administratif à titre de cadre conceptuel conçu pour décrire et analyser des phénomènes administratifs »[1552] au sein de la doctrine du *GAL*, absence qui peut expliquer en partie son échec à déterminer un critère précis du droit administratif global. Il est donc loisible de considérer que la doctrine du GAL aurait dû prendre en considération cet angle d'analyse, d'autant qu'en tenant compte des bases nationales du droit administratif européen, la démarche de la doctrine qui s'y intéresse ne revient pas pour autant à nier que « les rapports entre le droit de l'Union et les droits administratifs nationaux sont faits d'enrichissements

soit cité comme référence par la doctrine du *GAL* (voir en particulier KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp.19, 20, 24 ou encore 26 ; KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 470, §6). Alors que le professeur roumain considère que le droit international administratif consiste à « étudier les organismes internationaux soumis à des règles juridiques conventionnelles, d'examiner et leur organisation et leur fonctionnement » (NÉGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, p. 595), la doctrine du *GAL* étudie très peu, voire pas du tout le droit de la fonction publique internationale. Plus encore, sur le fond, la doctrine du *GAL* n'emprunte pas la théorie du service public international issue d'une analogie avec les droits administratifs internes, de sorte que la référence à Négulesco et aux autres auteurs de l'époque est en réalité limitée à l'anecdote historique.

[1549] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, p. 46.

[1550] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. note 1549, p. 46.

[1551] Voir les développements *infra* à ce propos, §§441-444.

[1552] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. note 1549, p. 46.

réciproques »[1553]. L'absence de considération de la doctrine du *GAL* pour ce « patrimoine commun pour tous les droits administratifs nationaux »[1554] est naturellement déplorée par les observateurs, qui ont pu rappeler que si « la globalisation exige de nouvelles perspectives, toute ouverture en faveur d'un nouveau champ du droit ne peut progresser que sur le fondement des acquis des autres champs dont la proximité est évidente »[1555]. Cette situation interroge au moins à deux égards. L'on peut d'abord se demander pourquoi les auteurs du *GAL* ont écarté l'hypothèse de la construction du droit administratif global sur la base des droits administratifs nationaux. Plusieurs réponses peuvent y être apportées, à l'instar d'un souci de ne pas fonder le *GAL* sur des droits administratifs occidentaux, voire exclusivement américains. Mais ces réponses n'apportent pas d'élément significatif à l'étude : les motivations de la doctrine n'entrent en effet qu'à la marge en considération pour l'étude du droit positif. L'on peut ensuite se demander quel serait l'apport d'une analyse des normes du droit administratif global sous l'angle d'une hypothétique influence des droits administratifs nationaux. Cette seconde interrogation s'avère particulièrement pertinente pour la présente recherche, à condition de la reformuler.

441. ***Ouverture de l'hypothèse.*** Il semble en effet infondé de limiter *a priori* l'hypothèse aux possibles emprunts aux droits administratifs nationaux ; il faut ainsi envisager celle d'emprunts aux *droits administratifs* en général – incluant donc le droit international administratif, le droit administratif européen ou encore le droit administratif paneuropéen. L'hypothèse est d'autant plus crédible que le rayonnement de certains droits administratifs dans le monde, sur le plan historique, est avéré. L'influence du droit administratif français dans le monde n'est, par exemple, pas un phénomène nouveau : au début du 19ème siècle, la France est « le seul État à réunir les conditions d'éclosion d'un droit administratif structuré »[1556], de sorte que, par exemple, « le Conseil d'État français aura été imité en tout ou partie par de nombreux pays européens et extra-européens »[1557]. De la même manière et du fait de la présence de juristes français à la table des négociations internationales, le droit administratif français a servi de

[1553] BONICHOT Jean-Claude, « Incidences du droit de l'Union européenne dans les droits administratifs nationaux », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, 2ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 1059.
[1554] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. note 1549, p. 46.
[1555] *Ibid*., p. 47.
[1556] CONSEIL D'ÉTAT, *L'influence internationale du droit français*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001, Paris, La Documentation française, 2001, p. 55. Sur l'influence du droit administratif français sur le droit d'autres États, voir plus généralement pp. 54-57.
[1557] *Idem*.

modèle dans l'élaboration de nombreux régimes internationaux à l'instar des tribunaux administratifs des Nations Unies ou de l'OIT[1558], des statuts et règlements du personnel d'organisations internationales comme l'AIEA, la FAO, l'ONUDI ou d'autres organisations techniques et scientifiques[1559], mais aussi du fonctionnement de la CECA :

> « [a]vec les cinq autres États fondateurs, la France pourrait ainsi revendiquer, outre le caractère « écrit » du droit communautaire, des éléments qui sont familiers au droit public français : affirmation de la hiérarchie des normes, existence d'une nomenclature des actes dont le régime est semblable pour l'essentiel à celui des actes administratifs unilatéraux (motivation, publication, …), fonction publique empruntant bien des caractéristiques du modèle continental de la fonction publique »[1560].

Il paraît dans cette mesure logique que les créateurs du droit administratif global[1561] puisent, à l'occasion du processus de formation des normes, dans le corps du droit administratif français pour s'en inspirer – à défaut de possibilité d'en transposer au niveau global les institutions. L'on retrouve cette idée en droit administratif européen s'agissant du principe de bonne administration, lequel « satisfait à un besoin de légitimation des institutions européennes qui l'utilisent pour mobiliser à leur profit les discours fondateurs de la Démocratie et de l'État de droit »[1562]. Il apparaît toutefois vain de rechercher à quel droit administratif est emprunté quelle norme de droit administratif global, dans la mesure où les influences sont multiples. Dans la jurisprudence internationale, il est certes possible d'identifier des références directes à certains droits administratifs ; par exemple lorsqu'un tribunal arbitral – présidé par un Français – relève que la Convention belgo-burundaise en question consacre

> « sur le plan international l'une des idées maîtresses du droit administratif français – et, dans la mesure où il s'inspirerait de ce dernier, du droit burundais –, à savoir que les prérogatives accordées à l'État doivent, si elles imposent une charge spéciale et anormale à un particulier dans l'intérêt général, faire l'objet d'une compensation pécuniaire. En matière contractuelle, cette idée s'exprime dans la théorie dite du fait du prince, appliquée par la jurisprudence arbitrale aux contrats d'État, en vertu de laquelle l'administration peut modifier unilatéralement certains droits et obligations définis au contrat, ou même mettre fin au contrat, lorsque l'intérêt général l'exige mais doit alors indemniser son cocontractant »[1563].

[1558] *Ibid*., pp. 57-59.
[1559] GERMOND Laurent, « Chapitre 7 – Contrôle et mise en œuvre au plan international, Section 1 – Juridictions », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*. Tome 1, Particularités du droit international social, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, p. 609.
[1560] CONSEIL D'ÉTAT, *L'influence internationale du droit français*, *op. cit.* note 1556, p. 58.
[1561] L'expression « créateurs du droit administratif global » renvoie, dans cette recherche, aux entités qui le créent – qui ne sont pas systématiquement les entités globales – et non aux « auteurs du *GAL* », cette dernière formulation désignant la doctrine.
[1562] AZOULAI Loïc, « Le principe de bonne administration », *in* AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 495.
[1563] CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi (I)*, affaire n° ARB/95/3, sentence, 10 février 1999, §129. Le Tribunal était présidé par Prosper Weil.

Ce type de précision et d'application du droit administratif français ne concerne toutefois pas directement le droit administratif global, ce pouvoir unilatéral de l'entité globale en vertu de l'intérêt général n'en relevant à notre sens pas. Cet exemple de norme empruntant à un droit administratif interne mais ne pouvant être considérée comme de droit administratif global montre cependant le caractère général de ce type d'emprunt.

442. ***Limite de l'analyse du discours des entités globales.*** Dans la mesure où les indicateurs de l'existence d'un emprunt à un droit administratif dans le discours des entités globales sont rares voire absents, la méthode consistant à analyser ce discours ne peut dans tous les cas être employée en l'état. Pourtant, il apparaît avec force évidence, au regard des éléments précédents, que les droits administratifs sont présents en « toile de fond » de la formation du droit administratif global. Les droits administratifs, notamment français, sont historiquement fortement présents à l'origine de l'élaboration de nombreux régimes internationaux, ce qui laisse supposer qu'il peut en être de même s'agissant des régimes « globaux » ; mais en outre la terminologie renforce ce lien s'agissant du droit administratif global. Pour l'approfondir et démontrer cette hypothèse qui ne peut l'être par l'analyse discursive, il est nécessaire d'étudier plus avant la nature et le contenu des normes qui composent le droit administratif global.

b. La nature du lien entre droit administratif global et droits administratifs

443. ***Lien logique d'appartenance.*** Le lien est d'abord logique : certaines normes de droit administratif, notamment administratif européen, relèvent du droit administratif global. Pour ne prendre qu'un exemple,

> « [p]our sauvegarder les droits fondamentaux, assurer une administration transparente et responsable et garantir le respect d'un État de droit, on a introduit le Médiateur européen dans les institutions communautaires (art. 195 du traité CE) suivant l'exemple de l'« Ombudsman » du droit scandinave et du « Médiateur de la République » du droit français »[1564].

Il en est de même pour certaines normes de droit administratif paneuropéen, cette expression désignant « un germe de principes généraux paneuropéens du droit administratif ayant vocation à assurer, sur le plan du droit administratif, les objectifs du Conseil de l'Europe [...] »[1565]. L'on

[1564] SCHWARTZE Jürgen, « Les sources et principes du droit administratif européen », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, p. 471.
[1565] STELKENS Ulrich, « Vers la reconnaissance de principes généraux paneuropéens du droit administratif dans l'Europe des 47 ? », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de

pense ici en particulier au principe selon lequel il « existe certaines obligations de motivation pour les actes portant atteinte aux droits des individus »[1566]. Si les sources formelles de ce droit émergeant sont limitées au droit du Conseil de l'Europe, l'inspiration des droits administratifs internes est manifeste. Elle l'est plus encore au regard de l'histoire du droit administratif européen, qui est lui-même fondé sur les droits administratifs nationaux des États composant l'Union européenne – et pas uniquement le droit français :

> « [l]'influence du droit britannique se montre surtout dans le développement des règles concernant le respect des dispositions légales réglementant la procédure administrative (*fair procedure*). Le droit allemand a contribué à la reconnaissance générale du principe de proportionnalité en droit communautaire ainsi qu'au développement de standards communautaires des droits fondamentaux. Après l'adhésion des États scandinaves, la transparence de la procédure administrative et l'accès au dossier gagneraient plus d'importance »[1567].

Toutes ces normes relèvent, potentiellement ou indiscutablement selon les cas, du droit administratif global. D'autre part, la doctrine met en évidence l'existence d'influences réciproques des droits administratifs des États, lesquelles se manifestent non seulement à l'occasion du développement du droit administratif européen, mais également hors du cadre strict du droit de l'Union européenne :

> « [a]vant la construction européenne, le droit administratif français a été largement imité, on le sait bien. Dans la période actuelle, il n'y a pas, en Europe, de modèle dominant de droit administratif. Il y a, en revanche, des emprunts mutuels fréquents. Le droit administratif espagnol, pour s'extraire du franquisme, examine attentivement ce qu'a fait l'Allemagne et s'inspire largement de son droit public »[1568].

Il existe donc, à propos des droits administratifs européen comme paneuropéen, un « fond commun » que constituent les droits administratifs nationaux des États européens, et par conséquent, lorsque leur contenu relève du droit administratif global, une identité entre droit

---

CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, pp. 713-740. La citation est extraite de la p. 714 et se poursuit ainsi : « c'est-à-dire, principalement, la défense des droits de l'homme, la démocratie pluraliste et la prééminence du droit, ainsi que le développement de la stabilité démocratique en Europe par le soutien de réformes politiques, législatives et constitutionnelles ».

[1566] *Ibid*., p. 721.

[1567] SCHWARTZE Jürgen, « Les sources et principes du droit administratif européen », *op. cit.* note 1564, p. 472.

[1568] AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Degré de convergence des droits administratifs dans le creuset du droit européen », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, p. 1283. Dans le même sens, voir ZILLER Jacques, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen », *ibid*., p. 329 : « [l]e rôle des juristes français dans la rédaction des traités CECA et CEE et dans les institutions communautaires en particulier au cours des années de fondation a conduit à une influence importante du droit administratif français – en particulier en ce qui concerne l'organisation du contentieux communautaire – pour laisser progressivement place à un droit sui generis dont les racines françaises, allemandes et italiennes sont encore loin d'être effacées, mais dans lequel l'expérience américaine a une influence grandissante par le biais du droit de la concurrence et de l'analyse économique des industries et services en réseaux ».

administratif global et droits administratifs. Cet emprunt du droit administratif global aux droits administratifs, ou cette *correspondance* entre droit administratif global et ces droits, constitue la preuve d'un emprunt plus fondamental aux droits administratifs nationaux. L'on peut qualifier ce phénomène d'« emprunt par ricochet », à condition d'envisager le droit administratif européen dans son acception européenne et non interniste – c'est-à-dire un ensemble de règles administratives propre à l'ordre juridique européen. Ce point ne soulève en tout état pas de difficulté : le lien est ici d'*appartenance*.

444. ***Lien analogique.*** Il ne faut toutefois pas nécessairement voir dans ce phénomène une convergence évidente des systèmes administratifs, et analyser en conséquence le droit administratif global comme le produit de la globalisation – entendue comme l'harmonisation – des droits administratifs nationaux. Comme le rappelle Jacques Ziller, le dénominateur commun du droit administratif européen est très ténu, de sorte qu'il serait malaisé et simpliste de voir dans le droit administratif global une forme de standardisation des droits administratifs :

> « [c]e qui relève du droit administratif dans un État membre relève du droit constitutionnel ou du droit civil dans un autre : le champ du droit administratif européen ne sera de ce fait pas nécessairement compris de la même façon selon que le juriste est de culture britannique, française, germanique ou italienne, pour ne prendre que quelques cas. Le plus petit commun dénominateur entre champs du droit administratif tient dans la notion de décision unilatérale, souvent synonyme de celle d'acte administratif. La décision unilatérale – ou, pour prendre le vocabulaire français, l'acte administratif unilatéral individuel – serait à opposer à l'acte normatif – en droit français, à l'acte réglementaire »[1569].

Au support de cet argument, il faut relever que l'emprunt normatif n'est jamais, à notre connaissance, présenté comme tel dans le discours des entités globales. Dans le cadre du droit administratif global, il ne s'agit donc pas, comme peut le faire le juge européen, d'aller puiser dans un droit administratif une norme et de justifier cet emprunt par la nécessité de combler un vide juridique, ce processus s'avérant d'ailleurs délicat :

> « [s]'agissant d'un instrument heuristique, le droit comparé a acquis un intérêt de premier ordre pour le développement des principes généraux. Le droit comparé rencontre cependant de multiples obstacles à cause de la nature et de la tradition du droit administratif. Notamment, il faut prendre conscience du caractère national qui est propre au droit administratif. Ceci peut s'opposer à la tentative de rapprocher ou d'harmoniser les différents droits administratifs nationaux. Jusqu'à présent, le droit comparé n'avait jamais servi de source d'inspiration pour le développement du droit administratif, tandis qu'il avait suscité l'émergence de standards communs dans le domaine du droit privé. [...]

[1569] ZILLER Jacques, « Les droits administratifs nationaux : caractéristiques générales », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, p. 746.

> Mais en raison du caractère fragmentaire du droit administratif européen, la Cour de justice avait besoin de l'étude comparative en droit administratif »[1570].

En d'autres termes, le lien entre droit administratif global et droits administratifs n'est pas un lien direct codifié par la technique des « principes généraux du droit »[1571], à l'exception des cas où il y a identité parfaite entre une norme de droit administratif global et une norme de droit administratif interne. L'emprunt est donc plutôt le produit d'un lien *analogique* : plutôt que d'utiliser la *même* norme qu'un ou plusieurs droits administratifs, les entités créatrices de droit administratif global *s'inspirent* des normes existantes dans ces droits pour en créer de nouvelles, plus adaptées aux entités globales auxquelles elles s'adressent.

2. L'orientation procédurale du phénomène d'emprunt normatif

445. ***Définition de la notion de procédure.*** La manière dont la technique de l'emprunt est mobilisée pour répondre au besoin de légitimité fait apparaître une orientation procédurale du droit administratif global. Celle-ci a souvent été identifiée par la doctrine sans faire l'objet d'une conceptualisation spécifique. Par exemple, selon Sabino Cassese, le droit administratif global se définit comme des « normes, standards et procédures »[1572], sans qu'une distinction soit opérée entre ces notions, qui ne sont d'ailleurs pas définies. Or, la doctrine a pu dégager l'existence de plusieurs sens du terme « procédure » :

> « [l]e terme 'procédure' (droit formel) peut être utilisé dans un dégradé de sens, en allant du plus général vers le plus particulier. Au sens le plus général, il désigne la manière d'adoption d'un acte ou le fonctionnement d'un organe [...]. Au sens plus spécifique, il désigne la manière formelle et les étapes par lesquelles un organe connaît de questions lui étant soumises [...]. Au sens encore plus spécifique, appliqué à la procédure judiciaire, il désigne l'« [e]nsemble de règles à suivre pour le déroulement régulier d'un procès depuis la demande introduisant l'instance jusqu'à la décision » »[1573].

Il apparaît que l'ensemble des normes étudiées sous l'angle du droit administratif global relève de l'une de ces trois définitions de la « procédure ». Toutes se rapportent en effet à la manière donc une décision globale est adoptée (par exemple, la motivation de la décision d'inscription sur une liste de sanctions du Conseil de sécurité ou la consultation préalable du public à

[1570] SCHWARTZE Jürgen, « Les sources et principes du droit administratif européen », *op. cit*. note 1564, p. 470.
[1571] L'on distingue ici les principes généraux du droit en tant qu'instruments – dont on a démontré *supra* (§§325 et ss.) qu'ils étaient de source coutumière – du « principe général du droit » utilisé par le juge pour désigner la technique juridique lui permettant d'aller rechercher, par le recours au droit comparé, une norme adéquate dans un ou plusieurs ordres juridiques tiers ou partiels.
[1572] CASSESE Sabino, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8, pp. 17-36.
[1573] KOLB Robert, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2014, p. 981, citant SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 887.

l'ICANN, le principe de précaution en matière environnementale), au fonctionnement d'un organe (transparence, publicité, audit, évaluation, indépendance, lutte contre la corruption), aux étapes qu'une entité globale suit pour rendre une décision (existence d'un médiateur, d'une voie de recours) ou aux règles appliquées à l'occasion du déroulement régulier d'un règlement contentieux (principe de légalité, de soumission au droit et de prééminence du droit, de proportionnalité, droits procéduraux, participation des tiers).

446. ***Emprunt au droit administratif américain.*** Cette orientation procédurale constitue elle-même un emprunt à un droit administratif en particulier : le droit administratif américain. En effet, « [l]es questions de procédure constituent globalement l'alpha et l'oméga de l'U.S. administrative law »[1574], dont l'état actuel évoque le droit administratif global et fait en outre écho au besoin de légitimité – ici considéré sous l'angle de la démocratie administrative :

> « [l]'adoption de l'APA en 1946 catapulte la procédure administrative non contentieuse sur le devant de la scène de la démocratie administrative aux États-Unis. En uniformisant le mode de confection de l'acte administratif unilatéral par les agences aussi bien exécutives qu'indépendantes, elle marque l'entrée du droit administratif américain dans l'âge adulte. Dès lors, la procédure administrative et le contentieux administratif devenaient les deux piliers du droit administratif américain. Dans ce texte-phare de 1946, le législateur trie et synthétise d'ailleurs la jurisprudence sur les règles contentieuses pour définitivement libérer le contrôle juridictionnel de l'Administration de sa tendance à l'adaptation des voies de *common law* et lui fournir des recours spécifiques. Fort de modes d'intervention propres à la matière administrative, le juge est désormais en mesure de faire respecter les droits procéduraux nouvellement reconnus. Avec ce rééquilibrage majeur de 1946, le Congrès donne un ancrage profondément procédural à la démocratie administrative de ce pays »[1575].

Cet état de fait ne doit pas étonner, bien qu'il convienne d'écarter l'une de ses explications possibles. L'un des facteurs explicatifs de ce constat pourrait en effet résider dans le fait que le projet du *GAL*, qui a servi de base à l'élaboration de l'objet de la présente recherche, a été initié par des chercheurs américains, dont au moins un administrativiste – Richard Stewart. Dans la mesure où le *GAL* est un projet certes prescriptif mais néanmoins originellement fondé sur l'observation de l'émergence de normes de droit positif, il paraît ainsi naturel que la condition administrative de ces dernières soit, au moins en partie, déterminée par « leur » droit

[1574] CUSTOS Dominique, « Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », *in* AUBY Jean-Bernard (dir.), avec la collaboration de PERROUD Thomas, *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 50.
[1575] *Idem*.

administratif d'origine[1576]. Autrement dit, la première explication de cette orientation procédurale pourrait résider dans un éventuel biais doctrinal inconscient à l'origine du droit administratif global, lequel aurait prédéterminé la présente étude. Cette explication paraît toutefois peu convaincante, dans la mesure où il a été procédé en introduction à une redéfinition du droit administratif global afin, notamment, d'éliminer les difficultés liées au contexte doctrinal de l'émergence du *GAL*. Le second facteur explicatif de l'orientation procédurale du phénomène d'emprunt aux droits administratifs apparaît par conséquent plus probant. Il est en effet possible d'avancer que la procédure constitue un « socle minimum » normatif : son adoption ne requiert aucun préalable conceptuel d'ordre administratif ou constitutionnel. Dans cette mesure, l'emprunt de procédures paraît un moyen à la fois simple et efficace de répondre au besoin social exprimé. Tel est d'ailleurs le sens de l'évolution du droit administratif américain depuis le milieu du 20ème siècle, la procédure étant « conçue comme un moyen de renforcer l'individu et l'entreprise face à l'Administration à travers la reconnaissance de droits procéduraux »[1577], et de nombreux États au sein desquels une procédure non contentieuse se développe[1578]. En ce sens, le droit administratif global est un droit à tendance subjective, suivant d'ailleurs « l'idée, caractéristique du droit administratif allemand, que ses règles ont pour objectif la protection des droits subjectifs des administrés, et non le respect de l'ordre juridique objectif »[1579].

3. Les limites du phénomène d'emprunt aux droits administratifs

447. ***Exposé des limites.*** Une série de réserves à l'idée selon laquelle les sources du droit administratif global procèderaient à la satisfaction du besoin de légitimité par des emprunts procéduraux aux droits administratifs doit cependant être mentionnée. Le premier argument tendant à relativiser l'ampleur du phénomène d'emprunt procédural consiste à relever que toutes les normes composant le droit administratif global, si elles revêtent un caractère

[1576] Dans ce sens, voir PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *in* BISMUTH Régis (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 201.
[1577] CUSTOS Dominique, « Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », *op. cit*. note 1574, p. 51.
[1578] Ce point fait l'objet de nombreux développements par la doctrine ; voir, outre les références précitées, notamment AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, 304 p., et le colloque « À la recherche des principes du droit de la procédure administrative », organisé par la Chaire Mutations de l'action publique et du droit public (MADP) de l'Institut d'études politiques de Paris au Conseil d'État, le vendredi 5 décembre 2014.
[1579] MARCOU Gérard, « Introduction », *in* MARCOU Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1995, p. 44.

procédural, ne se retrouvent pas nécessairement dans tous les droits administratifs. Le second consiste à avancer que certaines normes n'existent dans aucun droit administratif.

448. ***Absence d'universalité.*** La plupart des normes évoquées plus haut existent en droit administratif français, de sorte qu'il n'est pas utile d'y revenir. Il est vrai, toutefois, que les diverses obligations de transparence ne semblent pas communes à tous les droits administratifs ou, à tout le moins, ne paraissent pas constituer universellement une norme indiscutablement « administrative ». Pourtant, le principe de transparence structure le droit administratif – ou plus précisément la procédure administrative – de plusieurs États, notamment de la Suède et des pays nordiques[1580]. On le retrouve également parmi les « principes fondamentaux orientant l'esprit du droit espagnol de la procédure administrative »[1581] et comme pilier historique de la démocratie administrative américaine aux côtés de la participation[1582]. Il en ressort que les obligations de transparence relevant du droit administratif global – et formées par un principe général du droit étudié[1583] – constituent bien un emprunt à certains droits administratifs. Ce point conduit à rappeler qu'il n'est pas soutenu que l'emprunt est réalisé à partir des normes universellement reconnues comme constituant du droit administratif. Cette dernière idée, proche de celle de l'harmonisation mondiale des droits administratifs, conduirait à avancer qu'il existe un corps commun universel de normes qualifiables de « droit administratif » dans tous les systèmes juridiques, et que le droit administratif global ne pourrait être puisé que dans ce contenu limité. Or, cette hypothèse par trop holistique et statique a été écartée d'emblée dans la présente recherche : les relativismes juridiques empêchent une telle conclusion. Par conséquent et concernant le phénomène d'emprunt en droit administratif global, il convient de noter que la norme procédurale peut être empruntée à un droit administratif en particulier ou, plus vraisemblablement au regard des dynamiques d'évolution et de multiples emprunts préalables dans l'histoire du droit international, à une « famille » de droits administratifs en particulier.

449. ***Éventualité de l'inexistence au sein des droits administratifs.*** Demeure l'hypothèse de normes de droit administratif global qui ne trouveraient leur source matérielle dans aucun autre

[1580] BJERKÉN Torsten, « Le droit et l'administration de la Suède face à l'intégration européenne », *ibid.*, pp. 289-292.
[1581] GUICHOT Emilio, « Caractères essentiels du droit espagnol de la procédure administrative », *in* AUBY Jean-Bernard (dir.), avec la collaboration de PERROUD Thomas, *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, *op. cit.* note 1574, p. 42.
[1582] CUSTOS Dominique, « Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », *op. cit*. note 1574, pp. 57-69.
[1583] Voir *supra*, §313.

droit administratif ; l'on pense en premier lieu aux normes développées au sein ou à l'attention des entités globales privées. Selon ce point de vue, le droit administratif global comprendrait également des normes dont la source matérielle serait un droit non-administratif, ce qui remettrait en cause l'idée d'un mécanisme commun aux sources du droit étudié – à savoir l'emprunt aux droits administratifs. La critique pourrait être envisagée concernant le principe de *due diligence*, qui apparait propre au droit international public. Pourtant, dans le cadre du droit administratif global, il a uniquement été envisagé sous l'angle du principe de précaution en matière environnementale[1584] que l'on retrouve en droits administratifs européen, allemand, français et « de façon plus ou moins explicite en Belgique et en Suède »[1585]. La seule norme étudiée paraissant pouvoir être concernée par cette critique est l'audit, ainsi que ses déclinaisons et normes « cousines » telles que l'évaluation. Il est en effet difficile de déterminer si l'audit de l'administration a une origine privée ou publique ; en d'autres termes, s'il s'agit d'une norme relevant initialement d'un droit privé ou d'un droit administratif. Toutefois, le principe de l'audit de l'administration est acté au Royaume-Uni depuis au moins 1559 et la création de deux *Auditors of the Imprests*[1586], et figure aujourd'hui clairement parmi les principes de fonctionnement du droit administratif britannique[1587] – pour ne prendre que cet exemple. L'audit préexiste donc, dans certains droits administratifs, aux organisations internationales et de toute évidence aux premières formes de droit administratif global, dont l'émergence est liée à celle de la globalisation. Les fonctions d'audit des organisations internationales, à l'instar de l'institution du Corps commun d'inspection des Nations Unies en 1966[1588], sont d'ailleurs

[1584] Voir *supra*, Première partie, Titre Deuxième, Chapitre 2. Selon la Cour internationale de Justice, le « principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise (« *due diligence* ») de l'État » (CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Rec.* 2010, §101). Il existe certes une différence entre principe de prévention et principe de précaution en droit international : « le principe de prévention s'applique aux risques pleinement appréhendés, ou au moins probables, c'est-à-dire potentiels objets d'une mise en équation ou au minimum d'une représentation mathématique. En revanche, le principe de précaution intervient dans les situations de risques possibles, soupçonnés, mais ni connus, ni « probabilisables » » (CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, LGDJ, Bibliothèque de l'IHEI de Paris 2006, p. 10). La distinction n'est néanmoins pas de nature mais de degré, et ses conséquences ne sont pas pertinentes sous l'angle du droit administratif global ; l'on peut donc admettre que le principe de prévention en matière environnementale tel qu'envisagée dans le cadre de cette recherche est le reflet d'un emprunt normatif.

[1585] BERTRAND Brunessen, « Le principe de précaution », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, p. 625.

[1586] DEWAR David, FUNELL Warwick, *A History of British National Audit. The Pursuit of Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 40.

[1587] Voir sur ce point BIRKINSHAW Patrick, « The Spectrum of Administrative Procedures – England and Wales », *in* AUBY Jean-Bernard (dir.), avec la collaboration de PERROUD Thomas, *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, *op. cit.* note 1574, p. 150.

[1588] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Vingt-et-unième session, Résolution 2150 (XXI) adoptée le 4 novembre 1966, A/RES/2150(XXI).

historiquement empruntées aux systèmes de contrôles étatiques, sans référence aux audits et évaluations privés[1589].

450. ***Hypothèse du mouvement inverse.*** Certains auteurs mettent enfin en lumière une interaction inverse. Ainsi Sabino Cassese note-t-il, par exemple, que le principe de la procédure équitable en matière de discrimination dans le commerce international, qui est « d'habitude établi par les lois nationales, fait ainsi son entrée dans les droits administratifs nationaux par une autre voie : il est établi au niveau international et ensuite appliqué au niveau national »[1590]. Néanmoins, là encore il est possible d'envisager cette influence de manière différente : indépendamment de son champ d'application, la substance de la norme – le principe de procédure équitable – préexiste notamment en droit administratif paneuropéen[1591] et en droit international administratif[1592], et a été codifié dans certaines lois relatives à la procédure administrative[1593]. Le phénomène d'emprunt répond donc à la même logique.

451. ***Conclusion en termes de sources du droit administratif global.*** En d'autres termes, l'emprunt aux droits administratifs constitue bien un phénomène systématique. En revanche, cette affirmation est limitée par deux constats. D'une part, les normes ne sont pas empruntées à un corpus universel de normes relevant du « droit administratif » en général, ce corpus n'existant *a priori* pas. Cette conclusion implique que les créateurs du droit administratif global opèrent une sélection, ou tout du moins s'inspirent de *certains* droits administratifs dont ils estiment consciemment ou inconsciemment les normes comme particulièrement adaptées à la situation globale, sans nécessairement chercher à appliquer de manière automatique des

[1589] STAMATELLOS Constantin, *Le contrôle de l'administration des Nations-Unies par le Corps commun d'inspection : la rationalisation de la politique du personnel de l'organisation*, Thèse pour le doctorat d'État en droit soutenue en novembre 1985, Université Paris-Sud, spéc. pp. 13-44.
[1590] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État, Bruxelles*, Bruylant, Droit administratif / Administative law, 2011, p. 111. L'auteur fait ici référence au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R).
[1591] STELKENS Ulrich, « Vers la reconnaissance de principes généraux paneuropéens du droit administratif dans l'Europe des 47 ? », *op. cit.* note 1565, p. 720.
[1592] THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, *Le droit des agents internationaux à un recours effectif. Vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, Leiden / Boston, 2016, spéc. pp. 583 et ss. Dans le même sens, voir CHEVALIER Émilie, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 84.
[1593] Par exemple la loi taiwanaise de 1999, qui vise à ce que « tous les actes administratifs soient produits dans le cadre d'une procédure équitable, ouverte et démocratique, fondée sur le principe de l'Administration par le droit de façon à protéger les droits et intérêts des personnes, à augmenter l'efficacité administrative et à accroitre la confiance des personnes dans l'Administration » (AUBY Jean-Bernard, « La question de la codification », *in* AUBY Jean-Bernard (dir.), avec la collaboration de PERROUD Thomas, *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, *op. cit.* note 1574, p. 492).

principes susceptibles d'être universels. D'autre part, les emprunts ne se bornent pas à des normes relevant historiquement de tel ou tel droit administratif, mais s'inscrivent manifestement dans une recherche d'efficacité. Ainsi, les normes de droit administratif global peuvent être empruntées à des droits qui les prévoient depuis récemment, à la suite d'un autre processus d'emprunt depuis un tout autre domaine – par exemple le droit privé de l'entreprise. Il existe donc une dynamique complexe des sources du droit administratif global, dont les créateurs puisent par des mécanismes d'emprunts mutuels les normes administratives procédurales non les plus anciennes, mais les plus manifestement à même de satisfaire les besoins sociaux exprimés.

B. L'existence d'emprunts conceptuels structurant le droit administratif global

452. ***Limites générales de l'emprunt conceptuel et identification de l'un d'entre eux.*** Les emprunts mis en évidence concernent tous des *normes procédurales* présentes dans les droits administratifs observés, de sorte que le phénomène visant à répondre au besoin de légitimité par la création de droit administratif global a été qualifié d'emprunt normatif procédural. De nombreux droits administratifs, notamment européens, ne sont cependant pas limités à un ensemble de procédures ; ils sont en effet souvent liés à de grands concepts tels que le service public, la puissance publique ou encore le respect de la dignité humaine. Il est donc nécessaire de s'interroger à propos de l'existence d'éventuels « emprunts conceptuels » du droit administratif global aux droits administratifs. Cette expression, connue de la doctrine, a notamment pu être employée dans le contexte de la globalisation des droits administratifs, pour décrire dès les années 1980 « un transfert massif des techniques et des normes administratives des pays développés, surtout des pays dispensateurs d'une aide technique et financière, et pour la recherche de systèmes administratifs réputés spécifiques et mieux adaptés aux contextes locaux »[1594]. En droit administratif européen pourtant,

> « [m]is à part le souci du respect du droit dans la Communauté/l'Union, les règles de ce droit administratif communautaire ébauché ne puisent pas de façon évidente aux mêmes sources d'inspiration que les doits administratifs nationaux. Les concepts d'intérêt général, de service public, d'utilité publique, si familiers au droit administratif français, mais aussi – avec des formulations et des portées diverses – espagnol, italien, allemand, ne sont pas clairement présents en arrière-plan des règles de mise en œuvre du droit communautaire. La notion d'effectivité, d'efficacité de l'action définie au niveau

[1594] GAUTRON Jean-Claude, « L'administration », *Pouvoirs*, n°25, 1983, p. 108.

> supranational parait beaucoup plus déterminante qu'une conception abstraite de la légalité »[1595].

Le constat est similaire s'agissant du droit administratif global, malgré les efforts de la doctrine du *GAL* pour déterminer l'existence d'un critère permettant de lui donner une unité (1). Pourtant, ces tentatives, alliées à un raisonnement déductif, permettent d'identifier un emprunt conceptuel qui éclaire particulièrement la structure du droit administratif global (2).

1. Les limites des tentatives doctrinales d'emprunts conceptuels

453. ***Rejet de l'idée de l'administration globale.*** L'emprunt d'un critère organique s'avère d'abord vain au regard tant de la difficulté d'établir un quelconque schéma de reconnaissance d'une fonction publique globale, que des limites de la classification organique des entités globales établie en introduction. En d'autres termes, seule l'idée d'une *reconnaissance* par les destinataires des décisions globales permet de déterminer de manière sûre l'existence d'une entité globale à laquelle s'appliqueraient des normes de droit administratif global ; encore a-t-il été démontré qu'il n'existe pas de régime commun applicable. L'idée selon laquelle la réponse au besoin de légitimité s'exercerait par la constitution d'une « administration globale » unitaire doit donc être rejetée.

454. ***Rejet de l'idée de*** **publicness.** Face à l'absence manifeste de critère organique du droit administratif global, les concepteurs du *GAL* ont évoqué l'hypothèse d'un critère matériel emprunté aux droits administratifs internes : l'idée de *publicness*. Selon Benedict Kingsbury,

> « [j]urisprudential practices in modern democratic states do not accept that emanation from an agreed source of law is sufficient for law, even in environments where the prevailing concepts of law hold emanation from an accepted source, and a unifying rule of recognition, to be necessary. More than this is now required of law. 'Publicness' is a necessary element in the concept of law under modern democratic conditions. The claim is that the quality of publicness, and the related quality of generality, are necessary to the concept of law in an era of democratic jurisprudence. By publicness is meant the claim made for law that it has been wrought by the whole society, by the public, and the connected claim that law addresses matters of concern to the society as such »[1596].

[1595] AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Introduction », », *in* AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.* note 1553, p. 27.
[1596] KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/1, *Global Administrative Law Series*, 2009, P. 10.

La « *publicness* » apparaît, *prima facie*, comme une variante de l'intérêt public ou de l'intérêt général connu des droits administratifs. Pourtant, les fonctions que lui attribuent la doctrine du *GAL* sont bien plus étendues, comme le relève Edouard Fromageau :

> « [c]ette publicness servirait de norme de reconnaissance au sein d'une conception du droit inspirée par H. L. A. Hart. Benedict Kingsbury s'inspire, en effet, du Concept of Law, publié en 1961, afin de dresser les bases théoriques du GAL, et plus particulièrement la soumission de l'Administration globale à la règle de droit. […] En d'autres mots, l'obligatoiriété des principes du GAL découlerait, non pas d'une pression exercée par les États, mais du sentiment ressenti par ces institutions globales de la nécessité de les intégrer et de les appliquer. Ce sentiment serait guidé par l'existence d'une pression sociale qui se juxtaposerait à l'obligation par le consentement. La règle de la *publicness* sert alors de marqueur afin de déterminer si une règle donnée possède le caractère de règle de groupe, et doit ainsi être soutenue par la pression sociale de ce groupe. Si une question donnée entre dans la catégorie des questions de *publicness*, c'est-à-dire des questions « à caractère d'intérêt public », il en résulte l'obligation pour les institutions exerçant un pouvoir de régulation dans ce domaine de respecter un ensemble de principes et de règles « immanents aux droits publics nationaux ». Ces principes et règles forment la catégorie des « principes généraux de droit public », et incluent le principe de légalité, de rationalité, de proportionnalité, de *Rule of Law*, et les droits de l'homme ».

Cette notion de « *publicness* » a été particulièrement critiquée par les détracteurs du *GAL*, non seulement car elle est confuse[1597], mais également « dans la mesure où elle renvoie aux principes et aux valeurs que les parties liées par le fonctionnement d'un régime (*regulatory public*) peuvent avoir en commun »[1598]. Selon Ming-Sung Kuo en particulier, « [t]he composition of the regulatory publics leads to a fragmented notion of publicness and further to the privatization of legitimacy »[1599]. À lire la doctrine du *GAL*, il est en tout état de cause difficile de déterminer si la « *publicness* » constitue une – ou la – source matérielle du droit administratif global, le critère de son identification ou encore le fondement de la juridicité des normes présentées comme en relevant. Bien que l'idée de *publicness* renvoie à l'idée d'un intérêt public et pourrait ainsi constituer un emprunt – doctrinal – aux droits administratifs, la notion apparaît en l'état de peu d'utilité dans le contexte de la recherche de la manière dont les sources sont mobilisées pour répondre au besoin de légitimité. Pourtant, elle traduit l'existence d'un emprunt conceptuel du droit administratif global aux droits administratifs, emprunt qui

[1597] Voir en particulier KUO Ming-Sung, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20, n°4, 2009, pp. 997-1004.
[1598] MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit*. note 1549, p. 36.
[1599] KUO Ming-Sung, « Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-C Global Constitutionalism », *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 44, n°1, 2011, p. 61. Voir également KUO Ming-Sung, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *op. cit.* note 1597, p. 1004.

n'a sans doute pu être identifié par les auteurs du *GAL* du fait de leur réticence à prendre pour base de recherche les droits administratifs nationaux.

2. L'identification d'intérêts publics fondant l'administrativité du droit administratif global

455. ***Emprunt conceptuel de l'« intérêt public ».*** Si l'on admet que les sources formelles du droit administratif global sont mobilisées pour répondre à un besoin de légitimité et qu'elles procèdent par emprunts normatifs procéduraux, il faut noter qu'un élément manque encore à l'analyse pour comprendre en profondeur la dynamique de la formation de ce droit. En effet, le raisonnement ne tient pas compte de l'identité du demandeur, ou des demandeurs, de « légitimité », ce qui fait qu'en l'état, l'intérêt à l'origine du besoin de légitimité peut être parfaitement privé. Autrement dit, la question de la motivation de la prétention sociale est pour l'instant éludée. Ainsi le cas fictif d'un groupement d'entreprises qui ferait pression sur les gouvernements pour que ces derniers leur confient, par une décision de création d'un organe *ad hoc*, un monopole de la gestion des données personnelles des citoyens du monde entier, dans le but de légitimer leur action de collecte des données et les décisions globales que ces entreprises prennent concernant ces données. Dans l'éventualité où une norme répondant à ce besoin social de légitimité était formulée, celle-ci devrait-elle être considérée comme relevant du droit administratif global ? La réponse est assurément négative, bien que l'identification d'emprunts normatifs ne permette pas vraiment de l'expliquer. La raison pour laquelle cette hypothétique norme ne relèverait pas du droit administratif global réside dans le fait que celle-ci ne serait pas adoptée dans *l'intérêt public*, lequel irrigue les emprunts procéduraux tout en soulevant de sévères difficultés juridiques. Rien, dans le discours des entités globales ni par ailleurs, ne permet en effet d'identifier un quelconque « intérêt public global » unitaire. Les intérêts publics auxquelles répondent les normes de droit administratif global et leur formation apparaissent trop diffus, sectoriels, fragmentés, de sorte qu'il est impossible de dégager un « intérêt public » susceptible de constituer un critère commun à toutes les normes de droit administratif global. Même la doctrine du *GAL* a fini par renoncer à avancer l'existence un tel critère matériel, face à l'impossibilité d'en dégager un au niveau global[1600]. Cet incontestable état de fait n'empêche toutefois pas qu'il puisse exister *des* intérêts publics fondant le déclenchement de la formation de droit administratif global. Dans la mesure où le besoin social

[1600] Voir notamment KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 1548, p. 471, §12.

est exprimé par un groupe social, il n'y a assurément pas de raison d'exclure l'hypothèse de l'existence d'intérêts publics sectoriels. L'enjeu réside alors dans leur identification et dans leur définition ; or, cette dernière échappe en partie – mais seulement en partie – au raisonnement juridique. Ce n'est que parce que l'intérêt public poursuivi par une norme procédurale répondant à un besoin de légitimité sera *reconnu* comme tel par un ou plusieurs groupes sociaux que son existence sera consacrée. En d'autres termes, l'intérêt public dépend d'une règle de reconnaissance[1601] faisant intervenir différents groupes sociaux, mais dont les modalités renvoient à des données extra-juridiques telles que la philosophie ou la morale. Pour s'en convaincre, il suffit de relever qu'une norme procédurale développée dans le but de répondre à un besoin de légitimité, mais qui serait interprétée par la société civile comme un détournement de pouvoir ou comme servant les intérêts privés de certains acteurs, ne serait pas reconnue comme poursuivant un intérêt public. Dans ce cas, il est possible de soutenir que cette norme ne relèverait pas du droit administratif global, du fait de l'absence d'intérêt public à l'origine de sa formation. En ce sens, l'intérêt public ne se limite pas aux intérêts exprimés par le groupe social exprimant le besoin – un secteur industriel, pour reprendre l'exemple esquissé ci-dessus – mais est *reconnu comme tel* par les entités globales, le groupe social au sein duquel se développe le droit administratif global voire plus largement la société civile. Bien que la présentation de ce raisonnement constitue une déduction qui ne peut pas être démontrée de manière systématique faute de discours juridique pertinent, il apparaît en pratique que toutes les normes de droit administratif global répondent à ce schéma. En inversant la perspective pour envisager ce phénomène du point de vue des sources, il est dès lors possible d'envisager l'intérêt public comme un emprunt conceptuel aux droits administratifs, en tant qu'il détermine l'emprunt normatif procédural – ou plus précisément l'opportunité de le mobiliser pour répondre au besoin de légitimité exprimé.

456. ***Fonction de l'emprunt.*** Au sein des droits administratifs nationaux, l'intérêt général, ou ses variantes, est généralement envisagé comme une condition d'intervention de l'administration, qui fonde – parfois en combinaison avec d'autres conditions – l'administrativité d'une action ou d'un acte, mais également sa légalité. Ainsi, en France,

[1601] La règle de reconnaissance n'est pas, ici, purement hartienne (HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, Deuxième édition augmentée, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 334 p.), mais s'en inspire, en tant qu'il s'agit d'une règle pratique attribuant la qualité d'« intérêt public » à certaines prétentions sans qu'il soit possible de lui substituer une norme juridique objective. Voir sur cette question GÉRARD Philippe, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ*, vol. 65, 2010/2, pp. 65-83 et spéc. pp. 66-68.

« [p]oursuivre l'intérêt général est le but ultime et le motif fondamental de l'activité administrative »[1602], de sorte que cet intérêt a une « fonction de *mesure des pouvoirs de l'Administration*, en les fondant (elle peut ou doit agir lorsque l'intérêt général le permet ou l'impose, parfois même par dérogation au texte de la loi) et en les limitant (elle ne peut pas agir contre lui, ou au-delà de ce qu'il autorise) »[1603]. Dans ces cas, une norme est administrative si elle est adoptée au moins en partie dans l'intérêt général, ou public[1604], et ce critère constitue au surplus, en science administrative, un « mythe qui légitime l'administration publique et le droit administratif »[1605]. Or, l'étude du droit administratif global montre que les sources formelles sont mobilisées car *préexiste* un intérêt public, c'est-à-dire un intérêt externe à l'entité globale. Il est dans ces circonstances possible d'admettre que la structure-même du droit administratif global emprunte le concept « d'intérêt public » aux droits administratifs, en en faisant une condition préalable au développement d'une norme. Cette conclusion, bien qu'éclairante quant à la structure du droit administratif global, n'épuise toutefois pas la question du motif profond de ce recours au droit administratif et à ces procédures. Il faut en effet comprendre en quoi la génération de procédures s'articule avec la réponse au besoin de légitimité. Certaines pistes sont, en ce sens, avancées par la doctrine administrativiste française, et en délivrent des indices. Ainsi, Jacques Chevallier indique que « [l]'intérêt général se présente comme un principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les sociétés modernes : tout pouvoir quel qu'il soit est tenu d'apparaître comme porteur d'un intérêt qui dépasse et transcende les intérêts particuliers des membres »[1606]. Les travaux de la sociologie du droit permettent de comprendre le mécanisme à l'œuvre : l'emprunt, qu'il soit conceptuel ou normatif, relève d'une *fonction de légitimation par la procédure*[1607].

[1602] TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 7ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2017, p. 48.
[1603] *Idem*.
[1604] Didier Truchet utilise l'idée de besoins d'intérêt général, de besoins d'intérêt public ou d'utilité publique de manière synonymique (*ibid*., pp. 48-49).
[1605] *Ibid*., p. 48.
[1606] CHEVALLIER Jacques, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 83.
[1607] Le terme de « procédure » ne doit pas ici être considéré dans un sens strictement normatif qui exclurait la possibilité que l'emprunt conceptuel puisse en relevé. Jacques Chevallier inclut d'ailleurs des « procédures » telles que la participation des citoyens à la décision dans sa redéfinition de l'intérêt général, démontrant que les deux sont intimement liés : « [s]i la participation a été perçue à l'origine, au moins en France, comme antinomique avec un intérêt général conçu comme l'apanage du public, les choses ont donc évolué : le recours aux techniques participatives apparaît désormais indispensable pour remédier au déficit de légitimité de l'État » (*ibid*., p. 93). L'articulation entre l'emprunt conceptuel et la légitimation est précisée *infra*, §§461-462.

II. L'intégration du processus d'emprunt parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global

457. ***Fonction légitimatrice de la procédure et fonction des sources du droit administratif global.*** Le raisonnement précédent a mis en évidence le fait que pour répondre au besoin social de légitimité, les créateurs du droit administratif global empruntent des normes procédurales puisées au sein des droits administratifs. Cette entreprise correspond à la théorie de la fonction légitimatrice de la procédure mise en évidence par la doctrine sociologique (**A**). Ces éléments permettent d'achever de démontrer que l'emprunt aux droits administratifs constitue une fonction des sources du droit administratif global (**B**).

A. La fonction légitimatrice de la procédure

458. ***Pertinence d'une approche sociologique du droit.*** Relativement peu connue en France, la théorie de la légitimation par la procédure participe d'une analyse sociologique du droit qui paraît particulièrement adaptée à l'étude et à la compréhension de la formation du droit administratif global (1). Elle permet en effet de clarifier la fonction légitimatrice des emprunts procéduraux en droit administratif global (2).

1. La légitimation par la procédure, une approche sociologique du droit

459. ***Apport de Luhmann.*** L'idée de la légitimation par la procédure a été développée par Niklas Luhmann (1927-1998) dans les années 1960. Selon le sociologue allemand essentiellement connu pour sa théorie des systèmes sociaux – dont le droit, en tant que « sous-système du système social, qui tend à s'autonomiser par la construction opératoire de sa propre clôture »[1608] relève[1609] –, « the legitimacy of law should be addressed as the result of a cognitive learning process in the legal system, in which different actors acquire shared *expectations* as to what the consequences of particular legal processes and particular legal acts will be »[1610]. Ainsi, Luhmann « argued that legitimacy is closely linked to the establishment of role-based procedures to enable and regulate collective inclusion in the legal system »[1611]. Pour reprendre

[1608] SERVERIN Evelyne, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ*, vol. 66, n°2007/2, p. 77.
[1609] Luhmann décrit en effet le droit « comme un système qui s'autoobserve et s'autodécrit comme une unité qui se produit elle-même » (SOSOE Lukas K., « En guise d'introduction », *in* SOSOE Lukas K. (dir.), *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Georg OLMS Verlag, 2015, p. 6).
[1610] THORNHILL Christopher, « Introduction », *in* THORNHILL Christopher (dir.), *Luhmann and Law*, London and New York, Routledge, Philosophers and Law, 2017, p. 7.
[1611] *Idem*.

ses mots, « [i]l est possible de concevoir la légitimité comme *une disposition généralisée à admettre à l'intérieur de certaines limites de tolérance des décisions au contenu encore indéterminé* »[1612]. Celle-ci

> « ne repose précisément pas sur une reconnaissance volontaire, sur une conviction dont l'individu serait personnellement responsable, mais au contraire sur un climat social qui institutionnalise la reconnaissance de décisions contraignantes comme une évidence et qui ne la considère pas comme l'effet d'une décision personnelle, mais comme celui de la validité d'une décision officielle »[1613].

Au-delà de sa théorie des systèmes qui a pu être critiquée[1614], Luhmann développe donc une vision particulièrement psychologique de la légitimité qui désigne, sous sa plume, plus un processus social d'apprentissage de l'acceptation de la norme qu'un référentiel indiquant un degré d'acceptabilité de la norme. En ce sens, la légitimation est « l'institutionnalisation de la reconnaissance des décisions en tant qu'elles sont contraignantes »[1615]. En étudiant la manière dont le droit est mobilisé pour « légitimer », Luhmann dégage plusieurs facteurs, à l'instar de la cohérence interne de l'ordre juridique[1616], parmi lesquels la procédure joue un rôle spécifique. Pour autant, « la procédure ne légitime […] pas la décision mais elle fonde une présomption en faveur de la justesse normative de son contenu »[1617]. Cette réflexion amène Luhmann à définir la légitimation par la procédure, qui « n'est pas la justification par le droit procédural bien que les procédures présupposent une régulation juridique » [1618]. Il s'agit plus « fondamentalement d'un processus de restructuration des attentes juridiques, donc d'un processus d'apprentissage au sein du système social, lequel peut dans une large mesure être rendu indifférent au fait de savoir si celui qui doit modifier ses attentes est d'accord ou non »[1619]. Par conséquent, la fonction de la procédure est « la spécification de l'insatisfaction, la dissémination et l'absorption des protestations. Cependant, le moteur de la procédure, c'est l'incertitude quant à

[1612] LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure*, traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Paris, Les Éditions du Cerf, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 20. L'italique est dans l'original.
[1613] *Ibid.*, p. 26.
[1614] En particulier, la théorie de Luhmann a pu être considérée comme orientée et trop peu critique, comme l'indiquent certains commentateurs : « la théorie critique des systèmes ramène le vaisseau spatial sans pilote de Niklas Luhmann sur terre suite à son vol sans visibilité au-dessus des nuages et du volcan du marxisme » (FISCHER-LESCANO Andreas, « La théorie des systèmes comme théorie critique », *Droit et société*, n°76, 2010/3, p. 648).
[1615] *Ibid.*, p. 119.
[1616] *Ibid.*, p. 28 : « [l]a cohérence interne de l'ordre juridique produit par des décisions est à cet égard un important facteur de légitimation, mais uniquement un facteur parmi d'autres. Le travail politico-juridique, le soin apporté à l'harmonisation entre les programmes particuliers de décision et également la rhétorique juridique et la technique de présentation employée par le juge et les fonctionnaires chargés de l'application du droit constituent des moments du processus de légitimation ».
[1617] *Ibid*., p. 13.
[1618] *Ibid*., p. 28.
[1619] *Ibid*., p. 115.

l'issue. Cette incertitude est la force motrice de la procédure, le facteur proprement légitimant »[1620] ; en d'autres termes, la « fonction de la procédure contentieuse sera ainsi, le plus souvent, d'aboutir à faire accepter un résultat prévisible »[1621] :

> « [a]u cours de la procédure, on doit donc […] accorder [à l'incertitude quant à son issue] un soin particulier et la préserver à l'aide du protocole, par exemple au moyen d'une présentation appuyée de l'indépendance et de l'impartialité du juge, en évitant qu'une décision déterminée soit promise ou en dissimulant celles qui ont déjà été prises […]. La tension doit être maintenue jusqu'à la prononciation du jugement. […] Cette incertitude est utilisée à titre de motif afin d'amener le destinataire de la décision à accomplir un travail cérémoniel non rémunéré. Une fois cette prestation accomplie, il se retrouve comme quelqu'un qui a confirmé la valeur des normes ainsi que les décideurs dans leur fonction […]. Cela n'aurait pratiquement plus aucun sens pour lui de se rebeller contre la décision ; de toutes manières, cette rébellion n'aurait aucune chance de réussite. Il ne dispose même plus de la possibilité de souffrir publiquement d'une injustice morale »[1622].

460. ***Limites de la théorie luhmannienne.*** Contrairement à la théorie d'Habermas, celle de Luhmann apparaît moins optimiste, en ce que le premier voit dans la procédure un vecteur de solutions susceptibles de s'inscrire dans une forme d'intérêt commun, contrairement au second qui n'hésite pas à y voir, dans une perspective étatique, une manière de détourner l'attention des citoyens et justiciables[1623]. Certaines de ses positions ne sont, par ailleurs, pas transposables au contexte global. Il faut ainsi relever le point de vue très interniste du sociologue, notamment lorsqu'il distingue la procédure juridique – devant un tribunal – de la procédure administrative, qui invite à nuancer l'apport de ses écrits. Luhmann considère en effet que

> « [l]es processus décisionnels de l'administration, qui sont conditionnellement programmés, ne présentent en général aucune déception : on dépose une demande de pension et on l'obtient ; on ne peut prévoir en général quelles seront les procédures qui conduiront à des rejets et à des déceptions. […] Aussi ne doit-on avoir recours aux mécanismes de légitimation que lorsque le problème de la déception devient aigu. Cela accorde plus de poids à la supposition selon laquelle […] l'administration chargée des exécutions ne peut assumer en même temps des fonctions de légitimation, de création du consensus et de prise en charge des déceptions, car cela surchargerait ses processus décisionnels de fonctions secondaires et rendrait plus difficile sa rationalisation »[1624].

[1620] *Ibid.*, p. 112.
[1621] RABAULT Hugues, « À propos de... », *Droit et société*, n°51-52, 2002/2, p. 533.
[1622] LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure*, *op. cit*. note 1612, pp. 112-113.
[1623] RABAULT Hugues, « À propos de... », *op. cit.* note 1621, p. 532 : « chez Habermas, la procédure est une modalité technique susceptible d'organiser la discussion pour aboutir à des solutions, selon des critères tels que ceux de la justice, de la vérité, ou de l'intérêt commun. Luhmann est plus pessimiste sur la fonction de la procédure. Pour lui, l'enjeu essentiel est la légitimation. Mais ici il ne faut pas entendre le concept de légitimation au sens éthique de la validité d'une décision : il peut tout aussi bien s'agir de faire avaler des couleuvres, c'est-à- dire, par exemple, de faire accepter des solutions parfaitement prévisibles ».
[1624] LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure*, *op. cit*. note 1612, p. 204.

Ses propos sur le « devoir de justification des actes administratifs »[1625] qui ne remplirait pas principalement, en tant que procédure administrative, une fonction légitimatrice mais déterminerait plutôt « les grandes lignes de l'argumentation que l'administration présentera lors d'une éventuelle procédure judiciaire »[1626] ne sont à l'évidence pas pertinents pour l'analyse du droit administratif global. La validité de l'analyse luhmanienne est en effet conditionnée par l'existence d'un système de type étatique, et notamment d'une administration conçue, dans cet extrait, comme une machine figée dont la légitimation de l'action n'est pas indispensable. Dans le cadre du droit administratif global, les recours contre les décisions globales n'existent pas nécessairement ; la motivation des décisions ne saurait donc poursuivre ce but implicite. Cependant, cette absence d'administration et donc du parallélisme – par ailleurs discutable – entre « procédure juridique » et « procédures administratives » en droit administratif global ne fait, *in fine*, que renforcer la conclusion selon laquelle la procédure de droit administratif global est fondamentalement légitimatrice. Les hypothèses dans lesquelles la procédure ne poursuit pas cette fonction, pour Luhmann, sont en effet limitées au cas où l'entité qui la crée ou l'applique n'en a pas besoin, car la complexité du « système politico-administratif de l'État développe un niveau suffisant de différenciation fonctionnelle »[1627]. Dans ce cas, le développement de cette complexité a abouti à une rationalisation des fonctions qui a déporté celle de la légitimation en-dehors de la sphère administrative. Or, le système administratif global ne présente pas un tel degré de complexité interne – bien que sa complexité externe soulève de nombreuses interrogations qui seront abordées *infra*[1628]. Lorsque la rationalisation des fonctions n'est pas possible faute de système politico-administratif suffisamment complexe, il faut conclure des analyses de Luhmann que la procédure poursuit cette fonction légitimatrice. Ces éléments font clairement écho à certains constats opérés à l'occasion de cette recherche, ce qui invite à déterminer la mesure dans laquelle elle peut permettre de mieux comprendre la formation du droit administratif global.

2. La fonction légitimatrice des emprunts procéduraux en droit administratif global.

461. ***Articulation des éléments dégagés.*** Pour montrer l'articulation entre fonction légitimatrice, procédure et emprunts aux droits administratifs dans le cadre du droit administratif global, il est nécessaire de distinguer dans un premier temps les différents

[1625] *Ibid.*, p. 208.
[1626] *Ibid.*, p. 209.
[1627] *Ibid.*, p. 211.
[1628] Voir notamment *infra*, cette Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1, section 2.

éléments de ce mécanisme. D'abord, le recours à la procédure – y compris celle consistant à constater ou à exiger l'existence d'un intérêt public ou général à l'origine de son action – pour légitimer une institution, théorisé par Luhmann, est une technique largement éprouvée par la pratique et qui a pu être observée par la doctrine. Tel est par exemple le cas lorsqu'elle relève « la fonction de légitimation que remplit […] à titre principal la motivation de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme »[1629], ou analyse sous l'angle de la recherche de légitimité les évolutions des procédures décisionnelles au sein de l'Union européenne[1630]. Dans le cadre du droit administratif global, la qualification de « légitimation par la procédure » a par exemple pu être utilisée pour désigner l'association des parties prenantes au travaux de l'ICANN[1631], et, de manière générale, le constat précédent selon lequel l'institution de procédures est la principe réponse apportée au besoin de légitimité invite à confirmer que la procédure remplit bien une fonction de légitimation. En marge de la légitimation par la procédure, la doctrine distingue parfois une fonction légitimatrice de *l'emprunt normatif*. Par exemple, un auteur a pu relever, à propos de la jeune Cour de justice de l'UEMOA créée en 1994, que ses premiers pas ont été guidés par

> « un besoin naturel de légitimation pour la juridiction appelée à faire ses preuves. Si ailleurs ce besoin de légitimation a pu être comblé par quelques recours aux droits communs des États membres ou aux traditions constitutionnelles communes des États, en Afrique de l'ouest, c'est vers le droit similaire et antérieur du voisin européen que s'est tourné le juge communautaire »[1632].

La fonction légitimatrice de l'emprunt est parfois combinée à d'autres considérations pratiques ; par exemple, en matière de droit de l'aviation civile internationale, l'Union européenne

> « procède à de nombreuses appropriations normatives de règles internationales qui ne la lient pourtant pas. Outre le fait qu'il s'agisse d'un moyen d'éviter de soumettre les États membres à des obligations contradictoires, ces emprunts normatifs sont également un fort facteur de légitimation de l'action de l'Union vis-à-vis des tiers »[1633].

[1629] SUDRE Frédéric, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* RUIZ-FABRI Hélène, SOREL Jean-Marc (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, p. 172.

[1630] Voir en particulier GAUTRON Jean-Claude, « La Commission européenne en quête de légitimité », *RQDI*, Hors-série Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012, 2012, pp. 29-38.

[1631] JACOB Patrick, « Le programme des nouveaux noms de domaine génériques de haut niveau de l'ICANN : témoin de l'affirmation d'un droit administratif global ? », *AFDI*, vol. 60, 2014, pp. 777-778.

[1632] ZONGO Relwendé Louis Martial, « Le dialogue unilatéral entre la Cour de justice de l'UE et la Cour de justice de l'UEMOA », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, n°11/2016, p. 12.

[1633] CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 759. Voir également, dans le même sens, p. 838.

462. ***Élément manquant.*** Si l'emprunt *per se* peut poursuivre une fonction légitimatrice sans toutefois toujours parvenir à la remplir[1634], l'impact de la nature des normes empruntées au sein du processus n'est pas toujours mesuré par la doctrine. Dans le cadre du droit administratif global, ce phénomène est également observé, sans nécessairement faire l'objet d'analyses spécifiques. Tel est par exemple le cas lorsque la doctrine du *GAL* fait le lien entre le fait que « [o]ne of the most fundamental issues of contemporary administrative law is legitimacy »[1635] et que « [g]lobal law is in much greater need of legitimacy »[1636]. Un faisceau clair d'indices invite pourtant à confirmer l'articulation évidente entre ces trois éléments. D'une part, il est largement admis que la procédure a pour fonction de légitimer l'institution qui l'adopte ou le processus décisionnel auquel elle s'applique. D'autre part, cette même fonction est parfois reconnue, sans que ce phénomène n'ait, à notre connaissance, fait l'objet d'études approfondies, à l'emprunt normatif à d'autres ordres juridiques. Enfin, le droit administratif global a pour source un besoin de légitimité auquel il est répondu par des emprunts normatifs de nature essentiellement procéduraux. L'emprunt conceptuel mis en évidence plus haut constitue plus, comme on l'a vu, une construction doctrinale explicative qu'un processus de formation du droit positif bien qu'il soit possible à la fois de l'identifier à l'origine dudit processus, et qu'il participe de l'entreprise de légitimation. Il est donc possible de rationnellement conclure de ces éléments combinés que les emprunts procéduraux du droit administratif global aux droits administratifs ont une fonction légitimatrice. Toutefois, il est hâtif de conclure à ce stade que cette fonction légitimatrice est une fonction des *sources* du droit administratif global. À ce point du raisonnement, il a seulement été démontré que le besoin social de légitimité constituait une source matérielle du droit administratif global, et que ce droit y répondait par des emprunts procéduraux dont la fonction légitimatrice correspond *in abstracto* au besoin exprimé. Il demeure donc à identifier le lien entre l'emprunt procédural et les sources formelles du droit administratif global.

[1634] Tel est d'ailleurs l'un des sens de la forte critique de l'observateur de la Cour de justice de l'UEMOA cité *supra* : « l'on ne saurait admettre que cette quête de légitimation se traduise par une transposition systématique et irrationnelle de la jurisprudence européenne au sein d'un ordre juridique censé constituer un ordre juridique autonome fondé sur une charte constitutionnelle propre et sans doute adaptée au contexte africain » (ZONGO Relwendé Louis Martial, « Le dialogue unilatéral entre la Cour de justice de l'UE et la Cour de justice de l'UEMOA », *op. cit*. note 1632, p. 12).
[1635] DIMITROPOULOS Georgios, « Holding National Administrations Accountable through Peer Review: The FATF Case », *op. cit*. note 1532, p. 9.
[1636] *Idem*.

B. L'emprunt procédural, une fonction des sources du droit administratif global

463. ***Articulation des fonctions des sources et des normes du droit administratif global.*** En intégrant l'analyse de Luhmann – épurée de sa dimension quelque peu cynique et de son prisme étatique – à la présente recherche, il est possible de dégager la conclusion de ces développements : les emprunts procéduraux, entendus au sens d'emprunts de normes procédurales, participent d'une fonction des sources formelles du droit administratif global. Autrement dit, le besoin social de légitimité trouve une réponse dans la *procédure*, que les sources du droit administratif global ont pour fonction d'élaborer par emprunts (1). Pour achever la démonstration, il convient enfin de préciser l'articulation entre cette fonction des sources du droit administratif global et les fonctions des *normes* de ce même droit (2).

1. La mise en évidence d'une fonction des sources du droit administratif global

464. ***Reconstitution du raisonnement.*** Les propos qui précèdent doivent être considérés comme les maillons d'une chaîne logique. Il a d'abord été démontré qu'il existait un besoin de légitimité constitutif d'une source matérielle du droit administratif global, et qui en détermine donc la création. Il a ensuite été montré qu'il y était répondu par des emprunts aux droits administratifs caractérisés par leur nature procédurale, et que la procédure remplissait tant au regard de la théorie sociologique du droit que de la pratique des entités globales une fonction de légitimation. Par conséquent, la création du droit administratif global traduit la recherche de légitimité dont les outils – la procédure – sont inclus comme condition du processus normatif. Il faut donc en déduire qu'une fonction des sources formelles du droit administratif global – en tant qu'elles traduisent ses sources matérielles – est de recourir à l'emprunt procédural, et que, logiquement, la légitimation par l'emprunt procédural est une fonction des sources formelles du droit administratif global.

465. ***Globalisation des procédures par la technique de l'emprunt.*** Cette conclusion peut être mise en perspective avec les recherches doctrinales en cours s'agissant de l'influence des droits administratifs au-delà de l'État. Il apparaît en effet que ce que la doctrine identifie parfois sous l'expression « globalisation des droits administratifs » à propos de l'adoption de normes de type administratif par des entités globales n'est en réalité rien d'autre que la manifestation de la fonction d'emprunt de normes procédurales dans un but de légitimation. Il n'est, dans cette mesure, pas certain que les droits administratifs eux-mêmes soient au centre d'un processus de

globalisation, lequel paraît d'autant plus douteux dans la mesure où ces droits sont conditionnés sinon par l'existence de l'État, du moins par celle d'une base constitutionnelle manifestement absente du droit administratif global. Les *procédures* propres à ces droits administratifs, n'en déplaise à Luhmann qui n'y voyait pas de fonction légitimatrice dans le cadre étatique, font en revanche l'objet d'une globalisation par la technique de l'emprunt mobilisée par les sources formelles du droit administratif global. Cette globalisation semble s'accélérer à mesure que grandit le besoin de légitimité exprimé par les groupes sociaux sur la scène mondiale. Si le sociologue allemand n'avait finalement pas perçu, dans son ouvrage, le potentiel supra-étatique de la légitimation par la procédure, sa conclusion quant au motif du développement des procédures demeure valide et parfaitement transposable à la dynamique de formation du droit administratif global :

> « [t]out cela invite à *compenser la perte du droit naturel par le droit procédural*. Ce n'est assurément pas un hasard si une confiance nouvelle dans les procédures juridiquement régulées commence à apparaître à l'époque même où le droit naturel s'effondre dans la dernière forme sous laquelle il est apparu, c'est-à-dire le droit rationnel, comme si la confiance dans le droit, qui s'est effondrée, devrait sous la forme de garanties processuelles revêtir un nouveau corset. […] Si l'on ne peut pas s'entendre au préalable sur les solutions précises à apporter aux problèmes, du moins peut-on s'entendre sur les procédures au moyen desquelles une décision pourra être élaborée face aux problèmes qui surgissent »[1637].

2. L'articulation avec la fonction légitimatrice des normes du droit administratif global

466. ***Coexistence des fonctions des normes et des sources.*** Il convient enfin de résoudre un apparent paradoxe. En introduction de cette étude, il a été indiqué que la fonction légitimatrice apparaissait comme un dénominateur du droit administratif global[1638] ; elle a ainsi permis de dégager une « notion » de droit administratif global, c'est-à-dire « une connaissance élémentaire, intuitive ou vague de quelque chose »[1639]. Ce faisant, il a été implicitement postulé que les normes de droit administratif global remplissent une fonction de légitimation de l'action de l'entité globale qui les applique. Dès lors, suggérer à présent qu'il ne s'agirait pas d'une fonction du droit administratif global, mais d'une fonction de ses *sources formelles* paraît à première vue contradictoire. Pourtant, l'analyse précédente démontre qu'il s'agit bien d'une fonction des *sources*. En effet, le processus d'emprunt – de normes procédurales – ne caractérise pas – ou pas seulement – le *contenu* des normes du droit administratif global : il détermine la

[1637] LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure*, *op. cit*. note 1612, p. 144 (italique dans l'original).
[1638] Voir *supra*, §42.
[1639] MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *RDP*, 2007, n° 5, p. 1306.

manière dont celles-ci sont formées, notamment lorsqu'il est question d'emprunt conceptuel. L'articulation entre la source matérielle que constitue le besoin social de légitimité et les sources formelles qui la traduisent démontre ainsi que la fonction de légitimation, par l'emprunt, intervient en amont de l'entrée de la norme dans l'ordre juridique pertinent, c'est-à-dire au stade de sa *formation*. Elle détermine donc la manière dont la norme est façonnée en conditionnant son appartenance à l'ensemble « droit administratif global » par un critère de formation : l'emprunt de normes procédurales aux droits administratifs. Cette fonction des sources n'est donc pas en contradiction avec la coexistence d'une fonction légitimatrice des *normes* de droit administratif global ; au contraire, elle l'éclaire.

Conclusion du Chapitre 2.

467. ***Synthèse.*** Ce chapitre a approfondi l'analyse introduite au sein du chapitre précédant en qualifiant d'abord le besoin social, source matérielle du droit administratif global, de besoin *de légitimité*. La fonction-objet des sources formelles consistant à traduire par un processus de création normative cette source matérielle s'exerce donc en considération de cette recherche. En analysant la manière dont les sources sont mobilisées pour répondre à ce besoin de légitimité, est apparu un phénomène d'emprunt normatif aux droits administratifs – nationaux et internationaux – caractérisé par la nature procédurale des règles ainsi « importées ». Cette dernière s'explique par la fonction de légitimation par la procédure que confèrent les créateurs du droit administratif global au processus de formation de ce droit. Un mécanisme de multifonctionnalité apparaît donc. D'une part, l'emprunt procédural a pour fonction la légitimation des décisions globales ou des entités globales qui les prennent. D'autre part et de ce fait, les sources formelles du droit administratif global, par leur fonction de traduction des sources matérielles, poursuivent une fonction de légitimation par l'emprunt procédural, de sorte que l'emprunt procédural constitue lui-même une fonction des sources. Ce point commun nouvellement identifié du droit administratif global constitue un nouvel élément de définition de ce droit par ses sources.

Conclusion du Titre Premier.

468. ***Synthèse.*** Les deux chapitres composant ce titre ont eu pour objet la recherche des fonctions des sources du droit administratif global, guidée par l'intuition que celles-ci permettaient de mieux identifier le droit formé. Alors que la doctrine contemporaine a tendance à écarter de l'analyse des sources du droit les éléments relevant de ses « sources matérielles », leur étude impliquant de s'aventurer dans le domaine extra-juridique, l'hypothèse principale de ce titre résidait dans l'idée qu'il pouvait être pertinent de les considérer sous l'angle des fonctions des sources formelles, dès lors qu'il est communément admis que ces dernières traduisent – ou ont pour fonction de traduire – lesdites sources matérielles. Dans la perspective de la recherche d'une définition du droit administratif global passant par ses sources, il a été ainsi été démontré que la connaissance du droit administratif global pouvait être substantiellement enrichie par la recherche des fonctions de ses sources formelles. Il ressort en effet de cette étude que la formation du droit administratif global répond à un besoin social de légitimité de deux manières complémentaires. En considération d'un principe d'apparence qui structure l'ensemble du processus normatif, les sources répondent ainsi au besoin social de légitimité en mobilisant, par la technique de l'emprunt, les procédures existantes au sein des droits administratifs.

469. ***Nécessité de compléter l'étude par celle des effets des sources du droit administratif global.*** Le rejet de la notion de sources formelles et le peu d'intérêt de la doctrine du *GAL* pour la formation des normes qui le composent en droit positif, qui rejaillissent d'ailleurs dans la relative absence de démarche comparative mobilisée pour promouvoir de nouvelles règles, expliquent en grande partie l'absence d'examen de l'impact des normes du droit administratif global. En effet, la doctrine analyse principalement la manière dont le besoin de légitimité conduit à la formation du droit administratif global, et ne s'étend pas sur la manière dont les normes dégagées répondent au besoin de légitimité. Une telle démarche impliquerait, comme cela vient d'être démontré, d'étudier en profondeur leurs modes de formations formels et les fonctions que ces derniers poursuivent. La démarche proposée a permis d'identifier ces nouveaux éléments indispensables à la définition du droit administratif global. Néanmoins, elle ne pallie pas intégralement les lacunes des travaux existants, en ce qu'elle n'apporte aucun élément à la question de l'impact des sources formelles du droit administratif global. Si leurs fonctions sont dorénavant clarifiées, encore faut-il en effet, pour parvenir à proposer une définition cohérente du droit administratif global, évaluer leurs *effets* en droit positif.

TITRE DEUXIEME.
LES EFFETS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

470. ***Objet du titre.*** Il a jusqu'ici été question de l'analyse des modes de production de normes considérées comme relevant du droit administratif global, sans considération ni pour la valeur de ces normes, ni pour la manière dont elles étaient, ou non, appliquées dans les ordres juridiques des entités globales. Le recours à la méthode systémique a ensuite invité, une fois les sources formelles identifiées, à étudier son contexte chronologiquement antérieur, c'est-à-dire les motifs à l'origine de la mobilisation de la source et la manière dont ceux-ci déterminent le processus normatif. Cependant, la question du *produit* de ce processus n'a pas fait l'objet d'analyse spécifique. Pourtant, celui-ci relève assurément du « contexte » des sources du droit administratif global. Autrement dit, le système des sources ne peut être pleinement analysé que si l'étude tient compte des mécaniques *précédant* et *succédant* la mobilisation de la source formelle. S'intéresser au contexte succédant, toujours sous l'angle chronologique, le recours au processus normatif implique dès lors de rechercher les *effets* de ce processus, et, plus précisément, de déterminer dans quelle mesure le mode de formation étudié d'une norme a une influence sur son produit – c'est-à-dire la norme elle-même.

471. ***Effet d'une source – précision de l'objet du titre.*** Le principal effet d'une source est de produire une norme. Cette position théorique, qui peut ne pas être partagée, implique qu'il n'est pas présumé, dans l'abstrait, qu'une source de droit administratif global est censée produire une norme dotée de certaines caractéristiques – par exemple, son obligatoriété, sa validité, son effectivité. Au contraire, ces caractéristiques ne sont, à notre sens, que des effets *possibles* des modes de formation des normes, et dépendent de plusieurs facteurs. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la mobilisation d'une source et les caractères de la norme produite ; au contraire, il apparaît que ces relations existent et, plus encore, qu'elles peuvent être exploitées par les créateurs des normes. Autrement dit, si l'effet prévisible de toute source est la production d'une norme, la manière dont le processus influe sur les caractéristiques de cette norme est variable et peut, dès lors qu'elle est connue, faire l'objet d'une *politique des sources* du droit administratif global. L'enjeu des développements qui suivent est donc de procéder à une évaluation de la mesure dans laquelle les processus formels de création du droit administratif global influent sur les caractéristiques finales des normes relevant de cet

ensemble, étant entendu qu'il n'est pas acquis que les sources soient les *seuls* facteurs à même d'avoir un impact sur ces caractéristiques.

472. ***Choix des caractéristiques étudiées.*** Une spécificité des sources formelles du droit administratif global entre en considération dans la recherche de leurs effets : l'absence d'ordre juridique central en tant que repère structurel autour duquel l'étude des sources s'articulerait. Il faut sur ce point préciser que l'existence d'un tel ordre juridique « global », dont se fait parfois l'écho la doctrine[1640], n'est pas rejetée par principe ; cette hypothèse doit, cependant, faire l'objet d'une analyse plus avancée. En tout état de cause, la présente recherche ne s'est à aucun moment fondée sur l'existence éventuelle d'un tel ordre juridique, mais est au contraire partie de l'observation des normes relevant du droit administratif global dans leurs « milieux naturels », que constituent les ordres juridiques des entités globales. Dès lors, il est difficile de tenter d'examiner la manière dont les sources formelles influent sur la *validité* des normes de droit administratif global, si l'on entend, avec Kelsen et Bobbio, la validité comme rejoignant l'idée de légalité et de conformité à certaines règles supérieures régissant de formation de la norme[1641]. Cette validité ne semble en effet pouvoir être conditionnée que par les règles en vigueur au sein des ordres juridiques de référence des entités globales, de sorte que l'étude des sources du droit administratif global, qui les rejoignent partiellement et leur empruntent nécessairement, sous cet angle n'apparaît pas pertinent. Ainsi, une étude de l'impact des sources formelles des normes contenues dans un code de conduite d'entreprise sur la *validité* de ces normes paraît abstraite et peu utile. Si, au-delà des conflits normatifs liés à la coexistence d'ordres juridiques distincts, la norme de droit administratif global X n'est pas valide, il y a peu de chances que sa source ait été identifiée comme telle dans cette étude, de sorte que le raisonnement ne peut conduire qu'à la conclusion que les sources du droit administratif global génèrent des normes valides en droit positif. Un tel constat ne participe pas à une meilleure compréhension du droit administratif global, à l'inverse de l'observation d'autres effets possibles des sources du droit, à l'instar de l'obligatoriété et de l'effectivité des normes créées. Il est exact que de nombreuses études portant sur les effets des sources ont trait à la mesure dans laquelle le droit produit est obligatoire, ou non, dans un ordre juridique étudié. Malgré l'incertitude quant à l'existence d'un ordre juridique global, il apparaît alors pertinent de chercher à déterminer s'il existe des constantes dans les relations entre les sources formelles et l'obligatoriété des normes produites ; autrement dit, dans quelle mesure les sources du droit

[1640] Voir les développements *infra*, §§499 et suivants.
[1641] BOBBIO Norberto, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n°32, 2000, p. 148.

administratif global déterminent l'obligatoriété de ce droit (**Chapitre 1**). Mais le caractère obligatoire d'une norme n'est pas la seule caractéristique pouvant être influencée par ses sources formelles. La variabilité de l'effectivité du droit administratif global invite en effet, pour compléter l'étude systémique de ses sources, à déterminer la mesure dans laquelle les modes de formation du droit étudié ont un impact sur cette effectivité (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA CAPACITE DES SOURCES FORMELLES A GENERER DES NORMES OBLIGATOIRES

473. ***Adoption d'une conception de la norme indépendante de son obligatoriété.*** Le point de départ de la réflexion ici présentée repose sur le constat selon lequel le caractère obligatoire n'est que l'un des effets possibles de la norme, comme le mettent en lumière les débats sur la notion de « norme » depuis Kelsen[1642]. Cette proposition a fait l'objet de nombreux écrits en droit international, opposant les auteurs rejetant l'idée d'une relativité de la normativité et partisans d'un « seuil de normativité »[1643] à ceux l'admettant. Face au développement du droit souple ou *soft law* et après une période de « malaise théorique »[1644], une part importante de la doctrine internationaliste se range dorénavant derrière cette seconde position, la distinction stricte entre les normes obligatoires et celles qui ne le sont pas apparaissant trop simpliste et insuffisante à décrire la réalité. Si le débat n'est plus circonscrit à la seule doctrine internationaliste, notamment du fait de l'émergence du « droit souple » parmi les problématiques de droit interne[1645], les deux conceptions de la norme demeurent. Les observateurs notent ainsi

> « qu'il existe une forme classique, ou paradigmatique, de droit, associant normativité, obligation et contrainte, et qu'il existe des formes normatives autres, droit pour certains, infra-droit ou simples normes sociales – sous-entendu normes sociales non-juridiques – pour d'autres »[1646].

[1642] Pour une synthèse, voir LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 199-203.

[1643] Voir, en premier lieu, WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, n° 1982-1, pp. 5-47.

[1644] DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la *soft law* : Réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors-série Hommage à Katia Boustany, 2007, p. 252.

[1645] Voir notamment le célèbre rapport du Conseil d'État sur la question (CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Les rapports du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2013, 297 p.) et l'ouvrage de THIBIERGE Catherine *et alii* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009, 981 p., dans lequel les auteurs s'interrogent sur cette problématique appliquée à de nombreuses branches de droit interne : droit pénal, droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'environnement, *etc*. Voir également LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit*. note 1642, p. 202 (et les références citées) : « [i]l faut admettre que les critères classiques de la normativité – prescriptivité et efficacité de la contrainte – ne semble plus correspondre exactement à la réalité hétérogène du droit ». Pour une illustration du malaise palpable en matière d'étude des sources, voir GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, spéc. pp. 364-365 et 433-439.

[1646] ASCENSIO Hervé, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », *in* SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Journée d'études de Paris, Paris, Pedone, 2013, p. 13. Il faut relever que le débat apparaît en réalité double. À la première question concernant le caractère nécessairement obligatoire ou non de la norme succède, selon la réponse donnée, celle de la « juridicité », c'est-à-dire de l'appartenance à l'ensemble « droit », des normes non évidemment obligatoires.

L'étude du droit administratif global amène à se positionner d'emblée parmi les tenants d'une conception de la norme déconnectée de son caractère obligatoire ; celle-ci a d'ailleurs été adoptée, tacitement, en première partie de recherche. La norme n'est en effet pas entendue ici comme ne pouvant être qu'un énoncé créant des droits et obligations, mais plutôt comme une orientation de conduite pouvant revêtir un caractère obligatoire ou non[1647] ; bref, une norme est ce qui est conçu comme socialement « normal » dans un certain contexte et à un certain moment[1648]. Comme l'indique François Brunet, « [l]a confusion entre normativité et obligatoriété tient d'une illusion d'optique »[1649] : « la normativité de telle ou telle norme est donc son aptitude à servir de référence, la question de savoir comment elle fournit cette référence (par la création d'une obligation ou par tout autre objet » ne se posant que dans un second temps »[1650]. En ce sens, les sources formelles du droit, qu'il soit administratif global ou non, ont pour fonction de créer des *normes* sans préjudice de leur caractère obligatoire[1651]. Ce positionnement explique que le caractère obligatoire des normes n'a jusqu'ici pas servi d'indice permettant d'identifier les sources du droit administratif global. La question de la pertinence de l'évaluation du caractère obligatoire des normes de droit administratif global peut par conséquent être posée, d'autant que certains auteurs préfèrent aujourd'hui évaluer d'autres critères présentés comme plus adaptés à l'étude des nouveaux phénomènes normatifs, à l'instar de Valérie Lasserre :

> « [s]ans proposer de nouveau critère de la juridicité, nous avons cherché à démontrer par une démarche empirique la présence dans l'ordre juridique de normes *a priori* non obligatoires, très diversifiées, mais dont la puissance est notoire : l'expertise, l'information, la normalisation, les recommandations »[1652].

[1647] Dans le même sens, Alain Pellet estime que les normes relèvent de la normativité lorsqu'elles « énoncent un comportement attendu de leurs destinataires » (PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *in* DEUMIER Pascale, SOREL Jean-Marc (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, p. 179).

[1648] De manière similaire, voir CHEVALLIER Jacques, « La science administrative et le paradigme de l'action public », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 279 : « [l]a normativité du droit ne tient pas seulement la force prescriptive de ses énoncés : le droit est aussi un discours, imprégné des valeurs fondamentales qui assurent la cohésion de la société et transcrivent les déterminations élémentaires qui sont au cœur de l'ordre social ; dans la norme juridique se profile une certaine conception de la « normalité », pétrie des valeurs sociales dominantes ».

[1649] BRUNET François, *La normativité en droit*, Paris, mare & martin, Bibliothèque des thèses, 2011, p. 224.

[1650] *Ibid*., p. 225.

[1651] De la même manière, plusieurs auteurs dénoncent « une assimilation abusive entre le « juridique » et l'« obligatoire » » (DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Ngyuen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 429).

[1652] LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit*. note 1642, p. 352. Voir également, de manière générale, THIBIERGE Catherine *et alii* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, *op*. *cit*. note 1645.

Il n'en demeure pas moins que le droit reste constitué de normes obligatoires cohabitant avec des normes à l'obligatoriété relative, voire non-obligatoires, et que l'obligatoriété manifeste d'une norme constitue un point de repère indispensable pour son application[1653]. Cette remarque est valide au regard de la doctrine, mais surtout à l'égard des praticiens du droit, de ses acteurs et de ses auteurs ; pour ne prendre qu'un exemple, le discours juridique des États amenés à justifier leurs actes continue à se fonder principalement sur le caractère obligatoire ou non des normes qu'ils respectent ou ne respectent pas[1654]. Si l'évolution du phénomène juridique conduit à ne plus considérer l'obligatoriété comme le seul référentiel normatif pertinent, il en demeure – pour l'instant – le principal ; à ce titre, son examen dans le cadre du droit administratif global ne peut être passé sous silence.

474. ***Objet du chapitre.*** Au stade de l'examen des *effets* des sources du droit administratif global, la question posée est donc celle de savoir dans quelle mesure ces dernières ont une incidence sur l'obligatoriété des normes produites. La doctrine internationaliste acquise à la théorie de la normativité relative a pourtant renoncé à rechercher l'explication et les conditions de l'obligatoriété des normes dans leurs sources. Ainsi considère-t-elle que la théorie des sources du droit international ne parvient pas à expliquer pleinement l'existence du « dégradé de normes »[1655] ou des « degrés de la normativité »[1656] :

> « [e]ntre la lumière du droit et l'obscurité du non-droit, s'étend une zone de pénombre dont la théorie, vénérable, des sources rend mal compte : elle étudie la forme que revêt la norme, non sa formation ; ses « arêtes tranchées » ne permettent pas d'appréhender le mouvement qui conduit à la norme, le *law-making process*, *terra incognita* sur laquelle la doctrine latine s'aventure peu »[1657].

[1653] Dans le même sens, François Brunet rappelle que « l'impérativité est la modalité d'usage la plus simple – et sans doute la plus fréquente – de la référence portée par une norme » (BRUNET François, *La normativité en droit*, *op. cit.* note 1649, p. 240).

[1654] La pratique est innombrable ; voir par exemple le choix, en 2019, de se conformer ou non à des recommandations du Comité des droits des personnes handicapées par la France. S'agissant des entités privées, voir par exemple les discours des entreprises multinationales lorsqu'elles annoncent aller « plus loin » que les obligations légales en se conformant à des recommandations non obligatoires (voir en ce sens *supra*, §387).

[1655] PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *op. cit.* note 1647, p. 178 : « [e]ntre le non-droit et le droit impératif existe tout un dégradé de normes plus ou moins contraignantes qui vont de celles auxquelles on ne peut déroger à peine de nullité et, dans certains cas au moins, de sanctions coercitives et répressives, à celles qui exposent ce que devrait être un comportement « normal » sans que puisse résulter une quelconque affliction d'une conduite non conforme ». Voir également la référence *infra*, note 1657.

[1656] LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit*. note 1642, p. 200.

[1657] PELLET Alain, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international public. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 488.

Cette insuffisance de la théorie des sources du droit international ne peut satisfaire de prime abord, et ne peut en tout état de cause être postulée par analogie s'agissant de l'objet d'étude. Il convient donc de « tester » la mesure dans laquelle les sources du droit administratif global peuvent apporter des réponses à la question de la détermination du caractère obligatoire des normes produites. Il en ressort que si la mobilisation des sources formelles du droit administratif global a pour effet la formation de normes, ces sources, telles qu'elles ont été identifiées, n'ont aucune incidence sur le degré d'obligatoriété desdites normes produites. Ainsi doit-on noter que les constats opérés sur ce point s'agissant des sources du droit international sont également valables s'agissant des sources du droit administratif global (**Section 1**). Néanmoins, il existe des interactions entre les sources du droit administratif global, dont certaines ont déjà été identifiées *supra* ; celles-ci ont pour leur part un impact sur l'obligatoriété des normes produites. Le caractère obligatoire des normes de droit administratif global se renforce en effet à mesure que celles-ci sont formées à partir d'une multiplicité de sources. Ces interactions invitent dès lors à envisager l'existence d'un *espace administratif global* au sein duquel les sources de ce droit sont mobilisées. L'existence de cet espace administratif global, qui ne constitue pas un « ordre juridique global », permet le développement d'interactions entre les sources qui renforcent l'obligatoriété des normes produites (**Section 2**).

SECTION 1. DES DEGRES D'OBLIGATORIETE INDIFFERENTS AUX SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

475. ***Plan de la section.*** L'analyse de la mesure dans laquelle les normes de droit administratif global sont, ou non, obligatoires pour leurs destinataires révèle une corrélation ténue entre la source mobilisée et le *degré d'obligatoriété* constaté. Ce résultat n'implique pas pour autant qu'il n'existe pas de lien entre le fait de mobiliser une source spécifique de droit administratif global et le *caractère obligatoire* de la norme qui découlera du processus : une telle corrélation peut, sans doute et incidemment, être établie s'agissant de certaines sources. La plupart du temps, la source ne permet pas de déterminer la mesure précise dans laquelle la norme sera obligatoire dans tel ou tel ordre juridique. Cette conclusion n'est pas surprenante, dans la mesure où les sources du droit administratif global constituent également des sources de droit dans différents ordres juridiques – nationaux, international, transnationaux privés, *etc*. – au sein desquels l'obligatoriété des normes en découlant est parfois sujette à caution. Il faut néanmoins, pour s'en convaincre, démontrer cette absence de corrélation à partir des sources du droit administratif global. Pour ce faire, il paraît pertinent de réinvestir la classification dégagée

supra pour identifier le droit administratif global[1658] et ainsi déterminer dans quelle mesure il existe une variabilité de l'obligatoriété des normes produites par les sources du droit administratif global. L'analyse de cette fluctuation sera en conséquence menée s'agissant des sources unilatérales (**I**) puis des sources plurilatérales du droit administratif global (**II**).

I. La variabilité du caractère obligatoire des normes issues des sources unilatérales du droit administratif global

476. ***Examen selon le caractère interne ou externe de la source.*** L'analyse menée au sein de la première partie de cette recherche a permis de distinguer deux grandes catégories de modes de formation unilatéraux du droit administratif global. Il est dès lors possible de mesurer la variabilité du degré d'obligatoriété des normes provenant des sources unilatérales internes du droit administratif global d'une part (**A**), et des normes provenant des sources unilatérales externes d'autre part (**B**).

A. L'obligatoriété des normes issues des sources unilatérales internes du droit administratif global

477. ***Obligatoriétés évidentes et discutables.*** Afin de démontrer la fluctuation du caractère obligatoire des normes formées par ces sources, il faut évoquer rapidement celles dont l'obligatoriété ne fait pas de doute (1) avant de relever les nombreux cas dans lesquels cette dernière est douteuse (2).

1. L'obligatoriété incontestable de normes issues de sources unilatérales internes

478. ***Fondement textuel de l'obligatoriété.*** Pour dégager le caractère indéniablement obligatoire de normes provenant de sources unilatérales internes du droit administratif global, un critère organique peut en premier lieu être mobilisé. L'autorité de la norme dépend en effet, dans de nombreux ordres juridiques, de l'autorité juridique conférée par l'instrument fondateur à son auteur. Tel est en particulier le cas des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies dont le caractère obligatoire est bien établi tant au regard des articles 25 que 103 de la Charte des Nations Unies[1659], par exemple lorsque le Conseil « [c]harge les comités des

[1658] Voir la Première Partie de cette recherche.

[1659] Pour un rappel des débats sur ce point et même s'il « faut soigneusement analyser le libellé d'une résolution du Conseil de sécurité avant de pouvoir conclure à son effet obligatoire » (CIJ, *Conséquences pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, *CIJ Rec.* 1971, §114), voir LANFRANCHI Marie-Pierre, « La

sanctions qu'il a créés [...] de modifier leurs lignes directrices »[1660] conformément à une nouvelle procédure de radiation annexée à la résolution. Ce caractère obligatoire est d'autant plus indubitable lorsque les résolutions créent des organes de droit administratif global en vertu du Chapitre VII de la Charte[1661]. De la même manière, les normes de droit administratif global contenues dans des règlements, directives et décisions adoptés par une institution européenne et à sa propre destination[1662] sont, au regard des traités fondateurs, obligatoires[1663].

479. ***Fondement politique de l'obligatoriété.*** À défaut d'autorité juridique formellement établie, l'autorité politique de l'entité décisionnaire peut constituer subsidiairement un indice de nature à établir l'obligatoriété d'autres normes issues de sources unilatérales internes. La structure décisionnelle des entités globales privées permet ainsi de dégager le caractère obligatoire, dans leurs ordres juridiques internes respectifs, de certaines normes qu'elles adoptent. Tel est le cas lorsque la décision est prise par une instance dont le rôle est manifestement de prendre des décisions obligatoires pour leurs destinataires. Ainsi, lorsque le Comité exécutif de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) codifie la procédure de consultation publique en 2005[1664], il n'est pas douteux que les normes adoptées revêtent, pour certaines d'entre elles, une valeur obligatoire à son propre égard – quand bien même les Statuts ne sont pas parfaitement clairs sur ce point[1665]. Une analyse précise des termes

valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 31-57, spéc. pp. 33-38.

[1660] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1730 (2006) du 19 décembre 2006, S/RES/1730 (2006). La nouvelle procédure crée le « point focal » chargé de recevoir les demandes de radiation de tous les comités, c'est-à-dire une voie de réexamen d'une décision globale.

[1661] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, S/RES/1237 (1999) ; voir *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1, et spéc. §95.

[1662] Des exemples de telles normes sont mentionnés *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1.

[1663] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JOUE*, 26 octobre 2012, C 326/46, article 288 : « [l]e règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci ».

[1664] OICV*, IOSCO Consultation Policy and Procedure*, Executive Committee of the IOSCO, avril 2005, 5 p. Sur cette organisation privée, voir BISMUTH Régis, « Les pratiques procédurales internationales comme produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de l'élaboration des standards financiers internationaux », *in* BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, n° 28, 2012, pp. 207-209 et *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1, §155.

[1665] Les Statuts prévoient bien que « [t]he Presidents Committee has all the powers necessary or convenient to achieve the objectives of the Organization » (OICV, *By-Laws of IOSCO*, non datés, Part 4, §26), mais ne précisent pas textuellement que les décisions de ce type sont obligatoires. La confusion est d'ailleurs entretenue par la dernière section des Statuts : « [t]he standard setting and related activities of the Organization (including any decisions reached or documents issued) are not binding and do not give rise to any legal rights or obligations » (*ibid*., part 15, §83).

employés permet en effet de distinguer les normes que l'organisation considère obligatoires de celles qu'elle ne considère pas comme pleinement obligatoires. Ainsi le vocabulaire non impératif employé ou l'insertion d'un terme relativisant la terminologie engageante[1666] permettent-ils de douter du caractère obligatoire de certaines normes, tandis que la formulation d'autres normes ne prête pas à ambiguïté. Tel est le cas de l'obligation de transparence de la procédure de consultation[1667] ou de prise en compte des résultats de la consultation[1668].

480. ***Conclusion intermédiaire.*** Le caractère incontestable du contenu obligatoire des normes de droit administratif global issues de sources unilatérales écrites est donc déterminé par la reconnaissance de ces sources comme produisant des normes obligatoires dans les ordres juridiques des entités globales – lorsque ceux-ci prévoient une telle reconnaissance. Il en découle logiquement que les difficultés à établir ce caractère obligatoire qui peuvent être rencontrées dans ces ordres juridiques persistent sous l'angle du droit administratif global.

2. L'obligatoriété contestée de normes issues de sources unilatérales internes

481. ***Exposé des difficultés.*** Bien que la valeur obligatoire des normes constitue un débat infini dans la plupart des branches de droit, il est possible d'identifier principalement, sous l'angle du droit administratif global, un ensemble de situations dans lequel l'obligatoriété des normes issues de la volonté unilatérale d'une entité globale est particulièrement questionnable. Cette situation recoupe les hypothèses, nombreuses, dans lesquelles les ordres juridiques internes des entités globales – souvent privées – ne prévoient pas formellement l'obligatoriété des normes produites par la source unilatérale, et où celle-ci ne peut pas être déduite avec évidence de la structure décisionnelle de l'entité. Il s'agit à titre principal de la problématique du code de conduite interne à l'entreprise, dont la valeur obligatoire n'est pas toujours formellement affirmée par l'entité globale – ce qui incite les observateurs à l'appréhender à l'aune d'autres ordres juridiques, notamment de référence, où l'obligatoriété est très contestée.

[1666] Par exemple, *ibid*., p. 3 : « [w]ork projects that contemplate the issuance of international standards and principles for the securities sector will *generally* include the conduct of a public consultation as part of the project » (nous soulignons).

[1667] Ainsi, « [a]ll Consultation Reports will be published in the Public Documents area of the IOSCO Library on the IOSCO internet websit » et « [a]ll comments received on a Consultation Report will be made public and posted on the IOSCO internet website » (*ibid*., p. 4). À l'inverse, « [a]t the conclusion of the consultation process, IOSCO normally will publish a final report that will be posted in the Public Documents area of the IOSCO Library on the IOSCO internet website » (*idem*).

[1668] *Idem* : « IOSCO will take comments into account in framing Final Reports and will provide a summary explanation of the manner in which public comments have been addressed or the reasons why they have not been addressed in a memorandum accompanying Final Reports ».

482. ***Cas des codes de conduite.*** Le code de conduite est « un ensemble global de recommandations, susceptibles de juridicisation, qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient »[1669]. Cette définition imparfaite[1670] souligne l'ambiguïté de la valeur juridique du contenu des codes de conduite individuels, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une source rattachable au droit international public, ni à un droit interne en particulier. Le code de conduite est en effet un instrument de droit transnational ; et bien que l'on admette que l'entreprise génère son propre ordre juridique, son incomplétude concernant la valeur juridique de son contenu constitue un obstacle à une réponse évidente. Il paraît alors naturel de chercher une réponse dans les ordres juridiques de référence des entités globales émettrices des codes. Du point de vue du droit interne – américain en l'espèce – il a ainsi pu être jugé qu'un code de conduite d'une multinationale n'était pas équivalent à un contrat, et que les travailleurs ne pouvaient poursuivre la société pour non-respect, par un sous-traitant, des conditions de travail prévues par le code, quand bien même la signature de celui-ci avait été imposée à tous les sous-traitants en question[1671]. Mais à l'inverse, le juge français a pu retenir la qualification d'avenant au contrat de travail[1672], et la procédure d'homologation de certains codes de bonne conduite par des autorités administratives, à l'instar de l'AMF, leur octroie clairement une valeur juridique contraignante[1673]. Dans une perspective pluraliste, cette appréciation n'a toutefois qu'une

[1669] VILLABLANCA Lusitania, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, Thèse soutenue le 17 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, p. 257. L'auteur cite une version plus ancienne de cette définition par LAZARUS Claude, « L'organisation des Nations Unies et les entreprises multinationales », *in* GOLDMAN Berthold, FRANCESCAKIS Phocion (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977, p. 417 : « un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient. Bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique ». Cette dernière définition est elle-même issue, avec quelques nuances, du travail du Groupe de personnalités réuni par le secrétaire général des Nations Unies quelques années plus tôt (NATIONS UNIES, Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, rapport du Groupe de personnalités, Rapport du Secrétaire général du 14 juin 1974, E/5500/Rev.1/ESA/6, pp. 62-63).

[1670] Voir *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1.

[1671] US. District Court for the Central District of California, 30 mars 2007, *Jane Doe I et al. v. Wal-Mart Stores Inc.*, Case NO. CV 05-7307 AG (MANx). Pour des commentaires, voir MARZO Claire, « La responsabilité sociale des entreprises. À mi-chemin entre la *soft law* et le *jus cogens* : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales », *in* ROMAN Diane (dir.), « « Droits des pauvres, Pauvres droits ? » Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », *La Revue des droits de l'homme*, 2012(1), pp. 420-421.

[1672] Cass. Soc., 30 novembre 2011, *Société Deloitte Conseil c. Nebout*, n^{os} 11-12.905 et 11-12.906. Comme le confirme un auteur, « [b]ien que la décision ne porte pas particulièrement sur un code d'entreprise mais sur une charte associative, une analogie est permise au regard de la nature et de l'objet de l'acte » (LAROUER Marion, *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, 2018, p. 152).

[1673] Voir sur ce point FORGET Élisabeth, *L'investissement éthique. Analyse juridique*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2015, pp. 228-299 et 352, ainsi que la référence indiquée *infra*, note 1675.

portée limitée, puisqu'elle ne concerne que la réception d'une source transnationale privée par l'ordre juridique californien ou français. La valeur juridique du code de conduite individuel n'est donc pas déterminable *in abstracto*, dépendant de l'ordre juridique au sein duquel l'observateur – ou le juge – se place[1674]. Rien n'empêche néanmoins une entreprise de faire d'un code de conduite qu'elle édicte, dans son ordre juridique interne, un outil dont le contenu est doté d'une valeur qu'elle détermine de manière autonome – sous réserve de ses autres engagements et obligations légales[1675]. Ce raisonnement implique, sans préjudice de l'intervention d'un juge ou d'une autorité en mesure de sanctionner leur méconnaissance au sein de l'ordre juridique de référence de l'entité globale, que la valeur des normes contenues dans les codes de conduite individuels peut varier d'une entreprise à l'autre[1676]. Pour déterminer précisément la valeur du code dans un ordre juridique transnational donné, et donc le caractère contraignant ou non des normes qui peuvent y être contenues, des indicateurs doivent être dégagés. Par analogie avec la plupart des ordres juridiques, il est possible de les réduire à la formulation expresse d'une norme par une autorité compétente selon les règles propres à l'ordre juridique en question, ainsi qu'à l'existence d'un système de contrôle voire de sanction du respect des normes, ces indicateurs n'étant pas cumulatifs. En effet, si l'on peut déduire le caractère obligatoire d'une norme de l'existence d'un système de sanctions en cas de son non-respect, il n'est pas possible *a contrario* de présumer son absence de caractère obligatoire du seul fait de l'inexistence d'un tel système[1677] ; dans ce dernier cas, cette inexistence ne sera qu'un indice de son éventuel déficit d'effectivité. Ainsi pourra-t-on considérer certaines normes contenues dans des codes comme contraignants dans l'ordre juridique de l'entreprise, ce que certaines observations doctrinales confirment[1678]. Tel est par exemple le cas du Code d'éthique

[1674] Dans le même sens, voir D'AMBROSIO Luca, TRICOT Juliette, « Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE en droit pénal », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 284-288. Les auteurs concluent que les codes de conduite « sont des supports normatifs, autrement dit un contenant qui ne dispose pas d'une force juridique *per se* » (p. 284) et n'étudient leur qualification juridique qu'au regard du juge interne français.

[1675] Voir, *contra* car n'envisageant pas la doctrine pluraliste, le propos d'Anaïs Lagelle : « on ne saurait assimiler ces standards à du droit obligatoire car les codes de conduite ne sont pas *a priori* obligatoires. En effet, à l'heure actuelle, seuls les pouvoir publics ont la capacité de produire des normes juridiques contraignantes » (LAGELLE Anaïs, « L'influence des acteurs privés sur la normativité du droit international économique », *in* ARCARI Maurizio, BALMOND Louis (dir.), *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 74).

[1676] Dans le même sens, voir KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 47 : « [l]a nature juridique des codes de conduite et autres instruments du même type reste indéterminée. […] Tout dépendra […] de leur contenu, lequel par sa précision, la nature et la force de ses énonciations donnera à certains d'entre eux une valeur juridique ».

[1677] *Contra* concernant ces codes volontaires, voir LAGELLE Anaïs, « L'influence des acteurs privés sur la normativité du droit international économique », *op. cit*. note 1675, p. 85.

[1678] Voir en particulier TROCHON Jean-Yves, VINCKE François (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 315.

de Valéo, qui dispose que « tout manquement aux dispositions du présent Code est pris très au sérieux et passible de sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement » [1679] ou des codes par lesquels les entreprises évoquent les « engagements […] décrits dans la présente Charte »[1680]. D'autres sont plus clairs encore, sans préjudice de la dénomination des normes – ici, une « déclaration » de « principes » :

> « [l]a présente Déclaration formalise les principes établis par le Groupe pour préserver l'intégrité dans la conduite de ses affaires. Faire partie d'une entreprise de référence, leader dans son secteur d'activité impose la stricte observance de ces principes. Les collaborateurs de Sodexo ne doivent donc les enfreindre sous aucun prétexte, qu'il soit personnel ou professionnel »[1681].

483. ***Double variabilité de l'obligatoriété – cas des sources unilatérales internes.*** Dans ce cas, comme dans d'autres, les normes de droit administratif global contenues doivent être considérées comme obligatoires dans l'ordre juridique interne de l'entité globale, mais ne le sont, au regard des jurisprudences nationales mentionnées *supra*, généralement pas au-delà. Cette conclusion implique qu'en plus d'être variable selon les normes énoncées par les instruments créés par une source unilatérale interne de droit administratif global, l'obligatoriété est en outre fortement variable d'un ordre juridique à un autre. Il en découle une double variabilité de l'obligatoriété des normes issues des sources unilatérales internes du droit administratif global, laquelle démontre une absence de corrélation entre la mobilisation de telles sources et le degré d'obligatoriété des normes produites.

B. L'obligatoriété des normes issues des sources unilatérales externes du droit administratif global

484. ***Ordres juridiques de référence et tiers.*** L'étude du caractère obligatoire des normes formées unilatéralement à l'extérieur des ordres juridiques des entités globales indique le peu d'influence des sources sur lui. Les sources unilatérales externes du droit administratif global

---

[1679] VALÉO, *Code d'Éthique*, 2015, p. 8. Voir également chez Total, malgré une opposition lexicale entre les conséquences « internes » et « juridiques » : « [c]onformément aux lois applicables et aux règles du Groupe, tout manquement à ces principes d'action peut entraîner des sanctions en interne et/ou sur le plan juridique » (TOTAL, *Code de conduite*, 2015, p. 9).

[1680] ORANGE, *Charte d'Orange relative à la protection des données personnelles et de la vie privée*, 2014, p. 1. Cette charte codifie des obligations légales (par exemple : « Orange s'interdit de collecter des données personnelles sans en avoir informé les personnes concernées », point 1.1) mais va également plus loin et constitue, en ce sens, une source unilatérale de droit administratif global : « Orange effectue des audits pour vérifier la bonne application opérationnelle de ces règles » (point 3.5).

[1681] SODEXO, *Principes d'intégrité*, 2019, p. 1. En particulier, ce Code prévoit que l'établissement des documents financiers « doit être conforme aux principes comptables généralement admis », mais aussi « aux règles comptables et procédures de contrôle interne propres à Sodexo » (p. 3).

ont été entendues comme les modes de production des normes générées à l'extérieur de l'ordre juridique des entités globales[1682]. Cette définition implique qu'il existe, sur le plan organique, deux grandes catégories de sources externes du droit administratif global, lesquelles permettent d'appréhender les deux principales situations dans lesquelles le caractère obligatoire des normes de droit administratif global d'origine externe est amené à varier sous l'angle de cette distinction organique. La première catégorie, qui ne pose pas de difficulté en termes d'obligatoriété, recoupe les sources des normes générées au sein des ordres juridiques de référence des entités globales, comme celui de l'État d'immatriculation ou d'activité d'une entreprise multinationale, par exemple (1). La seconde regroupe les sources des normes appliquées par les entités globales mais générées au sein d'un ordre juridique tiers (2).

1. La variabilité de l'obligatoriété des normes générées au sein des ordres juridiques de référence

485. ***Absence de difficulté.*** L'obligatoriété des normes issues de la première catégorie de sources unilatérales externes ne soulève pas de difficulté nouvelle. Dans la mesure où leur contenu est considéré comme obligatoire dans l'ordre juridique de référence, celles-ci s'appliqueront en théorie sans modification au sein de l'ordre juridique de l'entité globale qui est statutairement soumis au droit de référence. Tel est le cas, par exemple, d'une norme de droit administratif global relative à la protection des données en ligne qui serait imposée par le législateur ou une juridiction nationale à une entreprise multinationale. En revanche, si l'obligatoriété de la norme est discutable dans l'ordre de référence, les mêmes problématiques que celles relevées s'agissant des sources unilatérales internes se posent, sans que des réponses fondamentalement différentes puissent être apportées. À la marge, il est possible de mentionner l'hypothèse dans laquelle une entité globale rendrait obligatoire une norme de droit administratif global initialement non obligatoire dans son ordre juridique de référence. Cette éventualité correspond au cas, également envisagé *supra*[1683], dans lequel une entreprise multinationale annonce appliquer, à l'occasion de ses activités menées sur le territoire de certains États, des normes plus contraignantes que celles en vigueur dans ces ordres juridiques, mais dont le suivi est recommandé – par exemple, par des normes non contraignantes de l'ISO[1684].

[1682] Voir *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 2.
[1683] Voir *supra*, Deuxième Partie, Titre Premier, Chapitre 1, §387.
[1684] Il est possible de reprendre l'exemple d'un code mentionné précédemment, aux termes duquel « [d]ans les cas où notre Politique, nos procédures et nos engagements extérieurs s'avéreraient plus contraignants que la législation

2. La variabilité de l'obligatoriété des normes générées au sein d'ordres juridiques tiers

486. ***Sous-hypothèses.*** L'obligatoriété des normes issues de la seconde catégorie de sources externes ne va pas, en revanche, sans soulever de nouvelles questions. Cette situation concerne les nombreux cas dans lesquels une norme de droit administratif global appliquée par une entité globale n'est ni générée par elle-même – cas des sources unilatérales internes – ni par une entité hiérarchiquement supérieure au sein de son ordre juridique de référence – à l'instar du législateur pour une entreprise multinationale, ou du Conseil de sécurité des Nations Unies pour un État. Autrement dit, la norme de droit administratif global X appliquée par l'entité globale A est générée de manière totalement extérieure à son ordre juridique, par une entité tierce B – laquelle n'est pas nécessairement une entité globale, mais constitue un *auteur* de droit administratif global. Il faut alors distinguer deux sous-hypothèses, selon qu'il existe ou non, au sein de l'ordre juridique de l'entité A, un mécanisme de réception des normes produites par l'entité B.

487. ***Cas de l'existence d'un mécanisme de réception.*** Soit, d'une part, il existe un lien juridique permettant la réception directe de la norme X dans l'ordre juridique de l'entité globale A – par exemple, l'organisation B a été reconnue par un instrument formel de l'entité A comme habilitée à émettre des normes obligatoires, sous réserve d'une procédure quelconque. Cette habilitation donne alors l'onction de l'obligatoriété à la norme B dans l'ordre juridique de l'entité A. L'on peut par exemple citer le cas des normes techniques ISO dont le contenu relèverait du droit administratif global une fois homologuées, sous le contrôle de l'État, par l'AFNOR[1685]. Seules 1% des normes homologuées par l'AFNOR sont, en France, d'application obligatoire du fait de l'intervention étatique, conformément à la réglementation interne[1686] ;

locale, nous opérerions conformément aux normes qui sont les nôtres » (ARCELORMITTAL, *Politique des Droits de l'Homme*, 2014, p. 1).

[1685] Association française de normalisation. Sur cette question, voir CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, *op. cit*. note 1645, pp. 41-42. + JP

[1686] Il faut à ce propos noter que l'obligatoriété de ces normes a évolué dans le temps. Le décret de 1984 prévoyait initialement – bien qu'un Décret n°41-1988 du 24 mai 1941 définissant le statut de la normalisation ait été précédemment adopté sous Pétain – que « [s]i des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou des exigences impératives tenant à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense du consommateur rendent une telle mesure nécessaire, l'application d'une norme homologuée, ou d'une norme reconnue équivalente applicable en France en vertu d'accords internationaux peut être rendue obligatoire par arrêté du ministre chargé de l'industrie et, le cas échéant, des autres ministres intéressés » (Décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, article 12). Toutefois, diverses normes ont dès 1970 été rendues d'application obligatoires ; ainsi le cas de la norme NF 04-730 « Étiquetage des machines à laver le linge, capacité nominale » (homologuée par

beaucoup concernent la sécurité électrique ou l'agriculture. Plusieurs sont toutefois susceptibles de présenter des contenus relevant du droit administratif global. Il s'agit par exemple des normes comprenant des référentiels techniques en matière environnementale et de traitement des déchets polluants, ces derniers étant susceptibles d'avoir un impact au niveau global. Tel est le cas de la norme NF X46-010 d'octobre 2004[1687] en matière de traitement de l'amiante, mais également d'autres normes relatives à la mesure de la qualité de l'eau potable[1688]. En tant que telles, ces « normes » ne contiennent pas de normes – au sens adopté dans cette étude – substantielles, mais des référentiels techniques. Il n'est cependant pas contestable que l'imposition d'une méthode de mesure du taux de plomb dans l'eau potable, pour prendre cet exemple, constitue une norme de droit administratif global protectrice du consommateur comme de l'environnement. Celle-ci devient obligatoire, dans cette situation, du fait de l'intervention étatique qui a donc pour conséquence de modifier le caractère initialement non contraignant de la norme.

488. ***Cas de l'absence de mécanisme de réception.*** Soit, d'autre part, il n'existe aucune norme « structurelle » prévoyant spécifiquement la réception de la norme X au sein de l'entité A. Tel était par exemple le cas des normes comptables avant l'intervention du juge européen – le phénomène a même fait l'objet d'un commentaire étonné du Ministre des finances Valéry Giscard d'Estaing en 1971 : « [c]e qui me paraît remarquable, c'est que cette législation sans sanction s'est tout naturellement imposée à tous, sans que personne ne la discute ni ne la récuse et sans recours à d'autres forces contraignantes que celles de la vérité et de la raison »[1689]. Si l'absence de caractère obligatoire des normes comptables en tant que telles – donc avant intervention éventuelle d'un législateur ou d'un juge – est bien établie et universelle, tel n'est

l'Arrêté du 12 mars 1970 portant application obligatoire de norme), qui relève de l'information du consommateur et a été rendue obligatoire par l'article 1er du Décret du 18 mars 1970 relatif à l'application obligatoire de la norme NF 04-730. Le régime de la normalisation obligatoire est à ce jour fixé par le Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation qui prévoit que « [l]es normes sont d'application volontaire. Toutefois, les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. Les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation » (article 17).

[1687] AFNOR, norme NF X46-010 « Amiante friable - Qualification des entreprises réalisant des travaux de traitement de l'amiante friable – Référentiel technique » (octobre 2004), homologuée par décision du Directeur Général d'AFNOR le 20 septembre 2004 pour prendre effet le 20 octobre 2004. Cette norme a été rendue obligatoire par l'arrêté du 22 février 2007 définissant les conditions de certification des entreprises réalisant des travaux de retrait ou de confinement de matériaux contenant de l'amiante (article 1).

[1688] L'arrêté du 19 octobre 2017 relatif aux méthodes d'analyse utilisées dans le cadre du contrôle sanitaire des eaux précise ainsi que la preuve du respect de certaines normes est « réputé satisfaire aux dispositions » méthodologiques pour l'analyse des paramètres de radioactivité du contrôle sanitaire des eaux. De nombreuses normes de l'ISO et de l'AFNOR sont mentionnées en annexe de l'arrêté.

[1689] Allocution de Valéry Giscard d'Estaing citée *ibid.*, p. 42.

pas le cas d'autres normes relevant de la même situation. Lorsque le Bureau du Médiateur des Nations Unies indique « tenir compte » des décisions juridictionnelles européennes pour proposer l'élaboration d'une norme internationale qui les respecte[1690], il n'y a ainsi pas de doute sur l'absence de caractère obligatoire, pour les Nations Unies, de la jurisprudence européenne :

> « [a]fin d'aider le Médiateur à présenter une analyse et des observations cohérentes, il convient d'apprécier les informations rassemblées et le raisonnement qui leur est appliqué sur la base d'une norme constante. Cette norme doit être adaptée au contexte unique des décisions prises par un comité agissant sur instruction expresse du Conseil de sécurité. Elle doit tenir compte du cadre purement international, le critère utilisé ne pouvant reposer sur les préceptes d'un système ou d'une tradition juridiques particuliers. Pour arriver à établir une norme à appliquer par le Médiateur, le droit et la jurisprudence appliqués aux niveaux national et régional ont été examinés, en particulier dans le contexte du gel des avoirs et d'autres restrictions au titre des régimes de lutte contre le terrorisme »[1691].

489. ***Double variabilité de l'obligatoriété – cas des sources unilatérales externes.*** La variabilité de l'obligatoriété des normes issues de sources unilatérales externes propres à des ordres juridiques tiers – et non des ordres de référence – est donc double. Elle peut, d'une part, résulter d'une absence d'obligatoriété des normes *per se*, comme le montre l'exemple des standards privés précisant leur absence de caractère contraignant. Elle peut, d'autre part, varier en fonction de la réception qu'en font les entités globales lorsqu'il n'existe pas de lien entre les deux – ou plus – ordres juridiques en jeu. À cet égard, peu importe l'obligatoriété de la norme dans l'ordre juridique tiers : en l'absence de lien juridique et de règle de rapports entre celui-ci et l'ordre interne de l'entité globale concernée, la norme produite au sein de l'ordre tiers ne sera pas dotée de force obligatoire. Alors que dans la plupart des situations observées jusqu'ici, les sources de normes de droit administratif global relèvent d'un ordre juridique au sein duquel l'obligatoriété desdites normes est établie mais est susceptible de varier dès lors que la perspective est modifiée, le mouvement est ici inversé. La variation apparaît ainsi plus « intense » encore quant à son impact sur la norme, puisqu'une norme unilatérale non dotée d'un caractère obligatoire dans l'ordre juridique B où elle est générée peut acquérir, par sa reprise, ce caractère obligatoire dans l'ordre juridique A. Autrement dit, le propre des sources unilatérales externes du droit administratif global est qu'elles s'inscrivent dans des dynamiques

[1690] Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le degré de conformité de la procédure onusienne aux exigences européennes, il est possible de noter que ces dernières sont dûment prises en compte à l'occasion des améliorations apportées en termes de transparence et de motivation des décisions. Voir, en particulier, le §16 de l'Annexe II de la Résolution 2368 (2017) du 20 juillet 2017, Conseil de sécurité des Nations Unies, 2368 (2017) et *supra*, §210.
[1691] Deuxième Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 1989 (2011) du Conseil de sécurité, annexé à la Lettre datée du 22 juillet 2011, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 22 juillet 2011, S/2011/447, §11.

de circulations juridiques qui font que sans préjudice de leur caractère obligatoire dans l'ordre juridique dans lequel elles sont créées, les normes peuvent acquérir force obligatoire par diverses techniques dans d'autres ordres juridiques, par l'intermédiaire d'une reconnaissance[1692]. Cette particularité confirme que les normes circulent et indique en outre l'existence d'interactions entre les sources – ou certaines sources – du droit administratif global. Elle achève également de démontrer que les sources unilatérales des normes de droit administratif global n'ont pas d'incidence sur leur degré d'obligatoriété.

II. La variabilité des degrés d'obligatoriété des normes issues des sources plurilatérales du droit administratif global

490. ***Examen selon le caractère écrit ou non écrit de la source.*** Au-delà de la production unilatérale du droit, l'étude a mis en lumière l'existence de dynamiques plurilatérales de formation du droit administratif global. Il convient donc de déterminer si ces modes de formation ont, pour leur part, un impact sur le degré d'obligatoriété « final » des normes découlant de ces processus. Il convient dès lors d'envisager le rapport qu'entretient l'obligatoriété des normes avec leurs sources plurilatérales écrites (**A**) et non écrites (**B**).

A. L'obligatoriété des normes issues des sources plurilatérales écrites du droit administratif global

491. ***Incertitudes quant à l'instrument et quant à son contenu.*** Alors que la variabilité de l'obligatoriété des normes provenant de sources unilatérales du droit administratif global peut paraître d'emblée logique à l'observateur, notamment au regard de la variabilité de l'appréhension de la valeur des actes unilatéraux au sein des ordres juridiques étudiés, l'*accord* constitue *prima facie* un instrument issu d'un mode de production dont la valeur du contenu semble plus communément admise. Comme il l'a été relevé *supra*[1693], la convention, peu importet sa dénomination, est un instrument formalisant une source plurilatérale écrite existant dans tous les ordres juridiques observés à l'occasion de cette étude. Il est bien établi que les normes qu'elle génère par cette rencontre de volontés sont obligatoires, sauf mention contraire ou exceptions dûment prévues au sein desdits ordres. Il n'est donc pas indispensable de

[1692] Dans le même sens, François Brunet constate que « lorsqu'une norme n'est pas impérative quant à son usage, l'usage de cette norme dépend du *degré de reconnaissance* de la valeur considérée : cette reconnaissance peut être purement volontaire, ou être influencée par l'existence d'un dispositif d'incitation ou de dissuasion » (BRUNET François, *La normativité en droit*, *op. cit.* note 1649, p. 253. L'italique est dans l'original).
[1693] Voir *supra*, Première partie, Titre Deuxième, Chapitre 1.

développer les cas où l'obligatoriété des normes issues de ces sources n'est pas contestable. Cependant, deux séries d'éléments amènent à remettre en cause la valeur obligatoire de certaines normes contenues dans les instruments produits par les sources plurilatérales écrites du droit administratif global. Il convient ainsi de distinguer les doutes générés par la difficulté à considérer certains instruments comme susceptibles de contenir des normes obligatoires (1) de ceux résultant de la variabilité du contenu même des accords (2).

1. Les difficultés liées à l'incertitude quant à l'instrument conventionnel

492. ***Exposé des difficultés.*** La plupart des ordres juridiques de référence des entités globales prévoient l'existence d'un voire de plusieurs modes de formation plurilatéraux écrits du droit, que l'instrument qui les formalise soit qualifié de contrat, en droit interne, ou de traité, en droit international. Dans la mesure où la convention ou son contenu n'entre pas en contradiction avec une norme invalidante dans l'ordre juridique de référence – l'on pense à une éventuelle norme de *jus cogens* en droit international[1694] – il faut alors considérer qu'il existe une *présomption d'obligatoriété* du contenu normatif de l'instrument[1695]. Cependant, il est des cas d'accords – le terme étant ici entendu au sens de « produit d'un mode de production plurilatéral écrit du droit » – ne remplissant pas avec évidence les critères constitutifs d'un instrument conventionnel au sens du droit applicable dans l'ordre juridique de référence. Dans ces cas, il est difficile de présumer l'obligatoriété du contenu de ces accords, bien que leur normativité ne fasse souvent pas l'objet de doute.

493. ***Le cas des actes concertés non conventionnels.*** L'une des situations les plus courantes s'agissant du droit administratif global réside dans les actes concertés non conventionnels, dont l'absence de caractère obligatoire – mais pas de caractère normatif – a pu faire dire qu'ils « sont

[1694] Dans l'ordre international, cette règle est codifiée par l'article 53 de la Convention de Vienne : « [e]st nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, 1987, n° 18232, article 53). Si la disposition est certes seulement valide pour les États qui ont ratifié la Convention, celle-ci « a progressivement acquis le statut de règle coutumière » (SUY Éric, « Convention de Vienne de 1969. Article 53 », *in* CORTEN Olivier, KLEIN Pierre (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1908). Bien qu'il soit difficile d'imaginer une norme de droit administratif global contraire du *jus cogens*, l'hypothèse, d'école, demeure réaliste puisque la présence d'une norme contraire au *jus cogens* implique une nullité du traité *in toto*, conformément à la « solution radicale » adoptée par la Commission du droit international (*ibid*., p. 1916).

[1695] Cette réserve fait l'objet d'un développement *infra*, §§496-497.

aux traités ce que les recommandations sont aux décisions des organisations internationales »[1696]. Ainsi en est-il des actes du G20, dont le formalisme évoque souvent celui d'un traité international[1697], bien qu'ils n'en soient pas et que les décisions prises ne soient pas obligatoires. Cette ambigüité est entretenue par le G20, qui annonce des « engagements »[1698] tout en ne mobilisant pas à cet effet une source de droit international leur donnant l'onction de l'obligatoriété, et des dirigeants eux-mêmes, dont le discours juridique n'est pas clair sur ce point[1699]. Elle est également connue des commentateurs :

> « [s]i la plupart des mesures adoptées visent à renforcer des mécanismes de coopération préexistants, les membres du G20 n'hésitent pas à affirmer leur souhait de créer de nouvelles normes juridiques. Du moins s'engagent-ils à procéder de la sorte. Ils entendent instaurer des normes plus strictes en matière de capitaux d'ici 2010 et soulignent leur

[1696] DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Ngyuen Quoc Dinh †), *op. cit*. note 1651, p. 423.

[1697] Voir par exemple, pour un cas de norme de droit administratif global qui aurait tout aussi bien pu être contenue dans un accord interétatique, G20, *G20 High Level Principles on Organizing Against Corruption*, Annex to G20 Leaders Declaration, Hambourg, 8 juillet 2017, point 18 : « States should establish systems and methods to regularly monitor the implementation of their corruption prevention rules and the performance of their corruption prevention programs by collecting relevant data and other information from all relevant agencies. For monitoring purposes, States may also rely on external audit institutions such as Supreme Audit Institutions (SAIs), other autonomous national audit or ombudsman offices or private companies. States should make this information available to the public ».

[1698] La terminologie employée par le G20 évoque en effet souvent l'existence d'obligations, malgré la « mollesse » de l'instrument, ou de son fait, puisque les dirigeants ne peuvent, grâce à elle, craindre que leur responsabilité soit engagée sur le fondement de leur éventuelle inaction. Voir ainsi : « nous décidons aujourd'hui de prendre des mesures concrètes qui nous aideront à atteindre les trois objectifs suivants : une résilience renforcée, une durabilité améliorée et la prise de responsabilités » (G20, *Déclaration des dirigeants du G20*, Hambourg, 8 juillet 2017, Préambule) ; « [n]ous réaffirmons notre engagement à l'égard des réformes structurelles et nos engagements antérieurs en matière de taux de change » (*ibid*, p. 2) ; « [n]ous nous engageons à mettre en œuvre intégralement et dans les meilleurs délais le programme de réforme du secteur financier adopté jusqu'à Séoul » (G20, *Plan d'action de Cannes pour la Croissance et l'emploi*, Cannes, 4 novembre 2011, point 4) ; « [n]ous nous engageons à mettre en œuvre intégralement la Déclaration de Hambourg des dirigeants du G20 sur la lutte contre le terrorisme » (G20, *Déclaration des dirigeants du G20. Bâtir un consensus pour un développement juste et durable*, Buenos Aires, 1er décembre 2018, point 30). Voir également les dix-sept occurrences de l'expression « nous nous engageons à » dans la Déclaration de Pittsburgh (G20, *Déclaration des chefs d'États et de gouvernements*, Pittsburgh, 25 septembre 2009).

[1699] Par exemple, à la question d'un journaliste sur la timidité de certaines mesures concernant les paradis fiscaux ou les rémunérations de banquiers, le Président Sarkozy avait répondu – officiellement – en ces termes à l'issue du premier G20 aux documents finaux desquels il renvoyait : « [i]l y aura une obligation pour les banques de déclarer tout ce qu'elles investissent ou tout ce qu'elles font avec les paradis fiscaux. L'expression internationale, c'est : les centres non-coopératifs. C'est une concession énorme qui a été faite… Je n'ai pas le souvenir que dans l'histoire des Sommets, y compris des ministres des Finances, on ait parlé avec cette précision des centres non-coopératifs *pour dire qu'ils seront désormais contrôlés et qu'il y aura des obligations de transparence* sur ce que font nos banques dans ces centres » (G20, Conférence de presse conjointe de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République française et de M. José Manuel Barroso, Président de la Commission européenne, Washington, 15 novembre 2008 ; nous soulignons). De son côté, le texte du G20 prévoit que « [n]ational and regional authorities should implement national and international measures that protect the global financial system from uncooperative and non-transparent jurisdictions that pose risks of illicit financial activity » (G20, *Declaration on the Summit of Financial Markets and the World Economy, including the Action Plan to Implement Principles for Reform*, Washington, 15 November 2008). Cependant, la traduction française du document réalisée par l'Élysée a systématiquement, mais curieusement, traduit le terme conditionnel anglais « *should* » par l'indicatif « doit » ou doivent » (voir G20, *Déclaration du Sommet sur les marchés financiers et l'économie mondiale*, Washington, 15 novembre 2008). Les deux versions du document sont consultables sur le site de l'Université de Toronto à l'adresse http://www.g20.utoronto.ca/summits/2008washington.html [consultée pour la dernière fois le 5 juin 2019].

> intention d'« élaborer des règles internationalement reconnues pour améliorer à la fois la quantité et la qualité des capitaux bancaires », à promouvoir la mise en place de standards internationalement reconnus en matière de politique fiscale. Néanmoins, les chefs d'État et de gouvernement « s'arrêtent à mi-chemin dans la formalisation »[1700]. Tout en s'engageant, ils conservent un instrument de travail « *soft* », la déclaration politique, qui les protège contre un risque éventuel d'engagement de leur responsabilité internationale. Outre la souplesse de *l'instrumentum*, l'emploi de concepts tels que les « principes » et les « standard » par les États participants confirme le caractère « mou » de leur engagement »[1701].

Si la doctrine s'accorde pour constater que les déclarations communes des membres du G20 ne constituent pas des traités au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, elle peine à analyser la valeur exacte des engagements qui y sont formulés. En notant que « [c]'est précisément parce qu'ils ne contiennent que des engagements « quasi juridiques » que les déclarations et communiqués [du G20] sont des outils de plus en plus privilégiés par les États participants »[1702], la doctrine entretient le flou sur cette question. Il semble pourtant à la fois moins complexe et plus proche de la réalité objective de considérer que ces engagements sont *juridiques*, mais pas obligatoires dans l'ordre juridique international, dans la mesure où ce dernier conditionne l'obligatoriété d'une norme à sa formulation par un instrument reconnu comme une source de droit international identifiée comme telle. Cette absence d'obligatoriété n'implique pas pour autant l'absence d'effets normatifs, comme le relève d'ailleurs Lucie Delabie en notant le « degré élevé de conformité de la conduite des États avec les principes politiques communs adoptés à l'occasion des sommets et réunions »[1703]. Toutefois, le cas des actes concertés non conventionnels illustre l'absence de coïncidence entre la mobilisation d'une source plurilatérale écrite formalisée par une convention[1704] et le caractère obligatoire des normes en découlant.

494. ***Autres exemples concordants.*** Cette conclusion peut être étayée par d'autres exemples d'incertitudes doctrinales et pratiques quant à la qualification d'instruments normatifs ne correspondant pas aux catégories classiques des sources du droit telles que reconnues par les

[1700] L'auteur cite ici ASCENSIO Hervé, « L'interrégulation et les relations internationales entre États », *in* FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz, Presses de Sciences-Po, 2005, p. 98.
[1701] DELABIE Lucie, « Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels », *AFDI*, vol. 55, 2009, p. 655, citant des documents du G20.
[1702] *Ibid*., p. 657, empruntant la formule « quasi juridique » à KOLB Robert*, La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 83.
[1703] *Idem*.
[1704] Pour rappel, la « convention » ne s'entend ici pas du sens habituellement donné à ce terme dans l'ordre international, mais dans le sens dégagé §§214, 217 et 218.

ordres juridiques de référence. Il est ainsi possible de mentionner le cas des codes fournisseurs, dont le caractère obligatoire du contenu est fondé, selon les entreprises, par son intégration au sein du contrat ; mais cette qualification contractuelle n'est pas nécessairement reconnue au sein des ordres juridiques de référence[1705]. L'originalité de cette situation par rapport à celle des actes du G20 réside dans le fait que la valeur du code demeure largement indéterminée dans les ordres juridiques internes, tandis que celle des actes du G20 ne fait pas de doute. Il en découle qu'une éventuelle rupture de l'engagement contractuel fondée sur la méconnaissance d'une norme relevant du droit administratif global contenue dans un code fournisseur pourrait être considérée comme valide dans l'ordre juridique transnational de l'entité globale privée, mais abusive ou à tout le moins illégale dans un ordre juridique interne de référence faute de reconnaissance du caractère contraignant du code par le juge interne.

495. ***Conclusion intermédiaire.*** L'obligatoriété des normes issues de sources plurilatérales écrites du droit administratif global est donc variable du fait de l'indétermination ponctuelle de la valeur de l'instrument les formalisant au regard d'un, voire de plusieurs ordres juridiques de référence. Cette variabilité n'est pas limitée à l'instrument et s'étend parfois aux normes elles-mêmes.

2. Les difficultés liées à l'obligatoriété variable du contenu normatif

496. ***Doutes liés à la formulation des normes.*** Un dernier point doit être soulevé s'agissant la manière dont sont *rédigées* les normes. En effet, même dans l'hypothèse où l'instrument formalisant la source plurilatérale est dûment considéré comme une source de normes obligatoires dans l'ordre juridique de référence, il n'est pas acquis que l'intégralité de son contenu revête le caractère d'obligations. En droit international, ce phénomène consistant à énoncer des normes de *soft law* au sein d'instruments de *hard law* devient courant, comme l'illustre par exemple le contenu de l'Accord de Paris en 2015[1706], et ne va pas sans soulever de nombreuses interrogations. Parmi celles-ci figure la question de savoir s'il est encore possible de parler de « droit dur » à propos de ces formulations non engageantes :

> « certes, il s'agit bien de normes : le traité expose des attentes, des expectatives, de la part des autres parties mais il est à peu près impossible d'apprécier l'existence ou l'importance d'une violation de telles normes et, dès lors, d'en tirer les conséquences qui s'attachent

[1705] Voir *supra*, §§262-263.
[1706] Accord de Paris, adopté lors de la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques Paris, 12 décembre 2015, Nations Unies, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Voir en particulier les articles 5.1, 7.7, 7.10, 8.3, 9.2, 11.3, 13.8, *etc*.

> en principe à la violation d'une règle obligatoire […]. Formellement dures, car incluses dans un traité, ces normes sont matériellement molles : elles relèvent de la normativité puisqu'elles énoncent un comportement attendu de leurs destinataires mais elles échappent au corollaire tenu pour habituel en cas de non-respect du droit »[1707].

En d'autres termes, si la normativité de ces énoncés est d'emblée acquise *ratione instrumenti*, leur obligatoriété demeure douteuse par le simple fait que l'énoncé n'exprime pas des prescriptions ou des interdictions, mais plutôt des permissions et des recommandations. Le recours à cette forme de « *soft law* intralégislatif »[1708], de « *soft negocium* »[1709] ou encore de « *soft law* matériel »[1710], qu'il soit choisi ou subi[1711], concerne également certaines normes de droit administratif global. L'on pense par exemple à certaines dispositions de l'Accord de Paris susmentionné, notamment lorsque ce dernier prévoit que « [c]haque Partie devrait communiquer des informations sur les effets des changements climatiques et sur l'adaptation à ces changements au titre de l'article 7, selon qu'il convient »[1712], ou aux accords de développement par lesquels il est décidé que les parties « reconnaissent l'importance d'obtenir la participation de divers acteurs, incluant le secteur privé et la société civile, à la coopération au développement »[1713].

497. ***Double variabilité de l'obligatoriété – cas des sources plurilatérales écrites.*** Il ressort de ces éléments qu'il est difficile d'établir toute corrélation entre une source plurilatérale écrite de droit administratif global et l'obligatoriété des normes produites, deux facteurs de variabilité au moins – concernant l'instrument et concernant la norme – intervenant au sein du processus de qualification d'« obligation ». Par ailleurs, l'obligatoriété s'entend au surplus de manière binaire, variant en fonction de l'ordre juridique d'observation : dans l'ordre juridique de référence où elle est générée, soit la norme et obligatoire, soit elle ne l'est pas. Il demeure à vérifier que cette conclusion est valide s'agissant des sources plurilatérales non écrites.

[1707] PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *op. cit.* note 1647, p. 179.
[1708] HACHEZ Isabelle, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées*. *Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 560-586.
[1709] D'ASPREMONT Jean, « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », *ibid.*, p. 281.
[1710] C'est ainsi que Prosper Weil nommait « le recours à des règles dotées d'une faible substance contraignante, alors même qu'elles seraient insérées dans des instruments de valeur incontestablement normative tels des traités internationaux en vigueur » (WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 216).
[1711] Voir sur ce point PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *op. cit.* note 1647, pp. 181 et 187-189.
[1712] Accord de Paris, précité note 1706, article 13.8.
[1713] Accord de partenariat stratégique entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, *JOUE*, 3 décembre 2016, L 329/45, article 12.5.

B. L'obligatoriété des normes issues des sources non écrites du droit administratif global

498. ***Sources des principes généraux de droit et sources coutumières.*** L'analyse menée en première partie de recherche permis d'identifier plusieurs normes non écrites générées par différents modes de formation. Il est donc possible d'interroger les liens entre ces processus et l'obligatoriété des normes produites en distinguant les sources des principes généraux de droit (1) des sources coutumières (2) des normes relevant du droit administratif global.

1. La variabilité des degrés d'obligatoriétés des principes généraux de droit

499. ***Variabilité simple des degrés d'obligatoriété.*** L'obligatoriété des principes généraux de droit relevant *ratione materiae* du droit administratif global est acquise, quel que soit l'ordre juridique observé[1714]. Les juridictions internationales comme internes reconnaissent en effet que ces principes généraux, parfois dégagés dans une branche de droit en particulier, ont un effet obligatoire, même si, « [e]n pratique, le rang hiérarchique d'un principe général du droit est à déterminer au cas par cas »[1715]. En d'autres termes, une fois la question de savoir si la norme constitue ou non un principe général de droit, celle de son obligatoriété ne se pose pas : elle découle donc du processus de formation du principe. En revanche, le *degré d'obligatoriété* de ces principes est variable selon les ordres juridiques, sans considération pour leur mode de formation. Ainsi les principes généraux de droit international jouissent-ils indubitablement d'un haut degré d'obligatoriété dans l'ordre international du fait de la hiérarchie binaire des normes en droit international – puisque seules les normes de *jus cogens* présentent une valeur hiérarchique supérieure. La valeur de ces principes se trouve néanmoins considérablement

[1714] Isabelle Hachez indique ainsi que « la qualité de source du droit des principes généraux est à présent presque unanimement reconnue », cette expression désignant dans ce contexte le caractère obligatoire des normes produites (HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées*. *Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit*. note 1708, p. 70. Voir également SEYS Sophie, DE JONGHE Delphine, TULKENS François, « Les principes généraux de droit », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 2. Normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 493, pour lesquels l'existence des principes « en tant que source du droit est largement acquise aujourd'hui, même s'il existe encore une fraction de la doctrine pour s'interroger sur la positivité de cette catégorie juridique ».

[1715] SEYS Sophie, DE JONGHE Delphine, TULKENS François, « Les principes généraux de droit », *ibid*., p. 507. Il est à noter que les auteurs ne distinguent pas vraiment les principes généraux *du* et *de* droit : « [à] notre sens, cette subtilité terminologique n'est cependant pas déterminante dans l'accession d'un principe au rang de règle de droit, vu le manque de rigueur et de cohérence globale quant à l'utilisation de cette distinction » (*ibid.*, p. 504, note 53).

réduite dans l'ordre interne français, où il est admis qu'exceptée l'hypothèse où un juge confèrerait valeur constitutionnelle à l'un d'entre eux, ceux-ci ont une valeur infra-législative et supra-réglementaire[1716]. La grande volatilité de la catégorie des « principes généraux de droit » fait qu'il est difficile d'apprécier leur contenu précis, et par voie de conséquence leur obligatoriété. Toutefois et contrairement aux cas des sources unilatérales et plurilatérales écrites, l'obligatoriété des principes généraux de droit en tant que telle ne semble pas faire l'objet de contestations ; seul leur degré d'obligatoriété varie, au gré des hiérarchies des normes adoptées au sein des ordres juridiques pertinents, lorsque de telles hiérarchies existent. Par conséquent, il est possible de constater que le mode de formation des principes généraux de droit – relevant du droit administratif global ou non – établit leur obligatoriété, tout en ne déterminant pas leur *degré* précis d'obligatoriété. L'originalité de cette source de droit administratif global par rapport aux autres modes de formation identifiés ne s'étend toutefois que partiellement aux sources coutumières.

2. La variabilité de l'obligatoriété des normes issues de sources coutumières

500. ***Obligatoriété acquise dans l'ordre international.*** À l'instar des principes généraux de droit, il ne fait aucun doute que les normes issues de source coutumière sont obligatoires dans l'ordre international. Si ces normes coutumières « ne produisent pas, vis-à-vis des organisations internationales, des effets substantiels fondamentalement différents de ceux qu'elles déploient à l'égard des États »[1717], la doctrine relève cependant d'emblée qu'elles jouissent dans ce cas d'une obligatoriété relative car ajustée à la réalité de ces organisations[1718]. Contrairement aux principes généraux de droit en revanche, le statut de la coutume n'est pas toujours clair dans les ordres juridiques internes – qui constituent les ordres de référence de nombreuses entités globales.

501. ***Incertitudes en droit interne français.*** La doctrine interniste – française – va parfois jusqu'à affirmer qu'il « paraît peu contestable que la coutume a quasiment disparu dans les systèmes juridiques occidentaux contemporains »[1719]. Cette position négatrice de l'existence de

[1716] *Ibid*., p. 506. Voir également, sur ce débat et partiellement *contra*, MARTENS Paul, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ? », *in Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 398-401.
[1717] CAHIN Gérard, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, p. 512.
[1718] *Ibid.*, pp. 520-527.
[1719] BARRAUD Boris, *Mesurer le pluralisme juridique. Une expérience*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 148.

la coutume internationale comme des coutumes internes n'est pas partagée par la majorité des auteurs ; Benoît Plessix admet ainsi volontiers l'existence de la coutume parmi les sources du droit administratif, tout en précisant que « la règle écrite reste le centre de gravité du système administratif français »[1720]. Au-delà de ces interrogations sur l'existence-même de sources coutumières du droit, la question de leur force obligatoire anime de longue date la doctrine administrativiste française – par exemple. Charles Eisenmann distingue ainsi la « simple coutume » de la « coutume ayant force obligatoire » ou règle coutumière[1721]. Dans ce cas, l'obligatoriété du contenu normatif coutumier est donc liée à l'intervention du juge : la coutume « obligatoire » se définit par conséquent par son opposabilité contentieuse, à la différence des coutumes naissantes en droit de l'Union européenne, par exemple, où « l'autorité du « tiers » qui affirme la force obligatoire […] est celle des fonctionnaires des États membres au sein des organes préparatoires du Conseil, de ceux du secrétariat général de chacune des institutions concernées et des conseillers juridiques »[1722].

502. ***Conséquences en termes de sources du droit administratif global.*** Ces incertitudes dans l'ordre interne français peuvent paraître *a priori* n'avoir que peu d'impact sur l'obligatoriété des normes coutumières de droit administratif global, dont il a été constaté qu'elles ne correspondaient pas aux normes coutumières propres aux droits internes mais plutôt à celles de l'ordre international[1723]. Pourtant, ces flottements quant au statut de source coutumière et quant à l'obligatoriété du contenu normatif du produit de cette dernière entraînent deux séries de conséquences concernant directement le caractère obligatoire de certaines normes de droit administratif global. D'une part, et de manière connue, il en ressort un certain malaise, en droit interne, pour conférer pleine valeur à la coutume internationale. L'obligatoriété des normes coutumières est conséquemment variable selon que l'observateur – ou requérant – se place dans l'ordre juridique international ou dans l'ordre juridique interne : ainsi, la coutume internationale

[1720] PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 18.
[1721] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome 1, réédition, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 456 : selon lui, ce n'est que lorsque le juge a constaté que « les conditions requises sont réunies […] que l'on pourra dire que le contenu de la coutume est devenu une règle coutumière ». Le célèbre disciple de Kelsen invite à retenir « essentiellement que l'intervention du juge est nécessaire, indispensable, pour rendre une coutume obligatoire, c'est-à-dire pour faire apparaître une règle coutumière. Simplement il est prescrit au juge, dans cette hypothèse, d'emprunter la règle qu'il va appliquer et sanctionner à l'usage majoritaire, à la conduite la plus généralement pratiquée, dans tel ou tel groupe » (*ibid.*, pp. 456-457).
[1722] BLANCHET Thérèse, KELLER-NOËLLET Jacques, « Peut-on parler de « coutume » en droit de l'Union européenne ? », *in* HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Limal, Anthemis, 2012, p. 249.
[1723] Voir *supra*, Première partie, Titre Deuxième, Chapitre 2, §§283 et ss.

est-elle considérée, en France, comme infralégislative[1724]. Cette différence de degré d'obligatoriété n'est pas sans incidence sur le plan pratique. Ainsi, un requérant invoquant la violation par l'État français d'une norme de droit administratif global de source coutumière internationale – par exemple, le principe de précaution ou diverses obligations coutumières en matière environnementale – pourra, sans préjudice des éventuelles conséquences sur le plan de la responsabilité internationale de l'État, voir ce moyen écarté sur le fondement de l'existence d'une législation moins exigeante. D'autre part, cette indétermination peut entraîner des conséquences s'agissant des normes coutumières propres au droit étudié – les principes généraux du droit administratif global – dont l'hypothèse de l'existence a été étayée à l'occasion de l'étude des obligations d'audit ou de transparence. Si l'on admet la possibilité de leur existence, la question de l'obligatoriété, et surtout du *degré* d'obligatoriété, de ces normes demeure en effet pleinement ouverte. L'on peut cependant légitimement supposer que leur obligatoriété varierait selon le degré de considération que les ordres juridiques de référence accordent par ailleurs au produit des sources coutumières internationales comme internes. Ces éléments démontrent en tout état de cause que ce n'est pas la *source* plurilatérale non écrite qui détermine l'obligatoriété des normes en découlant, mais plutôt des règles secondaires propres à chaque ordre juridique.

503. ***Conclusion de la section.*** Cette section poursuivait l'objectif d'évaluer la mesure dans laquelle la mobilisation d'une source revêt un impact sur l'obligatoriété de la norme produite. Il ressort de l'analyse que cet impact est minime, lorsqu'il n'est pas inexistant. Si le cas des principes généraux de droit – en tant que sources – fait office d'exception, il demeure marginal, à l'image de la rareté des principes généraux de droit administratif global – en tant que normes. En d'autres termes et comme cela est constaté par la doctrine en droit international, « la forme de l'instrument ne suffit pas à déterminer l'intensité normative qui lui est reconnue au plan

[1724] CE, Ass, 6 juin 1997, *Aquarone*, n°148683. Le Conseil d'État consacre par cette décision une lecture littérale de la Constitution de 1958, dont aucune disposition d'invite en effet à faire prévaloir la coutume sur la loi. Cette position aurait pu être inverse si le juge administratif avait interprété de manière différente l'alinéa 14 du Préambule de 1946 (« [l]a République française, fidèle à ses traditions se conforme aux règles du droit public international »). Cependant, suivant les conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER, le juge estime que l'alinéa 14, « lu à la lumière de son contexte historique » (p. 11), est limité à « la renonciation à la guerre de conquête et à l'emploi de la force » (p. 10). Le maintien de cette position historique repose aussi, à la lecture de ces conclusions, sur plusieurs motifs parmi lesquels « la réserve du juge devant cette norme non écrite. Nous partageons les raisons de cette réserve qui tiennent pour l'essentiel à l'incertitude de cette règle internationale quant au processus même de sa formation, quant à la date à laquelle elle doit être regardée comme constituée, – question fondamentale s'il y a lieu de la confronter à la loi selon que celle-ci est antérieure ou postérieure à la coutume –, voire même quant à son contenu » (p. 14).

juridique »[1725]. L'analyse a néanmoins permis d'identifier un schéma récurrent qui, associé aux sources du droit administratif global, permet dans la plupart des cas d'apporter une réponse à la question de l'obligatoriété des normes produites. L'omniprésence de la question de l'ordre juridique, qu'il s'agisse de celui d'émission ou de celui de réception de la norme de droit administratif global, invite ainsi à s'interroger sur la possibilité théorique que les sources du droit administratif global fassent l'objet d'interactions au sein d'un cadre structurel qui aurait une incidence systémique sur les degrés d'obligatoriété des normes produites.

SECTION 2. DES DEGRES D'OBLIGATORIETE SENSIBLES AUX INTERACTIONS DES SOURCES AU SEIN DE L'ESPACE ADMINISTRATIF GLOBAL

504. ***Plan de la section.*** La section précédente a montré que deux facteurs intervenaient dans le processus de renforcement – ou de création – du caractère contraignant des normes de droit administratif global. Si l'obligatoriété des normes n'est pas conditionnée par leurs sources, elle n'est pas indifférente aux *interactions* entre ces sources. La compréhension du droit administratif global implique dès lors de rechercher s'il existe une structure juridique de ces interactions. Cette entreprise doit être menée sans préjugés, c'est-à-dire en confrontant les différentes pistes doctrinales tendant à expliquer ce phénomène au droit positif. De nombreuses propositions ont en effet été formulées par la doctrine, spécialement du *GAL*, suivant l'idée selon laquelle la globalisation juridique conduit à « un monde juridique dont la structure devient de plus en plus difficile à lire avec les concepts juridiques classiques, fondés sur la perception d'une structuration différente »[1726]. En ce sens, l'existence d'un « espace administratif global » promoteur d'obligatoriété et au sein duquel les sources interagissent peut-être dégagée (**I**). La prééminence de la problématique des ordres juridiques et des interactions entre eux amène ensuite et logiquement à pousser la réflexion plus loin et à s'intéresser à la plus classique des structures juridiques permettant l'interaction des sources du droit – laquelle constitue par ailleurs le prisme traditionnel d'étude du droit. Sans s'éloigner pour autant de l'objectif de l'étude puisqu'il s'agit de rechercher la manière dont l'organisation des sources peut influer sur le caractère contraignant des normes de droit administratif global, il convient donc d'envisager l'hypothèse, qui s'avère infructueuse, d'un « ordre juridique global » au sein duquel les sources circuleraient et qui confèrerait, par divers moyens, obligatoriété aux normes produites (**II**).

[1725] UBÉDA-SAILLARD Muriel, « Sous-Section 1 – L'Organisation des Nations Unies », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels. Tome 1, Particularités du droit international social*, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, 2013, p. 236.
[1726] AUBY Jean-Bernard, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », *in* BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 261.

I. L'inscription des sources au sein d'un espace administratif global promoteur d'obligatoriété

505. ***Interactions entre les sources et espace administratif global.*** Il est difficile de voir dans les sources du droit administratif global des éléments statiques, ne serait-ce que parce que les besoins sociaux de légitimité sont eux-mêmes évolutifs. La portée que le processus normatif confère à ses produits – les normes – dépend certes de l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit, mais également du contexte général du droit administratif global. Il s'avère qu'il existe des interactions entre les sources du droit administratif global, lesquelles produisent des effets sur l'obligatoriété des normes produites (**A**). En s'interrogeant sur la structuration de ces échanges, un « espace administratif global » peut être identifié ; en son sein circulent les sources et les normes du droit administratif global. Celui-ci constitue le contexte systémique du droit administratif global recherché (**B**).

A. Les effets des interactions entre les sources du droit administratif global

506. ***Existence et apports des interactions entre sources.*** L'analyse formelle des sources, dans un but de catégorisation, a déjà fait apparaître incidemment l'existence d'interactions entre elles, au-delà d'interactions normatives – c'est-à-dire limitées aux points de rencontre entre des normes sous l'angle du conflit. Il apparaît que ces nouvelles interactions, qui peuvent être identifiées principalement à travers le prisme de la multiplication des sources (1), ont pour effet de renforcer l'obligatoriété des normes de droit administratif global produites (2).

1. La mise en évidence des interactions entre les sources du droit administratif global

507. ***Nature des interactions entre les sources.*** La première partie de cette recherche a fait apparaître, en filigrane, l'existence des interactions, comprises comme « l'idée d'une action mutuelle entre plusieurs éléments »[1727], que ce développement cherche à identifier et à qualifier. Ainsi, l'on a pu relever un phénomène de codification, par des instruments relevant de sources unilatérales ou plurilatérales, de normes produites de manière non écrite : le cas de l'audit[1728]

[1727] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 2.
[1728] Voir *supra*, Première partie, Titre Deuxième, Chapitre 2, §311.

ou l'exemple du principe de *due diligence* en matière environnementale[1729] en sont des exemples topiques. D'un autre côté, la réception matérielle de normes produites par des sources formelles externes conduit souvent les entités globales à déclencher un processus unilatéral interne de création de normes substantiellement identiques ou conformes à la prétention extérieure. Tel est le cas, pour n'en prendre qu'un exemple, des conséquences de l'action normative de l'Assemblée du Conseil de l'Europe sur la modification de la gouvernance de l'OMS à la suite de sa gestion de la pandémie H1N1[1730]. Ces codifications et réceptions résultent de choix délibérés de mobiliser de nouveaux modes de formation du droit afin, principalement, de renforcer le « poids » des normes initiales en les clarifiant et/ou d'étendre leur application à de nouvelles situations ou à de nouveaux acteurs. Autrement dit, dès lors qu'une norme relevant du droit administratif global se trouve soit répétée par la mobilisation d'une source différente, soit adoptée hors de l'ordre juridique dont elle a émergé, il est possible d'identifier une interaction, au sens d'une action mutuelle, entre plusieurs sources de ce droit[1731]. Ces interactions génèrent principalement une *multiplication* des sources du droit administratif global. Deux constats peuvent alors être prosaïquement formulés. D'une part, il découle des interactions entre les sources du droit administratif global un phénomène de multiplication *interne* des modes de formation de ce droit ; d'autre part, il existe un phénomène de multiplication *externe* des sources du droit administratif global. Ceux-ci constituent d'ailleurs à la fois les conséquences et les indicateurs d'une mise en réseau et de la circulation des modes de formation étudiés – autant d'éléments constitutifs d'interactions des sources du droit administratif global.

[1729] Le principe, de nature coutumière en ce qui concerne l'obligation de mener une étude d'impact (CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil* 2010, §204 ; voir également *supra*, Première Partie, Titre Deuxième, Chapitre 2, §285), a par exemple été codifié au sein des Principes d'Équateur (EPA, *Les Principes de l'Équateur*, juin 2013 ; voir *supra*, Première Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1, §252), ces deux normes ne s'adressant d'ailleurs pas aux mêmes destinataires.

[1730] Voir CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1749 (2010) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 24 juin 2010 et comparer avec OMS, « Application du Règlement sanitaire internationale (2005) », Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, 5 mai 2011, A64/10, §279. Voir également *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 2, §193.

[1731] Le second cas, c'est-à-dire celui dans lequel une norme X produite par une source au sein d'un ordre juridique A, est transposée ou à tout le moins *reçue* dans l'ordre juridique B de l'entité globale, est d'ailleurs régulièrement analysé par la doctrine comme une situation d'interactions entre les sources propres à ces deux ordres juridiques, peu important à cet égard que l'émetteur de la norme X, placé dans l'ordre A, mène ou non toute action ni entretienne aucune communication avec l'entité située dans l'ordre B à propos de ladite réception. Voir, par exemple, PERRIN Laurent, « Interactions des sources internationales et nationales en matière de préavis de licenciement », *Recueil Dalloz*, n° 32, 2006, pp. 2228-2233, ou encore SERRURIER Enguerrand, *La résurgence du droit au développement. Recherche sur l'humanisation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 5 octobre 2018, Université Clermont Auvergne, pp. 266-268.

508. ***Multiplication interne des sources du fait des interactions.*** La *multiplication interne* des sources se manifeste lorsque plusieurs sources relevant d'une même catégorie formelle – l'instrument utilisé constituant à cet égard l'indicateur le plus clair – génèrent les mêmes normes de droit administratif global, et que cette production connaît un accroissement significatif. La production normative n'est pas figée : il ne s'agit pas nécessairement de produire *exactement* la même norme, ni de créer systématiquement des normes-miroir : celles-ci peuvent être renforcées, précisées, interprétées, ou à l'inverse affaiblies par un manque de précision à l'occasion de leur reprise au sein d'autres processus normatifs. L'un des exemples identifiés *supra*[1732] réside dans la création des normes de transparence dans les accords interétatiques, notamment de libre-échange. Si ceux-ci n'en faisaient pas un principe important jusque dans les années 1990[1733], ils prévoient dorénavant et depuis le début des années 2000 de nombreuses dispositions sur ou impliquant un certain degré transparence, souvent sous la forme d'une obligation de publicité ou de mise à disposition du public de documents explicatifs ou de données relatives à la législation. La pratique a fait émerger l'existence dorénavant répandue d'un chapitre sur la transparence, lequel est parfois particulièrement exigeant ; ainsi l'obligation pour les Parties de publier à l'avance toute mesure en lien avec l'Accord qu'elles envisagent d'adopter[1734], ou, sous quelques réserves, de garantir des recours ou procédures efficaces à fins de révision des mesures faisant l'objet de l'accord[1735]. Tous les accords ne confèrent pas à la transparence la même force normative ni le même champ matériel, comme cela a pu être relevé[1736], et sa mention n'est pas systématique. Cependant, la reprise d'une même formulation conventionnelle dans une dizaine d'accords – dont certains sont majeurs car concernent de nombreux États[1737] – depuis une quinzaine d'années et la célérité avec laquelle la transparence a investi le champ conventionnel depuis la fin des années 1990 sont deux éléments

[1732] Voir *supra*, §233.
[1733] Voir par exemple l'accord Chili / Colombie qui ne mentionne la transparence qu'au moment de préciser que le futur droit commun des marchés publics devra être conçu de telle sorte « que les pays signataires bénéficient d'un accès libre, transparent, équitable et compétitif aux marchés publics », conformément aux règles du GATT ; Accord d'intégration économique visant à la création d'un espace économique élargi, Santiago (Chili), 6 décembre 1993, *RTNU*, vol. 1866, 1995, n° 31873, p. 438, article 18.
[1734] Voir, par exemple parmi de nombreux, Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, Kuala Lumpur, 26 octobre 2009, *RTNU*, vol. 2724, 2011, n° 48207, p. 130, article 14.2.2, ou encore Protocole au Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, Belize, 22 février 2007, *RTNU*, vol. 2689, 2010, n° 42666, p. 316, article 10.03.2.
[1735] Voir Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, *ibid.*, article 14.4 ; Protocole au Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, *ibid.*, articles 10.06 et 10.07.
[1736] Voir *supra*, §233.
[1737] L'on pense en particulier à l'article 11 de l'Accord portant création de la zone de libre-échange ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande, Cha-am, Phetchaburi, 27 février 2009, *RTNU*, vol. 2672, 2010, n° 47529, p. 253, Chapitre 8. Commerce des services.

remarquables qui invitent à identifier l'existence d'un phénomène de multiplication interne des sources du droit administratif global. Celui-ci est favorisé par l'existence de modèles d'accords étatiques qui servent de base de négociation pour les nouveaux traités : l'inscription d'un chapitre sur la transparence dans un modèle – comme semblent l'avoir fait plusieurs États, notamment océaniens[1738] – renforce l'établissement d'une pratique conventionnelle aboutissant, quand bien même les négociations aboutiraient parfois à sa disparition ou à l'abaissement de sa portée, à une évidente diffusion de la norme. L'analyse comparée du contenu des codes de conduite et de leurs similitudes actuelles, envisagée également plus haut, constitue un autre exemple probant de ce mouvement.

509. ***Multiplication externe des sources du fait des interactions.*** Parallèlement, un phénomène de multiplication *externe* des sources du droit administratif global est également manifeste. L'accélération de la reprise, par des sources différentes, des mêmes normes dans des ordres juridiques différents constitue une singularité du droit administratif global. Les exemples en sont très nombreux ; la preuve la plus saillante réside dans certaines normes qui apparaissent communes à tous les ordres juridiques étudiés peu important leur source – à l'instar de l'audit. Si l'on admet que la multiplication *interne* envisagée ci-dessus est un fait connu de nombreux ordres juridiques, qui voient parfois l'irruption, en leur sein, de nouvelles normes – ou d'un nouveau champ de normes – envahissant progressivement l'intégralité du champ juridique, la multiplication *externe* est topique des effets de la globalisation juridique. Celle-ci se manifeste essentiellement par le procédé de l'analogie substantielle, c'est-à-dire le cas dans lequel la matière concernée par la norme de droit administratif global est identique dans plusieurs ordres juridiques. Les mêmes solutions sont donc adoptées par analogie et se diffusent par l'intermédiaire de diverses sources, de sorte qu'il est possible d'y voir un renforcement d'un « tissu productif » de droit administratif global, qui s'élargit à mesure que les normes sont reprises. Il est intéressant de noter, à cet égard, que la multiplication ne revêt pas nécessairement un intérêt juridique évident, conformément à l'orientation communicationnelle des sources du droit administratif global[1739] conjuguée, le cas échéant, à d'autres motivations extra-juridiques. Tel est en particulier le cas de certains codes de conduite qui présentent l'adoption volontaire, par l'entreprise, de normes de droit administratif global qui s'appliquent de toutes manières du fait de leur ordre juridique de référence. Comme le relève Marion Larouer à propos du

[1738] C'est, à tout le moins, l'impression qui ressort de la consultation des accords signés par l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, pour ne prendre que ces deux exemples ; voir *supra*, §233.
[1739] Voir *supra*, Deuxième Partie, Titre Premier, Chapitre 1.

référentiel SA 8000[1740], repris nommément dans certains codes[1741] et reprenant lui-même, en partie, le contenu de conventions internationales universellement ratifiées, « [d]e ce point de vue, ces normes sont susceptibles de faire doublon avec les codes de conduite dans la mesure où leur contenu est relativement similaire. C'est essentiellement dans leur fonction de gestion que ces normes présentent un intérêt pour les codes de conduite »[1742].

510. ***Multiplication des foyers d'émergence du droit administratif global.*** Au-delà de l'intérêt fonctionnel de ces reprises depuis d'autres ordres juridiques et par des sources fort diverses, la multiplication des sources du droit – financier en l'espèce – a pu être analysée par Cécile Granier comme le produit de la « multiplication des pôles de création du droit »[1743]. Dans le cadre de la production des normes financières, la collaboration des « entités-conceptrices » et des « entités-consolidantes » du droit se traduirait ainsi, sur le plan de la théorie des sources, par une co-régulation faisant émerger de nouvelles formes de normativité, mais pas par une « démultiplication des foyers d'émergence de la norme juridique »[1744]. Ce que l'auteur envisage comme « la singularité des circuits de production de la norme financière »[1745] apparaît à la fois proche et éloigné de la formation du droit administratif global. Si le phénomène est semblable, il apparaît à l'inverse que le droit administratif global voit se multiplier ses foyers d'émergence, et que celui-ci ne soit pas lié à une co-régulation mais à la fois à une diffusion et à une identité des besoins sociaux exprimés et aux interactions entre les *acteurs* du droit administratif

[1740] Le référentiel de normalisation SA 8000 a été élaboré en 1997 par le Social Accountability International (SAI), une ONG de droit américain. Il concerne la RSE des entreprises s'agissant des droits des travailleurs et est certifiable – par exemple, en France et depuis 2005, par l'IFME (Institut de Formation pour le Management Éthique). Les normes SA 8000 prévoient en particulier l'organisation d'audits sociaux.

[1741] Par exemple, voir ANETT, *Charte RSE*, 2016, p. 23.

[1742] LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.* note 1692, p. 358. Partiellement *contra*, voir cependant HOEFFNER Werner, *L'ouvrage public et le droit international*, Thèse de droit public soutenue le 8 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, p. 494 : « [l]e standard SA 8000 entend promouvoir une responsabilité sociale des entreprises « au-delà » des obligations légales locales en vigueur dans les pays où elles opèrent en s'appuyant notamment sur les principes généraux de l'OIT ».

[1743] GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 1645, pp. 405 et suivantes.

[1744] *Ibid.*, p. 411 : « [l]a norme élaborée par les « entités-conceptrices » n'entrera en vigueur qu'à la suite de l'intervention d'une « entité-consolidante ». De la même façon, l'action d'une « entité-consolidante » ne peut intervenir qu'après qu'une norme ait été élaborée par une « entité-conceptrice ». La multiplication des pôles de création du droit n'aboutit dès lors pas à une démultiplication des foyers d'émergence de la norme juridique, mais à une complexification du circuit de conception de la règle financière. La création de cette dernière impliquera l'action cumulative de deux types d'entités, exerçant des fonctions distinctes. Dans les cas de figure analysés, l'avènement de la norme financière est le fruit de leur action conjointe. Une telle conclusion n'est pas anodine quant à la théorie des sources. À son terme, le statut de source du droit ne semble pouvoir être attribué individuellement à aucune de ces deux entités. Ni « l'entité-conceptrice », ni « l'entité-consolidante » ne sont en elles-mêmes la source de la norme puisque cette source se trouve précisément dans la conjonction de leurs actions ».

[1745] *Ibid*., p. 414.

global[1746]. En tout état de cause, ces multiplications – internes comme externes – des sources du droit administratif global ont un impact sur la normativité de son contenu, et en particulier sur la variation de son obligatoriété.

2. La contribution des interactions des sources au renforcement de l'obligatoriété des normes de droit administratif global

511. ***Renforcement par la reconnaissance et par l'imprégnation.*** L'analyse de la manière dont les interactions entre les sources sont susceptibles de modifier la portée obligatoire des normes de droit administratif global révèle deux modalités principales de renforcement de leur caractère contraignant. Ces interactions, et notamment leur produit immédiat qu'est la multiplication des sources, conduit ainsi au renforcement de l'obligatoriété des normes de droit administratif global par la reconnaissance et par imprégnation.

512. ***Renforcement de l'obligatoriété par le procédé de la reconnaissance.*** En premier lieu, la multiplication des sources, produit de leurs interactions, aboutit au renforcement de l'obligatoriété des normes de droit administratif global du fait de leur reconnaissance par une ou plusieurs autorités habilitées, au sein de leurs ordres juridiques, soit à conférer valeur contraignante aux normes qu'elles « reçoivent », soit à renforcer leur degré d'obligatoriété sans les rendre immédiatement obligatoires pour autant. Cécile Granier dégage ainsi quatre procédés appliqués en France et au sein de l'Union européenne s'agissant des normes financières : l'habilitation préalable de l'entité créatrice, sa contractualisation préalable, l'homologation par le pouvoir réglementaire et l'approbation par le régulateur financier[1747]. Elle relève généralement un cumul de ces formalités qui traduit le fait que « l'établissement d'un lien entre ces règles et l'ordre juridique étatique semble être le fruit d'un processus progressif »[1748]. L'auteur note que chaque processus mène à des degrés d'obligatoriété variables – ainsi et de manière logique, l'habilitation, qui est préalable à la conception de la norme, « fonde une « obligatoriété » en germe qui ne pourra acquérir sa pleine portée qu'à l'issue de

[1746] Sur cette question, voir ARCARI Maurizio, « Remarques sur les dynamiques entre acteurs et normativité en droit international », *in* ARCARI Maurizio, BALMOND Louis (dir.), *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international*, *op. cit.* note 1675, pp. 3-24 et spéc. p. 14. L'auteur ne s'interroge cependant pas sur les effets des interactions entre les *sources* des normes observées – quoi qu'il ébauche le thème p. 17 –, mais sur les interactions entre les *acteurs*, ce qui semble insuffisant pour en tirer des conclusions quant à leur obligatoriété.
[1747] Pour la synthèse du raisonnement, voir GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 1645, pp. 395-396.
[1748] *Ibid*., p. 394.

l'approbation »[1749]. *Mutatis mutandis*, ces conclusions sont également valables s'agissant des normes de droit administratif global de sources privées. Le renforcement de l'obligatoriété par la reconnaissance concerne également les instruments de droit souple qui sont intégrés dans les ordres juridiques étatiques ou privés par les mêmes moyens – par exemple la codification dans le code de conduite de l'entreprise – et acquièrent ainsi une valeur obligatoire en leur sein. Cette forme de renforcement de l'obligatoriété paraît purement verticale : l'entité réceptrice confère l'onction de l'obligatoriété à une norme qui ne l'est initialement pas – ou tout du moins pas dans l'ordre juridique de l'entité.

513. ***Précisions sur l'obligatoriété induite par la reconnaissance.*** Il faut également mentionner le fait que conformément au caractère non binaire de la distinction entre les normes contraignantes et celles qui ne le sont pas, la reconnaissance n'aboutit pas nécessairement à une obligatoriété incontestable et *erga omnes*. Ainsi le cas du Processus de Kimberley (ci-après « PK » ou « Processus »), initiative internationale visant à éradiquer les trafics de diamants de la guerre finançant les conflits armés et la diffusion des armes et prévoyant un système de certification pour chaque chargement de diamants bruts destinés à l'exportation[1750]. L'adhésion au Processus est facultative, mais entraîne l'obligatoriété de son contenu[1751]. Alors que seulement 82 États du monde participent, en 2019, au Processus – ce chiffre rassemblant la quasi-totalité des États concernés[1752] –, les Nations Unies ont reconnu à plusieurs reprises son utilité et son importance. Après avoir recommandé la création d'un système international efficace de certification[1753], l'Assemblée générale a eu l'occasion de débattre de son contenu et de son application en des termes positifs. Les débats tenus en marge de l'adoption de certaines

[1749] *Idem*.
[1750] Voir KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 223-228. La certification présente plusieurs normes de droit administratif global, à l'instar de l'obligation pour les participants de créer un système de contrôle interne, de règles de transparence, de surveillance et d'information. Un rapport annuel est ainsi fourni par les participants – y compris la société civile (voir par exemple PK, 2018 KP Civil Society Coalition Annual Report to the Kimberley Process, 7 p., rapport dans lequel deux organisations civiles indiquent p. 4 avoir « separately visited communities affected by diamond mining operations in Marange. The purpose of the visits was to monitor the impact of mining on communities and it was observed that human rights violations were continuing in Marange including beatings and in some cases deaths of artisanal miners. Illegal mining and trading of diamond was still happening »).
[1751] PK, Kimberley Processus Core Document, Déclaration d'Interlaken du 5 novembre 2002, section VI.8 : « [p]ourront participer au système de certification l'ensemble des candidats qui s'engagent à respecter les exigences du système et qui sont en mesure de le faire, sur une base mondiale et non discriminatoire ».
[1752] Selon le site du Processus de Kimberley, les « participants au processus de Kimberley représentent environ 99,8 % de la production mondiale de diamants bruts » (Site internet du Processus de Kimberley, page accessible à l'adresse : https://www.kimberleyprocess.com/fr/historique-et-fondements [consultée pour la dernière fois le 19 mai 2019]).
[1753] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Cinquante-cinquième session, Résolution 55/56 adoptée le 1er décembre 2000, A/RES/55/56.

résolutions montrent une volonté très claire en faveur de ce Processus dont les normes, sans pouvoir être formellement « adoptées » par l'Assemblée générale, se trouvent renforcées, à l'instar des situations dans lesquelles les États adhérents mais non respectueux du Processus sont désignés nommément et invités par les représentants des États à l'Assemblée à redoubler d'efforts[1754]. Il en est de même s'agissant du Conseil de sécurité, qui, à la suite de la situation en Angola[1755], s'est d'abord félicité de l'initiative de réunir une conférence d'experts[1756] avant de valider le système de certification du Processus par sa Résolution 1459 (2003), où il souligne que « la plus grande participation possible au Processus de Kimberley est essentielle et devrait être encouragée et facilitée et prie instamment tous les États Membres de participer activement à ce processus »[1757]. Par ailleurs, le Conseil de sécurité a eu l'occasion, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, d'« *encourage*[r] le Gouvernement libérien à coopérer activement avec le Processus de Kimberley, à satisfaire aux conditions *minima* du Système de certification du Processus de Kimberley et à appliquer les recommandations formulées […] par le Processus »[1758] ou encore, de manière plus ferme encore, de « *demande*[r] *instamment* aux autorités ivoiriennes d'élaborer et d'appliquer un plan d'action visant à faire respecter les règles du Processus de Kimberley »[1759]. Ces reprises ne constituent pas à proprement parler une codification, ni une homologation ou une forme d'approbation similaire à celles mentionnées s'agissant de l'ordre juridique interne français. Par ailleurs, les Nations Unies ne sont pas Parties au Processus, contrairement à l'Union européenne[1760]. Ces reprises relèvent toutefois d'une

[1754] Voir ainsi ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-troisième session, 63ème séance plénière, vendredi 11 décembre 2009 à 10h, A/64/PV.63. Présentant un projet de résolution sur les diamants, facteur de conflit, le représentant du Président du Processus (la Namibie), y précise en particulier que « [l]'appui de l'ONU a été un élément de réussite essentiel, et l'Assemblée générale a traditionnellement adopté cette résolution en appui aux activités du Processus de Kimberley » (p. 2). Les États sont nombreux à dénoncer le comportement du Zimbabwe (voir notamment p. 6), bien que la résolution finale ne s'en fasse pas l'écho. Celle-ci précise qu'une « participation aussi large que possible au Système de certification du Processus de Kimberley est essentielle », et « encourage tous les États Membres à contribuer aux travaux du Processus en demandant leur adhésion, en participant activement au Système et en se conformant aux engagements qui en découlent » (ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-troisième session, Résolution 63/134 adoptée le 11 décembre 2009, A/RES/36/234, point 7).

[1755] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1173 (1998) du 12 juin 1998, S/RES/1173 (1998), spécialement le point 12 s'agissant des mesures concernant les diamants.

[1756] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1295 (2000) du 18 avril 2000, S/RES/1295 (2000), point 18. Le Conseil « [s]e félicite de la proposition tendant à ce qu'une conférence d'experts se réunisse afin de faciliter l'application des mesures énoncées dans la résolution 1173 (1998), y compris de dispositions qui permettraient d'accroître la transparence et la nécessité de rendre des comptes en ce qui concerne le contrôle de la circulation des diamants depuis le point d'origine jusqu'aux bourses aux diamants [...] ».

[1757] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1459 (2003) du 28 janvier 2003, S/RES/1459 (2003), point 3.

[1758] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2128 (2013) du 10 décembre 2013, S/RES/2128 (2013), point 13. Le Libéria a adhéré au Processus en 2007.

[1759] CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2045 (2012) du 26 avril 2012, S/RES/2045 (2012), point 21. La Côte d'Ivoire a adhéré au Processus en 2003.

[1760] L'Union européenne a adhéré au Processus en 2003. En conséquence, elle a adopté un Règlement (CE) n° 2368/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 mettant en œuvre le système de certification du processus de Kimberley pour le commerce international des diamants bruts, *JOUE*, 31 décembre 2002, L 358/28.

reconnaissance par les sources internes de l'ordre juridique des Nations Unies qui permet au Processus d'intégrer l'ordre juridique international et de jouir d'un degré d'obligatoriété plus élevé que s'il n'avait pas été approuvé. Cet exemple montre également la complexité des interactions entre les sources du droit administratif global, puisque dans un même ordre juridique, l'ordre international en l'espèce, les mêmes normes peuvent revêtir un caractère obligatoire – pour les membres du Processus et du fait de l'ordre juridique partiel institué par celui-ci – ou un caractère non obligatoire mais à la normativité élevée – pour les membres des Nations Unies ayant approuvé les différentes résolutions sans adhérer pour autant au Processus.

514. ***Renforcement de l'obligatoriété par le procédé de l'imprégnation.*** En deuxième lieu mais de manière liée, il existe un phénomène de renforcement de l'obligatoriété des normes de droit administratif global par « imprégnation ». Si la reconnaissance implique qu'une entité globale réceptrice valide par un acte les normes de droit administratif global qu'elle reçoit ou entend promouvoir, l'imprégnation relève plutôt d'une prise en considération tacite de normes de sources externes conduisant à une intégration informelle dans l'ordre juridique de l'entité globale. Autrement dit, la multiplication des sources conduit à la construction d'un socle de normes de droit administratif global partagées par de nombreuses entités globales, au-delà de la dimension purement verticale des interactions identifiées ci-dessus. Cette multiplication des sources, dont les normes produites jouissent d'une obligatoriété variable, peut impliquer un renforcement tacite et progressif par la formation d'un sentiment d'obligatoriété. Ainsi en est-il, par exemple, de la norme ISO 26 000 dont on a vu qu'elle faisait l'objet d'une diffusion importante du fait de la multiplication des instruments lui conférant une portée obligatoire. Or, celle-ci « puise sa force dans les usages, les pratiques, les attentes de la société civile […] [et] porte en elle les germes d'une coutume générale, volontairement conçue *erga omnes* »[1761]. L'on voit donc que les interactions entre les sources du droit administratif global, et spécifiquement leur multiplication, peuvent potentiellement conduire à la formation de nouvelles normes de nature coutumière. Il en découle que les interactions entre ces sources peuvent, outre participer au renforcement de l'obligatoriété des normes existantes, constituer elles-mêmes un processus de création de droit coutumier traversant les ordres juridiques[1762].

[1761] CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, t. XXIV, n° 4, 2010, p. 433. Voir également les développements à ce propos *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1 ainsi que, s'agissant des normes coutumières auxquelles fait elle-même référence la norme 26 000, SERRURIER Enguerrand, *La résurgence du droit au développement. Recherche sur l'humanisation du droit international*, *op. cit*. note 1731, pp. 261-262.
[1762] Voir sur ce point les conclusions du Première partie, Titre Deuxième, Chapitre 2, *supra*.

Cette conclusion invite dès lors à dépasser l'analyse des effets des interactions entre les sources du droit administratif global sur l'obligatoriété des normes produites pour interroger l'existence d'une *structure* de ces interactions – laquelle permettrait d'appréhender de manière systémique ces dernières.

B. La structuration des interactions au sein de l'espace administrative global

515. ***Cadre structurant les interactions et le renforcement de l'obligatoriété du droit produit.*** En identifiant des constantes parmi les interactions décelées, il est possible de dégager l'hypothèse selon laquelle les interactions entre ses sources, dont les fluctuations ont manifestement des effets sur le caractère obligatoire des normes de droit administratif global, ne sont pas anarchiques mais se développent dans un cadre. Celui-ci peut être qualifié d'espace administratif global, bien que son importance et ses conséquences ne doivent pas être surestimées (2). La doctrine du *GAL* ayant largement évoqué cette notion dans un sens différent de celui adopté, il convient toutefois d'exposer au préalable les raisons qui amènent à en dégager une nouvelle définition centrée sur les sources du droit administratif global (1).

1. L'existence de l'espace administratif global dans la doctrine du *GAL*

516. ***De l'espace juridique global à l'espace administratif global dans la doctrine du* GAL.** La globalisation invite à relativiser l'une des constantes du phénomène juridique : « [l]e droit se caractérise traditionnellement, d'abord par un lien avec un ou des territoires. Il n'y a pas de norme juridique sans inscription spatiale, sans un champ territorial d'application. *Quid* dans un univers où de nombreuses activités sont déterritorialisées […] ? »[1763]. L'une des solutions à cette interrogation consiste à repenser la notion de territoire : « [c]es signes de déterritorialisation » du droit doivent être compensés par l'observation de ce que le droit global, en vérité, construit ses propres territorialisations »[1764]. Cette idée selon laquelle la dimension territoriale n'est pas la meilleure manière d'appréhender la formation du droit et qu'il est pertinent de raisonner plutôt en termes d'« espaces » non territorialisés, n'est pas nouvelle. Dès les années 1970, François Rigaux dégageait ainsi la notion d'« espace transnational », expression désignant « précisément le lieu de convergence de forces économiques ayant réussi

[1763] AUBY Jean-Bernard, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », *op. cit.* note 1726, p. 274.
[1764] *Ibid*., p. 275.

à aménager des rapports juridiques affranchis de tout contrôle efficace de la part des États »[1765]. L'existence d'un espace *juridique* global est aujourd'hui généralement admise par la doctrine s'intéressant à l'impact de la globalisation sur le droit :

> « ce que l'on peut admette est qu'il existe aujourd'hui un « espace juridique global », au sens de scène juridique générée par des phénomènes économiques sociaux et politiques identifiés, possédant son éventail particulier d'acteurs et de processus normatifs, et développant des rapports intersystémiques particuliers »[1766].

Au-delà de l'espace *juridique* global, la doctrine du *GAL* a d'emblée admis l'existence de l'espace administratif global[1767], qui s'apparente à l'idée d'administration globale et constitue selon elle la somme des entités soumises – ou devant être soumises – au droit administratif global[1768] ainsi que de leurs « sujets » :

> « [t]he conceptualization of global administrative law presumes the existence of global or transnational administration. We argue that enough global or transnational administration exists that it is now possible to identify a multifaceted "global administrative space" (a concept to which we will return shortly), populated by several distinct types of regulatory administrative institutions and various types of entities that are the subjects of regulation, including not only states but also individuals, firms, and NGOs »[1769].

[1765] RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 399. L'auteur conclut que « [d]ans un monde uniformément divisé et si l'on en excepte quelques États qui ont su mieux se protéger, les pouvoirs économiques privés se sont aménagé un espace idéal à trois dimensions. Chacune de celles-ci correspond à une branche du droit, à savoir le droit international privé, le droit des gens et le droit transnational » (p. 409).

[1766] AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, 2ème édition, Paris, LGDJ, Systèmes, 2010, p. 135. Voir également CASSESE Sabino, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, 198 p. ; CASSESE Sabino, « La fonction constitutionnelle des juges non-nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, n°693, 15 décembre 2008, pp. 6-14 ; ou encore CASSESE Sabino, « L'ordre juridique global », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, *op. cit*. note 1648, p. 9. Même la doctrine plus critique à l'égard des conclusions des partisans du *GAL* se rallie à cette idée ; voir par exemple MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé (2003) », *RCADI*, vol. 327, 2007, p. 63.

[1767] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 18-27, spéc. pp. 25-27. Voir également ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom, « Values in Global Administrative Law : Introduction to the Collection », *in* ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 10-11.

[1768] « L'Administration globale, qui compose avec ses sujets l'espace administratif global, est composée de cinq types d'acteurs : les organisations internationales (par exemple l'Organisation des Nations Unies ou l'Organisation mondiale de la santé), les réseaux transnationaux de coopération entre officiels nationaux (par exemple le Comité de Bâle), les agences nationales de régulation, les organes hybrides composés d'institutions intergouvernementales et d'acteurs privés (par exemple la Commission Codex Alimentarius) et les groupements d'acteurs privés (par exemple l'Organisation internationale de normalisation) » (FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 1727, p. 8). Voir également pp. 37-39.

[1769] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 1767, p. 18.

Autrement dit, l'espace administratif global ne constitue pas, dans ces travaux, une conséquence de l'existence du *GAL*, mais sa cause et l'un de ses prérequis. Le raisonnement suivi est pragmatique et correspond au caractère prescriptif du projet scientifique : « si un espace administratif global existe, il faut le réguler »[1770]. Les fondateurs du *GAL*, qui abordent en effet la question de l'espace administratif global avant celle du droit administratif global, ne font pas l'économie d'une réflexion sur la pertinence de ce nouveau cadre :

> « [y]et this does not conclusively answer the question whether a distinct global administrative space should be recognized, or whether it is still possible and indeed preferable to maintain the classical dichotomy between an administrative space in national polities on the one hand and inter-state coordination in global governance on the other. [...] We argue that current circumstances call for recognition of a global administrative space, distinct from the space of inter-state relations governed by international law and the domestic regulatory space governed by domestic administrative law, although encompassing elements of each »[1771].

517. ***Rapports avec la notion d'espace administratif en droit interne.*** La notion d'espace administratif est en effet connue des ordres juridiques internes. Jacques Chevallier considère ainsi qu'il existe différents espaces administratifs, dont certains, transnationaux[1772], correspondent aux espaces administratifs des organisations internationales politiques et économiques, sont purement fonctionnels et se superposent aux administrations nationales[1773]. D'autres espaces administratifs sont pour leur part « territoriaux » et liés aux intégrations régionales[1774]. Pour lui, l'émergence de ces nouveaux espaces administratifs constitue un phénomène de « dilatation de l'espace administratif en surface »[1775], c'est-à-dire de nécessaire ouverture, par brèches, des espaces administratifs nationaux à l'international. La réponse apportée à la question de la pertinence de ce nouveau cadre d'analyse par la doctrine du *GAL* apparaît pourtant éloignée de ces analyses :

> « [o]ur espousal of the notion of a global administrative space is the product of observation, but it inevitably has potential political and other normative implications. On the one hand, casting global governance in administrative terms might lead to its

[1770] MARTINEAU Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 134. Voir, de manière générale, la synthèse des travaux relatifs à l'espace administratif global par l'auteur, pp. 131-134.
[1771] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 1767, pp. 25-26.
[1772] CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 6ème édition mise à jour, Paris, PUF, Thémis droit, 2019, p. 233.
[1773] *Ibid*., p. 235 : « [l]a dynamique d'évolution des rapports internationaux conduit à renforcer le poids des organisations internationales : […] ces organisations constituent des dispositifs d'action collective ; et les fonctions dont elles sont chargées sont exercées en pratique par des organes et des agents insérés dans des structures hiérarchisées. Chaque organisation présente ainsi la configuration d'un espace administratif, qui se superpose aux administrations nationales ».
[1774] *Ibid*., pp. 235-238.
[1775] *Ibid*., p. 238.

> stabilization and legitimation in ways that privilege current powerholders and reinforce the dominance of Northern and Western concepts of law and sound governance. On the other hand, it might also create a platform for critique. As the extent of global administrative government becomes obvious […] the more resistance and reform may find points of focus »[1776].

Il convient de relever que malgré l'affirmation selon laquelle l'analyse s'appuie sur la réalité, les raisons de ce positionnement doctrinal sont essentiellement fondées sur les conséquences pratiques – et présentées comme particulièrement positives – de la reconnaissance de l'existence de l'espace administratif global. L'espace administratif global est donc, selon la doctrine du *GAL*, l'espace juridique au sein duquel les personnes concernées ou affectées par une décision peuvent et devraient pouvoir interagir avec des acteurs de la gouvernance globale[1777]. L'espace administratif global se définit donc par rapport aux *entités globales* qualifiées d'administratives par ces auteurs, et non par rapport aux normes de *global administrative law*, ce qui est cohérent avec le raisonnement tendant à déduire ce dernier de l'existence du premier.

518. ***Rejet de la définition de l'espace administratif global délivrée par la doctrine du* GAL.** Toutefois, cette définition présente deux difficultés qui empêchent de la retenir dans cette étude. D'une part, il est, au regard de ce qui précède, malaisé de distinguer l'espace *juridique* global de l'espace *administratif* global, si ce n'est que le second recouperait le premier tout en incluant les interactions avec des « sujets », ou bien se focaliserait totalement sur ces interactions. La confusion est d'autant plus gênante que l'encadrement normatif de ces interactions constitue le contenu du *GAL*, de sorte que la notion d'espace administratif global peut paraître superfétatoire – celle d'espace juridique global pouvant tout aussi bien servir de support à la réflexion. Il est par conséquent possible de soupçonner que l'idée d'espace *administratif* a été en partie développée pour accentuer la dimension « administrative » de la gouvernance globale, d'autant que le caractère administratif de l'action des entités globales n'est pas vraiment démontré – sauf par des analogies peu approfondies et l'utilisation de l'expression « administration globale ». Plus qu'un présupposé réellement nécessaire à l'élaboration du *GAL*, il est possible de penser qu'il s'agit essentiellement d'un réajustement sémantique visant à orienter la notion d'« espace juridique global » dans un sens plus propice à l'épanouissement doctrinal du *GAL*. Ce choix

[1776] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 1767, p. 27.
[1777] La doctrine semble unanime sur ce point ; voir par exemple KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 473, §20.

terminologique conduit ainsi à préjuger de l'existence d'une *action administrative globale* exercée par les entités globales concernées ; or, cette idée a été rejetée en introduction de la recherche car insuffisamment fondée et étayée[1778], ce qui invite à ne pas retenir cette vision de l'espace administratif global. D'autre part, cette définition ne tient pas ou pas suffisamment compte de la manière dont sont formées les normes de droit administratif global, en n'incluant pas clairement les entités *créatrices* de droit administratif global – au profit de ses sujets. Autrement dit, l'utilité de la notion d'espace administratif global telle que dégagée par la doctrine du *GAL* peut être contestée ; mais surtout, cet outil conceptuel ne permet en aucune manière de comprendre la structure des interactions entre les sources du droit administratif global. Au regard tant de la démarche prescriptive du projet du *GAL* que de son peu d'intérêt pour la formation de ce droit, ces lacunes sont compréhensibles. Il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de repenser l'hypothèse de l'existence d'un espace administratif global non à partir d'une classification organique des entités globales et des rapports qu'elles entretiennent avec les personnes morales et privées qui peuvent se prévaloir d'un intérêt à entrer en relation avec elles, mais à partir des foyers de production du droit administratif global tel qu'identifié. Ce n'est qu'ainsi reconstitué que l'espace administratif global peut constituer une clé de lecture des interactions entre les sources de ce droit ainsi que de leurs effets sur l'obligatoriété de ses normes.

2. Les caractères de l'espace administratif global du point de vue des sources du droit administratif global

519. ***Identification de constantes.*** Si l'on admet aisément l'idée selon laquelle il existe un espace juridique global, celui-ci semble de peu de secours pour comprendre les interactions entre les *sources* du droit administratif global : la notion est trop imprécise. La représentation de cet espace permet en effet de mieux appréhender les processus normatifs au-delà de l'État – tels que la normalisation technique ou les dialogues de systèmes entre les juges régionaux et les Nations Unies, pour ne prendre que ces exemples – mais ne fournit pas de clé de compréhension spécifique du droit administratif global, qui est censé s'appliquer aux processus décisionnels. La formation du droit administratif global s'inscrit assurément au sein de cet espace juridique global qui apparaît particulièrement vaste ; mais son étude laisse en outre transparaître l'existence d'un espace d'épanouissement de ce droit qu'il est possible de qualifier, dans un sens différent de celui adopté par les fondateurs du *GAL*, d'espace *administratif global*. Les

[1778] Voir *supra*, §§8-9.

sources du droit administratif global interagissent en effet en suivant des constantes, lesquelles constituent les ramifications de cet espace. Au-delà de la nature des interactions entre les sources dont il a été question précédemment, la recherche de la manière dont elles se structurent permet ainsi d'identifier trois constantes principales.

520. ***Première constante : des sources sectorielles.*** La première constante réside dans le fait que les interactions entre les sources du droit administratif global sont très sectorielles. Le phénomène de multiplication, que cette dernière soit interne ou externe, se déploie dans des secteurs d'activité qui ont été identifiés dans la première partie de cette recherche ; ainsi les normes de droit administratif global se développent-elles particulièrement dans les secteurs économique, financier, environnemental, numérique, de la consommation, du développement et, marginalement, du maintien de la paix – dans le cas des sanctions onusiennes, par exemple. Au sein de chacun de ces secteurs, les sources se multiplient de manière systémique par imitation, imposition ou duplication, renforçant ce faisant l'obligatoriété des normes produites[1779]. Entre ces « sphères » sectorielles de création du droit administratif global, il existe naturellement des liens d'analogie ou d'emprunt, d'autant qu'il n'est plus guère de secteurs qui ne soit pas empreint de questions économiques ; mais ces interactions sont moins denses qu'au sein de chaque secteur d'activité humaine. Toutefois, il faut relever que les sources du droit administratif global – et par conséquent le droit administratif global – sont absentes ou quasi-absentes de certains secteurs pourtant « globaux » au sens retenu dans cette étude[1780]. L'on pense à cet égard à l'espace extra-atmosphérique, au patrimoine culturel, au secteur de l'énergie, ou encore aux armements et au domaine humanitaire. L'évidence conduit à considérer qu'un besoin social ne s'est pas – encore ? – fait ressentir dans ces secteurs ; mais cette constante des interactions entre les sources du droit administratif global indique surtout que l'espace administratif global n'est pas *universel* : il s'étend par secteurs qui sont interreliés, présente des tendances probablement expansionnistes au regard de la présence répandue sinon universelle de certaines de ses normes[1781], mais demeure structuré autour de plusieurs piliers sectoriels.

[1779] Voir par exemple, dans un sens proche bien que l'analyse concerne principalement la multiplication des *normes* : « [o]n constate donc, dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, une singulière interaction et complémentarité entre des organismes ayant des origines et des pouvoirs différents, dont l'issue est la création d'une panoplie de normes, standards et procédures qui échappent aux mécanismes classiques de la normativité internationale » (ARCARI Maurizio, « Remarques sur les dynamiques entre acteurs et normativité en droit international », *op. cit*. note 1746, p. 14).
[1780] Voir, sur ce point, *supra*, §§47 et ss.
[1781] L'on pense en particulier aux principes généraux du droit administratif global identifiés *supra*, §§308-313.

521. ***Deuxième constante : des foyers d'impulsion volatiles.*** La deuxième constante réside dans le fait qu'il existe, pour chaque norme, une source faisant office de *foyer d'impulsion* de création des normes de droit administratif global, avant que celles-ci ne se diffusent par l'intermédiaire d'autres sources, et que ce foyer d'impulsion n'est pas le même d'une norme à l'autre. Ainsi, la création d'organes de droit administratif global, tous secteurs confondus, provient la plupart du temps d'une source unilatérale interne, bien qu'elle puisse, secondairement, provenir d'une source plurilatérale écrite[1782]. De la même manière, il ressort des analyses menées *supra* que l'audit apparaît originellement de source non écrite, que la transparence est apparue par la source plurilatérale écrite, ou encore que la protection des données numériques et les normes environnementales proviennent généralement de sources externes. L'espace administratif global ne se caractérise donc pas par la prépondérance d'un mode de formation du droit administratif global en particulier. En revanche, le mécanisme selon lequel ses sources se multiplient quelle que soit la source « originale » de la norme confirme l'idée selon laquelle l'obligatoriété du droit administratif global n'est pas liée à ses sources, mais à des processus ultérieurs – tels que les interactions ici étudiées. En ce sens, l'espace administratif global présente une souplesse formelle intrinsèque et permet le développement de normes sans considération de leur mode de formation, mais en favorise l'obligatoriété par les interactions qu'il génère par son existence.

522. ***Troisième constante : la prégnance de l'État.*** La troisième et dernière constante réside dans la présence systématique, bien qu'à des degrés et selon des formes variables, d'un acteur du droit administratif global au sein non de son processus de formation, mais des interactions entre ses sources. Les deux constantes précédentes indiquent que l'espace administratif global présente la spécificité de n'être ni horizontal, ni vertical, mais constitués de réseaux communicants ; ceux-ci sont constitués d'acteurs – des entreprises, des organisations internationales, des États des organismes de standardisation, des réseaux transnationaux, *etc*. – qui interagissent en influençant ou en participant à l'élaboration des normes de droit administratif global. Or, le seul acteur du droit administratif global qui semble être

[1782] Voir les cas mentionnés *supra*, Première Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1, §§223-231. Pour un exemple, voir l'obligation de créer des « organes ou institutions impartiaux et autonomes et indépendants, afin de promouvoir la transparence de l'accès à l'information environnementale, de contrôler le respect des normes, et de surveiller, d'évaluer et de garantir le droit d'accès à l'information » par l'article 5§18 de l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, Escazú, 4 mars 2018.

systématiquement présent à un stade ou à un autre du processus de formation des normes de droit administratif global est l'État. Il est en effet le moteur des réseaux d'interactions entre acteurs et, par conséquent, des sources du droit administratif global. En dehors des cas où c'est en son sein que sont générées les normes de droit administratif global, le rôle de l'État va de la conception formelle de la norme dans le cadre des organisations internationales ou des réseaux transnationaux comme le G20, à la reconnaissance des normes privées[1783] en passant par la co-conception au sein de réseaux ou de structures associant États, entreprises et sociétés privées[1784]. Même les cas en apparence complexes font apparaître, non nécessairement à l'origine de la formation des normes mais à tout le moins en tant que pivot des interactions entre les sources du droit administratif global, la figure étatique, ce dont il est aisé de se convaincre en cartographiant les processus de formation de certaines normes. Tel est le cas de l'institution du Bureau du Médiateur des Nations Unies, des normes visant à lutter contre le trafic illicite dans le cadre du commerce des diamants, de la norme ISO 26 000, ou encore de l'audit. Trois hypothèses peuvent certes sembler, de prime abord, échapper à ce schéma en apparence simplificateur : le cas du droit administratif global formé exclusivement au sein des entités transnationales privées, celui du droit administratif global généré par les entités infra-étatiques et enfin le cas du droit administratif global créé par le juge – interne ou international régional.

523. ***Confirmation de la troisième constante.*** Cependant, le rôle de l'État apparaît rapidement dans ces trois situations. Dans la première, l'État intervient en tant que moteur de l'ordre juridique de référence des entités transnationales, et demeure donc un garant au moins juridictionnel du respect de certains droits – par exemple, le droit à un recours effectif en Suisse, dans le cas de la *lex sportiva*. Par ailleurs, le droit administratif global est souvent développé par la voie conventionnelle dans ces situations, comme cela a été vu[1785], notamment avec les villes hôtes. Le deuxième cas concerne justement le droit administratif global généré par les entités infra-étatiques. Comme le rappelle Jean-Bernard Auby, « on constate une émergence juridique internationale croissante des gouvernements locaux et des villes »[1786], à tel point que la « complicité du global et du local est l'un des paradoxes très intéressant de la

[1783] Voir les développements relatifs à l'homologation des standards privés, par exemple, §512.
[1784] Tel est le cas de certains réseaux mentionnés au cours de l'étude, à l'instar de l'ITIE ou du Processus de Kimberley ; voir *supra*, §249.
[1785] Voir *supra*, §269.
[1786] AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit*. note 1766, p. 152. Voir sur ce point pp. 102-158.

globalisation »[1787]. Cependant, il faut d'abord noter que le droit administratif global – à tout le moins tel qu'il a été défini dans le cadre de cette étude – est relativement rare dans ces situations, ce qui ne préjuge pas de son développement potentiel. Par ailleurs, la répartition des compétences de collectivités territoriales demeure une attribution régalienne de l'État, de sorte que celui-ci conserve, constitutionnellement ou administrativement, une forme de contrôle ou à tout le moins une forme de *présence* dans le processus normatif, quand bien même son rôle en tant que puissance publique se trouverait réduit[1788]. Enfin demeure le cas du droit administratif global créé par le juge. Celui-ci ne soulève pas de difficultés lorsque le juge est *interne* : ce dernier doit appliquer le droit de l'État, de sorte que sa présence dans le processus est organiquement assurée. Lorsque le juge est international, l'obstacle n'est que de façade également : les États ont nécessairement *consenti* à la juridiction, et quand bien même celui-ci adopterait une interprétation dynamique des instruments conventionnels ou des coutumes applicables, l'État conserve la possibilité *a posteriori* de se retirer du système conventionnel en cause ou de préciser qu'il est objecteur persistant à l'éventuelle coutume de droit administratif global. Ces arguments rejoignent les observations de la doctrine s'intéressant à la science administrative :

> « [l]a configuration des espaces administratifs est donc profondément affectée par le processus de mondialisation : ne maîtrisant plus un ensemble de variables dont dépend le développement économique et social, les administrations nationales ont perdu une bonne part de leur capacité d'action ; les espaces administratifs nationaux sont désormais intégrés dans des espaces plus larges de régulation. Néanmoins, cela ne signifie pas que les administrations nationales aient perdu toute importance : même dans une économie largement mondialisée, la médiation de l'État reste nécessaire »[1789].

En d'autres termes, il apparaît impossible de déceler une situation d'interaction des sources du droit administratif global où l'État ne serait pas présent, soit en tant qu'acteur participant[1790],

---

[1787] *Ibid*., p. 158.

[1788] Tel est en particulier le cas de contentieux où le juge administratif a considéré qu'une collectivité locale aurait dû méconnaître le droit interne pour se conformer à une directive européenne non encore transposée dans l'ordre juridique interne. Jean-Bernard Auby cite par exemple le cas de l'arrêt *Tête* (CE, 6 février 1998, *Tête*, n°s 138777, 147424, 147425 ; voir AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit*. note 1766, p. 157) ; mais il convient de relativiser la portée de cette décision pour l'étude. L'État est en effet fortement présent dans l'élaboration des directives européennes puisque le Conseil de l'Union européenne, composé de ministre de chaque État membre, doit l'examiner. Même si « le droit local […] sert parfois de pénétration du droit global dans le droit national » (*ibid*., p. 158) et qui n'est pas possible de nier les situations de contrainte juridique sur l'État, celui-ci demeure présent au moins en trame de fond et conserve, à titre de souverain, la capacité juridique de s'y opposer – en se retirant de l'Union européenne le cas échéant.

[1789] CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, *op. cit.* note 1772, p. 238.

[1790] Il convient toutefois de préciser à ce stade que *tous* les États ne sont manifestement pas concernés de manière équitable. Ainsi, les États participant à l'élaboration des normes de droit administratif global au sein du Conseil de sécurité ou du G20 sont essentiellement les États les plus développés ; la dimension occidentale de la formation du droit administratif global apparaît, sous l'angle de la sociologie du droit, particulièrement prégnante.

soit en tant qu'ordre juridique de référence, soit en tant qu'entité publique acceptant tacitement ou formellement la norme ou sa diffusion. Il est sur ce point possible de rejoindre Sabino Cassese, portant un regard critique sur la doctrine du *GAL* en 2015 :

> « the literature on global administrative law underestimates the role played by states in the global space: states are managers of non-state authority, establish net- works with international governmental and non-governmental organizations, and are indispensable instruments of global institutions […]. Global administrative scholars tend to consider global actors as the protagonists, while there is also a deuteragonist: the state »[1791].

Il est dès lors aisé de déduire de cette constante que l'État joue un rôle prépondérant dans les interactions entre les sources du droit administratif global, à la fois par son rôle incontournable d'impulsion que par sa propension à adopter et à faire adopter les mêmes normes, par l'intermédiaire de différents instruments, dans ses relations avec d'autres acteurs sur la scène globale. Cette affirmation est largement confirmée par la pratique, pour peu qu'elle soit reconsidérée sous l'angle du degré de présence étatique dans la formation des normes étudiées. Sans que l'espace administratif global se *structure* autour de l'État, ce dernier apparaît ainsi comme le moteur principal des interactions entre les sources, de sorte que la capacité des sources à générer du droit administratif global plus ou moins obligatoire est en grande partie déterminée par son action.

524. ***Importance de l'espace administratif global comme cadre du développement de l'obligatoriété.*** Comme l'indiquait François Rigaux, à propos de l'espace transnational, celui-ci « constitue, à vrai dire, un lieu imaginaire, une espèce de « carte du tendre » de la préciosité juridique. Cet espace idéal est mieux adapté à la méthode propre aux juristes, que les champs clos du droit interétatique »[1792]. Par ailleurs,

> « [l]a notion d'espace transnational s'efforce aussi de saisir dans les relations internationales les points de convergence de deux séries d'éléments que la doctrine juridique tient séparées sous les cloisonnements respectifs du droit public et privé. Plus exactement, dès qu'un phénomène social excède les limites formelles qu'y assigne un seul ordre juridique national, il ne saurait manquer d'intéresser l'État et, en ce sens, il est toujours « public » »[1793].

Transposée à l'étude des sources du droit administratif global, cette conclusion paraît faire écho aux constats opérés, et confirmer l'intérêt méthodologique de l'idée d'espace administratif

[1791] CASSESE Sabino, « Global Administrative Law: The State of the Art », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n°2, p. 467. La conclusion de l'auteur sur ce point est pleinement partagée : « [t]he state and its interaction with global regulatory regimes should be reintroduced into the context of global administrative law » (*idem*).
[1792] RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, *op. cit*. note 1765, p. 442.
[1793] *Ibid*., p. 443.

global. Un certain nombre de caractéristiques de l'espace administratif global ont en effet pu être dégagées, du fait de l'emploi de cette grille de lecture des modes de formation du droit administratif global, de ce qui précède. Son rôle en faveur du renforcement de l'obligatoriété du droit administratif global apparaît clairement lorsque la constante de la présence étatique est admise, faisant d'ailleurs écho au rôle des ordres juridiques étatiques et interétatiques dans la stabilisation de l'obligatoriété des normes de droit administratif global. La présence étatique à tous les niveaux de la formation du droit administratif global, c'est-à-dire, même de manière indirecte ou discrète, au sein de chacun de ses foyers de création, implique que l'État est en position et en mesure privilégiée de suggérer voire d'imposer, au cours des divers processus de formation, le développement de telle ou telle norme existante par ailleurs. Il peut suffire à cet égard, qu'un État décide, par une source unilatérale interne de type constitutionnel, de s'auto-imposer des normes en matière de protection des données du consommateur pour que des interactions entre sources nationales et internationales naissent, et aboutissent, vraisemblablement, à la génération de normes similaires ou à tout le moins compatibles par la source plurilatérale écrite – par exemple formalisées par des conventions internationales – ou par des sources unilatérales internes au sein d'entités globales privées. Ce constat selon lequel l'État joue un rôle central dans la détermination et le renforcement du caractère obligatoire du droit administratif global n'implique pas pour autant que l'État dispose systématiquement d'un poids plus important que les autres acteurs dans la formation de ces normes. En effet, « [l]'étendue de l'*espace* administratif ne préjuge pas du degré de *pouvoir* administratif, c'est-à-dire de la capacité que détient l'administration d'imposer ses vues aux autres acteurs sociaux »[1794].

525. ***Nécessité d'envisager l'existence d'un ordre juridique global.*** L'existence d'un espace administratif global étant établie et ayant permis de montrer à la fois la structure des interactions des sources et la place centrale de l'État dans la formation du droit administratif global, il apparaît logique de franchir une étape supplémentaire de la réflexion quant à la structuration des interactions entre les sources du droit administratif global. À l'invitation de la doctrine du *GAL*, il apparaît dorénavant indispensable de déterminer si cette structuration se limite au – vaste – schéma explicatif de l'espace administratif global, ou si celle-ci s'insère au sein d'un *ordre juridique global* plus vaste encore.

[1794] CASSESE Sabino, « Global Administrative Law: The State of the Art », *International Journal of Constitutional Law*, *op. cit.* note 1791, p. 239. L'italique est dans l'original.

II. L'absence d'ordre juridique global liant sources et obligatoriété du droit administratif global

526. ***Contexte du développement de l'hypothèse.*** L'éventualité de l'existence d'un ordre juridique global a été soulevée dès les prolégomènes de cette recherche[1795]. Jusqu'alors, son examen ne constituait pas un élément utile à la recherche, qui s'est focalisée sur les modes de production du droit administratif global. Cependant, l'étude des effets des sources du droit administratif global invite dorénavant à s'y attarder, dans la double mesure où ni l'existence, ni l'inexistence d'un tel ordre juridique n'a été clairement démontrée, et que la réponse à cette incertitude est susceptible d'éclairer les dynamiques d'obligatoriété des normes générées. Il a en effet été établi, d'une part, que les sources du droit administratif global n'en déterminent pas l'obligatoriété, laquelle dépend plutôt des règles propres à chaque ordre juridique faisant le lien entre le produit de telle source et tel degré d'obligatoriété. Il a d'autre part été mis en évidence qu'il existait des interactions entre les sources de divers ordres juridiques, à tel point parfois que les règles secondaires en vigueur dans certains ordres juridiques ne permettent pas d'expliquer pourquoi certaines normes de droit administratif global sont appliquées, ni pourquoi un certain degré d'obligatoriété leur est conféré. Si l'identification de l'espace administratif global permet de mieux comprendre ces interactions, le système n'apparaît pas pour autant « complet » et renvoie principalement aux ordres juridiques de référence des entités qui y évoluent. Il convient dès lors de tenter d'identifier les liens manquants en examinant l'hypothèse d'un ordre juridique global qui permettrait, par l'existence d'une ou plusieurs règles secondaires pertinentes, de fédérer les ordres juridiques existant ou, de manière moins ambitieuse, d'expliquer juridiquement ces interactions et leurs incidences en termes d'obligatoriété du droit administratif global.

527. ***Positions de la doctrine et démonstration de l'inexistence de l'ordre juridique global.*** L'idée d'un ordre juridique global n'est pas inconnue de la doctrine, qui est prompte à invoquer son existence ou son inexistence au secours de son propos, bien souvent sans opérer de démonstration convaincante ou sans lui donner un sens qui serait pertinent dans le cadre de la présente recherche. Il convient d'exposer rapidement ces débats (**A**) avant de se livrer à une analyse *in concreto* de l'hypothèse, au terme de laquelle l'inexistence d'un tel ordre juridique sera établie (**B**).

[1795] Voir *supra*, §13.

A. Les insuffisances des débats doctrinaux concernant l'existence d'un ordre juridique global

528. ***Limites des travaux en faveur et en défaveur de l'existence de l'ordre juridique global.*** La doctrine s'étant positionnée, dans un sens ou dans l'autre, quant à l'idée d'un ordre juridique global peut être distinguée selon deux indicateurs. D'une part, les auteurs ne s'accordent pas nécessairement sur le sens à donner à l'expression « ordre juridique global » ; ainsi et comme il le sera vu, les tenants d'une approche critique du droit international et favorables à une vision déformalisée du droit ne lui prêtent pas le sens généralement conféré à la notion. Il serait donc possible d'appréhender les positions de la doctrine en fonction du sens qu'elle donne de cette expression ; il apparaît cependant préférable, pour des raisons de clarté et dans la mesure où les conséquences pour la recherche sont identiques, de distinguer selon qu'elle affirme l'existence (1) ou l'inexistence (2) de l'ordre juridique global.

1. Les insuffisances des thèses affirmatives de l'existence d'un ordre juridique global

529. ***Position de Sabino Cassese.*** Au-delà des cas où la doctrine utilise l'expression pour qualifier l'ordre juridique international – lequel, sous l'angle du monisme kelsénien, est censé englober tous les autres ordres juridiques[1796] –, certains auteurs affirment l'existence d'un ordre juridique global distinct de ce dernier, à l'instar de Sabino Cassese[1797]. L'auteur indique ainsi qu'un « ordre juridique global s'est développé avec une rapidité exceptionnelle, qui porte tant sur le nombre et sur l'extension de ses organes que sur le développement des institutions caractéristiques des ordres juridiques internes »[1798], bien que celui-ci ne soit pas aussi développé que les ordres juridiques classiques : « l'ordre juridique global est un ordre « pluriel » dans le sens où il manque d'unité. Il y a des organismes majeurs comme celui qui est constitué par la famille de l'ONU. Mais ces organismes ne sont pas hiérarchiquement supérieurs ou plus influents que les autres »[1799]. D'ailleurs, d'autres auteurs du *GAL* proposent une conception si organique et fragmentée de l'ordre juridique global qu'il est permis de douter qu'ils y voient réellement un « ordre » caractérisé par une forme de cohérence[1800]. Selon

[1796] Voir en ce sens LEBEN Charles, *Le droit international des affaires*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 6ème éd., 2003, p. 52.
[1797] Voir notamment CASSESE Sabino, « L'ordre juridique global », *op. cit.* note 1766, pp. 7-10.
[1798] CASSESE Sabino, « La globalisation du droit », *in La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 113.
[1799] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 86.
[1800] Voir par exemple SAVINO Mario, « An Unaccountable Transgovernmental Branch: The Basel Committee », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ,

l'ancien juge à la Cour constitutionnelle italienne, les nombreuses manifestations positives du droit administratif global

> « permettent de conclure que l'ordre juridique global n'est pas à un stade primitif de développement, comme certains l'ont récemment soutenu. […] Au contraire, le fait qu'existent des normes contraignantes, destinées aux personnes privées, un cadre institutionnel composé d'organisations et de relations juridiques entre différents organes, un ensemble de sujets soumis au régime juridique établi par les normes, un complexe d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels, permet de conclure que l'on est en présence non seulement d'un ensemble de pouvoirs publics, mais aussi d'un ordre juridique régi par la *rule of law*, un corps de principes de transparence et de justice »[1801].

La principale critique qu'il est possible d'opposer au juge italien est que cette assertion, qui est parfois reprise et admise par d'autres auteurs sans discussion[1802], n'est pas réellement étayée. Si Sabino Cassese recense de très nombreuses situations démontrant l'existence de circulations normatives, de combinaisons de sources du droit et d'interpénétration des ordres juridiques toutes reliées au développement d'un corpus de normes de droit administratif global, le raisonnement juridique qui lui permet d'affirmer sur cette seule base l'existence d'un ordre juridique global n'est pas clair, de sorte que sa conclusion est *in fine* peu convaincante[1803]. Comme le relève Pierre Mayer,

> « [l]es phénomènes décrits par S. Cassese existent incontestablement. Voir en eux les signes d'un ordre juridique global est plus discutable. Pour admettre l'existence d'un ordre juridique global il ne suffit pas de constater que la vie sociale se développe de plus en plus à travers les frontières des ordres juridiques étatiques. L'existence de rapports internationaux n'est pas une nouveauté, et leur multiplication récente n'est qu'une donnée quantitative qui n'est pas de nature à entraîner une modification radicale de la structure

2008, p. 65 : « [t]he global legal order rests upon a dense cluster of transgovernmental bodies, composed of fragments of national administrative systems. From a structural viewpoint, those bodies can be divided into two broad categories ». La démonstration quant à l'existence de l'ordre, qui constitue pourtant le « background » de la contribution, n'est pas approfondie par l'auteur.

[1801] *Ibid*., p. 62.

[1802] Voir par exemple GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *RQDI*, vol 26-2, 2008, pp. 234-235 ; CAROTTI Bruno and DIMITROPOULOS Georgios, « Horizontality as a Global Strategy for Accountability: The OECD Reviewing the EU CAP », *in* CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edinburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, vol. I. States and Global Administrations in Context, p. 301 ; ou encore DIMITROPOULOS Georgios, « The Principle of Global Administrative Cooperation », *ibid.*, vol. III. Global Administrative Law Principles, p. 142.

[1803] Ce constat critique est particulièrement prégnant à la lecture d'une contribution annonçant exposer la « transformation de l'*espace* juridique global en un *ordre* juridique global » : voir CASSESE Sabino, « La fonction constitutionnelle des juges non-nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit*. note 1766, pp. 6-14. L'italique est dans la citation originale, p. 1. Après avoir exposé les caractéristiques de l'espace administratif global, le célèbre auteur italien affirme sans transition l'existence d'un ordre juridique global constitué par la voie judiciaire (pp. 9-10) avant d'en souligner les faiblesses (notamment p. 12). Voir également CASSESE Sabino, « L'ordre juridique global », *op. cit.* note 1766, pp. 7-10, où l'auteur ne démontre pas son existence sauf à affirmer que « [l]a « communauté » globale présente les trois éléments des systèmes juridiques : pluralité des sujets (principalement des États), organisation (principalement organisations internationales », réglementation (le plus souvent au moyen de conventions ou de pactes, mais aussi de règlements » (p. 8).

> juridique du monde. Il ne suffit pas non plus d'ériger, par une simple opération intellectuelle, en un superordre juridique l'ensemble des règles, juges et organes de contrainte des divers ordres juridiques étatiques, sous prétexte qu'ils constitueraient une sorte de marché au sein duquel les opérateurs feraient librement leur choix. Ces règles, juges, organes de contrainte étatiques n'en sont pas moins ceux qui régissent, certes imparfaitement, le comportement des individus et des entreprises, même dans leurs rapports transfrontières »[1804].

530. ***Autres positions favorables à l'existence de l'ordre juridique global.*** D'un autre côté, d'autres auteurs voient dans les mutations du droit face aux pouvoirs des marchés les signes d'un nouvel ordre juridique global. Ces réflexions entretiennent cependant, souvent, une forme de confusion entre pluralisme juridique mondial, droit global et ordre juridique global, ce dernier résultant logiquement, selon ce raisonnement qui n'est pas appuyé par une démonstration en droit positif, de l'existence de nombreuses sources spontanées de droit qualifié de global du fait de la complexité des réseaux économiques. En d'autres termes, dans ce cas, l'ordre juridique global, considéré comme un « élément du pluralisme juridique mondial », est induit de l'existence d'une série de phénomènes relevant de la gouvernance économique mondiale qu'il n'est soit pas aisé d'expliquer sous l'angle d'un seul ordre juridique, soit qui échappent en partie à une lecture positiviste du droit[1805]. Confondant pluralité de normes au sein d'un système et pluralité de systèmes au sein d'un champ social déterminé[1806], cette approche quelque peu simplificatrice est parfois reprise par des praticiens :

> « [c]es *deals* de justice font de l'entreprise un relais du pouvoir des États par le truchement et sous l'impulsion du plus puissant d'entre eux. Cela n'est possible qu'à la condition d'utiliser le plus intelligemment possible la puissance de son marché. Il s'agit d'un pouvoir indirect, mais qui est partiellement orienté vers la construction d'un nouvel ordre mondial. Ce nouvel ordre juridique global n'est plus un ordre dans lequel l'État était séparé de la société civile et des entreprises, avec lesquelles il ne communiquait que par les formes juridiques, comme la loi, qui réclamaient une obéissance passive. Aujourd'hui, c'est par l'intermédiaire du marché et sous la forme de pressions – aussi bien positives que négatives – qu'il communique avec des entités économiques gigantesques, dans la perspective de les contraindre à honorer des objectifs de justice, extra-économiques donc »[1807].

[1804] MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé (2003) », *op. cit.* note 1766, pp. 63-64.

[1805] Sur cette approche en partie basée sur les travaux de Gunther Teubner, voir SNYDER Francis, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Droit et société*, n°54, 2003/2, pp. 443 et suivantes. La citation est extraite de la p. 444.

[1806] Dans le même sens, voir CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 26 septembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, p. 33.

[1807] GARAPON Antoine, MIGNON COLOMBET Astrid, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *RIDE*, t. XXX, n°2, 2016, p. 213.

Autrement dit, l'affirmation d'un ordre juridique global par la doctrine conduit essentiellement à une dilution de la définition de l'ordre juridique en tant qu'ordonnancement de normes. Le terme « juridique » est ainsi parfois associé, de manière peu rigoureuse, à l'expression « ordre global » entendue comme synonyme de « nouvel ordre mondial » pour tenter de désigner l'impact de ce dernier sur les rapports juridiques dans le monde. Ces incertitudes sont par ailleurs entretenues par l'utilisation de l'expression « *global order* » par la doctrine anglophone, et spécialement par les initiateurs du droit administratif global, sans qu'il soit toujours possible de déterminer s'ils l'entendent comme synonyme d'ordre juridique global ou d'espace global désignant une forme de pluralisme juridique[1808]. La frontière entre la philosophie juridique, la théorie du droit et le droit positif n'est à cet égard pas claire dans la doctrine s'intéressant à ces questions, de sorte qu'il en ressort une déformalisation sémantique – à défaut d'une déformalisation juridique, laquelle sert pourtant de point de départ de ces raisonnements. Il en découle également une perte de pertinence de la notion d'ordre juridique en tant que principal paradigme de compréhension du phénomène juridique, ce qui apparaît paradoxal puisque cette conséquence tend à valider, dans ces conditions, l'idée opposée selon laquelle la notion d'ordre juridique ne serait plus pertinente pour appréhender les conséquences de la globalisation. En effet, épurées d'un socle minimum de formalisme, ces réflexions sur l'ordre juridique global ainsi conçu font à la fois l'économie d'une réflexion sur les modes de production du droit et d'une analyse du caractère obligatoire, ou non, des normes énumérées. Dans ces conditions, l'idée d'ordre juridique global n'est d'aucun secours pour étudier la manière dont l'obligatoriété des normes de droit administratif global varie, ni les éventuelles raisons systémiques de cette variabilité. Si ces propositions doctrinales doivent donc être accueillies avec une certaine prudence critique, il faut noter que la doctrine soutenant la position inverse n'est parfois pas plus convaincante.

2. Les lacunes des travaux négateurs de l'existence d'un ordre juridique global

531. ***Plaidoirie en faveur de l'abandon de l'idée d'ordre juridique et contestation de l'ordre juridique global.*** Les auteurs opposés à l'idée d'un ordre juridique global n'apportent pas systématiquement d'arguments de nature à contribuer au débat sur les rapports entre la

[1808] Voir par exemple KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/1, *Global Administrative Law Series*, 2009, p. 38 ; ou encore KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit*. note 1767, p. 45 : « [i]n the global order, especially under a pluralist conception, states can be regarded as the center and thus as having a vital interest in policing the limits of any delegation to global administration ».

variabilité des normes de droit administratif global et ses sources. Dans la plupart des cas, la doctrine affirme l'inexistence d'un ordre juridique global sans réellement l'étayer soit du fait de l'absence de pertinence de cette argumentation pour leur propos[1809], soit du fait du caractère évident de cette conclusion[1810] ; ou bien, réduisant l'hypothèse à celle d'un État global ou mondial, elle constate son absence sans s'interroger plus avant[1811]. Au-delà de ces mentions, dont les conclusions sont partagées mais dont le raisonnement synthétique apparaît devoir être étayé par une démonstration, il est possible de distinguer deux catégories de travaux proposant une réflexion substantielle et aboutissant à l'affirmation de cette inexistence. Schématiquement, il s'agit d'une part des auteurs soutenant qu'il faut abandonner de manière générale l'idée d'ordre juridique ; d'autre part de ceux qui rejettent spécifiquement l'idée de l'ordre juridique global en suivant un raisonnement discutable.

532. ***Négation de la pertinence de la notion d'ordre juridique.*** En premier lieu, une partie de la doctrine acquise au droit global dénonce une déformation du raisonnement juridique, qui tend à considérer tout phénomène juridique à travers le prisme de l'ordre juridique. C'est ainsi naturellement « que les juristes abordent la question du droit global par celle de l'ordre juridique global »[1812], qui constitue selon Benoit Frydman une idée fondamentalement « statocentrée »[1813] dont il convient de s'écarter pour penser le phénomène juridique global. Ces arguments, qui ont été en partie examinés *supra*[1814], tracent une voie scientifique distincte de celle retenue par cette étude. En effet, Benoit Frydman reconnaît l'existence d'un lien de *dépendance* entre les sources du droit et la notion d'ordre juridique[1815], qu'il rejette toutes au sein d'une analyse qui n'est pas fondée sur l'obligatoriété des normes mais sur leurs effets

[1809] Par exemple, voir BEULAY Marjorie, *L'applicabilité des droits de l'homme aux organisations internationale*, Thèse de droit public soutenue le 9 décembre 2015, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p. 119 : « [s]ans que l'on puisse parler de la réalisation d'un ordre juridique global au sens strict et concret du terme, l'État s'efface progressivement au profit d'un « espace juridique global », d'une déterritorialisation des compétences, où il est de moins en moins l'acteur central, même s'il en reste un des acteurs principaux ». Dans ce cas, la mention de l'ordre juridique global indique que cette notion constitue une éventuelle « étape » future dont les composantes ne sont pas réunies, mais sert de support à la démonstration.
[1810] Par exemple, AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit*. note 1766, p. 135 : « [d]ans l'état actuel de la globalisation juridique, il serait aventureux de parler d'un « système juridique » global. Le droit travaillé par la globalisation est loin de constituer un système, avec son appareil formalisé d'organes, ses principes propres d'architecture normative… Nous éviterons donc d'utiliser cette formule prématurée ».
[1811] DYZENHAUS David, « Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law », IILJ Working Paper 2008/7, *Global Administrative Law Series*, 2007, p. 8. Sans questionner la définition du « *global legal order* », l'auteur recherche plutôt par quels moyens un *GAL* peut exister sans un tel État mondial.
[1812] FRYDMAN Benoit, « Comment penser le droit global ? », *in* CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 22.
[1813] *Ibid.*, p. 26.
[1814] Voir *supra*, §§13-16.
[1815] FRYDMAN Benoit, « Comment penser le droit global ? », *op. cit*. note 58, p. 26.

pragmatiques. En ce sens, les fondations de son analyse sont parfaitement contraires à l'hypothèse ici envisagée, selon laquelle les sources du droit administratif global sont nécessairement rattachées à un ou plusieurs ordres juridiques et qu'un ou plusieurs facteurs intervenant dans le processus conduit ou conduisent à la détermination de l'obligatoriété des normes produites. Cependant, bien que totalement opposées, ces vues se rejoignent sur un point : l'existence du diptyque sources / ordre(s) juridique(s) et de liens intrinsèques entre ces deux notions. Cette unité de conception valide, malgré le désaccord sur la portée et les conséquences de ce constat, la structure de la présente hypothèse et confirme qu'il est indispensable de se prononcer quant à l'existence ou non d'un ordre juridique global.

533. ***Négation de l'existence de l'ordre juridique global.*** La deuxième catégorie de travaux rassemble les auteurs qui affirment l'inexistence d'un ordre juridique global, souvent en réaction aux travaux de Sabino Cassese ou de la doctrine postulant l'inverse, non pour des motifs tournés contre la notion même d'ordre juridique mais pour des raisons liées à l'absence des conditions indispensables à l'existence d'un tel ordre. Si cette question semble absente des réflexions doctrinales anglophones, quelques auteurs francophones rompus au débat concernant l'existence ou non d'un ordre juridique de la *lex mercatoria* ont pu incidemment se prononcer sur ce point. Tel est notamment le cas de Pierre Mayer :

> « [p]our pouvoir parler d'ordre juridique global il faudrait que la société des humains de la terre entière se soit dotée d'une organisation globale. Celle-ci ne devrait pas se borner, comme le droit international public, à régler les rapports entre États. C'est elle qui devrait présider, directement ou indirectement, aux relations entre les membres de la société globale. Il en serait ainsi s'il existait un pouvoir issu de cette société, commandant à l'ensemble des tribunaux étatiques d'appliquer, dans les cas qu'il déterminerait, les règles de tel ou tel État, et à l'ensemble des organes de contrainte de mettre à exécution les jugements ainsi rendus. Or un tel pouvoir n'existe pas ; les ordres juridiques étatiques sont indépendants les uns des autres, et la coordination entre eux, quant au sort des individus, dépend du bon vouloir de chacun »[1816].

Une telle position n'apparaît que partiellement exacte. À la lumière des développements précédents, il est ainsi possible de dégager les traces d'un pouvoir de la société civile, bien que celui-ci ne puisse commander – en des termes juridiques contraignants – aux tribunaux étatiques ; la meilleure démonstration en est sans doute sa prise en compte au sein du processus de création du droit administratif global[1817]. De la même manière, il convient de relativiser la

[1816] MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé (2003) », *op. cit.* note 1766, p. 64.
[1817] L'influence de la société civile dans l'expression du besoin social, source matérielle traduite en droit positif par l'intermédiaire des sources formelles du droit administratif global, a été démontrée *supra*, Deuxième Partie, Titre Premier, Chapitre 1.

position strictement volontariste de la coordination entre les ordres juridiques étatiques. Le développement de modes systémiques de production du droit administratif global a en ce sens montré que la volonté étatique, bien que demeurant prépondérante ou à tout le moins présente, s'estompait parfois face à certaines pressions juridiques extérieures. En outre, Pierre Mayer ne semble contester qu'une vision de l'ordre juridique global qui correspondrait à l'ordre juridique international enrichi d'un pouvoir de la société civile. Ce faisant, l'auteur réduit l'« ordre juridique global » critiqué à l'élargissement des auteurs du droit international interétatique et à un changement paradigmatique de ce droit pour tenir compte des droits des individus. Or, telle ne semble pas être la vision de Sabino Cassese. À notre connaissance, il apparaît donc qu'aucune étude doctrinale d'ampleur n'a sérieusement envisagé, par une démonstration complète, l'existence positive d'un ordre juridique global.

B. L'inexistence de l'ordre juridique global, facteur structurel d'indétermination de l'obligatoriété du droit administratif global

534. ***Absence d'ordre juridique global.*** La définition de l'« ordre juridique » varie selon les auteurs et ne fait pas consensus. Cependant, il est possible d'en dégager deux grandes visions que l'on peut qualifier de normativiste d'une part, et d'institutionnelle d'autre part. Pour déterminer la possibilité de l'existence d'un ordre juridique global, il faut « tester » le phénomène juridique global à la lumière de chacune de ces approches. Il en ressort que la première manière de définir l'ordre juridique ne peut qu'aboutir à la négation de l'existence de l'ordre juridique global (1). Plus ouverte aux phénomènes non étatiques, la définition institutionnelle de l'ordre juridique paraît *prima facie* permettre de révéler les fondements d'un ordre juridique global. Toutefois, cette présomption ne résiste pas à l'analyse, laquelle met cependant en lumière les raisons structurelles de la variabilité de l'obligatoriété des normes étudiées (2).

1. L'inexistence de l'ordre juridique global au regard des théories normativistes

535. ***Défaut de pertinence de l'approche kelsénienne.*** Contrairement à la distinction qui est ici proposée, la doctrine contemporaine identifie parfois trois principales représentations de l'ordre juridique : la vision normativiste de Hans Kelsen (1881-1973)[1818], l'école

[1818] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2ème édition, traduction de Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 496 p. La première édition de l'ouvrage, parue en 1934, avait pour titre *Reine Rechtslehre* ; la traduction concerne la seconde édition parue en 1960.

institutionnaliste de Santi Romano (1875-1947)[1819], et l'école analytique de Herbert L. A. Hart (1907-1992)[1820]. Comme l'indiquent Georges Abi-Saab et Maryline Grange qui dégagent cette catégorisation[1821], « ces théories se complètent heureusement pour capter les différentes facettes de la notion » d'ordre juridique[1822]. Cependant, l'approche kelsenienne paraît d'emblée mal adaptée à la recherche d'un ordre juridique global. Pour l'éminent auteur autrichien, l'ordre juridique se définit en effet essentiellement par ses *normes*, et plus précisément comme un ensemble cohérent de normes articulées autour d'une structure pyramidale[1823]. Une telle structure étant assurément introuvable sur la scène globale, une recherche sous cet angle n'aboutirait, au mieux, qu'à admettre l'existence d'un ordre encore plus « primitif » que l'ordre international[1824].

536. ***Théories proches du normativisme.*** D'autres visions, cherchant à combiner plusieurs théories, peuvent néanmoins être rapprochées de la définition normativiste sans en relever pleinement pour autant. Bien que se positionnant parmi les théories selon lesquelles « l'ordre juridique n'est pas réductible à un ensemble de règles »[1825], ces visions accordent une importance prépondérante aux normes d'organisation structurelles dans la définition de l'ordre juridique et, par conséquent, à l'existence d'une structure prédéterminée. Tel est par exemple le cas de la méthode d'identification proposée par Rémy Libchaber, qui se défend de la vision normativiste[1826] mais insère finalement dans ses critères constitutifs – et cumulatifs – au moins une norme et des éléments de définitions statiques de l'institution. L'auteur, qui voit avant tout dans l'ordre juridique « une construction pédagogique, et non une réalité juridique »[1827], estime qu'il y a ordre juridique dès lors qu'un certain nombre d'éléments peuvent être identifiés :

[1819] ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2. ed. con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1946, 190 p. Pour la traduction française, voir ROMANO Santi, L'ordre juridique, 2ème édition, traduction de Pierre GOTHOT et Lucien FRANÇOIS, Paris, Dalloz, 2002, 214 p. Une première édition était composée de deux ouvrages non traduits parus en 1917 et 1918.
[1820] HART Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961. Pour la traduction française de la seconde édition parue de 1994, voir HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, Deuxième édition augmentée, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 334 p.
[1821] ABI-SAAB Georges, GRANGE Maryline, « Repenser la notion d'ordre juridique », *in* BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 483-487.
[1822] *Ibid.*, p. 482.
[1823] Voir *ibid.*, pp. 483-484.
[1824] *Ibid*., p. 491.
[1825] CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », *in* CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 9. L'auteur évoque en l'espèce la pensée de Santi Romano.
[1826] LIBCHABER Rémy, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 199 : « [l]'ordre juridique est une réalité institutionnelle, et non un ordonnancement de règles de droit ». Il peut paraître excessif d'associer l'auteur aux théories normativistes ; il n'en demeure pas moins que son positionnement spécifique sur la question des critères constitutifs de l'ordre juridique en paraît plus proche que des théories institutionnalistes abordées *infra*.
[1827] *Ibid.*, p. 198.

> « [d]es sujets de droit, une charte organisatrice ou, *a minima*, une conception organisatrice de base en vertu de laquelle les sujets abdiquent une part de leur liberté ; des pouvoirs d'impulsion, dont les décisions seront obligatoires ; d'autres pouvoirs, d'apaisement, susceptibles de trancher les conflits quelle qu'en soit la nature, sans que leurs décisions soient elles-mêmes contestables. Telle est l'épure de l'ordre juridique : chacune de ces instances peut être plus ou moins élaborée ; toutes sont nécessaires au développement d'un ordre tant soit peu constitué »[1828].

En d'autres termes, l'auteur dégage quatre conditions de tout ordre juridique élémentaire : des sujets, une organisation engageante, des pouvoirs de commandement et des pouvoirs d'apaisement des conflits[1829]. Les idées d'une charte et de « pouvoirs » de commandement et de règlement des différends ne sont toutefois pas sans faire écho à la théorie kelsénienne, épurée de ses dimensions pyramidale et statique toutefois. D'ailleurs, si Rémy Libchaber n'est pas fondamentalement hostile aux théories pluralistes[1830], il « doute volontiers qu'il y ait un ordre des marchands internationaux »[1831] et se positionne ainsi clairement parmi les négateurs d'une *lex mercatoria*, bien qu'admettant l'existence d'un « phénomène juridique peu négligeable »[1832].

537. ***Absence d'ordre juridique global au regard des théories normativistes.*** La combinaison des quatre éléments de l'ordre juridique global précités apparaît introuvable. Il est possible d'identifier des sujets, des instances de commandement décentralisées et des instances d'apaisement des conflits, sous réserver d'admettre – ce qui n'est pas aisé – que ces « pouvoirs » de commandement et d'apaisement des conflits ne sont pas omnipotents et peuvent être contredits par d'autres entités[1833]. De manière encore plus déterminante, il faut admettre que

---

[1828] *Ibid.,* pp. 203-204.

[1829] *Ibid*., p. 204 : « [p]ourquoi se limite-t-on à ces quatre instances ? Parce que la production du droit suppose une organisation dynamique, à laquelle chacun concourt à sa façon. L'important n'est pas que l'ordre juridique soit un lieu de droit : toute collectivité tant soit peu constituée en est un, ce que l'approche romaine avait identifié – *ubi societas, ibi jus*. L'essentiel est plutôt que le discours du droit n'est pas figé : il ne s'agit pas de le considérer comme un stock constant de règles d'emblée fixées, dont on observerait le jeu inchangé au sein de la communauté. Si le droit se limitait à cela, une charte constitutive suffirait à en déterminer le contenu ! Ce qui n'est pas le cas : des règles inédites surgissent au contact des besoins nouveaux ; d'autres disparaissent quand elles perdent leur nécessité sociale ; toutes sont constamment interprétées et par là même transformées, ce qui en renouvelle la signification ».

[1830] *Ibid.*, p. 95.

[1831] *Ibid.*, p. 258.

[1832] *Ibid.*, p. 259.

[1833] L'on pense par exemple, dans le cadre du droit administratif global, aux interactions entre le Conseil de sécurité des Nations Unies et la Cour de Justice de l'Union européenne. Il faut noter que le modèle de Rémy Libchaber présente également, et plus généralement, des limites face à la juridictionnalisation du droit international, qui peut amener plusieurs instances internationales à se prononcer sur un même sujet et éventuellement à se contredire. L'on pense en particulier au dialogue entre juridictions internationales « générales » et « régionales » en matière de droits de l'homme ; sur la question, voir par exemple EL BOUDOUHI Saïda, « L'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme ? », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 277-299, spéc. pp. 284-285.

l'existence d'une charte organisatrice ou même d'éléments organisateurs de la gouvernance globale fait singulièrement défaut. Sous cet angle, il n'est possible que de conclure à l'absence d'ordre juridique global. Le constat mené à partir des théories institutionnalistes ne permettent pas d'aboutir à un résultat différent.

2. L'inexistence de l'ordre juridique global au regard des théories institutionnalistes

538. ***Souplesse de la théorie institutionnaliste.*** Pour Santi Romano, la notion d'ordre juridique s'identifie à celle d'*institution*, entendue comme tout groupe social organisé[1834]. En ce sens, l'État n'a pas le monopole de l'érection d'un ordre juridique ni, par ricochet, du droit, ce qui correspond à l'approche pluraliste adoptée dans cette recherche. Toutefois, sa définition simplifiée de l'ordre juridique a pu être critiquée comme étant trop imprécise et, à l'inverse de la théorie kelsénienne, éloignée des normes au profit de leur enveloppe – l'institution :

> « dans sa démarche justifiée pour prouver que le droit ne se réduit pas à la norme, il est allé trop loin dans la minimisation du rôle des normes dans l'ordre juridique. Le cas limite d'un ordre juridique sans normes, aussi primitif et archaïque soit-il, me paraît impossible. Car un tel ordre contiendrait au moins quelques normes, ne serait-ce que celles désignant l'oracle ou le juge, et imposant aux justiciables le respect de ses énoncés ou de son jugement. En d'autres termes [...] les institutions et processus juridiques peuvent toujours être transcrits en termes normatifs »[1835].

Il convient d'admettre qu'ainsi dépouillée de toute dimension normative, la notion d'ordre juridique devient parfaitement malléable et utilisable dans tout contexte, de sorte que les critiques adressées à Sabino Cassese et à la doctrine entretenant une forme de dilution de la notion d'ordre juridique peuvent, dans une certaine mesure, être adressées à la pensée de Santi Romano. Il demeure que sa théorie présente *in abstracto* la souplesse nécessaire pour envisager l'existence d'un ordre juridique global, sous réserve d'être enrichie pour répondre aux critiques justifiées de la doctrine.

539. ***Enrichissement de la théorie institutionnaliste.*** Tenant compte de ces débats, Franck Latty fait ainsi appel à la théorie des règles primaires et secondaires de Herbert L.A. Hart[1836]

[1834] ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, *op. cit.* note 1819.
[1835] ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987-VII, vol. 207, p. 114. Voir par ailleurs pp. 111-114 pour un exposé synthétique et critique de la théorie de Santi Romano.
[1836] HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* note 1820.

pour proposer une étude de la *lex sportiva*[1837]. La théorie de l'ordre juridique de Hart repose pour sa part sur

> « une distinction aussi simple que séduisante entre ce qu'il appelle les « règles primaires d'obligation » (*primary rules of obligation*), en d'autres termes les règles de conduite qui prescrivent le comportement exigé des sujets de droit ; et les « règles secondaires » (*secondary rules*), qui régissent le cycle de vie et la mise en œuvre des règles primaires, c'est-à-dire la structure, les fonctions et les modalités de fonctionnement du système juridique lui-même. Ce sont donc des règles qui ont pour objet le système juridique et non pas le comportement des sujets du droit, car elles codifient sa composante institutionnelle : sa structure, ses mécanismes et ses processus ; des « règles sur les règles » telles qu'elles ont été décrites par les jurisconsultes musulmans il y a plus d'un millénaire, ou des « règles d'organisation » selon une certaine doctrine italienne »[1838].

Évitant opportunément les lacunes de celle de Santi Romano[1839], la théorie de Hart lui permet ainsi de conclure qu'il suffit de « constater la combinaison entre règles primaires et règles secondaires au sein des normes de la fédération internationale [sportive] pour démontrer à coup sûr l'existence d'un ordre juridique »[1840]. Cette position théorique paraît globalement acceptée par la doctrine contemporaine ouverte au pluralisme. Les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de la théorie du pluralisme institutionnel, tel qu'augmenté par le recours à la théorie hartienne, reposent en effet soit sur le rejet pur et simple du modèle pluraliste, soit sur des doutes, du fait de leur incomplétude, quant à la qualité d'ordres juridiques des systèmes étudiés[1841].

540. ***Absence d'ordre juridique global au regard des théories institutionnalistes.*** L'analyse du droit administratif global sous l'angle de cette définition de l'ordre juridique ne peut, cependant, que difficilement convaincre de l'existence d'un ordre juridique global. L'existence d'une *institution* au sens de Santi Romano peut être avancée, dans la mesure où elle ne nécessiterait pas de charte organisatrice : les relations entretenues entre les entités globales, la société civile et les auteurs du droit administratif global peuvent à ce titre être considérées

[1837] LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, Leiden / Boston, 2007, 849 p.
[1838] ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *op. cit*. note 1835, p. 115.
[1839] Suivant une critique qui avait été notamment été adressée à S. Romano par N. Bobbio ; voir BOBBIO Norberto, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, traduit par Michel Guéret, Bruxelles / Paris, Bruylant / LGDJ, 1998, pp. 159 et suivantes ; MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé (2003) », *op. cit.* note 1766, pp. 40-47.
[1840] LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, *op. cit*. note 1834, p. 52.
[1841] Ainsi certains auteurs dénient-ils la qualité d'ordre juridique à la *lex mercatoria*, sur le double fondement de son caractère incomplet et de l'absence de tiers médiateur élaboré et apte à générer une forme de jurisprudence autour de ses règles – ce qui revient en partie à admettre la définition de l'ordre juridique proposée par Rémy Libchaber. Outre les références déjà citées *supra* à ce propos (voir en particulier *supra*, note 1831), voir notamment KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 184.

comme constitutives d'un groupe social, à l'instar d'une « société globale »[1842]. La cohérence générale de leurs interactions, qui n'apparaissent pas totalement anarchiques mais demeurent ordonnées – selon des règles très éparses et diverses toutefois – pourrait également être considérée comme une forme primitive d'*organisation* répondant au critère particulièrement souple de Santi Romano. De manière plus probante et au terme de l'étude menée plus tôt, il est aussi possible d'affirmer l'existence d'un corpus normatif de droit administratif global constitué des normes de transparence, participation, audit, *etc*. Ces deux premiers critères peuvent donc, sous réserve d'adopter une appréhension flexible de l'*institution*, être considérés comme établis. Toutefois, le critère supplémentaire dégagé par Hart fait défaut s'agissant du droit administratif global. Pour l'auteur britannique, l'existence de règles secondaires de reconnaissance, de changement et d'adjudication est indispensable à l'identification d'un ordre juridique :

> « [i]l y a, par conséquent, deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. D'une part, les règles de conduite qui sont valides selon les critères ultimes de validité du système, doivent être généralement obéies, et, d'autre part, ses règles de reconnaissance déterminant les critères de validité juridique, ainsi que ses règles de changement et de décision doivent être effectivement admises par ses autorités comme constituant des modèles publics et communs de la conduite qu'elles adoptent en cette qualité » [1843].

Il apparait que ces règles secondaires, à l'évidence introuvables de manière systématique au niveau global, constituent justement les normes recherchées par ces développements, et celles qui ont précédemment fait défaut pour déterminer le lien entre sources du droit administratif global et obligatoriété des normes produites. Il en ressort ainsi que le lien recherché est le même que celui qui permettrait, s'il était établi, d'établir l'existence de l'ordre juridique global. Ce sont à la fois l'absence d'ordre juridique global et l'absence de lien entre les sources et l'obligatoriété du droit administratif global – qui constituent donc un élément unique – qui contraignent les entités globales à se reporter aux ordres juridiques pertinents, et qui renforcent l'indétermination structurelle des normes de droit administratif global. Il faut donc conclure qu'il manque à l'hypothèse de l'ordre juridique global une organisation en « ordre », c'est-à-dire des normes relatives à sa structure, pour la valider ; en ce sens, l'ordre global se rapproche,

[1842] De manière plus large encore, Sabino Cassese évoque une « « communauté » globale » (CASSESE Sabino, « L'ordre juridique global », *op. cit.* note 1766, p. 8).

[1843] HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* note 1820, p. 116. Voir égaement la synthèse de Georges Abi-Saab : « [c]es règles secondaires relatives au cycle de vie et à la mise en œuvre des règles primaires sont de trois ordres : une « règle de reconnaissance » par laquelle le système juridique reconnait les siens, c'est-à-dire identifie les règles qui lui appartiennent ; des « règles de changement » relatives aux sources du droit ; et des « règles d'adjudication » qui s'attachent à l'application des règles générales aux situations concrètes ainsi qu'à la sanction de ces constatations. Or ce qui fait, de l'intérieur d'un système juridique, son caractère propre et spécifique, ce sont ses mécanismes de gestion juridique et les modalités de leur fonctionnement » (ABI-SAAB Georges, GRANGE Maryline, « Repenser la notion d'ordre juridique », *op. cit.* note 1821, p. 487).

en l'état, des ordres juridiques primitifs, dont la structuration a historiquement permis l'évolution vers les ordres juridiques modernes et qui ne peuvent, de nos jours, être qualifiés comme tels[1844]. La contribution de l'existence de l'ordre juridique global à la clarification de la capacité des sources du droit administratif global à générer des normes obligatoires, est, d'un autre côté, pleinement démontrée ; mais elle demeure théorique.

Conclusion du chapitre 1.

541. ***Synthèse.*** Ce chapitre avait pour objectif de rechercher les *effets* des sources du droit administratif global sur le caractère obligatoire des normes produites. La démarche permettant de conclure à l'absence de lien déterminant entre une source et l'obligatoriété de la norme en découlant a permis de montrer que ce caractère était conditionné par les ordres juridiques au sein desquels le droit administratif global est formé. Cependant, ces explications ne suffisent pas à justifier la grande variabilité de l'obligatoriété des normes de droit administratif global, d'autant que des interactions entre les sources apparaissent de manière évidente au cours de la recherche, et que leur multiplication revêt des effets tangibles sur cette obligatoriété. La recherche d'un cadre juridique de ces interactions révèle l'existence d'un espace administratif global, cette notion devant être considérée dans un sens différent de celui adoptée par la doctrine du *GAL* pour tenir compte de ses limites et lacunes. La capacité des sources à générer des normes de droit administratif global obligatoires est donc conditionnée par l'existence de cet espace administratif global et par leurs interactions en son sein. Celles-ci répondent à des constantes identifiables qui font resurgir la figure étatique au premier rang des acteurs du droit administratif global. L'existence de ces constantes structurant les interactions des sources au sein de l'espace administratif global ne peut cependant pas être théorisé sous l'angle d'un hypothétique l'ordre juridique global. Malgré les positionnements favorables à son existence de la part de certains auteurs et la tentation de le conceptualiser, l'ordre juridique global demeure en effet strictement introuvable en droit positif ; tout au plus pourrait-il être considéré comme en début de gestation.

542. ***Perspectives de l'étude.*** Il ressort de ce qui précède qu'une théorie des sources limitée à l'examen d'un ordre juridique est insuffisante pour expliquer l'entièreté des caractéristiques des

[1844] HALPÉRIN Jean-Louis, « Quels rapports entre les ordres juridiques avant l'avènement du droit international ? », *in* BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit*. note 1821, pp. 127-128.

normes qu'elles produisent. Par ailleurs, il vient d'être montré qu'une théorie des sources pouvait exister et s'avérer utile en l'absence d'ordre juridique centralisateur ou unificateur : une structure basique telle qu'un *espace administratif* suffit à identifier le cadre des interactions entre les foyers de création du droit, à en proposer une lecture structurée ainsi qu'à contribuer à expliquer les effets – en termes d'obligatoriété – des normes produites. Il apparait à cet égard indispensable de replacer systématiquement les sources du droit dans leur contexte pour analyser leurs effets et la structure de leurs interactions. C'est au prix de cet enrichissement que la théorie des sources permet d'intégrer une évaluation des degrés d'obligatoriété des normes produites, et de participer à une meilleure connaissance du droit qu'elle structure. Pour autant, l'analyse des effets des sources du droit administratif global ne saurait s'achever sur cette conclusion. Le caractère obligatoire des normes de droit administratif n'est, incontestablement, que l'un des effets possibles des sources – dont on a vu qu'il était en vérité un effet des *interactions* de ses sources et non de ces dernières directement. Pour optimiser le produit d'une analyse systémique des sources du droit administratif global, il convient donc d'achever cette étude par l'observation de leur capacité à produire des normes *effectives*.

CHAPITRE 2. LA CAPACITE DES SOURCES FORMELLES A GENERER DES NORMES EFFECTIVES

543. ***Objet du chapitre.*** La variabilité de l'obligatoriété – voire *des* obligatoriétés – des normes produites par les sources du droit administratif global invite à approfondir la recherche des effets de ces sources. Sans aller jusqu'à considérer que le caractère obligatoire de la norme constitue la preuve de sa faiblesse intrinsèque et qu'il intervient en conséquence en dernier lieu parmi la palette des effets normatifs[1845], il faut admettre que ce caractère n'est que *l'un* des effets possibles de la norme de droit administratif global. Il convient donc, et enfin, d'examiner ses autres effets, sous l'angle de la mesure dans laquelle ses modes de formations les influencent. Comme le rappelle Hervé Ascensio à propos du *soft law* en droit international,

> « [l]a question n'est plus tant de savoir si l'accord est un traité ou un acte concerté non contraignant, mais de savoir quelle combinaison de traités, d'actes unilatéraux, d'accords informels, de standards à destination des praticiens constitue un régime juridique suffisamment mûr et efficace »[1846].

La maturité et de l'efficacité d'un régime juridique se mesurent à ses effets dans la « réalité ». L'impact des normes sur celle-ci, au-delà de leur obligatoriété, est généralement désigné par le terme « effectivité » de la norme[1847], bien que de nombreuses divergences quant au sens à lui accorder puissent être relevées : « largement utilisée par la doctrine, la notion d'effectivité n'en est pas moins particulièrement fuyante »[1848]. La doctrine apparaît en effet embarrassée par la question de l'effectivité, souvent présentée comme un « dilemme » quant à la mesure dans

[1845] Voir ainsi BRUNET François, « Le développement du *soft law* en droit interne », *in* DEUMIER Pascale, SOREL Jean-Marc (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, p. 139 : « [l]a contrainte vient, en tant que de besoin, seconder le système normatif, sans pour autant s'y substituer. L'usage de la contrainte est même plutôt la pathologie du normatif : s'il est nécessaire d'avoir recours à la contrainte, cela révèle une faiblesse de la normativité du droit, qui n'est pas parvenu à ses faire respecter par ses propres moyens ».

[1846] ASCENSIO Hervé, « La *soft law*, nouvel objet ou nouvel intérêt ? Le point de vue d'un internationaliste », *ibid.*, p. 100.

[1847] En ce sens, le *Dictionnaire de droit international public* la définit comme le « [c]aractère de ce qui existe en fait. Qualité d'une situation juridique qui correspond à la réalité […] » (SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 411, entrée « effectivité »).

[1848] BÉTAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse de droit public soutenue le 7 décembre 2012, Université de Limoges, p. 14. Pour une synthèse sur l'évolution de la notion d'effectivité juridique dans le temps, voir pp. 1-7 ; pour des éléments plus développés, COUVEINHES MATSUMOTO Florian, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 14-33. Pour une analyse historique de la notion sur le plan philosophique, voir *ibid.*, pp. 5-14.

laquelle celle-ci détermine, ou non, l'existence[1849], la validité[1850] ou encore l'application du droit[1851]. Comme l'indique Julien Bétaille, s'interroger sur l'effectivité de la norme conduit « à examiner son degré d'influence sur les faits, étant entendu que le respect de la norme ne correspond pas systématiquement à son effectivité »[1852]. Pour lui, l'effectivité de la norme est ainsi « le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »[1853]. Ce propos rejoint les constats opérés par la doctrine s'intéressant à la science administrative en France :

> « [l]e transit par le droit, la formalisation juridique ne sont cependant pas une garantie d'*effectivité* de l'action publique. D'une part, les comportements administratifs sont assortis d'une marge d'incertitude. Le fonctionnaire chargé de l'application n'est pas en effet un simple exécutant passif : il dispose toujours d'un éventail de choix possibles […] ; l'attitude concrète adoptée dépendra des dispositions et intérêts des agents en cause, ainsi que du contexte singulier d'interaction avec l'assujetti. D'autre part, les comportements sociaux dépendront à la fois de l'appréciation portée sur la réglementation (positive / neutre / négative), de la marge de manœuvre qu'elle autorise (rigide / manipulable) et des moyens prévus pour son application (sanctions / récompenses) »[1854].

[1849] Sur ce point et sous l'angle de la sociologie du droit, voir CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition, Paris, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, réédition de l'édition parue chez LGDJ en 2001, p. 136, selon lequel il faut « éviter les pièges d'une pure et simple idolâtrie du fait. Se borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse ». Voir également pp. 144-145 : « quel est le taux maximum d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit ? Il est probable que nos préjugés normatifs nous le font placer trop bas ».

[1850] Telle est la position de Kelsen, qui utilise le terme d'efficacité, dans la traduction française : « [l]'efficacité est une condition de la validité dans la mesure où une norme seule et un ordre normatif dans son entier perdent leur validité s'ils perdent leur efficacité ou la possibilité d'une efficacité ; et dans le cas de normes générales, cela signifie : si elles cessent d'être observées en gros et de façon générale, et d'être appliquées si elles ne sont pas observées » (KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, traduction de Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, Paris, PUF, 1996, p. 184). François Brunet rappelle, à ce propos, que « [c]onsidérer qu'un ordre normatif doit être « globalement effectif » pour être valide – c'est-à-dire pour être tout simplement –, c'est refuser de reconnaître une quelconque normativité à un ordre normatif dès lors que celui-ci est ineffectif […]. Que l'ineffectivité soit considérée globalement ou non, il semble assez clair que l'ineffectivité d'une norme ne suffit pas à entraîner sa disparition en tant que telle. La visée normative ne dépend pas de sa réalisation effective ou non : elle demeure comme visée, même lorsqu'elle est constamment bafouée » (BRUNET François, *La normativité en droit*, Paris, mare & martin, Bibliothèque des thèses, 2011, p. 121).

[1851] Voir par exemple DUBOUT Édouard, « *Être ou ne pas être (du droit) ?* Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », *in* BOUVERESSE Aude, RITLENG Dominique (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 87-119. L'auteur précise que « [d]'un côté, dans une perspective « normativiste », il est certain que le domaine du fait, ou de l'effectivité, ne saurait conditionner celui du droit. Le fait relevant de l'« être » (*Sein*) et la norme juridique du « devoir-être » (*Sollen*), un système de normes ne saurait découler de la réalité sans renoncer à l'idée même de normativité qui entend précisément influencer cette réalité. […] D'un autre côté, dans une posture plus « réaliste », ce que l'on désigne comme étant du droit ayant pour but de gouverner des relations humaines, c'est dans la réalité des faits qu'il convient de l'apprécier comme tel. […] Un système de normes totalement ineffectif ne pourrait prétendre être véritablement juridique. Dans cette conception, l'effectivité serait *inhérente* au droit » (pp. 87-88 ; l'italique est dans l'original).

[1852] BÉTAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op. cit*. note 1848, pp. 19-20.

[1853] *Ibid*., p. 22.

[1854] CHEVALLIER Jacques, « La science administrative et le paradigme de l'action public », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 279. L'italique est dans l'original.

544. ***Divergences quant à la définition de l'effectivité.*** D'autres auteurs distinguent quatre concepts différents d'effectivité : le « degré de réalisation du droit / d'une norme juridique dans la réalité sociale », les « chances de réalisation du droit / d'une norme juridique dans la réalité sociale », le « degré de conformité des normes inférieures du droit positif à un principe supérieur de droit positif » et, de manière minoritaire, l'« impact dynamique ou force de résonance d'une norme de droit positif sur d'autres normes du droit positif »[1855]. Toutes ces définitions sont satisfaisantes, bien que la première et la dernière apparaissent particulièrement adaptées à l'étude du droit administratif global. En effet, la deuxième définition proposée s'attache à des éléments prescriptifs peu compatibles avec l'analyse du droit positif, tandis que la troisième implique de mener l'observation depuis un système suffisamment structuré pour qu'un rapport de conformité hiérarchique puisse être identifié, puis « testé ». De manière ambitieuse, Florian Couveinhes Matsumoto considère enfin que l'enjeu d'une recherche sur l'effectivité en droit international n'est « rien moins que l'obtention d'informations sur l'épaisseur normative, l'autonomie et la cohérence de l'ordre juridique international dans certains de ses principaux rouages »[1856]. En introduisant une dimension systémique, cette approche de la notion d'effectivité suggère que son analyse peut d'une part ne pas être limitée à l'observation des effets d'une *norme* sur la réalité sociale qu'elle entend ou est censée réguler, et d'autre part être étendue pour constituer un outil d'analyse de la cohérence d'un ensemble normatif. Cette seconde dimension de ce terme – plutôt qu'« appréhension », puisqu'il s'agit principalement d'élever d'un degré le point d'observation de l'« effectivité » – paraît être particulièrement adaptée à l'étude du droit administratif global dont la cohérence est questionnable.

545. ***Plan de la section.*** Quelle que soit la ou les définitions retenues, l'analyse de l'effectivité du droit – ici du droit administratif global – soulève de redoutables problèmes méthodologiques, dès lors qu'elle implique de transcender, tout en l'incluant, la seule étude de son caractère obligatoire. Ces problèmes sont essentiellement liés à la difficulté qu'éprouvent les juristes à

[1855] HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », *in* FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, GAY Laurence, VIDAL-NAQUET Ariane (dir), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-59. Les citations sont empruntées au tableau récapitulatif, p. 59.
[1856] COUVEINHES MATSUMOTO Florian, *L'effectivité en droit international*, *op. cit*. note 1848, p. 38.

analyser les effets non-contraignants du droit, du fait de l'incontournable mobilisation de techniques non-juridiques[1857]. Ainsi, selon François Brunet,

> « on peut considérer que l'effectivité du droit n'est pas elle-même juridique, mais bien plutôt sociale (les effets sur les comportements), économique (les effets sur les échanges et les relations économiques), politique (les effets sur l'exercice du pouvoir), *etc*. Or voilà qui est de nature à bousculer la conception traditionnelle du droit, laquelle répute le droit autonome et, partant, trouve son critère dans la présence d'un effet *juridiquement* organisé, en général le prononcé d'une sanction juridique ou l'exercice d'une contrainte par une institution juridique. Si l'effectivité du droit doit être pensée comme extra-juridique […], alors l'analyse du *soft law* suppose du juridique qu'il accepte des excursions au-delà du droit proprement dit, afin de mesurer les effets extra-juridiques d'une norme juridique. Pour ce faire, il peut certes se laisser convaincre par d'autres spécialistes [...]. Plus modestement, le juriste peut se faire en quelque sorte « sociologue à la petite semaine », en estimant que les effets d'une norme sont « notables » parce qu'ils sont devenus trop manifestes pour être ignorés »[1858].

Tout en admettant que les outils de la science juridique atteignent leurs limites lorsqu'il est question d'analyser l'effectivité des normes de droit administratif global, il reste possible de mesurer le rapport que cette dernière entretient avec leurs modes de formation en cherchant à observer les effets les plus notables et évidents de ces normes[1859]. À cet égard, les différents sens conférés à la notion d'effectivité peuvent être sollicités, bien qu'il semble pertinent d'en adopter une vision souple ; sera ainsi considéré, de manière large, le degré d'influence de la norme de droit administratif global sur la réalité sociale. Au regard de ce qui précède, il convient d'abord, pour tenter d'identifier les liens entre les sources du droit administratif global et l'effectivité ainsi entendue des normes produites, d'observer les *normes* de droit administratif global et de rechercher la mesure dans laquelle leurs sources ont une influence, ou non, sur leur

---

[1857] Dans le même sens, et justifiant l'étude des *conditions juridiques de l'effectivité* plutôt que l'effectivité *stricto sensu*, voir BÉTAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op. cit*. note 1848, pp. 31-33. Voir également, sur la difficulté de la mesure de l'effectivité, GERRY-VERNIÈRES Stéphane, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012, pp. 154-155.

[1858] BRUNET François, « Le développement du *soft law* en droit interne », *op. cit.* note 1845, p. 142.

[1859] Certains auteurs distinguent clairement l'*effectivité* des *effets* : « [l]'effet juridique se distingue de la force contraignante puisqu'il existe en présence d'actes juridiques non contraignants. Mais l'effet juridique se distingue également de l'effectivité car l'existence d'un effet juridique ne permet pas de conclure que l'acte est effectif » (GERRY-VERNIÈRES Stéphane, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, *op. cit.* note 1857, p. 180). L'auteur précise que cette distinction est essentiellement de degré : « [s]i l'effet juridique est le premier jalon de l'effectivité, il ne saurait suffire à faire la preuve définitive de l'effectivité » (*ibid*., p. 151). Cependant, il faut noter que Mme Gerry-Verrière examine l'effectivité des *sources*, et non les normes – notamment lorsqu'elle précise que « déduire de l'effet juridique d'une source qu'elle est une source effective serait une conclusion incontestablement hâtive » (*idem*). La présente étude cherche à déterminer les *effets des sources*, et parmi eux leur impact sur l'*effectivité des normes* de droit administratif global. Pour une approche récente du « droit souple » en droit administratif français, l'analysant comme une source du fait des effets des normes générées, voir TESTARD Christophe, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *AJDA*, 2019, pp. 934-940.

degré d'effectivité[1860]. Cette analyse révèle l'existence, déjà entrevue au cours de l'étude, de stratégies dans le choix des sources du droit administratif global, mais également et plus « profondément », au sein même du processus de formation (**Section 1**). Cependant, il semble pertinent de ne pas se limiter à une conception purement *normative* de l'effectivité du droit administratif global. Il apparaît en effet qu'en étudiant non plus l'effectivité des normes considérées individuellement, mais celles des normes prises *dans leur ensemble*, c'est-à-dire de manière systémique, de nouvelles influences des sources peuvent être identifiées. Celles-ci démontrent que les modes de formation du droit administratif global déterminent également son effectivité en tant qu'ensemble normatif, et participent à le définir (**Section 2**).

SECTION 1. L'IMPACT DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL SUR SON EFFECTIVITE NORMATIVE

546. ***Politique des sources du droit.*** L'idée d'une « politique à l'égard des sources du droit »[1861] a été popularisée par Guy Ladreit de Lacharrière dans un ouvrage resté célèbre, notamment pour ses apports à la compréhension des rapports entre la politique et le droit international[1862]. Selon l'ancien juge à la Cour internationale de Justice,

> « au moment de se prononcer sur les sources du droit international […], un gouvernement pourrait fonder son évaluation sur les qualités que passent pour présenter ces différents modes de production du droit du point de vue de la promptitude de leur fonctionnement, la précision du résultat obtenu, l'efficacité probable des règles de conduites. Mais ces qualités techniques ne sont nullement décisives en fait. La position d'un gouvernement qui pèse sur les mérites relatifs des différentes sources de droit s'explique avant tout par deux éléments […] : le principe de subordination du droit aux intérêts nationaux et la distinction entre soi et les autres »[1863].

[1860] L'on distingue, à ce propos, l'effectivité de l'efficacité en ce que la première mesure les effets d'une norme de manière générale, tandis que la seconde détermine le degré d'adéquation des effets d'une norme par rapport aux buts qui lui étaient assignés. Sur ce point, voir HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », *op. cit.* note 1855, pp. 49 et suivantes, spéc. p. 52.

[1861] DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, pp. 23-62.

[1862] Voir par exemple, à propos de cet ouvrage, PELLET Alain, « Le Sage, le Prince et le Savant (À propos de « La politique juridique extérieure » de Guy de Lacharrière », *JDI*, n°2/1985, pp. 407-414 ; VIRALLY Michel, « Réflexions sur la politique juridique des États », *in Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, pp. 394-402 ; plus récemment, ALLAND Denis, « Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'État. Retour sur la politique juridique extérieure », *AFRI*, vol. XIII, 2013, pp. 555-563 ; KOLB Robert, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, 138 p. ; ou encore ALABRUNE François, « La politique juridique extérieure de la France », *in* GUILLAUME Gilbert (dir.), *La vie internationale et le droit*, Paris, Hermann, coll. Débat public de l'Académie des sciences morales et politiques, 2017, pp. 147-163. G. de Lacharrière n'est toutefois pas le premier à s'intéresser à ces rapports ; voir notamment BERLIA Georges, « Politique internationale et droit international », *JDI*, 1964, pp. 747-758.

[1863] DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, *op. cit*. note 1861, p. 23.

Cette observation concerne le choix des sources du droit international, et non du droit administratif global, mais tend à relativiser fortement l'intérêt d'une recherche sur la détermination de l'effectivité des normes par leurs sources. À en croire l'ancien haut fonctionnaire, la recherche d'efficacité et d'effectivité serait tout à fait secondaire dans la détermination de la source de droit privilégiée par un gouvernement. Récemment, François Alabrune, directeur des affaires juridiques du Ministère français des Affaires étrangères, indique pourtant que la France mène une « politique active et volontariste à l'égard des principales sources qui contribuent à la formation du droit international »[1864] et que parmi ces sources,

> « la France accorde une place privilégiée aux instruments conventionnels […] qui correspondent sans doute le mieux à sa vision du droit. Cette vision se caractérise par la recherche d'un droit clair et précis dans son contenu, sa portée et sa forme. Cette approche explique la prudence française à l'égard de ce que l'on qualifie de « droit mou » ou de « *soft law* » »[1865].

547. ***Choix et contenu du processus de formation.*** Il apparaît donc que, bien que secondaire, la perspective de voir un processus de formation de droit aboutir à des normes plus ou moins claires et effectives entre en considération dans le choix des sources du droit international. Aucune raison ne s'oppose à ce que cette conclusion puisse être généralisée aux sources du droit administratif global, et, par exemple, qu'un acte concerté non conventionnel soit préféré à une convention internationale – ou inversement – à fins de modulation de l'effectivité prévisible des normes formées. Sans ignorer que d'autres impératifs politiques, souvent inconnus, déterminent la plupart du temps ce choix, il est donc possible d'accorder un certain crédit à l'hypothèse selon laquelle la sélection d'un processus de formation n'est pas neutre. Cependant, cette absence de neutralité ne traduit pas nécessairement la recherche, par les auteurs de la norme, d'un degré d'effectivité prédéterminé (**I**). Mais, au-delà du simple choix de la source dont les conséquences sur l'effectivité apparaissent limitées, d'autres techniques visant à garantir l'effectivité des futures normes interviennent au cours de la « fabrication » de la norme. Ainsi, outre la *nature* du processus de formation, son *contenu* constitue également un outil d'ajustement de l'effectivité prévisible des normes produites (**II**).

[1864] ALABRUNE François, « La politique juridique extérieure de la France », *op. cit*. note 1862, p. 152.
[1865] *Idem*.

I. La difficile modulation de l'effectivité des normes par le choix du processus de formation

548. ***Facteurs d'effectivité et influence des sources sur l'ineffectivité.*** L'hypothèse selon laquelle il est possible de moduler l'effectivité des normes en agissant sur le choix de leurs sources peine malgré tout à convaincre. Seules des présomptions d'effectivité peuvent être dégagées ; et encore, celles-ci ne se vérifient pas systématiquement. Tel est le cas lorsque l'auteur de la norme – ou les auteurs, le cas échéant – fait le choix d'un processus dont il a de fortes raisons de penser qu'il aboutira à la génération de normes effectives (**A**). La plupart du temps pourtant, le choix du mode de formation de la norme n'a pas d'impact sur son effectivité, car celle-ci dépend d'autres facteurs. L'affirmation de Jean Carbonnier selon laquelle « [l]'effectivité, prise en elle-même, n'a pas d'histoire. C'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante »[1866] prend alors tout son sens. C'est ainsi en étudiant les relations entre les situations d'*ineffectivité* des normes du droit administratif global et leurs sources qu'il apparaît que ces dernières n'ont qu'une influence réduite sur l'effectivité des premières (**B**).

A. Le choix d'un processus impliquant une effectivité prévisible

549. ***Autorité de l'auteur et risque contentieux.*** La prévisibilité de l'effectivité d'une norme peut être évaluée à l'aune de plusieurs critères. L'un d'entre eux est l'autorité de l'auteur de la norme, qui peut être un élément mis particulièrement en valeur dans le choix du processus de formation du droit administratif global (1). La présence, ou non, d'un risque contentieux – non nécessairement juridictionnel – qu'impliquerait l'absence de suivi de la norme par ses destinataires constitue également un élément déterminant de l'effectivité d'une norme. Or, si ce risque paraît *prima facie* déconnecté de la question du *choix* de la source, il apparaît en réalité qu'il est possible de sélectionner des processus de formation incluant un certain risque contentieux, au service d'une plus grande effectivité des normes produites (2).

1. L'appui sur l'autorité de l'auteur de la norme dans l'ordre juridique concerné

550. ***Autorité du décideur et effectivité.*** Dans certains cas, l'effectivité du droit administratif global ne semble être due qu'à l'autorité de ses auteurs, qu'elle soit morale, politique ou

[1866] CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*. note 1849, p. 137.

juridique, et à la volonté qui s'y accole. Tel est en particulier le cas du droit administratif global généré de manière informelle ; l'on pense en premier lieu aux normes crées par le G20[1867], dont l'application n'est possible que parce que les chefs d'États concernés – ou les ministres le cas échéant – le *décident* et amènent diplomatiquement le contenu des accords sur le devant de la scène internationale et nationale. Un raisonnement *ad absurdum* permet aisément de s'en convaincre : en l'absence de tout formalisme, la probabilité pour que des normes de comportement adoptées par un regroupement d'individus ne disposant d'aucune autorité politique, morale ou juridique soient effectives au-delà des seuls membres du groupe est très faible. C'est la raison pour laquelle, en dehors des cas où les normes produites par de telles entités dépourvues d'autorité formelle sont intégrées par un nouveau processus formel au sein de l'ordonnancement juridique et acquièrent ainsi force obligatoire[1868], l'effectivité de certaines normes de droit administratif global découle en partie de l'autorité – souvent liée à la fonction – de leurs membres. Lorsque ces auteurs sont les dirigeants des plus grandes puissances internationales, cette autorité ne fait aucun doute. À une autre échelle, cette remarque est également valable s'agissant des normes de droit administratif global contenues dans les codes de conduite interne des grandes entreprises, y compris dans le cas où celles-ci ne seraient ni rédigées de manière à ce qu'elles soient comprises comme obligatoire au sein de l'ordre juridique de l'entité globale, ni contractuelles, ni juridiquement contraignantes du fait d'un ordre juridique de référence. L'autorité des auteurs des codes est en effet fréquemment mise en avant par des procédés communicationnels simples, en particulier lorsqu'ils sont préfacés ou introduits par le dirigeant ou la dirigeante de l'entreprise[1869], ou signés de sa main[1870]. Les normes de droit administratif global qui y sont contenues sont alors présentées comme découlant directement des valeurs du « collectif » de l'entreprise, représenté par la figure du dirigeant dont l'autorité est cependant rappelée par l'utilisation de formules traduisant l'existence d'un pouvoir décisionnel[1871].

[1867] Voir *supra*, §§240-241 et 493.

[1868] Tel est cas des diverses procédures d'habilitation de normes privées, comme celles de l'ISO, examinées *supra*, §487.

[1869] Voir par exemple SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, *Code de conduite du groupe*, 2016, Préambule signé du Directeur Général Frédéric Oudéa ; ou enocre RENAULT, *Charte éthique*, 2012, Avant-propos du Président Carlos Ghosn débutant ainsi : « Madame, Monsieur, Lors de la séance du 3 octobre 2012 le Conseil d'Administration de Renault a approuvé le texte de la Charte Éthique du Groupe ».

[1870] Voir par exemple EIFFAGE, *Code de Conduite des achats*, 2016, p. 4.

[1871] Pour ne prendre qu'un exemple, voir ROCHER, Code de conduite des affaires du Groupe Rocher, 2015, introduction signée par le Secrétaire Général Jean-Michel Garrigue et le Directeur du Risk Management Xavier Brégou : « nous avons décidé de formaliser et de porter à la connaissance de tous le Code de conduite des affaires du Groupe Rocher dont l'objet [...] vise à décrire, dans le cadre des politiques définies par les différents métiers, la manière dont le Groupe doit conduire ses activités économiques et son fonctionnement ».

551. ***Condition primaire et non unique de l'effectivité.*** Il convient toutefois de préciser que l'autorité n'est pas le seul élément entrant en considération dans l'effectivité des normes de droit administratif global précitées. Il n'est en effet pas niable que l'autorité de l'auteur d'une norme de droit administratif global formellement non-obligatoire ne suffit pas, à elle seule, à fonder son caractère effectif : sa *volonté* de la rendre effective est également indispensable. Si ces deux conditions sont cumulatives, la seconde intervient chronologiquement après la première. Ainsi, la volonté d'un groupe d'individus ne disposant d'aucune autorité pour faire appliquer une norme qu'il a créée ne peut conduire à aucune forme d'effectivité[1872] : son autorité doit préexister pour que cette volonté de rendre la norme effective entre en considération. À l'inverse, l'autorité reconnue d'un groupe d'individus ne présentant pas la volonté d'appliquer les normes non obligatoires qu'il a créées relève d'une autre problématique : il s'agit toujours d'ineffectivité, mais celle-ci est consciente et mesurée par les auteurs des normes[1873]. Autrement dit, l'autorité est une condition primaire de l'effectivité de la norme, tandis que la *volonté* des auteurs en est une modalité secondaire. D'autre part, l'autorité de l'auteur de la norme n'est une condition de son effectivité que lorsqu'il existe un déséquilibre politique et/ou juridique entre le détenteur de l'autorité et les destinataires des normes – sans qu'il en résulte pour autant et nécessairement un caractère obligatoire. En d'autres termes, il s'agit principalement des cas où le mode de production du droit administratif global est unilatéral sans que la norme soit formellement obligatoire au sein de l'ordre juridique concerné, ou, parfois, des situations où la source des normes est externe, à l'instar des actes du G20 et d'autres réseaux informels similaires. En ce sens, la mobilisation d'une source unilatérale du droit administratif global entraîne une effectivité fondée en premier lieu sur *l'autorité* puis la *volonté* de l'auteur de la norme. Il en découle qu'au moment du choix du mode de production de la norme de droit administratif global en formation, les entités globales dont l'autorité sur les destinataires de la norme est bien établie mobiliseront utilement la source unilatérale, tandis que d'autres auront plus volontiers recours, par exemple, à la source plurilatérale écrite pour garantir une effectivité fondée sur d'autres éléments. L'un d'entre eux réside dans le risque contentieux parfois prévu conventionnellement.

[1872] Pour une illustration fictive, l'on peut penser à une ONG militante composée d'une dizaine de personnes non reconnues comme spécialistes de leurs domaines, qui adopterait des normes relatives à la consultation systématique des populations *via* Internet préalablement à toute prise de décision au sein des organisations internationales.
[1873] Voir *infra*, §560.

2. L'appui sur la prévisibilité du risque contentieux

552. ***Existence d'une juridiction interne ou internationale.*** Il est un lieu commun de rappeler que la sanction est une des conditions de l'effectivité du droit – et non de son existence, sauf à considérer que le terme « sanction » désigne toute sorte de conséquence produite par un énoncé[1874]. Dans la mesure où la sanction contentieuse de la loi interne est généralement prévue devant les tribunaux nationaux, le choix de cette source de droit administratif global apparaît comme entraînant une effectivité intrinsèque. Une entité globale privée, comme une entreprise, qui ne respecte pas les normes de droit administratif global obligatoires issues de source législative ou règlementaire interne[1875], court ainsi un risque important de se voir sanctionnée au contentieux par un tribunal ou une autorité administrative indépendante[1876], qu'il n'est pas utile de développer tant les exemples sont nombreux et évidents[1877]. La loi est donc un mode de production du droit entraînant une effectivité particulièrement « prévisible »[1878] du droit administratif global. Au-delà des cas du droit interne et des droits internationaux ou régionaux prévoyant un système institutionnalisé et généralisé de sanction garantissant une effectivité prévisible – selon des degrés de garantie variables –, il peut néanmoins paraître douteux qu'un lien entre une source de droit et des normes établissant un mécanisme contentieux puisse être établi.

[1874] Voir sur cette question BRUNET François, *La normativité en droit*, *op. cit*. note 548, pp. 184-185. L'auteur distingue la contrainte de la sanction et considère que « toute norme est toujours, d'une façon ou d'une autre, attachée à une forme de sanction, au sens où la sanction serait la prévision de quelque *conséquence* attachée à un devoir-être. Or, penser la normativité est penser les conséquences du devoir-être, puisque la normativité est la capacité d'un énoncé à produire des conséquences. Il devient donc extrêmement difficile de concevoir une norme sans qu'à cette norme soit attachée une certaine sanction. […] [L]a sanction peut être considérée comme consubstantielle à la normativité juridique, si du moins l'on accepte d'entendre par sanction toute forme de conséquence attachée à la norme » (p. 184, l'italique est dans l'original).

[1875] Voir les développements *supra*, chapitre 4, à propos de ces sources.

[1876] L'on songe en particulier au cas de la CNIL, qui a par exemple condamné Google pour non-respect du droit des données personnelles ; voir *supra*, §166.

[1877] Voir également les développements relatifs au rôle du juge interne, *supra*, chapitre 4.

[1878] Celle-ci n'est en effet pas toujours acquise, la doctrine interne étudiant de longue date les cas d'ineffectivité du droit interne. Voir ainsi CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*. note 1849, pp. 136-148, évoquant notamment « l'impuissance des lois » (p. 136). Pour des illustrations récentes en droit français, voir par exemple ALBERTINI Pierre, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, Essais, 2015, pp. 158-159 (pour une perspective historique concluant à la difficulté de déterminer si la loi est « plus ou moins bien obéie aujourd'hui qu'en 1950 ou 1850 ») et p. 298 où l'auteur prend les exemples des délits de racolage passif et d'attroupement dans les halls d'immeubles. Il faut cependant noter que l'inapplication d'une sanction n'est pas toujours synonyme d'ineffectivité de la norme qu'elle sanctionne, la sanction étant une norme distincte de celle – ou de celles – dont elle est censée garantir l'application (voir en ce sens BRUNET François, *La normativité en droit*, *op. cit*. note 548, p. 184 : « [l]a sanction est une norme : il n'y a donc pas de différence de nature, mais une différence de contenu entre la norme qui fait l'objet de la sanction et la norme qui énonce la sanction. La sanction est même une norme qui possède un *contenu* bien particulier, puisqu'elle se rattache à une autre norme pour prévoir certaines conséquences (positives ou négatives) attachées à ce fait qu'est l'observation de la norme en cause (respect ou transgression) » ; l'italique est dans l'original).

553. ***Prévision de mécanismes contentieux.*** Pourtant, la systématisation de la prévision de normes secondaires établissant un système de contrôle contentieux[1879] de l'application de normes primaires de droit administratif global invite à penser qu'un tel lien existe parfois. Ainsi la mise en œuvre effective des normes de gouvernance d'entreprise dans les accords de libre-échange[1880] est-elle « souvent assurée par l'établissement de mécanismes de règlement des différends »[1881]. Ces mécanismes presque systématiques de vérification de la bonne application de l'accord – y compris les normes de droit administratif global[1882] – ne sont, en pratique, pas utiles : « ces mécanismes ne sont pas véritablement appliqués en pratique. Les parties accordent une préférence à la consultation politique/diplomatique »[1883]. Cette réalité ne constitue toutefois pas vraiment un obstacle à l'effectivité de ces normes : le *risque* contentieux existe, mais est évité grâce à des consultations garantissant l'application de la norme par d'autres moyens. D'ailleurs, si les derniers accords d'association conclus par l'Union européenne prévoient la possibilité de l'arbitrage, laquelle n'a jamais été utilisée pour l'instant, « la mise en œuvre d'ordre politique/institutionnel et économique montre une certaine avancée »[1884] sur le plan de l'effectivité des normes de gouvernance d'entreprise qu'ils contiennent. Il faut en effet relever, de manière générale et dans le même sens, que l'absence d'utilisation des mécanismes contentieux n'est pas forcément un gage de l'ineffectivité des normes qu'ils sont censés protéger, leur simple présence au sein d'un accord pouvant générer une effectivité *de facto* de ces normes. Ce constat est connu des sociologues du droit et a notamment été observé par Jean Carbonnier s'agissant de la loi :

> « l'inapplication n'a pas forcément […] le sens d'un échec, justifiant condamnation, abrogation immédiate, car elle peut tenir, et elle tiendra même généralement, à ce que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas

[1879] L'hypothèse du renforcement de l'effectivité par la prévision de mécanismes non-contentieux de suivi de l'application des normes de droit administratif global sera examinée *infra*, §§569 et ss.
[1880] L'on pense en particulier aux normes relatives aux droits des travailleurs, à la RSE ou à la protection de l'environnement dans les accords de libre-échange conclus par l'Union européenne ; voir *supra*, §§227-237.
[1881] ROCHA DE SILVA Alice, « Chapitre 6. Les accords de libre-échange hors chapitre investissement », *in* COULÉE Frédérique, MOTTE-BAUMVOL Julia (dir.), *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, 2018, p. 155.
[1882] Cependant, « [à] partir de 2012, les ALE [accords de libre-échange] prévoient des Comités spécialisés à la différence des accords précédents pour lesquels les Comités et Conseils des accords ont compétence concernant l'accord dans sa globalité » (*ibid*., p. 157). En conséquence, les comités concernent dorénavant certains chapitres (voir l'exemple de l'accord UE-Corée donné par l'auteur) et il est possible d'exclure certaines normes de leur champ de compétence. Leur incidence sur l'effectivité du droit administratif global est cependant réduite, dans la mesure où ces comités ne sont en pratique pas saisis de ces questions (voir *infra* et la note suivante).
[1883] *Ibid.*, p. 162.
[1884] *Ibid*., p. 161. L'auteur donne, à l'appui de son propos, deux exemples de déclarations de représentants étatiques en session de Comité des accords commerciaux régionaux en 2015.

> encore trouvé réalisé dans les faits. La loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle. Pour cette espèce de lois, l'applicabilité importe plus que l'application : elle est à elle seule effectivité. Il peut entrer dans la fonction juridique d'un grand État d'avoir des institutions et des mécanismes prêts pour toutes les éventualités, même s'ils doivent rester inemployés indéfiniment »[1885].

Par ailleurs, la présence quasi-systématique de ces mécanismes dans les accords de libre-échange – notamment conclus par l'Union européenne –, invite à penser qu'ils sont devenus des mécanismes « standards » de ces accords, automatiquement prévus lorsque la négociation s'engage même si leurs compétences peuvent varier[1886]. Ainsi, le choix d'un instrument de source plurilatérale – dans cet exemple, l'accord de libre-échange – implique de plus en plus l'effectivité des normes relatives à la gouvernance des entreprises adoptées du fait de la prévision automatique d'un système de règlement contentieux, dont l'application en pratique n'est, comme on l'a vu, pas déterminante. Si l'utilisation de ces mécanismes conventionnels importe peu, leur mise en place, au sens de leur *institution matérielle* conformément à l'accord des Parties, est pour sa part indispensable pour garantir non seulement l'effectivité des normes protégées, mais également, et logiquement, leur propre effectivité. Dans ces cas, l'*effectivité procédurale* de la norme[1887] est donc en partie déterminée par sa source, selon des schémas qui peuvent s'avérer *prima facie* complexes et contre-intuitifs.

B. L'indétermination générale de l'effectivité du droit administratif global par ses sources formelles

554. ***Ineffectivité étrangère et ineffectivité attribuable à l'auteur de la norme.*** Les cas dans lesquels l'effectivité d'une norme est « prévisible » dès le choix de son mode de formation sont, au regard de ce qui précède, peu nombreux dès lors que la source n'est pas étatique. Plus fréquents sont les modes de formation dont il est difficile de déterminer, *a priori*, s'ils génèreront des normes de droit administratif global effectives ou non, du fait de leur caractère

[1885] CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*. note 1849, p. 138. Cette affirmation n'est pas contradictoire avec les propos cités *supra*, en particulier note 1878 : l'inapplication d'un mécanisme contentieux n'entraîne pas *forcément* l'ineffectivité des normes qu'il protège, et en constitue au contraire une garantie ; en revanche et à l'inverse, l'ineffectivité d'une norme est renforcée voire causée par l'inapplication ou l'absence de mécanisme contentieux.

[1886] Voir sur ce point l'exposé démontrant l'évolution de ces mécanismes à travers les différentes générations d'accords de libre-échange conclus par l'Union européenne de ROCHA DE SILVA Alice, « Chapitre 6. Les accords de libre-échange hors chapitre investissement », *op. cit*. note 1881, pp. 156-162.

[1887] L'expression est notamment utilisée par BEN HAMIDA Walid, « Chapitre 5. Investissement et arbitrage international », *in* COULÉE Frédérique, MOTTE-BAUMVOL Julia (dir.), *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, *op. cit*. note 1881, pp. 139-142.

international. Afin de compléter l'analyse par la détermination de la mesure dans laquelle les sources ont un impact sur *l'ineffectivité* du droit administratif global il est ainsi utile d'examiner les situations principales d'ineffectivité. Comme l'indique Jean Carbonnier, « la plupart des règles de droit […] comportent un pourcentage toujours appréciable, parfois considérable, d'ineffectivité : ce n'est que dans une fraction des cas où elles devraient être appliquées qu'elles le sont effectivement »[1888]. Les causes de l'ineffectivité « partielle » – l'ineffectivité « totale » ne trouvant à notre connaissance pas à s'appliquer au droit administratif global[1889] – sont ainsi résumées par l'ancien doyen de la Faculté de Poitiers :

> « [c]es ineffectivités partielles ont, en certaines hypothèses, des causes fortuites, nous entendons : étrangères à la volonté des gouvernant. Ce sont les déperditions de la machinerie juridique : une technique plus perfectionnée pourra les réduire ; il n'est pas sûr qu'elles puissent être complètement éliminées. […] Mais, en d'autres hypothèses, c'est par la volonté même des gouvernants (ou de leurs agents) que la règle de droit demeure partiellement ineffective, parce qu'ils estiment que son application, eu égard aux circonstances, ferait plus de mal que de bien »[1890].

Il n'y a pas de raison que ce phénomène n'affecte pas le droit administratif global, bien qu'il soit parfois difficile, dans le second cas de figure, de déterminer les raisons pour lesquelles l'application effective de la règle « ferait plus de mal que de bien ». Aussi peut-on distinguer, suivant cette présentation, les relations entre sources du droit administratif global et ineffectivité *étrangère* à la volonté des auteurs de la norme (1) puis celles entre sources et ineffectivité *du fait de* la volonté des auteurs de la norme (2).

1. La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité étrangère à la volonté des auteurs du droit administratif global

555. ***Difficulté d'identifier les cas d'inefficacité.*** L'ineffectivité étrangère à la volonté des gouvernants est ainsi décrite par Jean Carbonnier :

> « [c]'est le criminel qui échappe aux recherches de la justice ; c'est le contrat contraire à l'ordre public […] qui s'exécute sans que personne en demande la nullité ; c'est le jugement qui, par erreur de droit, refuse d'appliquer une disposition légale, et qui devient inattaquable parce que les voies de recours ne sont pas exercées »[1891].

[1888] CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*. note 1849, p. 142.
[1889] Voir *ibid*., p. 137 : « [e]lle se rencontre dans deux hypothèses distinctes suivant que la règle de droit est restée constamment inappliquée *ab initio* ou a cessé d'être appliquée après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps. Les deux phénomènes ont reçu des noms : pour l'un, on parlera de l'i*mpuissance des lois*, pour l'autre de la *désuétude* » (l'italique est dans l'original).
[1890] *Ibid*., p. 143.
[1891] *Idem*.

Dans le cas du droit administratif global, ce type d'ineffectivité, qui désigne en réalité l'*inefficacité* d'une norme[1892], est difficilement identifiable et quantifiable. Par exemple, il est difficile de mesurer l'effectivité des normes internes aux entreprises concernant la lutte contre la corruption ou la déontologie en dehors des cas où celles-ci sont sanctionnées par les tribunaux nationaux. Lorsqu'elles ne le sont pas, il existe certainement, comme le note Jean Carbonnier, une large part d'ineffectivité de ces normes ; mais celle-ci échappe aux statistiques. Ainsi le bilan, en termes d'effectivité, de l'institution des déontologies ou comités d'éthique des entités globales privées est-il difficile à dresser, bien que certaines d'entre elles annoncent la publication de rapports réguliers de ces comités. Si nombre de rapports produits par des entités globales sont consultables en ligne en application d'une norme de transparence, ceux-ci ne sont cependant, à notre connaissance, pas publics s'agissant des entreprises multinationales. Par exemple, le site Internet d'Engie indique que la Direction Éthique et Conformité Groupe « a pour principales missions de consolider une analyse des risques éthiques et de conformité du Groupe, […] de veiller au traitement des cas de manquements constatés et d'élaborer des rapports périodiques pour les instances de gouvernance du Groupe »[1893]. En l'absence de publicité de ces rapports, il n'est pas possible de jauger de l'effectivité de la norme confiant la mission d'évaluation interne de l'éthique à cet organe ; tout au plus ce constat conduit-il à observer les limites – volontaires – de la norme de transparence telle qu'elle est pratiquée par la plupart des entreprises.

556. ***Exemple de cas d'inefficacité.*** Toutefois, des cas manifestes d'inefficacité du droit administratif global peuvent être rapprochés de cette situation. La mise en œuvre d'une norme mentionnée au cours de la recherche illustre parfaitement à ce cas. Les consultations publiques organisées par l'ICANN, dont le succès est très relatif puisque même les plus importantes ne réunissent qu'une trentaine de contributions dont la plupart provient d'organes de l'entité globale[1894], en sont ainsi un exemple topique[1895], seuls les acteurs « qui sont spécialement

[1892] Voir HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », *op. cit.* note 1855, p. 52, ainsi que le contenu, *supra*, de la note 1860.
[1893] Site internet d'Engie, page accessible à l'adresse : https://www.edf.fr/groupe-edf/nos-engagements/ethique-conformite/politique-ethique-et-conformite/l-engagement-ethique-et-conformite-du-groupe [dernière consultation le 18 juillet 2019].
[1894] Voir *supra*, §391.
[1895] D'autres exemples concordants, à l'instar des nombreuses enquêtes environnementales publiques au niveau étatique, pourraient être développés. Pour ne prendre que le cas français, la consultation du public menée par voie électronique sur le site Internet du ministère en charge de l'environnement du 17 novembre au 18 décembre 2017 concernant le Projet de décret relatif aux installations nucléaires de base et à la transparence en matière nucléaire n'a réuni que 53 contributions provenant de seulement 14 contributeurs (voir le site « Consultations publiques » du Ministère de la transition écologique et solidaire, et la page dédiée à cette consultation, accessible à l'adresse :

intéressés, et notamment les principaux acteurs économiques de ce secteur, étant en mesure de suivre effectivement l'intégralité des débats et d'influer ainsi sur le processus »[1896]. Il est en effet difficile d'imputer cette inefficacité à l'ICANN, qui met tout en œuvre pour que la consultation soit effective[1897] ; pourtant, malgré ces efforts, la norme de droit administratif global demeure inefficace, ce qui diminue son effectivité – entendue comme ses conséquences dans la réalité. L'ineffectivité relative de cette norme, issue de source unilatérale, n'empêche par ailleurs pas l'entité globale de se prévaloir de son existence ni de communiquer sur elle comme sur son mode de formation[1898], entraînant possiblement des interactions entre les sources du droit administratif global et contribuant potentiellement à la formation de pratiques pouvant conduire à l'émergence de coutumes.

557. ***Influence du choix de la source.*** Il apparaît que cette forme d'ineffectivité est essentiellement associée aux modes de formation unilatéral interne et externe du droit administratif global, qui semblent les plus à mêmes de générer des situations dans lesquelles il n'est pas possible de s'assurer de l'effectivité totale, en pratique, des normes générées. De prime abord, le choix d'une source plurilatérale écrite constitue ainsi un moyen plus sûr – sans être infaillible pour autant – d'éviter cette ineffectivité involontaire, dans la mesure où il existe normalement une ou plusieurs autres Parties susceptible de veiller à la réciprocité de l'accord, ou à tout le moins à son respect. L'influence du choix des sources sur l'effectivité ou l'ineffectivité des normes produites dans ces situations est donc minime. Il est seulement

---

http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/csprt-du-16-01-2018-projet-de-decret-relatif-aux-a1765.html [dernière consultation le 12 septembre 2019]). Celle concernant le Projet de décret relatif à l'interdiction de certains produits en plastique à usage unique, ouverte du 27 juillet au 3 août 2019, a recueilli seulement 109 commentaires malgré une couverture médiatique particulièrement importante (voir la page du même site dédiée à cette consultation, accessible à l'adresse : http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-de-decret-relatif-a-l-interdiction-de-a2021.html [dernière consultation le 12 septembre 2019]). Ces chiffres tendent à confirmer l'exemple de l'ICANN, et montrent une effectivité relative tant de l'article L123-19-1 du Code de l'environnement prévoyant ces consultations que de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Voir également, pour une pondération de ce propos et la démonstration d'une autre forme d'effectivité des mêmes normes, *infra*, note 1903.

[1896] JACOB Patrick, « Le programme des nouveaux noms de domaine génériques de haut niveau de l'ICANN : témoin de l'affirmation d'un droit administratif global ? », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 778.

[1897] *Contra*, voir BOTTINI Eleonora, « La construction de principes de procédure administrative (globale) par des personnes privées : le cas de l'ICANN », *in* GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, pp. 59-60. L'auteur estime en particulier que le vocabulaire technique employé est un sévère obstacle à l'application, par l'ICANN, des principes que l'organisation se fixe elle-même, et que peu d'efforts sont en pratique réalisés – mais son analyse s'inscrit dans un contexte plus général que le cas spécifique des consultations.

[1898] JACOB Patrick, « Le programme des nouveaux noms de domaine génériques de haut niveau de l'ICANN : témoin de l'affirmation d'un droit administratif global ? », *op. cit.* note 1896, p. 778. Voir également la référence *supra*, note 1894.

possible de relever que le choix d'une source unilatérale présente statistiquement et logiquement plus de risques de conduire à une ineffectivité indépendante de la volonté des auteurs de la norme que le choix d'une source plurilatérale.

2. La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité due à la volonté des auteurs du droit administratif global

558. ***Ineffectivité* ratione praecisioni.** Il est difficile de déterminer si l'ineffectivité conditionnée par la volonté des gouvernants est plus fréquente que celle qui est étrangère à cette volonté ; en revanche, elle est souvent plus visible, et, partant, se prête plus aisément à l'analyse. Par exemple, il n'est pas difficile de constater qu'une norme de droit administratif global relative à la transparence n'est pas appliquée : il suffit de constater que l'information recherchée n'est pas accessible, ou l'est très difficilement. L'exemple de l'effectivité du décret français relatif à la normalisation peut être utilement pris. Comme il l'a déjà été mentionné[1899], le Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation prévoit que

> « [l]es normes sont d'application volontaire. Toutefois, les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. Les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation »[1900].

Pourtant, une visite dudit site internet ne permet en aucun cas de consulter gratuitement ces normes. Seule leur liste est accessible sans procéder à l'achat des normes, dans la section « boutique » du site[1901]. Ainsi, si certaines normes peuvent être – difficilement – consultées gratuitement moyennant une inscription sur le site de l'organisme, dont les exigences en termes de données personnelles (numéro de téléphone et adresse complète obligatoires) ne correspondent par ailleurs *a priori* pas à l'esprit de transparence du décret précité, la tentative de consultation des normes ISO mène à un message indiquant que le « document ne peut être consulté sur ce site » pour des raisons de propriété intellectuelle[1902]. Dès lors, l'effectivité de la

---

[1899] Voir *supra*, note 1686.
[1900] Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, article 17.
[1901] Site internet de l'AFNOR, page accessible à l'adresse https://www.boutique.afnor.org [dernière consultation le 18 juillet 2019].
[1902] Par exemple à la suite d'une tentative de consulter la norme NF EN ISO 3104 Août 1996, d'application obligatoire. Le message suivant s'affiche après la citation : « [à] la demande de l'ISO (Organisation internationale de normalisation) du CEN (Comité européen de normalisation) et du CENELEC (Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique), respectivement titulaires des droits de propriété intellectuelle sur les normes internationales et européennes, (ISO, NF ISO, NF EN ISO, et NF EN), la consultation gratuite de ces dernières est suspendue » (Site internet de l'AFNOR, page accessible à l'adresse https://www.boutique.afnor.org/norme/nf-en-iso-3104/produits-petroliers-liquides-opaques-et-transparents-determination-de-la-viscosite-cinematique-et-calcul-de-la-viscosite-dynamiq/article/620291/fa040902 [dernière

dernière phrase du décret de 2009, contenant la norme de transparence par la publicité, se trouve sérieusement entachée, sauf à l'interpréter de manière très restrictive – par exemple, comme ne prévoyant qu'une consultation de la liste et du titre des normes, et non une consultation *in integrum*. D'autres exemples similaires, tels que ceux concernant certaines consultations environnementales recevant, par exception aux propos précédents, de nombreux commentaires, pourraient être développés[1903]. Ces dernières situations peuvent être qualifiés d'ineffectivités *ratione praecisioni* : les personnes censées les appliquer profitent généralement d'une imprécision dans la rédaction ou l'interprétation de la norme pour, volontairement, ne pas l'appliquer ou ne pas l'appliquer intégralement, occasionnant alors des ineffectivités partielles[1904]. Ces écueils peuvent être en partie évités lors de la formation conventionnelle du droit administratif global – si l'on généralise par analogie le propos de François Alabrune selon lequel les traités internationaux mènent à l'adoption « d'un droit clair et précis dans son contenu, sa portée et sa forme »[1905].

---

consultation le 18 juillet 2019]. Le même message d'affiche pour toutes les autres normes ISO d'application obligatoire.

[1903] Voir *supra*, note 1895. Certains projets ouverts à la consultation publique réunissent en effet forte mobilisation, à l'instar de celles concernant le le Projet d'arrêté relatif à la chasse du courlis cendré en France métropolitaine pendant la saison 2019-2020 (8574 commentaires reçus entre le 3 juillet 2019 et le 25 juillet 2019 ; voir la page http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-d-arrete-relatif-a-la-chasse-du-courlis-a2008.html?id_rubrique=2 consultée en dernier lieu le 15 septembre 2019) ; le Projet d'arrêté relatif à la chasse de la tourterelle des bois en France métropolitaine pendant la saison 2019-2020 (11090 commentaires reçus entre le 3 juillet 2019 et le 25 juillet 2019 ; voir la page http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-d-arrete-relatif-a-la-chasse-de-la-a2007.html?id_rubrique=2 consultée en dernier lieu le 15 septembre 2019), ou encore le Projet d'arrêté ministériel pris pour l'application de l'article R. 427-6 du code de l'environnement et fixant la liste, les périodes et les modalités de destruction des espèces susceptibles d'occasionner des dégâts (53897 commentaires reçus entre le 6 juin 2019 et le 27 juin 2019 ; voir la page http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-d-arrete-ministeriel-pris-pour-l-a1986.html?id_rubrique=2 consultée en dernier lieu le 15 septembre 2019). Pourtant, ces consultations demeurent peu effectives, dans la mesure où il n'en est que peu, voire pas du tout tenu compte. S'agissant de la dernière consultation citée, alors que le rapport de synthèse indique une opposition massive de 65% des répondants et note que « « Non » revient près de 1400 fois, tout comme « Stop », le verbe « opposer » est conjugué 1048 fois et la formulation « je suis contre » apparaît près de 1100 fois » (*ibid.*), l'arrêté a été adopté sans aucune modification par rapport au projet soumis à commentaires (voir l'Arrêté du 3 juillet 2019 pris pour l'application de l'article R. 427-6 du code de l'environnement et fixant la liste, les périodes et les modalités de destruction des espèces susceptibles d'occasionner des dégâts). Par ailleurs, ledit arrêté a été adopté six jours après la clôture de la consultation et donc sans qu'il ait été matériellement possible de consulter sérieusement l'ensemble des commentaires, ce qui fait douter du respect du II de l'article L123-19-1 du Code de l'environnement selon lequel le « projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations et propositions déposées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations et propositions ». Or, cette mention d'une « prise en considération » des commentaires est la seule obligation pesant sur l'administration.

[1904] Dans le cas de la normalisation, l'ineffectivité est liée à une incompatibilité annoncée avec d'autres normes ; mais le motif importe peu, dans la mesure où si les autorités françaises avaient estimé important de rendre effective la norme, et donc *voulu* le faire, celles-ci auraient pu négocier un accord ou agir de sorte à y parvenir.

[1905] ALABRUNE François, « La politique juridique extérieure de la France », *op. cit*. note 1862, p. 152.

559. ***Ineffectivité* ratione materiae.** D'autres formes d'ineffectivités, courantes, sont liées à l'absence de force obligatoire des normes, de sorte que leur source entre clairement en considération dans le processus conduisant à leur non-application ; il s'agit là d'ineffectivités *ratione materiae*, liées au peu de volonté de s'engager à raison d'un contenu normatif non contraignant. Tel est par exemple le cas de certains « codes de bonne conduite » publics :

> « [à] ce titre, l'application du code de bonne conduite pour une pêche responsable de l'Organisation des Nations unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO) conduit à des résultats décevants. Ce document, adopté en 1995 par 170 États, vise à promouvoir les pratiques de pêche responsable et relève d'une démarche volontaire. Une étude publiée dans la revue Nature montre que les mesures préconisées, telles que la limitation de la capacité de la flotte de pêche ou la mise en place d'aires maritimes, sont particulièrement mal appliquées par les 53 pays responsables de 96 % des prises mondiales. Ces travaux concluent à la nécessité de mettre en place un régime international contraignant »[1906].

560. ***Ineffectivité* ratione temporis.** De surcroit, d'autres manières de limiter volontairement mais temporairement l'effectivité des normes de droit administratif global, y compris lorsqu'elles sont adoptées de manière conventionnelle, font leur apparition. Il s'agit alors d'ineffectivités *ratione temporis*, consistant à *retarder* leur mise en œuvre malgré l'utilisation d'une source conduisant à une effectivité prévisible. C'est ce constat qui amène à relativiser l'influence de la source dans l'effectivité – ou l'ineffectivité – du droit produit. L'un des exemples topiques d'ineffectivité relative de certaines normes de droit administratif global du fait d'une absence de volonté évidente de les appliquer rapidement réside sans aucun doute dans la mise en œuvre de l'Accord de Paris de 2015[1907]. L'ineffectivité de certaines conventions internationales a cependant déjà été pointée, notamment par Guy de Lacharrière :

> « dans de nombreux cas, on constate que des États manifestent autant d'ardeur à réclamer qu'une convention soit négociée, à participer à sa négociation que de réticence à se lier par cette convention une fois qu'elle a été adoptée. La faveur « avant » fait contraste avec la négligence ou la réserve « après ». C'est une constatation que l'on peut faire alors même que l'adoption de la convention a été saluée comme un événement important, et qu'elle a été décidée par une très forte majorité »[1908].

Pourtant, il faut admettre la « rapidité historique » de la ratification de l'Accord[1909]. La négligence dévoilée par l'ancien juge à la Cour internationale de Justice s'est en réalité révélée

[1906] BELRHALI-BERNARD Hafida, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, 2009, n°6, p. 1683.
[1907] Accord de Paris, adopté lors de la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques Paris, 12 décembre 2015, Nations Unies, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1.
[1908] DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, *op. cit*. note 1861, p. 42.
[1909] MAE, Déclaration de Mme Ségolène Royal, ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, *Déclarations officielles de politique étrangère du 11 mai 2017*, p. 3.

au stade ultérieur de la mise en œuvre du contenu de l'Accord, selon des modalités que l'auteur n'avait pas envisagées dans les années 1980. La ratification ne s'est en effet pas suivie d'une célérité aussi remarquable quant à l'action internationale en faveur de sa mise en œuvre. Le mécanisme de suivi de l'Accord de Paris, prévu par son article 15[1910], n'est ainsi toujours pas effectif près de quatre ans après son adoption et trois ans après l'entrée en vigueur dudit Accord le 4 novembre 2016. Un an plus tard, à l'issue de la COP23 en 2017, il fut convenu que le texte d'application de l'Accord afin de rendre celui-ci « pleinement opérationnel »[1911] ne serait adopté qu'en 2018[1912] – et cet objectif fut officiellement présenté comme positif car intervenant « deux ans plus tôt que prévu initialement »[1913]. Après plusieurs années de débats, les Parties se sont enfin mises d'accord fin 2018 sur les « [m]odalités et procédures pour le bon fonctionnement du comité institué pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions de l'Accord de Paris, visé au paragraphe 2 de l'article 15 de l'Accord »[1914]. Ses douze experts devraient être nommés fin 2019[1915] pour une première session en novembre 2020[1916], soit quatre ans après l'entrée en vigueur de l'Accord ; encore faudra-t-il attendre 2021 pour que les travaux débutent réellement, puisque la première session aura surtout pour objectif l'adoption d'un règlement intérieur sans lequel le Comité peut difficilement fonctionner[1917]. Ces quatre années à partir de l'entrée en vigueur de l'Accord, durant lesquelles ce mécanisme qui relève clairement du droit administratif global aura été parfaitement ineffectif, tranchent

[1910] Accord de Paris, précisé note 1907, article 15 : « 1. Il est institué un mécanisme pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions du présent Accord. 2. Le mécanisme visé au paragraphe 1 du présent article est constitué d'un comité d'experts et axé sur la facilitation, et fonctionne d'une manière qui est transparente, non accusatoire et non punitive. Le comité accorde une attention particulière à la situation et aux capacités nationales respectives des Parties ».

[1911] MAE, Communiqué du ministère de la transition écologique et solidaire, *Déclarations officielles de politique étrangère du 18 décembre 2018*, p. 24.

[1912] MAE, Point de presse de la porte-parole, *Déclarations officielles de politique étrangère du 20 novembre 2017*, p. 2.

[1913] MAE, Déclaration de Mme Ségolène Royal, ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, précitée note 1909, p. 3.

[1914] Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques, Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris sur la troisième partie de sa première session, tenue à Katowice du 2 au 15 décembre 2018, Décisions adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris, décision 20/CMA.1 du 15 décembre 2018, 19 mars 2019, FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2, p. 64.

[1915] Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques, Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris sur la troisième partie de sa première session, tenue à Katowice du 2 au 15 décembre 2018, Décisions adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris, annexe à la décision 20/CMA.1 du 15 décembre 2018, 19 mars 2019, FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2, points 5 et 8.

[1916] *Ibid*., point 12.

[1917] La première mission du Comité est en effet d'établir « un règlement intérieur en vue de recommander celui-ci à la CMA pour examen et adoption à sa troisième session (novembre 2020), en tenant compte des principes de transparence et de facilitation et du caractère non accusatoire et non punitif de son fonctionnement, et en accordant une attention particulière à la situation et aux capacités nationales respectives des Parties » (*ibid*., point 17).

pourtant avec les délais observés à l'occasion de l'établissement d'autres comités et mécanismes conventionnels, notamment en matière de droits de l'homme. À titre d'exemples, le Comité contre la torture établi par la Convention afférente[1918] a tenu sa première session en avril 1988, soit moins d'un an après l'entrée en vigueur de la Convention en juin 1987[1919]. Le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, créé par la Convention de 1990[1920], a certes tenu sa première session en mars 2004, mais l'entrée en vigueur du traité était intervenue moins d'un an auparavant, le 1er juillet 2003[1921]. Le Comité des droits des personnes handicapées a tenu sa première session en février 2009[1922], à peine neuf mois après l'entrée en vigueur de la Convention relative le 3 mai 2008[1923]. Enfin, le Comité des disparitions forcées créé par la Convention de 2006[1924] a tenu sa première session en novembre 2011, soit la encore moins d'un an après son entrée en vigueur en décembre 2010[1925]. Par comparaison, le mécanisme mis en place par l'Accord de Paris se distingue par une latence importante dans sa mise en œuvre, quatre fois plus lente que les exemples mentionnés malgré « l'urgence climatique » régulièrement rappelée[1926]. Malgré une ratification importante et rapide, cette latence, qui peut être analysée comme le signe d'une

[1918] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, *RTNU*, vol. 1465, 1987, n° 24841, article 17.
[1919] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Quarante-troisième session, Rapport du Comité contre la torture, 25 mai 1988, A/43/46, p. 1.
[1920] Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1990, *RTNU*, vol. 2220, 2004, n° 39481, article 72.
[1921] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, cinquante-neuvième session, Rapport du Comité pour la protection des droits des tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1er-5 mars 2004, A/59/48, p. 5.
[1922] CRDP, Rapport du Comité des droits des personnes handicapées sur sa première session, Genève, 23-27 février 2009, 8 octobre 2009, CRDP/C/1/2, p. 3.
[1923] Convention relative aux droits des personnes handicapées, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006, *RTNU*, vol. 2515, 2008, n° 44910, article 34.
[1924] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006, *RTNU*, vol. 2716, 2010, n° 48088, article 26.
[1925] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-septième session, Rapport du Comité des disparitions forcées, Première session (8-11 novembre 2011) et Deuxième session (26-30 mars 2012), A/67/56, p. 1.
[1926] Celle-ci a été invoquée officiellement en France avant l'organisation de la COP21 devant conduire à l'adoption de l'Accord ; voir MAE, Propos de M. Harlem Désir, secrétaire d'État chargé des affaires européennes à l'occasion d'un débat à l'Assemblée nationale sur les politiques européennes en matière de lutte contre le réchauffement climatique, *Déclarations officielles de politique étrangère du 30 mai 2014*, p. 23 : « [s]i nous ne sommes pas en mesure de réagir collectivement, la planète deviendra bientôt invivable. Cette urgence climatique appelle donc un sursaut à l'échelle internationale. C'est notre responsabilité ! ». Elle l'a été régulièrement depuis, notamment en réponse à des questions sur l'application de l'Accord de Paris. Voir par exemple MAE, Réponse de M. Sébastien Lecornu, secrétaire d'État auprès du ministre de la transition écologique et solidaire, à une question d'actualité au Sénat, *Déclarations officielles de politique étrangère du 15 novembre 2017*, p. 15 ; ou encore MAE, Auditions de M. Nicolas Hulot, ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, de Mme Brune Poirson et de M. Sébastien Lecornu, secrétaires d'État auprès du ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, devant la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, *Déclarations officielles de politique étrangère du 26 février 2018*, p. 15.

évolution de la manière dont les États mènent leur politique des sources du droit international dans les domaines particulièrement sensibles pour l'opinion publique, a directement affecté – et affecte toujours – l'effectivité du mécanisme prévu. Il faut surtout relever que la source de cette norme est conventionnelle, alors que l'effectivité prévisible des normes issues de ce mode de formation a été soulignée précédemment. L'impact du choix du mode de formation du droit administratif global sur son effectivité normative apparaît dès lors peu substantiel, bien que l'ineffectivité soit, logiquement, moins probable lorsque la norme est créée par un processus reconnu comme générant des règles obligatoires.

II. Le renforcement de l'effectivité des normes par le contenu du processus de formation

561. ***Méthode de formation et inclusion de mécanismes de garantie au sein du processus.*** Si le choix d'une source de droit administratif global ne détermine, comme il l'a été montré, que très accessoirement l'effectivité des normes produites, il est en revanche possible, au cours du processus de formation, de prévoir des *garanties* d'effectivité des normes créées. De manière indifférente au « type » de source utilisé, les entités créant des normes relevant du droit administratif global mobilisent ainsi deux catégories d'outils en vue de garantir l'effectivité des normes adoptées – lorsqu'ils le souhaitent. D'une part, ils peuvent s'appuyer sur une *méthode* de formation garantissant une effectivité prévisible (**A**) ; d'autre part et sans préjudice des éventuels mécanismes contentieux, les créateurs de ces normes ont recours à des mécanismes parfois novateurs pour s'assurer de leur effectivité (**B**).

A. L'influence de la méthode de formation de la norme sur son effectivité

562. ***Adhésion par la participation et par la communication.*** Le processus de formation du droit administratif global a, jusqu'ici, été analysé essentiellement sous l'angle *statique*, malgré les nombreuses dynamiques identifiées. En d'autres termes, l'examen de la manière dont ces normes sont formées ne s'est pas focalisé sur leurs phases préparatoires, qui n'ont qu'un impact limité, sinon inexistant, sur la fonction et l'obligatoriété de ces normes. Seuls les besoins sociaux à l'origine du déclenchement du processus normatif, ainsi que le processus dans son unité ont été appréhendés, à fins de classifications ou de recherche de ses fonctions. Cependant, la recherche de l'effectivité de ces normes implique de recourir à une analyse plus approfondie de la manière dont le processus de formation est mené. Il apparaît en effet que l'effectivité du droit administratif global, à l'instar de celle de certains processus normatifs qu'il encadre, peut

être déterminée par ses formateurs avant sa création « formelle ». C'est ainsi que les auteurs du droit administratif global tentent souvent de garantir l'effectivité des normes élaborées par la recherche de *l'adhésion* de leurs destinataires. Celle-ci implique, telle une mise en abîme, la prévision de procédures au sein du processus de formation du droit administratif global ; ainsi peut-on évoquer principalement la participation à l'élaboration de la norme de droit administratif global (1). Cette adhésion par la procédure n'est cependant pas le seul mécanisme à l'œuvre dans l'effectivité du droit administratif global. Encore faut-il en effet, et à plus forte raison lorsque la norme n'est pas obligatoire, que ses destinataires soient convaincus de son utilité et de son importance sociale. Ces éléments éminemment extra-juridiques renvoient à la *perception* du besoin social qu'ont lesdits destinataires : dans ce cas, l'effectivité de la norme n'est pas conditionnée par ses sources formelles, mais par la mise en avant, au cours du processus de formation, de ses sources matérielles (2).

1. La recherche de l'adhésion des destinataires par la participation à l'élaboration

563. ***Lien entre acceptabilité et participation.*** Il peut de prime abord sembler paradoxal, ou à tout le moins alambiqué, d'évoquer la participation des destinataires du droit administratif global à son élaboration, dans la mesure où la norme de droit administratif global en formation peut elle-même résider dans l'établissement d'un mécanisme de participation. Cette entreprise ne consiste pas pour autant à rechercher du droit administratif global au sein du droit administratif global, mais à constater que les procédures propres à assurer une plus grande acceptabilité des décisions globales entretiennent un lien direct avec la question de l'effectivité des normes. Comme le rappelle Lena Chercheneff, « [l]a légitimité d'une norme de *soft law* constitue en effet le principal vecteur de son application par les destinataires, dans la mesure où celle-ci repose sur leur adhésion volontaire »[1927] :

> « [d]ans le contexte de la *soft law*, l'effectivité des normes dépend en premier lieu de leur réception *spontanée* par leurs destinataires. La légitimité de la norme constitue en effet le principal vecteur de son application et repose sur les qualités intrinsèques à la norme. Dans le cas des standards financiers internationaux, leur légitimité est fondée à la fois sur leur qualité substantielle et procédurale, autrement dit sur le *pourquoi* et le *comment* de l'élaboration des normes. Le mode de production des standards sous la forme d'un « droit négocié » participe à leur intériorisation par les destinataires, publics comme privés, puisque ces derniers sont inclus dans l'élaboration et/ou l'adoption, selon leur droit de participation à l'organisme. Dès lors, le recours à la méthode participative par les organismes internationaux de standardisation financière ainsi que la technique décisionnelle du consensus n'est pas neutre. Il vise à forger l'adhésion au sein de

[1927] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 26 septembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, p. 97.

> l'organisme mais aussi à l'extérieur en incluant l'ensemble des parties prenantes à la production normative »[1928].

Ces propos sont valables au-delà des seules normes relevant du *soft law*, comme le confirment les auteurs s'intéressant à la théorie du droit :

> « [l]a légitimité procédurale, la légalité et l'effectivité qui entrent en jeu dans le processus de validation entretiennent des rapports entre elles. D'un côté, l'effectivité de la norme juridique est conditionnée par sa légitimité procédurale. Plus exactement, cette relation s'exprime sous la forme d'une « reconnaissance-application » : la norme juridique reconnue utile par ses destinataires est appliquée. Dans ce cas, c'est parce que la norme présente une légitimité procédurale qu'elle est effective. D'un autre côté, on remarque que réciproquement, l'effectivité confirme la légitimité procédurale de la norme. Clairement, la légitimité procédurale s'apprécie au regard de l'application de la norme. L'effectivité et l'ineffectivité sont alors des outils de vérification : la notion d'effectivité est un « mesureur » de légitimité procédurale une fois la norme entrée en vigueur »[1929].

564. ***Pertinence en matière de sources du droit administratif global.*** Ces propos sont cependant et surtout particulièrement pertinents s'agissant de très nombreuses normes de droit administratif global relevant de la catégorie du *soft law*, lesquelles sont souvent élaborées en consultation avec leurs destinataires – lorsque ce ne sont pas les destinataires eux-mêmes qui les élaborent ou co-élaborent. Certaines études mettent ainsi en évidence le fait que 23% des codes de gouvernance d'entreprises observés sur la période 1992-1996 sont produits de manière collégiale[1930]. Par ailleurs, le G20 a créé au fil des années sept groupes d'intérêts représentant la société civile, qui permettent l'ouverture d'un dialogue[1931] ; l'existence de nombreux invités *ad hoc* disposant de droits de participation importants s'inscrit également dans cette démarche. Cette « politique d'ouverture du G-20 ne vient cependant pas remettre en cause la forme directoriale du G-20 »[1932], en grande partie car les communiqués sont négociés et élaborés en amont des sommets[1933]. Elle participe néanmoins à une meilleure acceptabilité, au moins en

---

[1928] *Ibid.*, p. 257.
[1929] POMADE Adélie, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ*, 2010, vol. 64, n°2010/1, p. 119.
[1930] CHATELIN-ERTUR Céline, ONNÉE Stéphane, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », *in* THIBIERGE Catherine et *alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 655. L'on distingue bien les deux hypothèses de la collégialité du processus et de la participation des destinataires à l'élaboration de la norme ; mais cette différence n'a pas d'impact sur les conclusions à en tirer en termes d'effectivité.
[1931] Il s'agit, par ordre chronologique de création, des groupes B20 (Business 20), C20 (Civil 20), L20 (Labour 20), W20 (Women 20), le T20 (Think 20) et Y20 (Youth 20).
[1932] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 133.
[1933] *Idem*.

apparence, des décisions globales à destination des entreprises et des États et, partant, d'un renforcement de l'effectivité prévisible de ces normes.

565. ***Variabilité du recours à la participation.*** Le recours à un tel outil n'est cependant pas systématique, comme les propos précédents le démontrent. Lorsque l'obligatoriété de la future norme de droit administratif global n'est pas douteuse et que son effectivité est prévisible, son mode de production ne prévoit souvent pas de consultation ou de participation des destinataires ; ou bien il s'agit de procédures cosmétiques. Lorsque la norme relève d'une source unilatérale interne, une telle précaution n'est ainsi pas indispensable – l'on pense, pour un exemple pris parmi de nombreux autres, à la création du Panel d'inspection de la Banque Mondiale qui n'a pas fait l'objet d'une participation spécifique du public[1934] ; tel est également le cas, de manière générale, de la création des *ombudsmans* et autres médiateurs. Il apparaît que l'effectivité des normes de droit administratif global dépend parfois plus de leur *contenu* que de leur mode de formation, spécifiquement lorsqu'elles ne sont pas dotées d'une force obligatoire dans un ordre juridique donné. Lorsque la norme envisagée paraît pouvoir être contestée par ses destinataires, en ce qu'elle ne coïncide pas avec leurs intérêts, l'inclusion d'une procédure de participation constitue ainsi l'une des possibilités visant à garantir son effectivité. Lorsque le contenu de la norme de droit administratif global n'est pas susceptible de faire débat, c'est-à-dire lorsque les intérêts de son auteur et de ses destinataires coïncident pleinement, une telle procédure n'est pas nécessaire, quelle que soit la source mobilisée. Il est donc possible de conclure que le choix d'intégrer au processus de création une forme de participation à l'élaboration de la norme de droit administratif global tend à garantir une meilleure acceptabilité de celle-ci, et par conséquent une effectivité prévisionnelle accrue ; mais que ce choix n'est pas systématique, en ce que l'acceptabilité du droit administratif global peut être acquise sans ces procédures. Il convient pour autant de ne pas en déduire que lorsque l'adhésion des destinataires, facteur d'effectivité de la norme de droit administratif global, provient de son contenu, ses sources n'ont aucun impact dans le processus. Dans certaines hypothèses, ce sont ainsi les sources *matérielles* du droit administratif global qui conduisent, indirectement puisqu'elles sont traduites par les sources formelles, à une effectivité prévisible renforcée.

[1934] Voir *supra*, §105.

2. La recherche de l'adhésion des destinataires par la mise en avant de l'utilité de la norme

566. ***Adhésion par la communication.*** Une autre manière d'agir sur l'effectivité du droit administratif global, qu'il soit obligatoire ou non, est de convaincre ses destinataires que celui-ci poursuit une fonction de réponse à un besoin social qu'ils ont intérêt – politique, économique, diplomatique – à prendre en considération. Cette réflexion rejoint pleinement les constats effectués plus tôt quant à l'expression du besoin de légitimité[1935], et en constitue la continuation. Ainsi et pour ne reprendre qu'un des exemples précédemment développés, lorsqu'un code de conduite précise que « Valeo considère que l'Éthique et la Conformité sont indispensables pour gagner et conserver la confiance de ses parties prenantes et de ses collaborateurs »[1936], il s'agit à la fois de mettre en avant l'autorité décisionnelle du Groupe et de convaincre tous les destinataires de l'importance et de l'utilité des normes de droit administratif global mentionnées.

567. ***Illustration* – Global Compact.** L'exemple topique d'effectivité du droit administratif global du fait de la mise en avant de son utilité réside dans la mise en œuvre du Pacte mondial ou *Global compact*, cette « proposition de l'ONU faite au monde des affaires pour prendre en compte dix valeurs universellement reconnues, les appliquer dans leur sphère d'activité et en rendre compte à la société toute entière »[1937]. Ses dix principes, qui sont « des orientations volontairement acceptées par les entreprises participantes »[1938] rédigées de manière certes vague et imprécise[1939], relèvent bien du droit administratif global, en prévoyant l'élimination par les entreprises des pratiques manifestement contraires aux droits de l'homme, la protection de l'environnement et la lutte contre la corruption. Bien qu'il ne s'agisse que d'une « convention morale et éthique, qui consiste en une invitation faite par l'ONU à toutes les

[1935] Voir spécifiquement §§351 et 425.
[1936] VALEO, *Code d'Éthique*, 2015, p. 7.
[1937] COLARD-FABREGOULE Catherine, « Le *Global Compact*. Lorsque l'on reparle de la régulation de l'activité des firmes par l'ONU », *AFRI*, vol. X, 2009, p. 967. Sur le *Global Compact* en général, voir BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, MAZUYER Emmanuelle (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après / The global compact of the united nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 206 p.
[1938] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, p. 566.
[1939] Voir en ce sens et par exemple TREBILCOCK Anne, « Sous-section 6 – Cadre international des initiatives concernant la responsabilité sociale des entreprises », *in* THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels. Tome 1, Particularités du droit international social*, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, 2013, p. 780.

entreprises du monde à adhérer à ces principes et à les mettre en œuvre »[1940], la plupart des grandes entreprises ont en pratique adhéré au *Global Compact* : « plus de huit mille adhérents dans cent trente-cinq pays sont recensés. Une cinquantaine d'entreprises a d'ailleurs créé le *Pacte mondial Lead*, pour « aller plus loin » et se sont engagées à appliquer cinquante actions concrètes »[1941]. Ce succès s'explique par le fait que le Pacte « s'appuie sur la publicité : les entreprises qui y participent peuvent communiquer autour de leur adhésion, utiliser le nom et le logo du Pacte. C'est d'ailleurs ce qu'elles font généralement »[1942]. Ainsi, si « [l]'enjeu du Pacte mondial, bien connu dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, est celui de la légitimation fondée sur la transparence »[1943], « [l]'avantage attendu comme le risque pris s'apprécient ici en termes de *marketing* et de publicité »[1944].

568. ***Dédoublement fonctionnel du besoin social de légitimité.*** Il découle de ce qui précède que le besoin social de légitimité constitue à la fois un moteur de la création du droit administratif global et un vecteur de son effectivité. Cette fonction de la source matérielle principale du droit administratif global n'est toutefois pas autonome : les auteurs du droit administratif global doivent l'*utiliser*, par une communication spécifique, pour qu'elle prenne réalité. Autrement dit, ce ne sont pas les sources matérielles du droit administratif global – au sens des différents besoins sociaux – qui constituent une méthode de formation des normes tendant à renforcer leur effectivité, mais la manière dont celles-ci sont mises en avant dans le discours des entités globales ou des auteurs du droit administratif global pour inciter les destinataires à se conformer aux normes proposées ou imposées.

[1940] COLARD-FABREGOULE Catherine, « Le *Global Compact*. Lorsque l'on reparle de la régulation de l'activité des firmes par l'ONU », *op. cit*. note 1937, p. 967.
[1941] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, vol. 385, 2017, p. 70. De nombreux codes d'entreprises mentionnent d'ailleurs les principes du *Global Compact*. Voir ainsi CRÉDIT AGRICOLE, *Charte éthique*, 2017, p. 3 ; DANONE, *Principes de Conduite des Affaires de Danone*, 2009, p. 3 ; EIFFAGE, *Code de Conduite des achats*, 2016, p. 2 et p. 4. ; LAFARGE, *Code de Conduite des Affaires destiné aux Fournisseurs*, non daté, p. 6 ; LVMH, *Code de conduite fournisseur*, non daté, p. 1 ; ou encore RENAULT, *Charte éthique*, 2012, p. 2.
[1942] COULÉE Frédérique, « Chapitre 1. Gouvernance d'entreprise et Organisation des Nations Unies », *in* COULÉE Frédérique, MOTTE-BAUMVOL Julia (dir.), *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, *op. cit*. note 1881, p. 46.
[1943] *Idem*.
[1944] *Ibid*., p. 47.

B. L'insertion de mécanismes de garantie de l'effectivité de la norme au sein du processus de formation

569. ***Système d'échanges d'information et* name and shame.** Les mécanismes de garantie peuvent, de manière large, être définis comme les normes procédurales tendant à renforcer la probabilité que les normes substantielles adoptées soient effectivement mises en œuvre[1945]. Leur lien avec l'effectivité du droit international, notamment conventionnel, a été largement établi par la doctrine[1946]. Sous l'angle des sources du droit administratif global et en dehors des divers comités de suivi contentieux ou non, il est intéressant de noter que les processus de formation incluent parfois, en vue d'une effectivité prévisible renforcée, des procédures spécifiques visant à s'assurer de la bonne application du droit (1). Cependant et là encore, ces systèmes ont principalement vocation à s'appliquer aux normes obligatoires, dont elles permettent d'assurer le suivi – par les Parties elles-mêmes dans le cas du droit administratif global conventionnel. Or, se développent de manière foisonnante, concernant le *soft law* mais également les normes clairement obligatoires, de nouvelles techniques s'appuyant sur les moyens d'information modernes. Dans ces cas, aux mécanismes juridiques de garantie se substituent des appuis sur la pression, voire la *sanction* sociale que pourrait impliquer un constat de non-conformité au droit administratif global (2).

1. La prévision d'un système d'échange d'informations relatif à l'effectivité de la norme

570. ***Mécanismes de* reporting.** Les systèmes d'échange d'informations se situent au carrefour de plusieurs normes considérées comme relevant du droit administratif global, que sont l'évaluation externe d'une entité globale et le comité – contentieux – de suivi du respect des obligations d'une convention internationale. Ces mécanismes ont cependant pour fonction d'évaluer le respect, par l'entité observée, de normes qui n'entretiennent pour leur part pas nécessairement de rapport avec le droit administratif global, mêmes si certaines le peuvent – l'on pense à l'évaluation interne en matière de lutte contre la corruption, par exemple. Tel n'est pas le cas des systèmes d'échanges d'informations, qui ne sont ni le produit d'une volonté interne d'auto-évaluation, ni d'un accord en vue d'établir un mécanisme contentieux. Ceux-ci

[1945] Sur cette vaste notion en droit international, voir BARBIER Sandrine, *La garantie en droit international public. Contribution à l'étude de la fonction exécutive en droit international*, Thèse de droit public soutenue le 13 décembre 2010, Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, 895 p.

[1946] Voir en particulier LE BOEUF Romain, *Le traité de paix. Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, spéc. p. 178.

relèvent de la large catégorie du *reporting*, qu'il est là encore possible d'illustrer par l'exemple du *Global compact*. Comme le relève Fabrizio Marrella,

> « [b]ien sûr le problème principal du Pacte mondial est précisément celui du contrôle de la mise en œuvre des engagements des entreprises, un contrôle sans lequel l'initiative perd largement son sens. Or, à l'origine, aucun contrôle n'avait été prévu. Pour y pallier, en janvier 2003, le bureau du *Global Compact* a introduit une nouvelle disposition relative aux communications sur le progrès. Restant relativement souple, ne serait-ce que parce que purement procédurale et sans aucun contrôle sur le fond, cette disposition demande aux sociétés participantes de communiquer à leurs parties prenantes (consommateurs, employés, syndicat, actionnaires, médias, pouvoirs publics, *etc*.), chaque année, sur les progrès accomplis dans l'intégration des principes posés, en utilisant leur rapport annuel, rapport de développement durable ou autres rapports publics, leur site Internet ou tout autre moyen de communication. Depuis 2004, les entreprises qui ne présentent pas de compte-rendu peuvent être rayées de la liste des entreprises vertueuses (c'est le *de-listing*). En 2005, a été mis en place en complément un mécanisme d'examen des plaintes »[1947].

Bien que ce dernier mécanisme soit en pratique très peu utilisé, la radiation est pour sa part effective, puisqu'en 2010, plus de 1000 entreprises avaient déjà fait l'objet d'une telle procédure – nonobstant les critiques qui peuvent être formulées à l'égard de ce processus peu motivé[1948]. Il est intéressant de relever que le mécanisme de *reporting* n'a pas été intégré dès la création des normes de droit administratif global : il l'a été postérieurement, afin de garantir leur effectivité. Dès lors, il est par extension possible de considérer que l'inclusion d'un tel mécanisme dès la formation de la norme primaire de droit administratif global constitue un vecteur d'effectivité pour ses auteurs. L'on retrouve d'ailleurs ce mécanisme de *reporting* dissocié de toute sanction juridique – puisque la sanction s'effectue exclusivement en termes d'image et de *marketing*[1949] – au sein de plusieurs réseaux transnationaux, à l'instar du Processus de Kimberley[1950].

571. ***Mécanismes de suivi.*** Au-delà du *reporting* qui constitue un outil de suivi assurant une effectivité renforcée des normes adoptées, d'autres mécanismes de contrôle existent, notamment en matière financière où chaque organisme, formel ou non, qu'il s'agisse de

[1947] MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *op. cit.* note 1941, p. 71.
[1948] Voir sur ce point COULÉE Frédérique, « Chapitre 1. Gouvernance d'entreprise et Organisation des Nations Unies », *op. cit*. note 1942, pp. 44-51. La citation est extraite de la p. 49.
[1949] *Idem* ; voir également p. 47.
[1950] Voir à ce propos KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 225-226.

l'OICV[1951], de l'AICA[1952], du CBCB[1953], du FMI, de la Banque mondiale ou encore de l'OCDE, dispose de son propre mécanisme :

> « [l]e contrôle est dans l'ensemble opéré par le biais de mécanismes d'auto-évaluation sous la forme de réponses à des questionnaires, dont les résultats servent de support aux mécanismes d'évaluation mutuelle. Ces évaluations mutuelles comprennent fréquemment deux volets complémentaires : un examen individuel des autorités membres et/ou un examen collectif par rapport à une norme ou un corpus de normes de référence. Ces dernières présentent aussi la particularité d'être réalisées par les membres de l'organisme regroupés au sein d'organes spécifiques et sont à cet égard couramment désignées comme des « examens par les pairs » »[1954].

En effet et comme le précise le FSB[1955],

> « [e]xisting monitoring mechanisms vary in terms of their intensity. At one end of the spectrum are mechanisms that are essentially channels for exchanging and disseminating information but involve no collective scrutiny or analysis of the self-reported information. For example, the FSB's Implementation Monitoring Network (IMN) collects information from national authorities about progress in implementing the G20/FSB recommendations on financial regulation and oversees reporting of this information to the G20. Other mechanisms incorporate an evaluation process, wherein information provided by national authorities is subject to varying levels of scrutiny and analysis. Within the FSB, the most intensive monitoring mechanism is the peer review program undertaken by the Standing Committee on Standards Implementation (SCSI) »[1956].

L'ensemble de ces mécanismes vise à assurer une plus grande effectivité des normes de droit administratif global adoptées, spécifiquement lorsque ces dernières ne sont pas formellement obligatoires. Ces mécanismes de *reporting*, de suivi ou de contrôle évoquent immanquablement la vaste catégorie de la « mise en conformité », ou *compliance*[1957], dont il a déjà été question *supra*[1958]. Ils amènent à s'interroger, au-delà de la démarche visant à adjoindre dès le processus

---

[1951] Organisation Internationale des Commissions de Valeurs.
[1952] Association Internationale des Contrôleurs d'assurance.
[1953] Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire.
[1954] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 262. L'auteur propose une analyse détaillée de ces mécanismes pp. 262-265.
[1955] Le *Financial Stability Board*, parfois traduit en français par « Conseil de stabilité financière », est un organe créé par le G20 en 2009 pour succéder au Forum de stabilité financière. À l'origine informelle, cette entité est depuis 2013 une association de droit suisse.
[1956] FSB, *A Coordination Framework for Monitoring the Implementation of Agreed G20/FSB Financial Reforms*, 18 octobre 2011, p. 2. Cet exemple est également cité par CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 261.
[1957] En ce sens, voir BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 577-581.
[1958] Voir par exemple *supra*, §228 Pour une vision d'ensemble de la *compliance* en droit international – des traités –, voir HELLIO Hugues, « De la *Theory of compliance* à la pratique du non-respect et des procédures associées en droit international de l'environnement », *in* MALJEAN-DUBOIS Sandrine, RAJAMANI Lavanya (dir.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement / Implementation of International Environmental Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Centre for Studies and Research in International Law and

de formation des normes de droit administratif global un mécanisme visant à s'assurer de leur suivi, sur la question de la *pression sociale* exercée sur les entités globales pour qu'elles appliquent effectivement ces normes.

2. L'intégration d'une pression sociale prévisible en vue de garantir l'effectivité de la norme

572. **Name and shame.** L'identification de mécanismes de *reporting* ou de suivi des activités des entités globales par leurs pairs ne suffit pas à expliquer les raisons profondes qui justifient que ces éléments constituent des vecteurs d'effectivité des normes primaires de droit administratif global. Ils sont à l'évidence des outils de cette effectivité, et leur rapport avec les sources formelles du droit administratif global apparaît ténu. Il n'a, en effet, pas pu être démontré clairement que la sollicitation d'une source spécifique permettait de renforcer l'effectivité des normes adoptées, même si l'inclusion, au sein du processus de formation du droit administratif global, d'un mécanisme spécifique a une influence certaine sur elle. La raison en est que les motifs pour lesquels l'effectivité des normes est renforcée par ces mécanismes, en l'absence de sanction juridique, sont avant tout économiques et psychologiques, c'est-à-dire extra-juridiques. Cette nouvelle manière de garantir l'effectivité des normes y compris non obligatoires porte le nom de « *name and shame* ». Cette méthode, technique ou procédure selon les auteurs, « apparaît ainsi dans les relations internationales comme une technique de mise en œuvre de la *soft law* – mais ne saurait être confondue avec elle »[1959]. En expansion permanente, elle apparaît dans des domaines aussi variés que la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne[1960], la conformité au droit de l'OIT en son sein[1961], ou encore la protection de l'environnement :

International Relations Series, vol. 12, 2011, pp. 285-291. En matière de RSE, voir par exemple THIBOUT Orianne, « La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, spéc. pp. 232-233 sur l'intérêt juridique de la notion de *compliance*.

[1959] BISMUTH Régis, « *Fairversa* d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que « *soft law* » veut dire », *in* DEUMIER Pascale, SOREL Jean-Marc (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, p. 259.

[1960] L'une des garanties de mise en œuvre des mesures européennes en matière de lutte contre le terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive est ainsi la réalisation de rapports de la Commission européenne : « la réalisation de ces rapports est prévue par les décisions du Conseil afin de vérifier la mise en œuvre effective par les États membres des mesures qu'elles contiennent. Le fait que la Commission nomme les États manquant à leurs obligations selon le procédé du « *name and sha*me » garantit un certain impact à ces rapports d'évaluation » (PACREAU Xavier, « Le rôle de l'Union européenne dans la mise en œuvre des résolutions 1373 (2001) et 1540 (2004) du Conseil de sécurité », *in* SUR Serge, GLENNON Michael (dir.), *Terrorisme et droit international / Terrorism and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, vol. 9, 2008, p. 522).

[1961] MOTTE-BAUMVOL Julia, MEIRELES Gustavo, « Chapitre 2. Les instruments internationaux à dimension sociale et la gouvernance d'entreprise », *in* COULÉE Frédérique, MOTTE-BAUMVOL Julia (dir.), *L'effectivité*

> « [c]ertaines sanctions sont théoriquement envisageables et effectivement mises en œuvre. […] Il peut s'agir d'abord de sanctions « morales » ou « psychologiques » : l'effet *name and shame* joue en effet pleinement dans le domaine de l'environnement, où il peut se révéler utile et efficace. La stigmatisation d'un État par la publication de rapports, à travers des résolutions ou même des débats des conférences des parties, est renforcée par la présence des organisations non gouvernementales qui servent de relais auprès des opinions publiques. Ainsi, la publication d'une déclaration de non-respect figure généralement parmi les mesures de réaction à l'identification d'un non-respect. Dans le cadre de la Convention de Bâle, l'unique « sanction » envisagée est même la « publication d'une déclaration d'avertissement » »[1962].

La prégnance de cette procédure est telle, en matière financière, que des auteurs ont pu s'interroger sur sa nature, et se demander s'il ne s'agissait pas d'une « forme renouvelée d'engagement de la responsabilité juridique d'un État pour fait internationalement illicite »[1963], la seule différence avec un mécanisme contentieux résidant dans l'existence du fait internationalement illicite – puisque dans ce domaine, les normes appliquées relèvent du *soft law* et non d'obligations juridiques internationales[1964] :

> « [l]a procédure de *name and shame* est établie sur la base des rapports d'évaluation mutuelle. Ce faisant, les listes noires sont souvent confondues avec les résultats eux-mêmes des rapports d'évaluation. L'objet de cette procédure est d'identifier publiquement les États dont le cadre réglementaire présente des défaillances en matière de mise en conformité. Elle ne prend d'ailleurs pas nécessairement la forme d'une liste. Par exemple, au sein du GAFI, elle donne lieu simplement à une déclaration publique de l'organisme. Le CSF et l'OCDE ont également recours à une telle procédure »[1965].

573. ***Qualification du* name and shame.** Sans constituer à notre sens une évolution ou une alternative à la responsabilité internationale, le *name and shame* présente surtout les caractéristiques d'une norme sociale pénétrant la sphère juridique par l'intermédiaire des sources formelles. Alors que la désignation publique des acteurs ne respectant pas certaines normes primaires demeurait jusqu'à récemment l'apanage des médias et ne constituait, sauf

---

des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France, *op. cit*. note 1881, p. 71.

[1962] MALJEAN-DUBOIS Sandrine, RAJAMANI Lavanya, « Bilan de recherche des sections francophone et anglophone. Rapports des directeurs d'études », *in* MALJEAN-DUBOIS Sandrine, RAJAMANI Lavanya (dir.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement / Implementation of International Environmental Law*, *op. cit*. note 1958, p. 86.

[1963] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 276.

[1964] *Idem*. L'on peut cependant ajouter, sous l'angle critique, qu'un mécanisme contentieux comprend généralement des garanties procédurales qui sont absentes des procédures de *name and shame*, ces dernières ne nécessitant pas le consentement des États visés et ne répondant pas toujours à des fonctionnements transparents. Voir d'ailleurs, sur ce point, *ibid*., pp. 276-277.

[1965] *Ibid*., p. 263, note 970.

dans les cas de publication des décisions contentieuses, pas une norme secondaire classiquement rencontrée en droit international, l'insertion de cette possibilité au sein des instruments normatifs et des pratiques institutionnelles en droit administratif global lui confère un rôle spécifique en matière d'effectivité. Le *name and shame* constitue la traduction linguistique, et dorénavant juridique, d'une pression sociale sur les entités globales, que celles-ci sont de plus en plus « tenues » moralement, politiquement et économiquement – au regard des conséquences néfastes possibles en termes d'image – de prendre en considération.

574. ***Rôle des sources formelles du droit administratif global.*** L'effectivité prévisible des normes relevant du droit administratif global peut donc être renforcée par l'intégration, au cours du processus normatif, de mécanismes de garantie qui s'avèrent divers. Le rôle des sources formelles dans la prédétermination de cette effectivité est important, puisque ces mécanismes peuvent, comme dans le cas du *name and shame*, ne pas relever initialement du spectre juridique. Autrement dit, sans la mobilisation de sources formelles pour transformer la norme sociale de *name and shame* en norme juridique, les normes primaires de droit administratif global perdraient une « arme » de nature à rendre prévisible leur effectivité. Il est dès lors possible de conclure que l'impact des sources du droit administratif global sur l'effectivité des normes produites réside principalement dans la capacité des auteurs de ce droit à traduire, par ces modes de création formels, les pressions sociales visant à le faire respecter.

SECTION 2. L'IMPACT DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL SUR SON EFFECTIVITE SYSTEMIQUE

575. ***Étude d'une seconde catégorie d'effectivité.*** Le sens du terme « effectivité » étant comme il l'a été vu variable et ne faisant pas consensus au sein de la doctrine, il n'est pas iconoclaste de proposer un nouvel axe de recherche, dans la mesure où celui-ci participe à une meilleure connaissance des effets des sources du droit administratif global. Après avoir mesuré la manière dont la formation du droit administratif global détermine son effectivité, il est en effet intéressant, tout en conservant un angle d'analyse fondé sur les interactions entre les sources du droit administratif global et l'effectivité des normes produites, de modifier le prisme de lecture proposé. L'une des dimensions du droit administratif global a jusqu'ici échappé à l'analyse : celle de ses rapports avec la *régulation globale*, entendue comme l'action

décisionnelle globale au sens large[1966]. Pourtant, les sources du droit administratif global affectent nécessairement la structure voire la nature de cette régulation, en générant des normes qui non seulement visent à l'encadrer partiellement ou totalement, mais encore sont effectives, sous réserve des éléments formulés en section 1. Il s'agit alors d'étudier non plus l'effet des normes de droit administratif global considérées individuellement, mais celui des normes prises dans leur ensemble sur un objet précis – ici, la régulation globale. Cette conception certes « minoritaire »[1967] de l'effectivité consiste à observer « l'impact dynamique ou la force de résonance d'une norme au sein du droit positif »[1968], ce qui implique que les propos suivants n'adoptent pas la même définition du terme « effectivité » que les précédents. Ils se rapprochent, en ce sens, de l'idée plus générale de l'*efficacité* du droit par rapport à l'objectif qui lui est assigné, conformément à l'évolution du regard de la doctrine sur la question : « [i]l y a une nette progression, depuis une trentaine d'années, de l'intérêt pour la question de l'efficacité des normes, ce qui est une manière de comprendre l'effectivité des normes en dehors de l'application formelle des dispositifs juridiques »[1969].

576. ***Contribution effective à la démocratisation de la régulation globale.*** Cette approche différente de la notion d'effectivité semble à même d'offrir, en complément des analyses précédemment menées, une lecture plus précise du *système* normatif que génèrent les sources du droit administratif global, et, plus précisément, de l'impact des sources sur le système normatif global. Cette démarche constitue ainsi l'ultime maillon de la recherche sur les sources du droit administratif global, en tentant d'appréhender leurs effets de manière holistique. Pour ce faire, il faut évaluer l'impact des sources du droit administratif global sur les phénomènes qu'il a vocation à régir. Afin de déterminer la « vocation » du droit administratif global, le recours à la doctrine du *GAL* est utile, puisqu'elle a constitué le matériau premier de la recherche

[1966] La définition adoptée de la régulation globale est celle de Sabino Cassese, selon lequel les « biens et les fonctions qui échappent au contrôle des États sont régulés au niveau global. Ces États ne réussissent pas à contrôler la pêche des espèces de poissons migrateurs, et sont tout autant impuissants, à eux seuls, à limiter l'usage des gaz qui produisent l'effet de serre ou à empêcher la propagation des crises financières. Il faut aussi que les États se mettent d'accord pour céder leur propre pouvoir de régulation aux autres pouvoirs publics, de dimension globale, quand leurs limites ou leurs fonctions se superposent ou mènent à un conflit, comme cela se produit pour l'usage de la haute mer. Ces exigences conduisent à la mise en place d'organes de régulation globale » (CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 85).

[1967] HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », *op. cit.* note 1855, p. 44.

[1968] *Ibid*., p. 46.

[1969] FONTAINE Lauréline, « Effectivité et droit de l'Union européenne sous le regard d'une analyse sociétale », *in* BOUVERESSE Aude, RITLENG Dominique (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, *op. cit*. note 1851, p. 15. Dans le même sens, voir également le contenu, *supra*, de la note 1892.

et que ces auteurs sont parmi les premiers à avoir analysé les fonctions de ce droit émergent[1970]. Or, l'ambition du projet du *GAL*, sur la base des normes existantes, est triple : promouvoir l'*accountablity* des entités globales, faire respecter un certain nombre de principes « administratifs » et contribuer à la démocratisation de la régulation globale[1971]. L'impact des sources du droit administratif global sur les deux premiers objectifs, sous l'angle du droit positif, a pu être mesuré au cours de l'étude. Le troisième, plus systémique, échappe à l'analyse de l'effectivité des normes prises isolément. Comme le rappelle Édouard Fromageau,

> « [l]'un des objectifs du projet sur le *GAL* est de promouvoir la démocratie au sein des institutions dites globales. […] Les conditions nécessaires à l'émergence de cette « démocratie globale » ne sont, de l'avis même des promoteurs du *GAL*, pas remplies en l'état actuel de la société internationale. Ces conditions sont, notamment, la présence d'un consensus global sur des valeurs démocratiques communes et d'une structure de représentation démocratique globale. Il semble néanmoins qu'une tendance récente au sein du *GAL* soit d'ouvrir le débat sur son rôle à jouer en tant que « terrain global pour une démocratie délibérative ». Le constat est celui, tout d'abord, de la compatibilité, voire de l'imbrication, des objectifs du *GAL* et de ceux défendus par un courant que l'on pourrait qualifier de « démocratie globale ». Plus précisément, le *GAL* serait un moyen permettant d'atteindre les objectifs de promotion de l'auto-gouvernance (*self-government*) et de la non-domination. Il est alors défendu que le *GAL* donne un fondement à une certaine forme de démocratie au sein des institutions globales, selon une approche dite de *bottom-up*, en rendant les instances délibératrices plus *accountables* et plus transparentes »[1972].

Bien que le projet du *GAL* ne constitue qu'un point de départ, il apparaît pertinent, pour évaluer la capacité des sources à générer des sources de droit administratif global effectif, d'examiner la mesure dans laquelle les sources ont un impact sur l'émergence de cette démocratie globale, qu'il est possible de désigner comme un processus : la démocratisation globale[1973]. Il est en

---

[1970] Il faut à cet égard rappeler que le recours aux fonctions assignées par la doctrine du *GAL* au droit qu'ils identifient comme existant ne signifie pas pour autant une acceptation pleine et entière de la dimension prescriptive du projet. Sans se positionner dans ce courant pour les raisons évoquées en introduction, il est ainsi intéressant de « tester » la mesure dans laquelle les sources du droit administratif global positif confirment, ou non, les fondements du projet.

[1971] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, p. 27.

[1972] FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 68.

[1973] La littérature doctrinale relative à la notion de « démocratisation » est importante en droit international. L'on retiendra, parmi des publications foisonnantes, BOUTROS-GHALI Boutros, « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation », *RCADI*, vol. 286, 2000, pp. 9-35, spéc. pp. 31-38 et KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, *op. cit*. note 1950, pp. 77-119 ; voir en particulier l'abondante bibliographie sur le sujet pp. 77-78. L'expression « démocratisation globale » n'est en revanche pas utilisée, à notre connaissance, par la doctrine. Voir cependant CHIMNI Bhupinder S., « Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2005/16, *Global Administrative Law Series*, 2005, p. 3, évoquant « the conditions in which GAL can advance the global democratization and justice agenda by looking at the national experience of a developing country like India with the functioning of administrative law ». Hors du cadre strict du *GAL* mais abordant la question de la légitimité des institutions globales et de leur caractère non démocratique en matière économique, voir également TEIVAINEN Teivo, « The World Social

effet tentant, en observant le droit administratif global et en le mettant en résonnance avec les travaux relatifs à la démocratie administrative en droit interne[1974], de lui assigner cette fonction qui semble s'imposer avec évidence, de la même manière que le droit international a *prima facie* pour fonction d'organiser les relations interétatiques dans le but de maintenir la paix. Autrement dit, il s'agit de déterminer, en droit positif, l'impact des sources sur les objectifs qui semblent poursuivis par le droit administratif global, c'est-à-dire si celles-ci permettent de générer des normes conformes à la fonction de démocratisation de la régulation globale qui leur est conférée par les observateurs[1975] et parfois par les entités globales elles-mêmes[1976].

577. ***Plan de la section.*** Pour ce faire et étant entendu que cette démocratisation « revêt une forme à la fois immédiate et médiate, la société civile y prenant part soit directement ou indirectement par la médiation de l'État »[1977], des indicateurs généraux peuvent être dégagés. Parmi eux, l'évaluation du succès général des normes de droit administratif global aux yeux des groupes sociaux ayant plaidé pour leur développement, la réalité objective de la prise en compte des revendications exprimées par les groupes sociaux et la mesure de l'évolution du fonctionnement général des entités globales sont les plus significatifs. Sans faire l'objet de développements systématiquement détaillés, ils peuvent être utilisés pour tirer les conclusions qui suivent : en la matière, si l'influence des sources formelles apparaît faible sinon inexistante (**I**), celle des sources matérielles s'avère déterminante en ce qu'elle oriente pleinement la manière dont le droit administratif global est effectif au regard de cet objectif. Il convient donc

Forum and Global Democratisation: Learning from Porto Alegre », *Third World Quarterly*, vol. 23, 2002, n° 4, pp. 621-632.

[1974] TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 304, 2018, 757 p., spéc. pp. 30-33. Pour l'auteur, « la démocratie administrative regroupe l'ensemble des règles organisant la participation des administrés à l'élaboration des décisions administratives » (p. 33). Si cette définition peut faire écho, en droit interne français, à certains développements de la présente recherche, il faut noter que l'auteur exclut du champ de son étude la participation des autorités administratives à l'élaboration des règles régissant leur propre activité (p. 35).

[1975] Menant une démarche proche concernant la portée de la démocratisation des organismes internationaux de standardisation financière, voir CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, pp. 208 et suivantes.

[1976] En particulier lorsqu'elles créent unilatéralement du droit administratif global. La page du Bureau de la déontologie des Nations Unies précise ainsi que les raisons de sa création sont « l'explosion des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la diffusion rapide et universelle des idées et des pratiques, la mondialisation, *la démocratisation* et l'évolution des valeurs sociales » (Site internet du Bureau de la déontologie de l'Organisation des Nations Unies, disponible à l'adresse : https://www.un.org/fr/ethics [consultée pour la dernière fois le 11 juillet 2019] ; nous soulignons).

[1977] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 223.

d'achever l'étude par l'examen de la manière dont les *fonctions* des sources formelles influencent son effectivité systémique (**II**).

I. L'influence limitée des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique

578. ***Influence des sources et influence des interactions entre les sources.*** Étant dorénavant admis que, dans les développements qui suivent, l'« effectivité » du droit administratif global s'entend de sa capacité à contribuer effectivement à la démocratisation de la régulation globale, il est possible de distinguer deux niveaux d'analyse. Il convient en premier lieu de relever le peu d'impact des sources du droit administratif global *elles-mêmes* sur cette effectivité (**A**), avant de noter que cette dernière peut être en partie conditionnée par les *interactions* entre les sources (**B**).

A. La faible influence des modes formels de production du droit administratif global sur la démocratisation de la régulation globale

579. ***Désétatisation et fragmentation.*** Le développement suivant consiste à déterminer si le choix de telle ou telle source de droit administratif global revêt, ou non, une importance au regard de l'objectif poursuivi par la création de la norme finale, en termes de démocratisation globale. À cet égard, le propos ne peut qu'être concis : il n'apparaît pas que les sources formelles soient en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'effectivité du droit administratif global. D'une part, l'inventaire des sources formelles ne fait clairement pas apparaître une forme de « publicisation » de la régulation globale, laquelle serait de nature à participer à la démocratisation par la voie étatique (1) ; d'autre part, il révèle une certaine fragmentation des outils de la démocratisation défavorable à sa généralisation (2).

1. La désétatisation de la régulation globale confirmée par les sources formelles du droit administratif global

580. ***Notion de désétatisation.*** Les analyses précédentes ont mis en évidence le rôle central de l'État dans la formation du droit administratif global : celui-ci est, d'une manière ou d'une autre, présent dans le processus de création, ce qui fait de la figure étatique l'une des constantes de l'espace administratif global[1978]. Dans cette mesure, il peut paraître paradoxal d'évoquer l'idée

[1978] Voir *supra*, §§522-523.

de « désétatisation », laquelle signifie le retrait de l'État de la régulation d'un secteur ou d'une activité. L'expression, connue de la doctrine, a pu être employée, de manière variable, concernant des sujets aussi différents que l'ordre international de l'aviation civile[1979], la gouvernance d'Internet[1980] ou la guerre[1981]. Elle est également employée par Jean-Bernad Auby, qui estime que la « désétatisation croissante de la société, qui émancipe les citoyens et leurs droits fondamentaux et accroît la participation d'acteurs privés à la production du bien public »[1982] constitue l'une des trois grandes « évolutions déstabilisatrices »[1983] vectrices de modernisation que connaît le droit administratif français. Mais l'expression est surtout utilisée, contrairement à l'usage qu'en fait le précédent auteur qui y voit un facteur distinct de déstabilisation du droit administratif, pour qualifier les conséquences de la globalisation dans son ensemble : « [d]ésétatisation de l'espace normatif et déstabilisation du temps ne sont pas le propre de l'économie, mais bien celui de la mondialisation »[1984]. Bref, le sens accordé par la doctrine à la notion de « désétatisation » est variable, mais elle s'accorde pour y voir un phénomène nouveau dont les effets sur les structures classiques du droit sont mal maîtrisés.

581. ***Émergence d'outils de démocratisation de la régulation globale.*** C'est manifestement pour faire face à ce phénomène de « désétatisation » de la régulation globale, entendue avec la majorité des auteurs internationalistes comme le recul de l'État sur la scène globale, que des outils de démocratisation sont élaborés. En d'autres termes, le droit administratif global constituerait une réponse à la désétatisation de la régulation globale ; son effectivité systémique

---

[1979] CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 363. L'auteur évoque cependant une désétatisation au profit de l'Union européenne, qu'il nuance d'emblée : « l'OACI accepte de conclure des accords avec la seule Union sur des matières qui relèvent de ses compétences exclusives, bien qu'elles aient trait à la sécurité ou à la sûreté aérienne. Or ces domaines sont traditionnellement attachés aux considérations de souveraineté aérienne. Il faut, néanmoins, se garder d'exagérer la portée de ce mouvement : si l'exclusivité étatique est abandonnée, cela ne remet pas en cause la permanence du rôle central des États dans l'ordre international de l'aviation civile » (*idem*).

[1980] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation, Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, p. 570.

[1981] Évoquant la désétatisation de la guerre elle-même, KEMFOUET KENGNY Émile-Derlin, « États et acteurs non étatiques en droit international humanitaires », *RQDI*, vol. 21.2, 2008, p. 64. Contre l'idée de voir dans la lutte contre le terrorisme une « guerre » au risque d'engendrer une désétatisation de la notion de guerre, voir TIGROUDJA Hélène, « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 88-89.

[1982] AUBY Jean-Bernard, « Le droit administratif français vu du droit comparé », AJDA, 2013, p. 408.

[1983] *Ibid*., p. 407. Voir également, sur ce point, TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit*. note 1974, pp. 13-14.

[1984] DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, éd. du Seuil, coll. Essais, 1998, p. 76. Voir cependant, en partie *contra* et en matière de règlementation internationale des marchés, ULLRICH Hanns, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, t. XVII, n°3, 2003, pp. 292-293 et p. 302. Voir également, *contra*, AUBY Jean-Bernard, « Le droit administratif français vu du droit comparé », *ibid*., pp. 407-408.

peut donc être évaluée au regard de cet objectif. Or, ses sources formelles ne permettent pas d'avancer une réponse ferme à ce propos. Celles-ci ne peuvent être de manière générale interprétées comme une preuve que l'État, qu'il soit considéré en tant que tel ou sous ses déclinaisons internes – les entités infra-étatiques – ou internationales – les organisations internationales –, serait (re)devenu l'alpha et l'oméga de la régulation globale. La prégnance des sources de droit administratif global privées, c'est-à-dire élaborées par les entités globales privées, est en effet aisément constatable, et l'on pense d'abord aux codes de conduite internes aux entreprises comme sectoriels. La figure étatique n'est cependant, on l'a dit, pas absente même dans ces cas : dans la plupart des cas, l'État *choisit* de ne pas intervenir, pour des raisons diverses et extra-juridiques. En retrait apparent, il conserve cependant la *possibilité juridique* d'intervenir, notamment en légiférant à l'égard des entreprises multinationales qui sont les principaux générateurs de droit administratif global de source privée, puisque ces dernières demeurent soumises à leur ordre juridique national de référence. Les modes formels de production du droit administratif global ne constituent donc pas systématiquement des vecteurs de ré-étatisation, puisque beaucoup d'entre eux naissent au sein des entités privées sans que l'État n'intervienne.

582. ***Facteur psychologique.*** Outre la question du choix étatique et interétatique de laisser le droit administratif global se former de manière privée, tout en influant sur son contenu par l'intermédiaire de réseaux transnationaux[1985], un autre constat vient appuyer l'idée selon laquelle les sources formelles du droit administratif global présentent une effectivité systémique limitée. Un examen purement quantitatif des sources formelles confirme d'abord la forte présence privée des auteurs du droit administratif global, notamment au regard du foisonnement des codes de conduite et autres instruments internes prévoyant des normes relevant de ce droit, lesquels sont moins fréquents au sein des entités publiques. Mais il a été montré que l'orientation communicationnelle des sources[1986] tendait à infirmer ce rapport numérique ces dernières décennies, ce qui renforce en réalité l'influence du secteur privé dans la création du droit administratif global ou, plus précisément, la perception que le public peut en avoir. En effet, les entités publiques s'alignent de plus en plus sur le discours développé par les entités privées et développent les mêmes types de supports normatifs[1987]. Cette confusion discursive,

[1985] L'on pense en particulier au Pacte mondial étudié plus haut, §567.
[1986] Voir *supra*, cette Partie, Titre Premier, Chapitre 2.
[1987] Pour ne prendre qu'un exemple, le Bureau de la déontologie de l'Organisation des Nations Unies (voir *supra*, §143) présente une liste impressionnante de documents pertinents en matière de déontologie et de responsabilité. La page dédiée contient ainsi une trentaine de documents intitulés « Normes de conduite requises des

induite par la propension des entités globales publiques à dupliquer les modes privés de formation du droit administratif global, et particulièrement les *instruments* des entités privées au détriment des sources « classiques », entretient ainsi, ne serait-ce que par la terminologie employée, une impression de désétatisation de la régulation globale. Outre les conclusions purement juridiques qu'il est possible de tirer de ce qui précède, l'effectivité systémique du droit administratif global est donc en outre limitée par un facteur psychologique – l'intitulé du processus de formation ou de l'instrument n'étant pas déterminant sur le plan juridique, spécifiquement en droit international.

2. La fragmentation de la démocratisation globale du fait des sources formelles

583. ***Renvoi à l'obligatoriété.*** Une tentative d'approche plus *qualitative* de la formation du droit administratif global ne permet pas d'aboutir à des conclusions différentes. Pour le vérifier, il convient de s'attacher non plus au nombre de sources privées ou publiques du droit administratif global ni à la perception que peut avoir la société civile de sa production, mais à la force de résonnance des normes dégagées sur le vaste phénomène de la régulation globale. Autrement dit, si les normes produites par certaines sources s'appliquaient de manière transversale à de nombreux domaines et produisaient des normes dotées d'un impact substantiel sur l'*ensemble* de la régulation globale, il serait possible de considérer que celles-ci déterminent positivement l'effectivité systémique du droit administratif global. Cependant, en l'absence d'instrument juridique en mesure d'imposer – ou même de suggérer – certaines normes identiques à l'intégralité des entités globales, la démocratisation globale est inévitablement fragmentée. Cette-dernière, pour autant qu'elle se développe, se répand soit sectoriellement, c'est-à-dire par domaine d'activité à dimension globale[1988], soit institutionnellement, c'est-à-dire par catégories formelles d'entités globales[1989]. Tout au plus peut-on donc rappeler que plus

fonctionnaires internationaux », « Code de conduite des volontaires de l'ONU », « Travailler ensemble : mettre l'éthique en pratique », ou encore un ensemble de documents relatifs à la « politique de cadeau » dont tant la présentation que le contenu pourraient, abstraction faite de leurs auteurs et destinataires, avoir été pensé par une entreprise multinationale (Page « documents de référence » du site internet du Bureau de la déontologie de l'Organisation des Nations Unies, disponible à l'adresse : https://www.un.org/fr/ethics/relevantdocs.shtml [consultée pour la dernière fois le 11 juillet 2019]).

[1988] Ainsi est-il commun de relever des obligations d'établir des voies de recours en matière de terrorisme, mais pas nécessairement en matière environnementale où l'on trouvera, à l'inverse, des obligations de précaution. Dans le même sens, les normes relatives à l'information du public sont plus prégnantes en matière environnementale qu'en matière de contrôle bancaire.

[1989] Le cas de la RSE, qui concerne évidemment les entreprises, est le plus topique de cette fragmentation institutionnelle. De la même manière, les normes relatives à l'*accountability* des entités globales se développent plus volontiers au sein ou à l'égard des organisations internationales qu'à destination des entités globales publiques infra-étatiques ou des entités transnationales informelles.

la norme de droit administratif global bénéficiera d'un degré d'obligatoriété élevé et/ou d'une effectivité garantie dans l'ordre juridique observé, plus sa propension à participer à la démocratisation globale sera significative, de sorte que l'effectivité systémique de ce droit n'entretient sur ce point un rapport avec ses sources que par l'entremise de l'obligatoriété.

584. ***Originalité des sources coutumières du droit administratif global.*** Cependant, il apparaît que le mode de formation coutumier du droit administratif global est, intrinsèquement, porteur d'une plus grande effectivité systémique de ce droit, en ce qu'il consiste en l'émergence simultanée et convergente d'une pratique considérée comme reflétant un devoir-être. S'il venait à être communément admis que la création d'un site internet ou la publication d'un rapport annuel par chaque entité globale constituaient des normes de droit administratif global formées de manière coutumière[1990], leur caractère universel participerait de manière remarquable à la démocratisation globale recherchée. En ce sens, il est possible de conclure que la formation coutumière est la source la plus propice à l'effectivité, ainsi entendue, du droit administratif global. Il faut toutefois d'emblée nuancer ce propos en relevant, d'une part et comme on l'a vu[1991], la grande rareté des normes générées par cette source, ce qui nuit pour l'instant à l'effectivité systémique du droit administratif global. D'autre part, l'ambition des normes formées par la source coutumière, au sens de la précision et de la complétude de leur contenu, est limitée ; à l'heure actuelle, il ne peut s'agir que de normes générales de transparence et d'audit, sans que les procédures d'application soient clairement définies de manière coutumière. Il s'agit, pourtant, de la source qui paraît actuellement la plus adaptée à l'aboutissement de cette fonction du droit administratif global.

585. ***Conclusion intermédiaire.*** Prises isolément, les sources formelles du droit administratif global n'ont donc qu'un impact modéré sur son effectivité en tant qu'ensemble participant d'un processus de démocratisation globale, soit à raison de leur défaut de capacité à générer des normes universelles, soit à raison de la rareté des normes universelles qu'elles produisent. Dans la continuité de cette conclusion, il est possible montrer que la *multiplication* des sources envisagée précédemment constitue, logiquement, un facteur d'effectivité du droit administratif global.

[1990] Sur ces hypothèses, voir *supra*, §§320.
[1991] *Idem*.

B. L'influence certaine des interactions entre les sources sur l'effectivité du droit administratif global

586. ***Effets et limites de la multiplication des sources.*** Le chapitre précédent a permis de mettre en lumière l'existence d'un phénomène de multiplication interne et externe des sources du droit administratif global, lequel a conduit à relever l'existence d'un espace administratif global au sein duquel les sources interagissent. Bien que l'espace administratif global demeure une lecture doctrinale de la structuration des échanges autour de la formation du droit administratif global, les interactions entre les sources qu'il représente sont avérées. Or, cette multiplication des sources constitue indubitablement un moteur de la démocratisation de la régulation globale (1) ; mais elle présente des limites qui invitent à ne pas exagérer sa portée sur l'effectivité systémique observée (2).

1. La multiplication des sources du droit administratif global comme facteur de son effectivité

587. ***Raisonnement logique.*** Non seulement la multiplication des sources permet un renforcement de l'obligatoriété du droit administratif global – dont il vient justement d'être rappelé qu'elle entretient un lien avec son effectivité systémique –, mais encore elle est un outil de sa propagation auprès d'un nombre grandissant d'entités globales. Le raisonnement est purement logique et ne nécessite pas de longs développements : plus les sources se multiplient, plus les normes foisonnent, et plus la démocratisation globale se trouve alimentée, sous réserve que le droit en question soit en pratique *effectif* – cette fois-ci au sens dégagé en section 1. Vecteur de promotion de l'obligatoriété des normes produites, l'espace administratif global constitue donc également un facteur d'effectivité systémique du droit étudié, en ce qu'il permet et favorise les interactions et la circulation des sources comme des normes de droit administratif global.

2. Les limites de la multiplication des sources sur la démocratisation de la régulation globale

588. ***Exposé des limites.*** L'analyse de l'effectivité systémique du droit administratif global telle qu'influencée par la multiplication des sources laisse cependant apparaître un bilan mitigé. D'un point de vue pragmatique, c'est-à-dire en tentant d'observer le phénomène sans *a priori* axiologique et de manière objective, il n'est pas possible de considérer que la régulation globale

s'est réellement démocratisée, malgré le développement du droit administratif global et son indéniable effectivité normative. La transparence des entités globales financières demeure elliptique, les processus de participation à l'élaboration des décisions globales restent limités à certains secteurs, l'existence de voies de recours afin de demander le réexamen des décisions globales est peu répandue, l'*accountability* de certaines entités globales se limite à quelques données financières parfois peu instructives ou à l'inverse très techniques. Les luttes contre la corruption et pour la préservation de l'environnement connaissent de très retentissants échecs médiatiques malgré le développement du droit administratif global, et constituent autant de manifestations de son manque d'effectivité systémique. Malgré la multiplication des sources du droit administratif global, il n'existe pas, au sein de l'espace administratif global, de moyen pour les citoyens – ou « administrés globaux » – de décider directement de la manière dont est conduite la régulation, sauf à faire pression sur leurs gouvernants étatiques par l'élection.

589. ***Nécessité d'examiner l'influence des sources matérielles.*** La « démocratie globale » est donc pour l'instant illusoire, comme le constatent d'ailleurs les fondateurs du *GAL* en assignant au droit administratif global la fonction de contribuer à son émergence : « it invites development of institutional procedures, principles, and remedies with objectives short of building a full-fledged (and at present illusory) global democracy »[1992]. Au-delà du système démocratique souhaité par ces auteurs, les constats précédents amènent à se demander si la démocratisation globale, en tant qu'indice de l'effectivité du droit administratif global, n'est pas elle-même illusoire. En d'autres termes, le faible impact de la multiplication des sources du droit administratif global sur l'objectif de démocratisation de la régulation globale conduit à s'interroger sur l'objectif lui-même : cette démocratisation est-elle véritablement un indice de de l'effectivité du droit administratif global en tant que système ? Si la réponse était positive, il conviendrait de conclure à l'ineffectivité systémique du droit administratif global sur ce point, et, partant, à l'incapacité de ses sources formelles à influer sur elle. Une étude de l'influence des sources matérielles sur cette même effectivité conduit cependant à nuancer ce constat d'échec.

[1992] KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 1971, p. 27.

II. L'influence déterminante des fonctions des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique

590. ***Fonction des sources et encadrement de l'effectivité systémique.*** Si les sources formelles n'ont qu'un impact limité sur l'effectivité du droit administratif global, prise dans son second sens et relativement à la démocratisation de la régulation globale, tel n'est pas le cas de ses sources matérielles. Au contraire, ces dernières génèrent le *cadre* de cette effectivité, en conditionnant le déclenchement du processus formel (**A**). Dans la lignée des réserves exprimées *supra*, l'étude des sources matérielles montre enfin que cette démocratisation de la régulation globale n'est pas le moteur premier de la formation du droit administratif global, essentiellement car elle est techniquement illusoire. Ces éléments confirment, comme on le verra, le caractère déterminant des sources matérielles dans l'effectivité systémique du droit administratif global entendue comme sa capacité à participer au développement d'une démocratie globale (**B**).

A. L'effectivité du droit administratif global conditionnée par les fonctions de ses sources

591. ***Inexistence d'un besoin social de démocratisation de la régulation globale.*** Il a été démontré précédemment que les sources formelles du droit administratif global étaient déterminées par ses sources matérielles : ce sont ces dernières qui invitent les auteurs de ce droit à mobiliser un mode de formation, et, en leur absence, aucun processus de formation de droit n'est déclenché. Or, si la fonction du droit administratif global est de contribuer à la démocratisation de la régulation globale, telle n'est pas nécessairement celle de ses sources. L'absence de correspondance entre les fonctions des sources et des normes est alors susceptible de provoquer un hiatus conduisant à l'ineffectivité structurelle du droit administratif global. Deux séries de considérations doivent être développées au support de cette idée. Les premières sont relatives au degré de généralité prêté aux besoins sociaux à l'origine du droit administratif global (1) ; les secondes sont relatives à la nécessité de ne pas isoler la réponse au « besoin social » des autres fonctions des sources formelles (2).

1. L'effectivité systémique du droit administratif global déterminée par les limites des besoins sociaux

592. ***Caractère précis des besoins sociaux exprimés.*** Il faut d'abord rappeler que les besoins sociaux ne correspondent pas nécessairement à une demande générale de démocratisation de la régulation globale. Comme il l'a été relevé, ils sont la plupart du temps plus précis et sont surtout particulièrement sectoriels[1993]. Autrement dits, ils concernent des points précis (la neutralité d'Internet, la protection de telle espèce animale, la limitation de l'utilisation de tel facteur de pollution) et sont initiés par des groupes sociaux variables et parfois réduits à quelques influenceurs réunis en ONGs – bien que pouvant bénéficier moralement du soutien du plus grand nombre. Les besoins sociaux exprimés ne correspondent donc pas à une demande unanime de « démocratie globale », à l'instar des phénomènes sociaux pouvant conduire à une transition démocratique au sein d'un État, lesquels relèvent d'une tout autre logique. Les pressions sociales sont soit orientées en direction d'une catégorie d'entités globales – par exemple, les entreprises multinationales – visées à un instant T par un ou plusieurs groupes sociaux[1994], soit concentrées autour d'un secteur spécifique dont les groupes sociaux estiment que la gestion, par les entités globales, n'est pas satisfaisante en considération de divers critères sociaux et politiques – par exemple, la protection de l'environnement ou la lutte contre l'évasion fiscale. Par ailleurs et dans le même sens, les besoins sociaux peuvent être limités au développement d'une unique norme dans un secteur spécifique, à l'instar des juridictions régionales lorsqu'elles condamnent les États membres pour ne pas avoir un droit au recours effectif en matière de sanctions onusiennes[1995]. L'existence d'une multitude de besoins sociaux convergeant dans le sens d'une demande d'une meilleure gouvernance de la régulation globale permet bien d'identifier un besoin social général de « démocratisation de la régulation globale » ; mais celui-ci n'est pas exprimé de sorte qu'il implique la mobilisation expresse de sources formelles pour parvenir à cet objectif général. La différence entre les nombreux besoins sectoriels et le besoin général de démocratie globale est de degré ; cependant, ce sont les besoins

[1993] Voir *supra*, §455.

[1994] Par exemple, lorsqu'ils réclament un plus grand contrôle des conditions de travail des mineurs ou une lutte plus importante contre la fraude fiscale. Il ne s'agit jamais – à notre connaissance – d'exprimer unanimement un rejet « en bloc » de l'activité des grandes entreprises, mais de signifier que la confiance du public est atteinte à propos d'un sujet précis, et qu'un besoin de social de la restaurer et de renforcer la légitimité de l'entité à agir en tant que décideur global.

[1995] Voir les affaires, déjà mentionnées au cours de la recherche, CJUE, GC, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires C-402/05 P et C-415/05 P ; CEDH, GC, *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, n° 10593/08 ; CJUE, GC, 18 juillet 2013, *Commission européenne e.a. c. Yassin Abdullah Kadi*, affaires C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P,

sociaux sectoriels qui sont les moteurs du déclenchement des processus de création du droit administratif global, et non l'inverse. Par conséquent, il apparaît qu'avancer l'existence d'une source matérielle générale fondée dans un besoin tout aussi général de démocratisation de la régulation globale constitue une induction, laquelle n'est pas systématiquement vérifiable, ce qui revient à généraliser abusivement sans prêter suffisamment de considération à la diversité et à la sectorisation des motifs de création du droit administratif global.

2. L'effectivité systémique du droit administratif global conditionnée par les modalités de réponse aux besoins sociaux

593. ***Nécessaire prise en compte de l'intégralité des fonctions des sources formelles.*** En second lieu, il convient de rappeler que les fonctions des sources formelles du droit administratif global ne résident pas uniquement dans la réponse aux besoins sociaux exprimés. Il a en effet été démontré que la manière dont les sources sont mobilisées pour formuler la réponse constituait également un élément de ces fonctions ; ainsi, les sources formelles ont pour fonction de répondre aux besoins sociaux *en considération du principe d'apparence*. En termes d'effectivité, il faut donc tirer pleinement les conséquences de la distinction entre fonctions des sources et fonctions des normes de droit administratif global[1996]. S'il a été montré que deux ensembles de fonctions, l'un attribué aux sources et l'autre aux normes, pouvaient coexister, il apparaît au surplus que la fonction d'une norme n'est pas nécessairement déterminée par celle de sa source[1997]. Cette donnée éclaire le conditionnement de l'effectivité systémique du droit administratif global par ces sources. Il est toujours possible d'attribuer *a posteriori*, et un peu artificiellement, aux normes de droit administratif global une fonction de contribution à la démocratisation de la régulation globale. Cependant, si leurs sources ont pour fonction de répondre à un besoin social plus précis en tenant compte de la nécessité de préserver les *apparences de la démocratie* – ce qui a été démontré –, alors le caractère illusoire de la démocratisation par les normes de droit administratif global apparaît clairement. Cette dernière

[1996] À la lumière de ces éléments, la distinction, prudemment opérée dès l'introduction de la recherche, entre fonctions des normes et fonctions des sources (*supra*, note 171) prend une dimension nouvelle, et paraît incontournable au sein de toute réflexion sur les sources du droit.

[1997] La source ne fait que *traduire* des pressions sociales identifiés en un instant T dans une société donnée en générant une norme dont la fonction première est d'orienter les conduites. La norme peut, dans cette mesure, être interprétée de manière évolutive au fil du temps et, à terme, ne plus correspondre au besoin social initial, mais remplir d'autres fonctions. L'interprétation dynamique du droit, en matière de droits de l'homme, illustre parfaitement cette idée. Au-delà de ce cas bien connu, l'interprétation dynamique est également mobilisée au sein de l'OMC face à l'impératif de ne pas « figer » le contenu de la moralité publique (voir par exemple WITMEUR Renaud, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *RIDE*, t. XXVI, n°3, 2010, p. 244).

est tout simplement impossible ou, plus précisément, intrinsèquement limitée par le cadre fixé par le besoin social et le principe d'apparence. Autrement dit, l'effectivité systémique des normes du droit administratif global est conditionnée par la manière dont ses modes de production sont mobilisés pour répondre au besoin social à leur origine. Quand bien même le besoin social serait particulièrement large et ne viserait pas un secteur d'activité en particulier, si l'apparence suffit, il n'apparaît ni utile ni pertinent d'aller *plus loin* en mettant en place une réelle « démocratie globale ». Il n'y a ainsi plus qu'un pas à franchir pour avancer l'existence d'une contradiction entre fonction des normes et fonctions des sources que révèle l'analyse de l'effectivité systémique du droit produit : l'on aurait, d'un côté, des modes de production dont la fonction est de répondre à un besoin de sorte qu'il *paraisse* avoir été pris en compte, et, de l'autre, des normes en découlant dont la fonction serait de contribuer à la démocratisation globale.

594. ***Résolution de la contradiction.*** Le paradoxe peut cependant être pondéré en relevant que l'étude s'est jusqu'ici attachée aux fonctions des *sources* et non des *normes* de droit administratif global. Trois séries d'observations peuvent être dégagées à cet égard. D'une part, il n'est pas inconcevable que les normes de droit administratif global poursuivent également une fonction d'apparence de démocratisation, et que la démocratisation de la régulation globale soit elle-même un objectif d'apparence – cette question dépassant le strict cadre de la recherche. D'autre part, il conviendrait de mener une analyse approfondie des fonctions des normes pour déterminer la manière dont celles-ci leurs sont attribuées. En particulier, il ne peut être exclu que l'idée de « démocratie globale » soit une revendication politique attribuée, comme cela a été suggéré, en *aval* de la formation de la norme. Dans ce cas, la démocratisation globale peut tout à fait constituer une grille de lecture de normes ne poursuivant pas, initialement, cet objectif, ce qu'il est difficile de vérifier sans une étude sérieuse de ces fonctions. Enfin et surtout concernant les sources, il ne faut sans doute pas déduire trop hâtivement, de l'existence d'un principe d'apparence intégré aux fonctions des sources du droit administratif global, le postulat selon lequel ce dernier ne serait qu'apparat et conséquemment porteur d'une ineffectivité intrinsèque, du fait de l'impossible conciliation entre les fonctions qui lui sont assignées et celles de ses sources. Les nombreuses situations d'effectivité normative du droit administratif global montrent d'ailleurs qu'il est réellement en mesure d'influer sur la démocratisation de la régulation globale ; mais cette situation n'est pas satisfaisante au regard de l'objectif « final » poursuivi.

595. ***Prédétermination de l'effectivité systémique par les fonctions des sources formelles.*** Malgré ces nuances et débats, l'on doit donc conclure que les sources formelles génèrent un droit au moins partiellement ineffectif sur le plan systémique, ce qui n'affecte ni l'effectivité *normative* de ce droit, ni, par conséquent, la capacité des sources à générer des normes effectives. Ce raisonnement démontre ainsi que les sources formelles ont peu d'impact, dans le cadre du droit administratif global, sur son effectivité systémique, laquelle est davantage conditionnée par d'autres éléments. Parmi eux figurent, en première position, les sources matérielles du droit administratif global. En effet, si ces dernières ont une incidence limitée sur l'effectivité normative du droit étudié – quoi qu'elles puissent y contribuer si elles sont mises en avant pendant le processus formel, par exemple par une communication spécifique – elles revêtent une importance fondamentale sur son effectivité systémique, puisqu'elles la prédéterminent, ce nonobstant les fonctions éventuellement divergentes assignées aux normes par leurs utilisateurs – voire créateurs.

B. L'effectivité systémique du droit administratif global grevée par son caractère utopique

596. ***Hypothèse de l'existence d'un besoin social de démocratisation de la régulation globale.*** Dans la continuité des propos qui précèdent, la recherche doit enfin prendre en considération l'éventualité où il serait établi qu'un réel besoin social de « démocratisation » de la régulation globale serait, en tant que source matérielle, à l'origine de la formation du droit administratif global. En d'autres termes, il s'agit d'examiner l'hypothèse dans laquelle l'on pourrait identifier, au sein du discours des groupes sociaux, un besoin social impérieux de démocratisation de la régulation globale dont il conviendrait de tenir compte au-delà des apparences. Cette hypothèse, qui n'est pas d'école au regard de l'évolution des moyens de communication et d'organisation de la société civile, entraîne la conséquence que l'effectivité du droit administratif global devrait être évaluée à l'aune de la mesure dans laquelle il participe effectivement à cette démocratisation. Sans se livrer pour autant à un exercice de *lex ferenda*, il s'agit donc de répondre, au-delà et sans préjudice des limites évoquées ci-dessus, à la question de savoir si les sources du droit administratif global *peuvent* avoir pour fonction de participer à la démocratisation de la régulation globale. Or, il faut conclure que les sources des normes étudiées ne peuvent que produire des normes ineffectives – ou à tout le moins partiellement ineffectives – sur le plan systémique. Mis en lumière par d'autres travaux concernant le contrôle

de la régulation financière globale (1), ce constat est transposable à l'ensemble des secteurs couverts par le droit administratif global (2).

1. L'impuissance des sources à agir sur la démocratisation de la régulation financière globale

597. ***Exposé des arguments.*** À l'orée de son analyse de la portée de la démocratisation opérée, en matière de standardisation financière, par des normes considérées dans cette étude comme relevant du droit administratif global, Lena Chercheneff note que le mécanisme de « la responsabilité *politique*, envisagé comme un palliatif au déficit de légitimité démocratique, demeure un artifice rendant ainsi la démocratisation de la production normative illusoire »[1998]. Comme elle le relève en distinguant les procédures visant à *tenir compte* des parties prenantes de celles visant à faire *rendre compte* par les entités globales émettrices de standards financiers, « il convient de ne pas surestimer l'efficacité de ces vecteurs de démocratisation en pratique »[1999]. Parmi les facteurs de cette situation, figure en bonne place la complexité de la sphère financière, qui « demeure une nébuleuse institutionnelle »[2000], dont l'intelligibilité n'est pas facilitée par « le phénomène d'inflation normative observable à l'échelle internationale et exponentiel à l'échelle nationale »[2001]. Ainsi, les organisations civiles ne « peuvent constituer un véritable contrepoids aux activités de lobbying de l'industrie financière dans le cadre des procédures de consultation. Ce constat est d'autant plus déplorable que cette procédure demeure leur unique modalité de participation à l'élaboration des standards »[2002] étudiés. Du côté des procédures élaborées en vue de rendre plus redevables les entités globales financières, l'auteur relève la relative absence de l'État dans l'élaboration de certains standards, notamment due à la haute technicité des processus, et l'inefficacité générale du contrôle politique qu'ils exercent, en particulier du fait des risques importants de détournement – ou « capture » – des représentants étatiques[2003].

598. ***Impossible démocratisation.*** En matière financière et malgré l'établissement de « garde-fous contre la capture des représentants étatiques »[2004], il faut donc conclure que l'effectivité

[1998] CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, *op. cit.* note 1927, p. 208.
[1999] *Ibid*., p. 223.
[2000] *Ibid*., p. 228.
[2001] *Idem*.
[2002] *Ibid*., p. 229.
[2003] Voir *ibid*., pp. 237-242.
[2004] *Ibid*., pp. 243-248.

du droit administratif global, en tant que vecteur de la démocratisation de la régulation globale de ce secteur d'activité, se heurte à des réalités désenchanteresses. La matière est trop technique et il apparaît économiquement trop coûteux que l'État « publicise » cette régulation – pour autant que cela soit sociologiquement utile, puisque comme Lena Chercheneff le relève, « le régulateur international et le régulé appartiennent à la même communauté épistémique, favorisant ainsi le consensus sur le niveau de régulation financière à définir »[2005], de sorte que le « partage d'un cadre cognitif commun dépasse ainsi les formes usuelles de conflit d'intérêt et peut difficilement être encadré »[2006].

2. L'encadrement de l'ineffectivité systémique du droit administratif global par ses sources

599. ***Transposition du constat dans le cadre du droit administratif global.*** L'étude qu'a menée Lena Chercheneff pourrait sans difficulté être transposée à la plupart des secteurs couverts par le droit administratif global. Sans prétendre à un degré d'exhaustivité et de précision semblable, il est par exemple possible de relever que l'absence d'effectivité normative des consultations menées par l'ICANN[2007] apparaît, sous cet angle, moins déterminée par la source formelle de la norme les prévoyant que par le haut degré d'expertise requis pour y participer de manière pertinente. *Mutatis mutandis*, la plupart des données nécessaires à l'exercice d'un « pouvoir » de décision démocratique à propos d'une activité faisant l'objet d'une régulation globale n'est pas accessible à la société civile, pour des motifs allant de la complexité technique à l'impossibilité factuelle en passant par la nécessité de préserver le secret défense. Le fait que la régulation globale intervienne dans des domaines qui échappent à l'État, lequel s'estime incapable de les réguler seul ou ne le souhaite pas, implique nécessairement que le droit administratif global s'applique, et ce de manière intrinsèque, à des processus complexes, techniques et souvent politiquement sensibles. Cela réduit logiquement les capacités de contrôle et surtout d'action de la société civile. La démocratisation doit par conséquent, pour être effective, s'exercer essentiellement par l'entremise de l'État ; or, il a été vu que, bien souvent, celui-ci choisissait de ne pas être davantage présent dans l'élaboration des décisions globales – pas plus que dans celle des mécanismes relatifs à leur contestation d'ailleurs, comme le

[2005] *Ibid*., p. 242.
[2006] *Idem*.
[2007] Voir *supra* §556. Il en est d'ailleurs de même pour les consultations environnementales mentionnées par la même occasion : la technicité de certains projets de textes réglementaires les rend parfois difficilement accessibles aux citoyens dépourvus de formation juridique.

montrent les affaires *Kadi* ou *Nada c. Suisse* devant les juridictions européennes. Par ailleurs, l'équilibre nécessaire entre l'objectif de démocratisation de la régulation globale et la protection de certains intérêts et droits – dont certains relèvent d'ailleurs également du droit administratif global[2008] – implique que les entités globales et les auteurs du droit administratif global opèrent des arbitrages parfois défavorables à son effectivité systémique. La transparence connaît ainsi des limites que les observateurs saluent généralement. La transparence absolue appliquée aux entités globales privées est en effet « dangereuse et risque de porter atteinte au secret nécessaire au bon fonctionnement des affaires »[2009] ; trop importante au sein des entités globales publiques, elle peut « conduire à ce que les discussions réelles s'opèrent ailleurs, en secret »[2010] faute d'acceptabilité politique. Par exemple, en matière de terrorisme,

> « absolute transparency is neither a realistic nor an appropriate goal. The release of some types of information can do more harm than good. Detailed information about the precise location of chemical stockpiles that could be used by terrorists to wreak havoc is one example, but there are other areas in which the public interest may favor nondisclosure, such as protecting legitimate trade secrets that have never been circulated publicly or preserving the confidentiality of information that would compromise individual privacy rights »[2011].

600. ***Limites des sources formelles.*** Dans ce contexte, il est difficile d'imaginer la marge de manœuvre qu'offrent les sources du droit administratif global pour lutter contre ce qui apparaît clairement, à la suite de ces analyses, comme un nouveau « problème global » insoluble. L'effectivité systémique du droit administratif global en matière de démocratisation de la régulation globale semble ainsi – schématiquement – limitée à la mise en œuvre de normes d'audit, de transparence et d'information du public, dont la réception, s'agissant des deux dernières, ne nécessite pas d'expertise spécifique, et ce seulement dans la double mesure où elles sont techniquement réalisables[2012] et où elles n'entrent pas en contradiction avec d'autres normes considérées dans l'ordre juridique concerné comme plus impératives. L'ouverture de

---

[2008] Il est possible de songer à la protection des données personnelles, par exemple ; voir, en ce sens, *infra*, note 2011, et la citation relative.

[2009] KESSLER Denis, « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n°97, 2001, p. 43.

[2010] TABAU Anne-Sophie, « Évaluation de l'Accord de Paris sur le climat à l'aune d'une norme globale de transparence », *RJE*, vol. 41, n°1, 2016, p. 69.

[2011] SHAPIRO Sidney A., STEINZOR Rena I, « The People's Agent: Executive Branch Secrecy and Accountability in an Age of Terrorism », *Law and Contemporary Problems*, vol. 69, 2006, p. 100.

[2012] Pour approfondir l'exemple de la transparence et de l'information du public, il est notable que le principal outil de diffusion des conventions internationales, à savoir le *Recueil des Traités des Nations Unies*, accuse un retard significatif dans leur publication, probablement lié à leur prolifération. Publié fin juillet 2019, le volume 2961 du *RTNU* comprend ainsi les traités enregistrés au Secrétariat des Nations Unies en novembre 2013, de sorte que le public ne peut théoriquement pas être officiellement informé des accords conclus depuis six ans. La publication individuelle « hors volume » de certains traités conclus entretemps, parfois sans traduction dans les langues officielles des Nations Unies et d'une manière qui rend difficile leur consultation, ne saurait compenser cette absence. La route vers la « démocratie globale » apparaît, à cet égard, particulièrement longue.

voies de contestation contentieuse ou de mécanismes de réexamen des décisions globales n'apparaît, de son côté, pas suffisamment généralisée pour constituer une illustration probante de l'effectivité systémique du droit administratif global. En ce sens, la démocratisation de la régulation globale apparaît donc largement artificielle. S'il convient de nuancer ce sombre tableau en notant la rapidité des progrès effectués depuis le début des années 1990 et la réussite de nombreuses normes de droit administratif global – au sens où il est possible de considérer qu'elles participent effectivement à la démocratisation de la régulation globale –, il faut toutefois admettre que cette entreprise de démocratisation ne peut, structurellement, aboutir à une réelle « démocratie globale », sauf à la définir de manière excessivement restrictive.

601. ***Fonction de pondération des sources matérielles.*** La pleine effectivité systémique du droit administratif global constitue donc dans tous les cas une utopie que seules ses sources matérielles permettent de tempérer. Par leur précision, elles fixent un canevas rigide de développement des processus formels de création du droit administratif global à l'issue desquels naissent des normes, et ce indifféremment aux objectifs chimériques qui peuvent leur être pré-attribués, y compris, le cas échéant, par l'entremise d'un besoin social par trop imprécis. Dans cette mesure, les sources matérielles du droit administratif global ont une influence déterminante sur son effectivité systémique, prise dans le sens spécifique faisant l'objet de ce développement. Les sources matérielles du droit administratif global en prédisposant les contours du processus normatif qui les « traduira » en langage juridique, fixent ainsi le *cadre* minimal comme maximal de l'effectivité systémique de ce droit. Autrement dit, la formulation même du besoin social, c'est-à-dire de la source matérielle servant de déclenchement au processus formel, a pour effet de tempérer les fonctions excessives, déraisonnables ou en pratiques irréalisables qui peuvent être fantasmées, y compris par les groupes sociaux, à propos de la future règle de droit. En réduisant le champ des possibles et en interprétant l'idéal en un besoin social « traduisible », les sources matérielles permettent de déterminer la marge de manœuvre que le processus formel pourra exploiter. L'on peut donc interroger la pertinence de l'opération intellectuelle consistant à attribuer, souvent artificiellement, une « fonction » à des normes dont la contribution à l'effectivité systémique de leur ensemble (ici, la branche de droit international qualifié de « droit administratif global ») est inextricablement liée, voire intégralement conditionnée par les sources qui en expliquent la formation. Il ne faut pas pour autant en déduire que les effets des sources formelles du droit administratif global sont *déterminés*, de manière fataliste, par les fonctions de ces sources : ces

dernières fixent les bornes, que tout discours doctrinal doit évaluer avant de tenter de qualifier la mesure dans laquelle le droit produit est ou n'est pas, d'un point de vue systémique, effectif. L'utilité de l'intégration de ces éléments dans la théorie des sources du droit administratif global paraît, dès lors, ultimement démontrée.

Conclusion du chapitre 2.

602. ***Synthèse.*** Ce chapitre avait pour objet d'examiner *les effets des sources du droit administratif global sur son effectivité*. Au-delà de la redondance, l'expression implique d'emblée les difficultés auxquelles se heurtait cette entreprise : l'« effectivité », mal définie, est un sujet volontiers évité par la doctrine, qui préfère parfois se limiter à l'analyse de l'obligatoriété du droit, plus aisément mesurable par la mobilisation d'outils juridiques. Le regain d'intérêt doctrinal pour l'effectivité des normes, de manière générale, rendait cependant cette étude actuelle et utile, tout en ouvrant un horizon d'analyse relativement vierge. Mais c'est surtout son importance pour l'analyse systémique des sources formelles du droit administratif global qui rendait indispensables ces développements, qui complètent la connaissance du système des sources de ce droit par l'éclairage de son contexte pratique. Le propos s'est articulé autour de deux sens différents du terme « effectivité », correspondant chacun à un champ d'étude pertinent dans le cadre des sources du droit administratif global. Il s'est d'abord agi de déterminer dans quelle mesure ces sources conditionnaient l'effectivité *normative* du droit administratif global, et il a pu être constaté une évolution des sources formelles du droit – international mais pas uniquement – afin de traduire, par l'insertion de mécanismes de garantie constitutifs de normes secondaires, les pressions sociales en vue d'assurer cette effectivité. Les succès sont mitigés, les sources ne permettant pas d'expliquer ce phénomène du point de vue de l'effectivité normative. C'est en adoptant une vision *systémique* de l'effectivité du droit administratif global, puis en menant l'étude de l'impact que peuvent produire ses sources sur elle, que des réponses se font jour. Pour ce faire, le choix de considérer que la « démocratisation » de la régulation globale constituait l'objectif du droit administratif global a été fait, sur la base tant du discours doctrinal que de celui des entités globales. Ainsi entendue, l'effectivité systémique du droit administratif global désigne sa capacité à participer à ce processus visant l'instauration d'une « démocratie globale ». L'étude des sources a néanmoins permis de révéler le caractère illusoire de cette démocratisation. D'une part, les sources formelles du droit administratif global n'ont qu'une faible influence sur cet objectif, quand bien même leur multiplication a nécessairement une incidence sur le processus. D'autre part et

surtout, il apparaît que les fonctions des sources formelles – autrement dit, leurs sources matérielles – déterminent largement l'impossibilité, pour elles, de contribuer efficacement à cet objectif. Les besoins sociaux exprimés constituent le cadre du processus normatif, et en fixent donc les limites. Or, ceux-ci apparaissent eux-mêmes limités du fait tant des compétences nécessaires à l'exercice de la « démocratie globale » que des autres impératifs, notamment liés aux compétences régaliennes des États. Il en ressort que l'effectivité systémique du droit administratif global est limitée par ses propres sources. Leur étude apparaissait donc indispensable à la compréhension de ce droit.

Conclusion du Titre Deuxième.

603. ***Synthèse.*** Faisant suite à la recherche des fonctions des sources du droit administratif global, les deux chapitres composant ce titre ont eu pour objet l'étude des *effets* de ces sources, dans la mesure où il n'était pas acquis que ceux-ci correspondent aux fonctions assignées tant aux sources qu'au droit administratif global lui-même. La plupart des études sur les effets des sources ont trait à la mesure dans laquelle le droit produit est, ou non, obligatoire dans l'ordre juridique étudié. L'originalité du droit administratif global est, justement, qu'il ne s'agit pas d'un ordre juridique global, mais d'un corpus de normes formées au sein d'une multitude d'ordres juridiques, rendant leurs degrés d'obligatoriété variables et peu lisibles. L'identification de constantes, d'interactions entre les sources et *in fine* d'un espace administratif global permet de mieux cerner la manière dont les sources déterminent les degrés d'obligatoriété du droit administratif global. C'est au sein de cet espace que les sources se multiplient et participent au renforcement progressif de l'obligatoriété du droit administratif global. Pour autant, l'obligatoriété du droit est une caractéristique de la norme indifférente à la question de savoir si elle est, ou non, appliquée en pratique. Or, une étude des effets des sources du droit administratif global ne saurait faire l'économie d'une analyse du devenir « réel » des normes produites par les processus décelés au cours de la recherche. En d'autres termes, après avoir identifié les différents modes de production du droit administratif global, les raisons de cette production, et la mesure dans laquelle ces normes revêtaient une force obligatoire, il demeurait à déterminer quel écho ces éléments trouvaient en pratique. Sur la base de la doctrine de l'effectivité du droit – ou plutôt *des effectivités*, compte-tenu des différents sens attribués à la notion –, l'étude a donc suivi l'idée selon laquelle la connaissance du droit administratif global pouvait être approfondie par l'observation non de son effectivité, mais surtout de la manière dont ses sources la déterminaient. Certainement ambitieuse, cette entreprise a néanmoins permis de mettre en lumière les limites de l'effectivité du droit administratif global, mais surtout de démontrer comment ses sources déterminaient cette effectivité.

604. ***Compréhension du droit administratif global par la théorie des sources.*** Si l'influence de ces sources est minime, sans être négligeable, s'agissant de l'effectivité normative de ce droit, c'est-à-dire sur le degré d'effectivité des normes de droit administratif global prises isolément, elle est particulièrement déterminante quant à son effectivité systémique, entendue comme l'effectivité du droit pris dans son ensemble et par rapport aux objectifs qui lui sont

assignés par ses créateurs. Dès lors, il est possible de conclure que la théorie des sources, ainsi enrichie par l'étude de leurs effets, permet, au-delà de la description de la formation du droit administratif global, de le comprendre en profondeur et de le définir comme un droit tendant vers une démocratisation largement illusoire de la régulation globale. Contrairement aux travaux rejetant la notion de sources formelles s'agissant de l'encadrement de cette régulation, leur étude permet justement de mettre en lumière les enjeux du droit administratif global. Loin d'une démocratisation utopique qui semble contenue au discours doctrinal et parfois au produit de la fonction communicationnelle des sources, l'étude de ses modes de formation montre qu'un pragmatisme certain est à l'œuvre, tant de la part des États qui demeurent présents d'une manière ou d'une autre dans le processus d'encadrement des entités globales, que de la part des entités globales elles-mêmes lorsqu'elles s'autorégulent en créant – ou en empruntant – unilatéralement des procédures de droit administratif global en vue de légitimer leur action.

Conclusion de la Deuxième Partie.

605. ***Apports de l'analyse systémique des sources du droit administratif global***. L'objet de cette seconde partie de l'étude consistait, en s'appuyant sur les travaux réalisés dans d'autres branches de droit, à l'instar du droit français de l'environnement, à tenter d'inscrire les sources formelles identifiées précédemment dans leur *contexte*. Il a ainsi été possible de distinguer deux niveaux d'analyse systémique, c'est-à-dire d'analyse des relations de l'objet « sources formelles du droit administratif global » avec leur contexte juridique et extra-juridique. L'étude des *fonctions* de ces sources, c'est-à-dire des objectifs assignés par les créateurs des normes de droit administratif a d'abord permis d'identifier les dénominateurs communs qui manquaient à l'approche formaliste. Ceux-ci résident ainsi dans les sources matérielles du droit administratif global, que ses sources formelles ont pour fonction principale de traduire : un besoin social de légitimation des décisions globales, en considération d'un principe d'apparence – c'est-à-dire en tenant compte du fait qu'il convient que le processus *paraisse* répondre au besoin exprimé – et par l'emprunt procédural aux droits administratifs. Une fois « l'avant » production de la norme de droit administratif global identifiée, le second niveau de l'analyse systémique proposée a consisté à déplacer le champ d'observation vers « l'après », c'est-à-dire à évaluer les *effets* des sources de droit administratif global. Au-delà de la génération des normes relevant de cet ensemble, qui est évidemment le premier et principal effet des sources formelles, il a été démontré que ces dernières pouvaient, au moins théoriquement, avoir un impact tant sur le degré d'obligatoriété que sur l'effectivité des normes produites. Si l'examen des relations qu'entretiennent les modes de formation avec le caractère obligatoire des normes produites s'est soldé par le constat général d'une indifférence réciproque, cette entreprise a cependant mis en évidence l'existence d'un espace administratif global au sein duquel interagissent les sources du droit étudié. Ces interactions, structurées au sein de cet espace spécifique, ont, pour leur part, une influence sur le renforcement progressif de l'obligatoriété des normes produites. Enfin, l'étude a permis d'évaluer la mesure dans laquelle les sources – incluant les sources matérielles qui relèvent du contexte des sources formelles – du droit administratif global influencent son effectivité, en distinguant l'effectivité individuelle des normes produites (*effectivité normative*) de l'effectivité du droit administratif global pris dans son ensemble (*effectivité systémique*). Il en est en particulier ressorti que la fonction de traduction, en droit positif, des sources matérielles par les sources formelles du droit administratif global déterminait largement l'effectivité systémique du droit étudié.

606. ***Apports à la définition du droit administratif global.*** L'analyse systémique des sources identifiées a-t-elle permis d'enrichir substantiellement la théorie des sources du droit administratif global, au point d'ouvrir la voie à une définition de ce droit par ses sources ? Les développements qui précèdent invitent à penser que la réponse est positive. Si le droit international, pour reprendre un exemple mentionné en introduction de cette étude, est souvent défini par ses modes de formation, le droit administratif global paraît pouvoir être défini par ses sources matérielles – que ses sources formelles ont pour fonction de « transformer » en normes. Dans la mesure où l'on admet la prémisse de cette étude selon laquelle la définition d'un ensemble de normes s'entend de l'identification précise de sa spécificité par rapport à d'autres ensembles de normes, il est alors possible de considérer que l'étude a permis de définir le droit administratif global par ses sources. L'analyse systémique menée sur la base de l'identification de ses sources formelles confirme et démontre ainsi que le droit administratif global peut être défini comme la branche de droit visant, sans préjudice des ordres juridiques d'origine des entités qui y sont soumises, à légitimer – y compris par les apparences – les décisions globales.

607. ***Le droit administratif global, une branche de droit international.*** Il ressort également de l'étude que cette branche de droit relève assurément de l'ensemble « droit international », à condition de ne pas conférer à cette expression le sens restreint d'« ordre juridique international », dont les sources demeurent essentiellement limitées aux moyens de détermination du droit mentionnés par l'article 38 du Statut de la Cour et augmentés des actes unilatéraux des États et des organisations internationales. Une partie de la doctrine donne en effet aujourd'hui un sens différent à l'expression « droit international », d'ailleurs délestée de son caractère « public »[2013]. Conçu à l'image de ce que Jessup dénommait autrefois « droit transnational »[2014], c'est-à-dire « l'ensemble des règles – nationales, internationales, privées, canoniques, propres aux organisations internationales, *etc*. – s'appliquant »[2015] à des relations transfrontières, le droit international ainsi entendu comme *discipline* comprend, mais ne se limite pas à l'ordre juridique international. Il est alors tout à fait concevable d'admettre que le

[2013] Pour un exemple notable de démonstration de la pertinence de cette approche, tendant à admettre la « fin du droit international « public » » pour laisser place à l'« [a]vènement du droit « transnational » », voir CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 12ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2018, spéc. pp. 69-70.
[2014] JESSUP, Philip C., *Transnational law*, New Haven / London, Yale University Press / Cumberlege, 1956, 113 p.
[2015] PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, p. 566.

droit administratif global, tel qu'il a été identifié dans cette recherche, bénéficie d'une « insertion dans le droit international »[2016] dont il constitue une branche – ce qui n'empêche pas les normes la composant de pouvoir, par ailleurs, être analysées sous l'angle d'autres branches de droit.

[2016] L'expression est empruntée à DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, deuxième édition, Paris, Pedone, 2017, p. 56. L'auteur, qui indique que « le droit de l'investissement s'appuie en premier lieu sur les sources traditionnelles » du droit international public, note cependant que certaines sources de droit interne persistent et les étudie sous cet angle – et non sous celui des actes unilatéraux des États, qui aurait permis, artificiellement, de rattacher toutes les sources envisagées à celles du droit international « classique ». L'analogie doit certes être nuancée, pour plusieurs raisons. La principale d'entre elles est que certains processus normatifs étudiés dans cette recherche, notamment les codes de conduites des entreprises multinationales, ne peuvent à notre sens pas être rattachés, sauf à procéder à des contorsions intellectuelles dispensables, aux sources traditionnelles du droit international public.

CONCLUSION GÉNÉRALE

608. ***Présentation de la théorie des sources du droit administratif global.*** La présente étude s'est fixée pour ambition de concevoir et de proposer, sur la base de l'observation de normes considérées comme relevant d'un « droit administratif global » défini de manière différente du *Global administrative law* imaginé au début des années 2000, une théorie de ses sources. L'entreprise semblait complexe voire contre-intuitive, dans la mesure où les concepteurs du *GAL*, dont les travaux ont souvent irrigué la présente recherche sans en conditionner de manière systématique les postulats comme les choix, ont globalement rejeté l'idée de sources à propos des phénomènes normatifs qu'ils étudiaient. D'autres penseurs du droit global rejoignent d'ailleurs cette position tendant à l'abandon de l'étude des sources pour appréhender les conséquences juridiques de la globalisation :

> « [p]our le chercheur pragmatique, l'intérêt d'un objet, d'une norme, d'un dispositif se mesure souvent moins à la qualité de son « pedigree » qu'à l'importance des effets de régulation qu'il produit. Plusieurs exemples, tirés des standards techniques, codes de conduite, classements et autres labels, montrent que leur force normative n'a que peu ou parfois pas de lien avec la puissance, la qualité officielle ou la légitimité de ceux qui les ont d'abord conçus et diffusés. C'est pourquoi la démarche, normale pour le juriste, consistant à penser les transformations actuelles du droit en termes d'évolution de la théorie des sources ne nous paraît pas, en l'espèce, la plus prometteuse ni la plus pertinente. Nous sommes convaincus qu'une théorie du droit global ne s'épuise pas dans l'inventaire exhaustif de ses sources, quand bien même il serait possible de le dresser »[2017].

Pourtant, un tel inventaire – certes limité au droit *administratif* global tel que redéfini à titre préliminaire – est possible. Les sources du droit administratif global, qu'elles soient unilatérales ou plurilatérales, démontrent l'inscription de la production normative globale dans les schémas les plus classiques de la connaissance juridique. Seuls quelques paradigmes spécifiques de la doctrine paraissent parfois devoir être remis en cause pour appréhender pleinement le droit administratif global sous l'angle de ses sources, et encore convient-il de nuancer ce propos pourtant prudent. L'ordre juridique international, notamment, ne peut en l'état du droit positif constituer le seul paradigme de compréhension et d'explication des phénomènes regroupés sous l'appellation « droit administratif global » ; mais sa validité, en tant que schéma central du droit qui en découle – le droit international public – ne s'en trouve nullement affectée. Plus encore, les fondements de l'ordre international, et notamment la place prédominante qu'il accorde

[2017] FRYDMAN Benoît, « Repenser la science du droit. Penser le droit global sans l'ordre juridique », *in* BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 282.

théoriquement à l'État, se retrouvent en filigrane de l'étude des sources du droit administratif global, comme le démontre la structure de l'espace administratif global dévoilé au cours de la recherche. Sous réserve de ne pas considérer l'ordre juridique international comme l'alpha et l'oméga du phénomène juridique au-delà de l'État – pour reprendre la formule de Sabino Cassese[2018] – et d'admettre que les rapports entre les ordres juridiques ne se limitent pas aux relations strictement permises par ses normes structurantes, il est possible d'expliquer des phénomènes tels que la réception matérielle de normes externes ou la formation de principes généraux du droit administratif global. Ceux-ci s'intègrent dans une catégorisation possible des sources menant à la présentation d'une réelle théorie des sources du droit administratif global, que vient compléter l'étude du contexte de ces modes de formation.

609. ***Apport de la théorie des sources à la connaissance du droit administratif global.*** Comme le rappelle John Bell par une formule transposable au droit administratif global émergent, « [l]e droit administratif n'apparaît pas d'un seul coup. Il est le fruit d'une longue maturation au sein de la communauté des juristes »[2019]. Visant à contribuer, à son échelle, à sa maturation, l'analyse systémique des sources menée en seconde partie de la recherche enrichit la compréhension de la formation de ce droit administratif global en l'inscrivant dans un contexte dont l'étude semble résoudre les difficultés avancées par la doctrine du *GAL*. Ainsi, pour Sabino Cassese,

> « [i]t is now clear that global administrative law is not only global, not only administrative, and not only law. It is not only global, because it includes many supranational regional or local agreements and authorities. It is not only administrative, because it includes many private and constitutional law elements (although the administrative component prevails, because constitutions and private regulation, involving "high politics" matters or societal interests, resist globalization). Global administrative law is not only law, because it also includes many types of "soft law" and standards »[2020].

Il semble que l'élaboration de la théorie des sources proposée – incluant, à part entière, son analyse systémique – permette de relativiser ces propos, en aboutissant à une définition du droit administratif global intégrant et surtout expliquant tous ces éléments, et ce malgré l'adoption, à titre préliminaire de cette étude, d'une vision différente de celle du *GAL* évoquée par l'auteur. Si le droit administratif global, comme il l'a été démontré, s'entend de la branche de droit

[2018] CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 235 p.
[2019] BELL John, « La contribution de la doctrine à la formation du droit administratif : perspective britannique », *in Le service public. Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 41.
[2020] CASSESE Sabino, « Global Administrative Law: The State of the Art », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n°2, p. 470.

international relative à la légitimation, par l'emprunt aux droits administratifs et en considération du principe d'apparence, des décisions globales prises par les entités elles-mêmes globales, l'ensemble des difficultés sémantiques soulevées par le juge italien paraît en effet résolu. Plus fondamentalement, l'étude s'est inscrite dans une démarche de déconstruction d'un champ doctrinal nouveau – le *GAL* – en partant de l'hypothèse que les outils classiques de la science juridique, à l'instar de la notion de source du droit, n'étaient nullement dépassés par les phénomènes étudiés et qu'une vision pluraliste de l'objet juridique permettait d'en saisir précisément les contours. La doctrine du *GAL* n'a pas pour autant été rejetée en bloc : pour autant qu'elle soit réductible à un courant unitaire, nombre de ses constats, analyses et conclusions ont été partagés au cours de la recherche, qui a cependant tenté de mettre ses limites en exergue en procédant à une redéfinition préalable de son champ. Au crépuscule de cette entreprise, il n'est d'ailleurs pas certain que les rares phénomènes analysés par la doctrine du *GAL* ayant échappé, du fait des choix préliminaires opérés, à cette étude soient de nature à remettre en cause la théorie proposée[2021]. Sans prétendre avoir exploré la totalité des nombreuses pistes scientifiques ouvertes par ce vaste champ doctrinal, il faut à tout le moins admettre que la théorie des sources du droit administratif global proposée permet une meilleure connaissance de certaines des conséquences juridiques de la globalisation. C'est sans doute car ces conséquences demeurent justement *juridiques* qu'elles sont irrémédiablement soumises aux « concepts élémentaires de la dogmatique juridique »[2022], au premier rang desquels, fuyantes, protéiformes mais pourtant incontournables, figurent les sources du droit.

[2021] L'on pense, par exemple, au droit de la fonction publique internationale, parfois étudié par le *GAL* (voir par exemple KINGSBURY Benedict, « The concept of 'law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20-1, 2009, p. 24) mais écarté du champ de cette recherche pour la raison que les décisions des tribunaux internationaux administratifs ne sont généralement pas « globales », n'ayant d'impacts que sur la situation personnelle de son agent requérant et, éventuellement, le droit interne de l'entité globale concernée.
[2022] ASCENSIO Hervé, « Ordre juridique international : *la quatrième dimension* », *in* Collectif, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 409.

ANNEXE. LISTE DES CODES DE CONDUITE CITES

1. Liste des codes de conduite individuels cités

ENTREPRISE	DÉNOMINATION DU CODE	ANNÉE	TYPE
ACCORHÔTELS	*Charte Éthique et responsabilité sociétale d'entreprise*	2015	Code interne
ANETT	*Charte RSE*	2016	Code interne
ARCELORMITTAL	*Code d'Éthique ArcelorMittal*	2007	Code interne
	Politique des Droits de l'Homme	2010	Code interne
AREVA	*Charte des valeurs*	2015	Code interne
BOUYGUES	*Code d'éthique*	2016	Code interne
CARREFOUR	*Charte sociale et éthique pour ses fournisseurs*	Non datée	Code fournisseur
CGG	*Code de conduite des affaires*	Non daté	Code interne
CRÉDIT AGRICOLE	*Charte éthique*	2017	Code interne
DANONE	*Principes de Conduite des Affaires de Danone*	2009	Code interne
EIFFAGE	*Code de Conduite des achats*	2016	Code interne

ENTREPRISE	DÉNOMINATION DU CODE	ANNÉE	TYPE
ENGIE (GDF-SUEZ)	*Éthique de la relation commerciale : principes directeurs*	2013	Code interne
	Guide pratique de l'éthique	2016	Code interne
	Charte éthique	2016	Code interne
	Code de conduite en matière de lobbying	2017	Code interne
HILTON WORLDWIDE	*Code de conduite. Politiques et Obligations pour travail au Hilton*	2011	Code interne
IBM	*Contrat Éthique des Fournisseurs IBM : Instructions*	2004	Code fournisseur
LAFARGE	*Code de Conduite des Affaires destiné aux Fournisseurs*	Non daté	Code fournisseur
LEGRAND	*Guide des Bonnes Pratiques des Affaires du Groupe Legrand*	2012	Code interne
LIMAGRAIN	*Le Code de Conduite Limagrain*	2015	Code interne
LVMH	*Code de conduite*	2014	Code interne
	Code de conduite fournisseur	Non daté	Code fournisseur
L'ORÉAL	*Charte éthique. L'éthique au quotidien*	2014	Code interne
MICHELIN	*Code d'éthique de Michelin*	2014	Code interne
NESTLÉ	*Code de conduite professionnelle de Nestlé*	2007	Code interne
ORANGE	*Charte de déontologie du Groupe*	2010	Code interne
	Code de conduite fournisseur	2017	Code fournisseur
RENAULT	*Charte éthique*	2012	Code interne
ROCHER	*Code de conduite du Groupe Rocher*	2015	Code interne
	Code de conduite des affaires du Groupe Rocher	2015	Code interne

ENTREPRISE	DÉNOMINATION DU CODE	ANNÉE	TYPE
SAFRAN	*Charte achats responsables entre Safran et ses fournisseurs et sous-traitants*	Non datée	Code fournisseur
SANOFI	*Code of ethics. Our commitment to acting with integrity*	2018	Code interne
SCHNEIDER ELECTRIC	*Nos principes de responsabilité*	2009	Code interne
	Nos principes de responsabilité	2013	Code interne
SOCIÉTÉ GÉNÉRALE	610. *Code de conduite du groupe*	611. 2016	612. Code interne
	Charte pour une représentation responsable auprès des pouvoirs publics et des institutions représentatives	Non datée	Code interne
SODEXO	*Code de conduite fournisseur*	2014	Code fournisseur
SOLVAY	*Charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du Groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociétale d'entreprise*	2008	Code interne
TOTAL	*Code de conduite*	2015	Code interne
VALÉO	*Code de conduite des partenaires Valéo*	2015	Code fournisseur
	Code d'Éthique	2015	Code interne
VÉOLIA	*Charte Fournisseurs*	2015	Code fournisseur
	Guide éthique	2014	Code interne

2. Liste des codes de gouvernement ou de gouvernance d'entreprise cités

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
Code Algérien de Gouvernance d'Entreprise	Algérie	Toutes « entreprises algériennes, partiellement ou totalement privées » (p. 17)	Task Force Goal 08 (conglomérat d'acteurs privés + un représentant ministériel créé pour l'occasion).	2009	« [N]e revêt aucun caractère légal et ne comporte aucune disposition contraignante » (p. 17)
Principes de bonnes pratiques en matière de gouvernement d'entreprise et de gestion des participations de l'État fédéral	Allemagne	Entreprises personnes morales de droit public + de droit privé dans lesquelles l'État fédéral détient une participation majoritaire + recommandation pour les entreprises pour l'État fédéral détient une participation non majoritaire	**Ministère fédéral des finances**	2009	Contient « des recommandations, des suggestions et des règles qui reflètent le droit applicable » (p. 3)
Code of Corporate Governance for Listed Companies in China	Chine	« all listed companies within the boundary of the People's Republic of China » (p. 1).	**China Securities Regulatory Commission**	2001	Obligatoire (p. 1).

[2023] **En gras : origine étatique**

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
Recommandations sur le gouvernement d'entreprise	France	Les « sociétés françaises dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé français » (1998, p. 2) ; les « sociétés dont les actions sont admises à la négociation, soit sur un marché réglementé, soit sur un système multilatéral de négociation » (2018, p. 4).	Association Française de la Gestion Financière	1998 16ème MAJ en 2018	Recommandations et « critères de vote destinés à guider les gestionnaires adhérant à l'AFG » (p. 2)
Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises	France	« [T]ous types d'entreprises » (p. 10)	Middlenext	2009 MAJ en 2016	Contient des « principes de raisonnement et une boîte à outils laissant à ses utilisateurs, y compris le législateur, le soin de définir librement et de

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
					manière pragmatique les règles pour résoudre les problèmes de gouvernance particuliers » (p. 11)
Corporate Governance Code for Shareholding Companies Listed on the Amman Stock Exchange	Jordanie	Shareholding Companies Listed on the Amman Stock Exchange	**Jordan Securities Commission**	2008	Obligatoires, avec approche « compliance or explain » (p. 3).
Code on Corporate Governance	Kazakhstan	Toutes entreprises	Financial Institutions' Association of Kazakhstan	2005 MAJ en 2007 et 2015	« rules and recommendations » (p. 3).
Lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les	Liban	Les « sociétés cotées à la Bourse de Beyrouth » (p. 6)	Lebanese Transparency Association	2010	« Principes directeurs » adaptables voire pouvant être sélectionnés (p. 6).

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
sociétés cotées à la bourse					
Les dix Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg	Luxembourg	Les « sociétés anonymes ayant une structure de gouvernance moniste (avec conseil d'administration », mais les autres sont appelées à l'appliquer aussi (p. 7).	Société de la Bourse de Luxembourg	2006 MAJ en 2009, 2013 et 2017	Principes « complémentaires à la législation luxembourgeoise » (p. 6), système « comply or explain » (avant-propos)
Code Marocain de Bonnes Pratiques de Gouvernance d'Entreprise	Maroc	Toutes les entreprises, mais spécialement les PME et les grandes entreprises	**Commission Nationale « Bonne Gouvernance »**	2008	« recueil de lignes de conduite et de recommandations complémentaires à la loi et aux règlements »
	Royaume-Uni	Entreprises cotées au London Stock Exchange	**Financial Reporting Council**	1992	Principes (« not a rigid set of rules ») mais

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
The Combined Code on Corporate Governance				Dernière MAJ en 2016	approche « comply or explain » (p. 4).
Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK	Royaume-Uni / Union européenne	Toutes les sociétés non cotées	European Confederation of Directors' Associations (ecoDa) & Institute of Directors (IoD)	2010	« only applicable on a voluntary basis » (p. 5).
Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise	Suisse	Toutes les « sociétés ouvertes au public » (p. 6)	Economiesuisse (Fédération des entreprises suisses)	2003 MAJ en 2008	Recommandations (p. 6)
Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes	Tunisie	Toutes entreprises	Institut Arabe des Chefs d'Entreprises puis Centre Tunisien de Gouvernance d'Entreprise (relevant de l'IACE)	2008 MAJ en 2012	Recommandations (p. 3).

DÉNOMINATION	ÉTAT	ENTREPRISES CONCERNÉES	AUTEUR(S) DU CODE[2023]	ANNÉE D'ADOPTION ET MAJ CONNUES	VALEUR
Code de bonne conduite. Diriger nos business de façon durable	Union européenne	Constructeurs d'appareillage électrique destiné aux usages industriel, commercial et similaires en Union Européenne adhérents.	Comité de coordination des Associations de constructeurs d'appareillage électrique destiné aux usages industriel, commercial et similaires en Union Européenne	2014	Des « « normes » exigeantes dans les domaines de l'éthique, de la protection de l'environnement et de la qualité » mais pas de valeur obligatoire (p. 1)

SOURCES ET RÉFÉRENCES

Remarques sur les sources

Le choix d'une bibliographie intégrale a été fait. Toutes les références citées en notes de bas de page, même lorsqu'elles paraissent anecdotiques, y figurent donc. La seule exception consiste dans les emprunts à la littérature.

Une classification thématique n'est pas apparue pertinente, au regard tant de la grande diversité des champs disciplinaires couverts par l'étude que de l'impossibilité de classer certaines références dans un thème ou une discipline en particulier. La seule catégorisation adoptée, afin d'en faciliter la consultation et de limiter les confusions, est donc celle fondée sur le type de source.

Lorsqu'un nombre significatif de contributions à un ouvrage collectif ont été citées, la référence n'apparait que dans la rubrique « ouvrages collectifs ». Pour le détail des contributions sollicitées, il convient de se référer aux notes de bas de page dans les développements.

Il n'a pas paru utile de reproduire en bibliographie les références dont les liens d'accès ont été intégrés directement en notes de bas de page dans le corps de l'étude. Cette situation concerne essentiellement les pages spécifiques de sites internet d'organisations.

TABLE DES SOURCES ET REFERENCES

Chapitre 1. Bibliographie 583

Section 1. Ouvrages 583

I. Dictionnaires, manuels, précis, traités 583

II. Monographies 589

III. Ouvrages collectifs 597

IV. Mélanges collectifs 601

V. Thèses non publiées ou en cours de publication 602

Section 2. Articles 604

I. Articles ou chapitres au sein d'ouvrages collectifs 604

II. Articles au sein de revues 609

III. Recueils de cours 625

A. Cours de l'Académie de droit international de La Haye 625

B. Cours de l'Académie de droit européen de Florence 627

III. Articles au sein de recueils ou compilations d'articles 628

A. Articles de Mélanges 628

B. Répertoires 630

C. Working Papers 630

D. Recensions, notes de lecture 631

Chapitre 2. Sources 632

Section 1. Accords internationaux et déclarations interétatiques 632

I. Accords interétatiques 632

II. Accords conclus entre entités infra-étatiques 639

III. Accords conclus par des organisations internationales 639

A. Accords conclus par le BIPM 639

B. Accords conclus par l'Institut international du froid 639

C. Accords conclus par l'Union européenne 639

D. Autres accords 643

E. Déclarations interétatiques 643

Section 2. Jurisprudence non nationale 645

I. Cour internationale de Justice 645

A. Arrêts 645

B. Avis consultatifs 646

C. Ordonnances 646

II. Jurisprudence des tribunaux internationaux spéciaux 646

A. TPIY 646

B. TPIR 646

III. Jurisprudence arbitrale 647

A. CIRDI 647

B. CNUDCI 647

IV. Jurisprudence des Cours des organisations régionales 647

A. Cour de Justice de l'Union européenne 647

B. Cour européenne des droits de l'homme 647

V. Jurisprudence des organes de règlement des différends internes aux organisations internationales 648

A. Organe de règlement des différends de l'OMC 648

B. Panel d'inspection de la Banque mondiale 649

VI. Jurisprudence des Comités des conventions multilatérales 649

Section 3. Documents d'organisations 650

I. Organisations internationales 650

A. Banque asiatique de développement 650

B. Banque de développement du Conseil de l'Europe 650

C. Banque européenne d'investissement 650

D. Bureau International du Travail 650

E. Communauté du Pacifique 650

F. Conseil de l'Europe 650

G. Groupe de la Banque Mondiale **650**

H. INTERPOL **651**

I. Organisation de l'aviation civile internationale **651**

J. Organisation de coopération et de développement économiques **651**

K. Organisation des Nations Unies **651**

1. Assemblée générale 651

2. Conseil de sécurité 653

3. Secrétariat 653

4. Commission du droit international 653

5. Présidence du Conseil de sécurité 654

6. Bureau du Médiateur 654

7. Conseil des droits de l'homme (HRC) 655

8. Organes des conventions conclues sous l'égide des Nations Unies 655

L. Organisation internationale pour les migrations **656**

M. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle **656**

N. Organisation mondiale de la santé **656**

P. TPIR **656**

Q. Union africaine **656**

R. Union européenne **656**

1. Règlements 656

2. Directives 657

3. Décisions 657

4. Résolutions, décisions, rapports, communications et autres documents 658

a. Commission *658*

b. Parlement *658*

II. Organisations publiques internes **658**

III. Organisations de droit privé **658**

A. AFNOR **658**

B. AICA **658**

C. CIO **658**

D. EPA **659**

E. FSB **659**

F. ICANN **659**

G. ISO **660**

H. ITIE **660**

I. IIA **660**

J. OGP **660**

K. OICV **660**

L. TAS **660**

IV. Entreprises transnationales **660**

A. Statuts et actes constitutifs **660**

B. Codes de conduite individuels **660**

C. Documents de référence et rapports **661**

D. Autres documents **661**

V. Réseaux informels **661**

A. Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire **661**

B. G7 ..... **661**

C. G20 ..... **661**

D. IITA **662**

J. IWG **662**

K. PK – Processus de Kimberley **662**

Section 4. Droits internes **663**

I. Afrique du Sud **663**

A. Législation **663**

B. Jurisprudence **663**

II. Allemagne **663**

III. Angola **663**

IV. Bostwana **663**

V. Cameroun **663**

VI. Canada **663**

A. Jurisprudence **663**

1. Cour suprême du Canada 663

2. Cour suprême de la Colombie Britannique 663

B. Débats parlementaires **664**

VII. Côte d'Ivoire **664**

VIII. États-Unis d'Amérique **664**

A. Législation **664**

1. Législation fédérale 664

2. Législation des États fédérés 664

B. Jurisprudence **664**

X. France **664**

A. Législation **664**

1. Textes constitutionnels 664

2. Lois 664

a. Projets et propositions de lois *664*

b. Lois et ordonnances *665*

3. Décrets et règlements 665

a. Décrets *665*

b. Arrêtés *666*

B. Rapports officiels **666**

1. Assemblée Nationale 666

2. Autorité des Marchés Financiers 666

3. Conseil d'État 666

C. Jurisprudences **666**

1. Conseil constitutionnel 666

2. Conseil d'État 667

3. Cour de Cassation 668

D. Déclarations officielles et autres documents officiels 668

E. Activité parlementaire 669

F. Autorités administratives indépendantes 669

XI. Inde 669

A. Législation 669

B. Jurisprudence 669

XII. Italie 670

A. Législation 670

B. Jurisprudence 670

XIII. Japon 670

A. Législation 670

B. Jurisprudence 670

XIV. Mali 670

XV. Niger 670

XVI. Nigéria 670

XVII. Kenya 671

XVIII. Paraguay 671

XIX. Royaume-Uni 671

A. Législation 671

B. Jurisprudence 671

C. Rapports officiels 671

XX. Tunisie 671

XXI. Venezuela 671

XXII. Vietnam 671

CHAPITRE 1. BIBLIOGRAPHIE

SECTION 1. OUVRAGES[2024]

Dans cette section, ne sont généralement mentionnées que les dernières éditions des ouvrages, dans la mesure où elles ont pu être consultées. Lorsqu'une ancienne édition a été spécialement utilisée (par exemple en raison de la suppression d'un élément dans une version ultérieure du même ouvrage), elle est indiquée dans la bibliographie après la mention « *Autre(s) édition(s) utilisée(s)* ».

I. Dictionnaires, manuels, précis, traités[2025]

ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 2014, 279 p.

ASCENSIO Hervé, *Droit international économique*, Paris, PUF, Thémis droit, 2018, 375 p.

AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, 2ème éd., Paris, LGDJ, Systèmes, 2010, 264 p.

AUDIT Mathias, BOLLÉE Sylvain, CALLÉ Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2ème éd., Paris, LGDJ, Domat droit privé, 2016, 810 p.

BATBIE Anselme, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3ème éd., Cotillon, Paris, 1869, 872 p.

BERTHÉLÉMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11ème éd., Paris, Arthur Rousseau, 1926, 1174 p.

BEURIER Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2010, 288 p.

BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ème éd., Paris, LexisNexis, 2016, 922 p.

BONNARD Roger, *Précis élémentaire de droit public*, 2ème éd., Paris, Sirey, 1932, 464 p.

BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Paris, LGDJ, 1943, 786 p.

BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 469 p.

BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, 494 p.

[2024] Les ouvrages sont présentés par ordre alphabétiques des auteurs, puis par ordre chronologique de publication.
[2025] Les traités collectifs sont mentionnés dans la sous-section suivante.

CANE Peter, *Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, 452 p.

CARBONNIER Jean, *Introduction au droit*, 27ème éd., Paris, PUF, 2002, 384 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andrea, *Droit international économique*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2017, 941 p. *Autre édition utilisée* : CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5ème éd., Précis, Paris, Dalloz, 2013, 802 p.

CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 12ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2018, 767 p. *Autre édition utilisée* : CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 11ème éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2012, 733 p.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 2016, 438 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1427 p.

CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 6ème éd. mise à jour, Paris, PUF, Thémis droit, 2019, 613 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 11ème éd., Paris, LGDJ, Domat droit public, 2014, 830 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, Quadrige, 2011, 1079 p.

CORTEN Olivier, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, 291 p.

DAILLIER Patrick, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), 8ème éd., Paris, LGDJ, 2009, 1710 p.

DAVID Éric, *Droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 829 p.

DE LAUBADÈRE André, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1953, 844 p.

DELVOLVÉ Pierre, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, 799 p.

DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2017, 512 p. *Autre édition utilisée* : DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 431 p.

DE VALLES Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, Terza edizione, Padova, CEDAM, 1956, 348 p.

DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2013, 360 p.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, 919 p.

DUEZ Paul, DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, 984 p.

DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème éd. revue et mise au courant, Paris, E. De Boccard, 1923, 605 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Tome premier, Paris, Fontenoing & Cie, 1927, 763 p.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, 10ème éd., Paris, Dalloz, Précis, 2010, 916 p.

ENDICOTT Timothy, *Administrative Law*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, 644 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, DES Droit public 1952-1953, Paris, Les cours de droit, 369 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome 1, réédition, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, 786 p.

FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Traduit par Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, 1933, 275 p.

FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 2ème éd., Paris, Rousseau, 1893, 411 p.

FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit international public*, 3ème éd., Paris, Rousseau, 1899, 430 p.

FOILLARD Philippe, *Droit administratif*, 4ème éd., Bruxelles, Larcier, coll. Paradigmes, 2015, 486 p.

FORSTHOFF Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Bruxelles, Bruylant, 1969 (édition originale : München, Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 9ème éd., 1966), 753 p.

FOUCART Émile-Victor, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videcoq Père et Fils, 1844, 354 p.

FRANCO Italo, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2012, 1017 p.

FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, 362 p.

GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, Tome 1, Droit administratif général, Paris, LGDJ, 16ème éd., 2001, 918 p.

GILLIAUX Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 998 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, (Sirey, 12ème éd., édition revue et mise à jour par André HAURIOU, 1933), réédition présentée par Pierre DELVOLVÉ et Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2002, 1150 p.

JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 2ème éd., Paris, Marcel Giard, 1925, 443 p.

KAMTO Maurice, *Droit international de la Gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, 339 p.

LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome premier, Paris, Berger-Levrault, 1887, 670 p.

LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome second, Paris, Berger-Levrault, 1888, 675 p.

LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, 2ème éd., Paris, Joubert, 1841-1846, 657 p.

LEGEAIS Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche* contemporaine, 3ème éd., Paris, LexisNexis, 2016, 583 p.

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 9ème éd., Paris, Dalloz, Hypercours, 2011, 646 p.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 3ème édition, Paris, Defrénois, 2018, 899 p. *Autre édition utilisée* : MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 3ème édition, Paris, Defrénois, 2007, 870 p.

MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Paris, LGDJ, 1994 (édition originale : München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992), 421 p.

MOUDOUDOU Placide, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, 200 p.

PARPWORTH Neil, *Constitutional & Administrative Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, 544 p.

PELLET Alain, RUZIÉ David, *Les fonctionnaires internationaux*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1993, 128 p.

PIERCE Richard J. Jr., *Administrative Law*, Second Edition, New York, Foundation Press, 2012, 185 p.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, 2ème éd., Paris, LexisNexis, 2018, 1647 p. *Autre édition utilisée* : PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, 1504 p.

POULIS Panayotis, *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, Paris, L'Harmattan, 2008, 414 p.

PRIEUR Michel, avec la collaboration de BÉTAILLE Julien, COHENDET Marie-Anne, DELZANGLES Hubert, MAKOWIAK Jessica, STEICHEN Pascale, *Droit de l'environnement*, 7ème éd., Paris, Dalloz, Précis, 2016, 1228 p.

RAMBAUD Thierry, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le* monde, Paris, PUF, 2014, 294 p.

RIVIER Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, 623 p.

SALANDRA Antonio, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1921, 375 p.

SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, Sirey, 1932, 317 p.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Deuxième partie*, Paris, Sirey, 1934, 563 p.

SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 1008 p.

SCHWARTZ Bernard, *Le droit administratif américain. Notions générales*, Paris, Sirey, 1952, 249 p.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2016, 1005 p.

SY Demba, *Droit administratif*, 2ème éd. revue, corrigée et augmentée, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, Crédila, 2014, 420 p.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 10ème éd., Paris, Dalloz, 2015, 636 p.

TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 7ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2017, 511 p. *Autre édition utilisée* : TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2011, 470 p.

VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, Précis de la Faculté de Droit et de l'Université catholique de Louvain, 2000, 856 p.

VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Quarta edizione aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, 743 p. *Autres éditions utilisées* : VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Terza edizione riveduta e aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, 691 p.

VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil. Tome 1*, 38ème éd., Paris, LGDJ, 2018, 834 p.

WEIL Prosper, POUYAUD Dominique, *Le droit administratif*, 23ème éd., Paris, PUF, Que sais-je ?, 2010, 128 p.

ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, Quarta edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1945, 330 p.

II. Monographies

ABI-SAAB Georges, *Le développement du droit international. Réflexions d'un demi-siècle*, Vol. I – Théorie générale du droit international public, Paris, PUF, 2013, 362 p.

ALBERTINI Pierre, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, Essais, 2015, 365 p.

ATILGAN Aydin, *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*, Heildelberg, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018, 312 p.

AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 358, 2002, 423 p.

AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1997, 202 p.

BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 552, 2014, 541 p.

BARRAUD Boris, *Mesurer le pluralisme juridique. Une expérience*, Paris, L'Harmattan, 2017, 308 p.

BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 82, 1976, 222 p.

BISMUTH Régis, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 795 p.

BRUNET François, *La normativité en droit*, Paris, mare & martin, Bibliothèque des thèses, 2011, 678 p.

CAMGUILHEM Benoit, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 132, 2014, 490 p.

CAPITANT René, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, 230 p.

CAPITANT René, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, 1972, 184 p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., Paris, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, réédition de l'édition parue chez LGDJ en 2001, 493 p.

CARMELI Sara, *La Constitution italienne et le droit communautaire. Étude de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2002, 392 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933, 174 p.

CASSESE Sabino, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, 198 p.

CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 235 p.

CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Seville, Global Law Press, 2012, p. 176 p.

CASTELLARIN Emanuel, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, Pedone, 2017, 664 p.

CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, LGDJ, Bibliothèque de l'IHEI de Paris, 2006, 497 p.

CHAN-TUNG Ludovic, *L'opposabilité en droit international*, Paris, mare & martin, 2016, 627 p.

CHEVALIER Émilie, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 540 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, coll. Clefs politique, 5ème éd., 2010, 160 p.

CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 972 p.

COUVEINHES MATSUMOTO Florian, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 692 p.

CRAIG Paul, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, CUP, 2015, 830 p.

D'ASPREMONT Jean, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 322 p.

DEHAUSSY Jacques, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, 599 p.

DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, éd. du Seuil, coll. Essais, 1998, 201 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit*, t.3 : La Refondation des pouvoirs, Paris, éd. du Seuil, coll. La couleur des idées, 2007, 299 p.

DE POOTER Hélène*, Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, Paris, Pedone, 2015, 562 p.

DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, 477 p.

DEWAR David, FUNELL Warwick, *A History of British National Audit. The Pursuit of Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 320 p.

DIOUF El Hadji Abdourahmane, *L'Afrique et le* droit à la différence *dans les négociations commerciales internationales. OMC, APE, intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, 2009, 392 p.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Amand Colin, 1913, 285 p.

DUGUIT Léon*, Souveraineté et Liberté. Leçons données à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1922, 208 p.

DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, Thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris, Paris, Libraire Félix Alcan, 1893, 471 p.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, 515 p.

FELLOUS Beyla Esther, *La nature juridique des accords entre l'Union européenne, le Chili et le Mexique*, Paris, L'Harmattan, 2015, 370 p.

FERRETTI Raymond, *La coordination de l'action des organisations internationales au niveau européen*, Bruylant, Bruxelles, 1984, 322 p.

FORGET Élisabeth, *L'investissement éthique. Analyse juridique*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2015, 787 p.

FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 480, 2007, 654 p.

FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 275 p.

FRUSTOS-PETERSON Claudia, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan, 2003, 522 p.

GANEM Pierre-Henri, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux. Grands projets. Mines / Énergie / Métallurgie / Infrastructures*, Bruxelles, Bruylant, Feduci, 1998, 906 p.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1919, 446 p.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, Paris, LGDJ, 1919, 422 p.

GERRY-VERNIÈRES Stéphane, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012, 535 p.

GNIMPIEBA TONNANG Édouard, *L'ordre juridique communautaire de la CEMAC*, Paris, L'Harmattan, 2016, 241 p.

GUEYE Ibrahim, *Les normes de la bioéthique et l'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, 423 p.

GUGLIELMI Gilles J., *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 157, 1991, 378 p.

HABERMAS Jürgen*, Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, 554 p.

HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, Deuxième édition augmentée, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 334 p.

KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats, arbitrage internationaux et* lex mercatoria, Paris, LGDJ, 1984, 602 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., traduction de Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, traduction de Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, Paris, PUF, 1996 (original : *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz Verlag Wien, 1979), 604 p.

KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Second edition, Cambridge, CUP, 2009, 360 p.

LAGRANGE Évelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer Law International, Études de droit international, 2002, 608 p.

LE BOEUF Romain, *Le traité de paix. Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2018, 757 p.

LIU Lianlian, *The Global Collaboration against Transnational Corruption. Motives, Hurdles, and Solutions*, Singapore, Plagrave MacMillan, 2019, 278 p.

ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, 732 p.

JACQUEMET-GAUCHÉ Anne, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 275, 2013, 587 p.

JESSUP Philip C., *Transnational law*, New Haven / London, Yale University Press / Cumberlege, 1956, 113 p.

KAAS SONN Kaar, *Droit, culture et développement en Afrique : le cas du Tchad*, Paris, L'Harmattan, Études africaines, 2015, 135 p.

KAZIS Lampros, *Pour un droit rural grec. Droit comparé européen*, Paris, L'Harmattan, 2009, 234 p.

KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, 188 p.

KOLB Robert, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, 1356 p.

KOLB Robert, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 830 p.

KOLB Robert, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, 138 p.

LACHER Hannes, *Beyond Globalization: Capitalism, Territoriality and the International Relations of Modernity*, New York, Routledge, coll. Studies in Global Political Economy, 2006, 224 p.

LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, L'Harmattan, 2014, 513 p.

LAROUER Marion*, Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, 2018, 598 p.

LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, 369 p.

LATTY Franck, *La* lex sportiva*. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, 849 p.

LECA Antoine, *Formation et transformations du droit français. Des origines au XXIè siècle*, Paris, LexisNexis, 2015, 327 p.

LECLERC Caroline, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, 2015, 938 p.

LEMAIRE Sophie, *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 433, 2005, 414 p.

LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, 522 p.

LIBCHABER Rémy, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, 437 p.

LUHMANN Niklas, *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995, 627 p.

LUHMANN Niklas, *La légitimation par la procédure*, traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Paris, Les Éditions du Cerf, Presses de l'Université Laval, 2001, 247 p.

MANGILI Fabien, *Le partenariat de l'Union européenne avec les États et groupements régionaux d'Amérique latine*, Bâle, Bruxelles et Paris, Helbing Lichtenhahn, Bruylant et LGDJ, Dossiers de droit européen, 2010, 480 p.

MARTINEAU Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 584 p.

MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 182, 1995, 502 p.

MORDACQ Franck, *La réforme de l'État par l'audit*, Paris, LGDJ, Systèmes, 2009, 209 p.

MORET-BAILLY Joël, TRUCHET Didier, *Droit des déontologies*, Paris, PUF, Thémis droit, 2016, 466 p.

MORLINO Elisabetta, *Procurement by International Organizations. A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge, CUP, 2019, 524 p.

MOUZOURAKI Paraskevi, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français anglais ; un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 814 p.

MURGUE-VAROCLIER Paul-Maxence, *Le critère organique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 306, 2018, 759 p.

NGUYEN Ngoc Ha, *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, Paris, L'Harmattan, 2016, 574 p.

OSMAN Filali, *Les principes généraux de la* lex mercatoria. *Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 224, 1992, 515 p.

PANIER Élise, *L'État et les relations de travail au Togo*, Paris, L'Harmattan, 2014, 679 p.

PELLET Alain, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, Collection Doctrine(s), 2014, 364.

PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, 1293 p.

POIRAT Florence, *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2004, 506 p.

PROST Mario, *Unitas Multiplex. Unités et fragmentations en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 265 p.

RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation : Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, 931 p.

RAPOPORT Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens. Étude de la contribution de l'Union européenne à la structure juridique de l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

RESTREPO-NAVARRO Paulina, *Le droit du patrimoine culturel colombien à l'épreuve de la restitution internationale des biens archéologiques*, Paris, L'Harmattan, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, 2015, 349 p.

RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

RÍOS RODRÍGUEZ Jacobo, *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 359 p.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 1955, 431 p.

ROBERT Jean, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ / Éditions de l'AFA, 1988, 60 p.

ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2. ed. con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1946, 190 p. Pour la traduction française, voir ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, 2ème édition, traduction de Pierre GOTHOT et Lucien FRANÇOIS, Paris, Dalloz, 2002, 214 p.

ROSS Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, 377 p.

ROSS Alf, *Directives and Norms, London*, Routledge & Kegan Paul, 1968, 188 p.

ROUYER-HAMERAY Bernard, *Les compétences implicites des organisations internationales*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome 25, 1962, 110 p.

SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, 421 p.

SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.

SHIHATA Ibrahim F.I., *The World Bank Inspection Panel*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 408 p.

SIMON Gérald, *Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 126, 1990, 429 p.

SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 266, 2011, 617 p.

SØRENSEN Max, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munskgaard, 1946, 274 p.

TAMÒ-LARRIEUX Aurelia, *Designing for Privacy and its Legal Framework. Data Protection by Design and Default for the Internet of Things*, Cham, Springer, Law, Governance and Technology Series, vol. 40, 250 p.

TEBOUL Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 153, 1989, 331 p.

TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 304, 2018, 765 p.

THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, *Le droit des agents internationaux à un recours effectif. Vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2016, 1405 p.

TIMSIT Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 48, 1963, 329 p.

TWINING William, *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Northwestern University Press, 2000, 279 p.

VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, 226 p.

ZENGERLING Cathrin, *Greening International Jurisprudence. Environmental NGOs before International Courts, Tribunals, and Compliance Committees*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 374 p.

III. Ouvrages collectifs

ABANE ENGOLO Patrick E. (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Actes du colloque organisé à l'université de Yaoundé-II les 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, CERCAF, 2016, pp. 89-141.

ADAM Stanislas, HAMMAMOUN Saïd, LANNON Erwan, LOUIS Jean-Victor, NEUWAHL Nanette, WHITE Éric, *L'Union européenne comme acteur international*, 3ème éd. entièrement refondue et mise à jour, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Commentaire J. Mégret, 2015, 240 p.

AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, 304 p.

ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, 416 p.

AUBY Jean-Bernard (dir.), avec la collaboration de PERROUD Thomas, *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1043 p.

AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.

AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de CHEVALIER Émilie, *Traité de droit administratif européen*, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 1354 p.

BERMAN Ayelet, DUQUET Sanderijn, PAUWELYN Joost, WESSEL Ramses A., WOUTERS Jan (dir.), *Informal International Lawmaking : Case Studies*, The Hague, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, 537 p.

BIANCHI Andrea, PETERS Anne (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, CUP, 2013, 620 p.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, MAZUYER Emmanuelle (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après / The global compact of the united nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 206 p.

BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, 1821 p.

BOUVERESSE Aude, RITLENG Dominique (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 253 p.

CAIRE Anne-Blandine (dir.), *Les nouveaux pouvoirs. Approche pluraliste des foyers de création du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 200 p.

CASSELLA Sarah, LASSERRE Valérie, LECOURT Benoît (dir.), *Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Paris, Pedone, 2018, 194 p.

CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, 246 p.

CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, Mc DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, 8 volumes.

CASSESE Sabino (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks on Globalisation and the Law series, 2016, 608 p.

CHEMAIN Régis, PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations unies, Constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, CEDIN, Cahiers internationaux n°20, 2006, 237 p.

CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 18-48.

CHILI Edoardo, MATTARELLA Bernardo Giorgio (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, Springer, 2011, 409 p.

COULÉE Frédérique, MOTTE-BAUMVOL Julia (dir.), *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, 2018, 243 p.

CUSTOS Dominique (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, Actes du XIIe congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles, Bruylant, 2014, 306 p.

DE FROUVILLE Olivier (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, 457 p.

DOCQUIR Benjamin (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, 175 p.

DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, 276 p.

GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 703 p.

GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, 240 p.

GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2011, 841 p.

HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, 4 volumes.

IHEI, *Grandes pages du droit international, Volume II. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, 464 p.

LAGRANGE Évelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1197 p.

LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 1141 p.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Aix-en-Provence, Confluence des droits [en ligne], 2017, 212 p.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, RAJAMANI Lavanya (dir.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement / Implementation of International Environmental Law*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, vol. 12, 2011, 812 p.

MARCOU Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1995, 352 p.

MELLERAY Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 p.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p.

PELLET Alain, MIRON Alina (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 1ère édition, 2015, 783 p.

PETERS Anne, DEVERS Manuel, THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, ZBINDEN Patrizia (dir.), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global / Actors in the age of global constitutionalism*, Paris, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 35, 2014, 200 p.

PETERS Anne, KOECHLIN Lucy, FÖRSTER Till, FENNER ZINKERNAGEL Gretta (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, CUP, 2009, 608 p.

PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les principes et le droit*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, 450 p.

RUIZ-FABRI Hélène, SOREL Jean-Marc (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, 285 p.

ROBERT-CUENDET Sabrina (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 672 p.

SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public,* Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

SFDI, *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, 528 p.

SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Journée d'études de Paris, Paris, Pedone, 2013, 148 p.

SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, 497 p.

SFDI, *La mise en œuvre de la* lex specialis *dans le droit international contemporain*, journée d'études de Lille, Paris, Pedone, 2016, 201 p.

SFDI, *La pratique et le droit international*, Colloque de Genève, Paris, Pedone, 2004, 308 p.

SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Pedone, 2017, 521 p.

SFDI, *Le précédent en droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 2016, 494 p.

THIBIERGE Catherine *et alii* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009, 981 p.

THOUVENIN Jean-Marc, TREBILCOCK Anne (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*. Tomes 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, CEDIN, 2013, 2072 p.

TOMKIEWICZ Vincent (dir.), avec la collaboration de GARCIA Thierry et PAVOT David, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, 316 p.

TROCHON Jean-Yves, VINCKE François (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 376 p.

VON BOGDANDY Armin, WOLFRUM Rüdiger, Von BERNSTORFF Jochen, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg Dordrecht London New York, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 1005 p.

IV. Mélanges collectifs[2026]

Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier, Paris, LGDJ, 2013, 597 p.

BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAŞ Ulaş, CUJO Églantine (dir.), *Union européenne et droit international*. *En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, Cedin, 2012, 912 p.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. I – Aspects historiques et philosophiques, Paris / Liechtenstein, Librairie Duchemin / Topos Verlag AG Vaduz, 1977, 309 p.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. II – Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Sirey, 1977, 573 p.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. III – Les sources des diverses branches du droit, Paris, Sirey, 1977, 546 p.

Études en l'honneur de Gérard Timsit, Bruxelles, Bruylant, 2004, 622 p.

[2026] Le classement présenté est celui des récipiendaires, par ordre alphabétique.

V. Thèses non publiées ou en cours de publication

ADALID Sébastien, *La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale*, Thèse de droit public soutenue le 9 novembre 2012, Université Jean Moulin Lyon 3, 593 p.

ALOUPI Niki, *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, Thèse de droit public soutenue le 27 avril 2011, Université Panthéon-Assas, 602 p.

ASCENSIO Hervé, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 1997, Université Paris-X Nanterre, 690 p.

BARBIER Sandrine, *La garantie en droit international public. Contribution à l'étude de la fonction exécutive en droit international*, Thèse de droit public soutenue le 13 décembre 2010, Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, 895 p.

BERNATCHEZ Stéphane, *Juger les lois. La légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, Thèse de droit public soutenue le 3 février 2006, Université de Montréal, 325 p.

BÉTAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse de droit public soutenue le 7 décembre 2012, Université de Limoges, 755 p.

BEULAY Marjorie, *L'applicabilité des droits de l'homme aux organisations internationale*, Thèse de droit public soutenue le 9 décembre 2015, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 712 p.

CHERCHENEFF Lena, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 26 septembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 549 p.

GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, 704 p.

HERRBACH Olivier, *Le comportement au travail des collaborateurs de cabinets d'audit financier : une approche par le contrat psychologique*, Thèse de doctorat en sciences de gestion soutenue le 8 décembre 2000, Université de Toulouse 1, 384 p.

HOEFFNER Werner, *L'ouvrage public et le droit international*, Thèse de droit public soutenue le 8 décembre 2015, Université Nice Sophia Antipolis, 785 p.

MIRON Alina, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, Thèse de droit public soutenue le 9 décembre 2014, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 679 p.

NDIOR Valère, *La participation d'entités privées aux activités des institutions économiques internationales. Contribution à l'étude de l'*accountability *des organisations internationales*, Thèse de droit public soutenue le 10 décembre 2013, Université de Cergy Pontoise, 423 p.

PELLET Alain, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse pour le doctorat soutenue le 9 février 1974, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 503 p.

ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2018, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 704 p.

SERRURIER Enguerrand, *La résurgence du droit au développement. Recherche sur l'humanisation du droit international*, Thèse de droit public soutenue le 5 octobre 2018, Université Clermont Auvergne, 1148 p.

STAMATELLOS Constantin, *Le contrôle de l'administration des Nations-Unies par le Corps commun d'inspection : la rationalisation de la politique du personnel de l'organisation*, Thèse pour le doctorat d'État en droit soutenue en novembre 1985, Université Paris-Sud, 698 p.

SOUSSAN Audrey, *Contribution à la théorie de la coutume internationale. À partir de l'identification de la coutume de droit international pénal*, Thèse de droit public soutenue le 27 novembre 2012, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 613 p.

TRIBOLO Julie, *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, Thèse de droit public soutenue le 28 mars 2017, Université d'Aix-Marseille, 463 p.

TRIGEAUD Béatrice, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de droit public soutenue le 3 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, 640 p.

UBÉDA-SAILLARD Muriel, *La coopération des États avec les juridictions pénales internationales*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 2009, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 797 p.

VILLABLANCA Lusitania, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, Thèse de droit privé soutenue le 17 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, 504 p.

SECTION 2. ARTICLES[2027]

I. Articles ou chapitres au sein d'ouvrages collectifs

ALABRUNE François, « La politique juridique extérieure de la France », *in* GUILLAUME Gilbert (dir.), *La vie internationale et le droit*, Paris, Hermann, coll. Débat public de l'Académie des sciences morales et politiques, 2017, pp. 147-163.

ALLO Alain-Pierre, « Les accords administratifs entre l'Union européenne et les organisations internationales », *in* DORMOY Daniel (dir.), *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 56-67.

ASCENSIO Hervé, « Ordre juridique international : *la quatrième dimension* », *in* Collectif, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 409-413.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », *in* SFDI, *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 13-47.

COUSTON Mireille, « Les principes en droit international », *in* CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 305-319.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », *in* CHAGNOLLAUD Dominique, TROPER Michel (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 1. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2012, pp. 229-264.

CHATELIN-ERTUR Céline, ONNÉE Stéphane, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », *in* THIBIERGE Catherine et *alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 649-661.

CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », *in* CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Chapitre 1. Sécurité et transfert des données dans les relations transatlantiques », *in* AUVRET-FINCK Josiane (dir.), *Vers un partenariat transatlantique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 245-269.

COMBACAU Jean, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *in* CASSELLA Sarah, DELABIE Lucie (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'études en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 109-120.

D'AMBROSIO Luca, TRICOT Juliette, « Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE en droit pénal », *in* MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit. Pespectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 284-288.

[2027] Les articles sont classés par ordre alphabétique de leurs auteurs, puis par ordre chronologique.

DE L'ECOTAIS Muriel, SAM-SIMENOT Annelies, « La synergie des relations entre organisations régionales », *in* CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie-France, *Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : Essai de clarification*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit européen et comparé de la faculté de droit, Université René Descartes Paris V, Paris, 15 mai 1998, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 283-305.

DE WAARD Boudewijn W.N., DE MOOR- VAN VUGT Adrienne J.C., « Les changements récents dans le droit administratif néerlandais », *in* MARCOU Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1995, pp. 221-246.

DUPEYRÉ Romain, « Les limites de l'obligation de motivation : de la concision des sentences arbitrales », *RQDI*, vol. 19.1, 2006, pp. 41-51.

FRYDMAN Benoît, « Les défis du droit global », *in* BRICTEUX Caroline, FRYDMAN Benoît (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 7-23.

FUNK William, « Public Participation and Transparency in Administrative Law - Three Examples as an Object Lesson », *in* HOFMANN Herwig C. H., WEAVER Russell L. (dir.), *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 171-202.

GALLADO MESEGUER Marc, « Aperçu de la dimension internationale du Règlement général sur la protection des données à caractère personnel », *in* GROSJEAN Alain (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 117-159.

GAUTIER Marie, « Perspectives internationale et européenne », *in* AFDA, *Les procédures administratives*, Actes du colloque des 5 et 6 juin 2014, Paris, Dalloz, 2015, pp. 67-82.

GENDRON Corinne, « ISO 26 000 : une définition socialement construite de la responsabilité sociale », *in* CAPRON Michel, QUAIREL-LANOIZELÉE Françoise, TURCOTTE Marie-France (dir.), *ISO 26 000 : une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2011, pp. 17-36.

GHERARI Habib, « Le respect de l'État de droit comme élément de la « bonne gouvernance » en droit international économique », *in* SFDI, *L'État de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, pp. 153-176.

GUESSELE ISSEME Lionel Pierre, « Les fondements jurisprudentiels du droit administratif dans les États de l'Afrique noire francophone : le cas du Cameroun », *in* ONDOA Magloire,

HAURIOU Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation », *in* HAURIOU Maurice, *La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la Nouvelle journée, n°4, Paris, Bloud & Gay, 1925 ; republié *in Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle journée, n°23, 1933 ; réédité par le Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1986, pp. 89-128.

HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », *in* FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe,

GAY Laurence, VIDAL-NAQUET Ariane (dir), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-59.

JACOB Patrick, « Vous avez dit international ? Remarques sur quelques évolutions récentes de la gouvernance d'Internet », *in* ACHILLEAS Philippe, MIKALEF Willy (dir.), *TIC. Innovation et droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 15-29.

JESTAZ Philippe, « Rapport de synthèse », *in* REVET Thierry (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, pp. 113-126.

KELLER Helen, « Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy », *in* WOLFRUM Rüdiger, Röben Volker (dir.), *Legitimacy in International Law*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, pp. 219-298.

KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *in* WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 468-482.

KINGSBURY Benedict, STEWART Richard B., « Administrative Tibunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law », *in* ELIAS Olufemi (dir.), *The Development of Effectiveness of International Administrative Law. On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 69-104.

KOHEN Marcelo, « Internationalisme et Mondialisation », *in* MORAND Charles-Albert (dir*.), Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 107-130.

KOWALSKI Mateus, MACHADO Sofia, « The United Nations Sanctions Regimes through a Judicialized European Union Perspective », *in* VINCENTE Dário Moura (dir.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 476-494.

LATTY Franck, « Chapitre 8-3. Le droit transnational économique », *in* DAILLIER Patrick, DE LA PRADELLE Géraud, GHÉRARI Habib (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, CEDIN, 2004, pp. 109-119.

LAZARUS Claude, « L'organisation des Nations Unies et les entreprises multinationales », *in* GOLDMAN Berthold, FRANCESCAKIS Phocion (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977, pp. 407-423.

MARMAYOU Jean-Michel, « Le contrat de ville hôte pour les jeux olympiques », *in* MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Droit et olympisme. Contribution à l'étude juridique d'un phénomène transnational*, Actes du colloque du 4 septembre 2012 à La Réunion, Aix-en-Provence, PUAM, Collection du Centre de droit du sport d'Aix-Marseille, 2015, pp. 113-168.

MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 199-217.

MARTIN-CHENUT Kathia, DE MELO-FOURNIER Fabia, « Chapitre XI. Le droit pénal », *in* PAÏVA de ALMEIDA Domingos (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 353-389.

MARZO Claire, « La responsabilité sociale des entreprises. À mi-chemin entre la *soft law* et le *jus cogen*s : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales », *in* ROMAN Diane (dir.), « « Droits des pauvres, Pauvres droits ? » Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », *La Revue des droits de l'homme*, 2012(1), pp. 409-425.

MOHAMED SALAH Mohamed Mahmoud, « La mondialisation du droit des investissements : catalyseur ou frein d'une *lex meditteranea* des investissements ? », *in* OSMAN Filali (dir.), *Vers une* lex mediterranea *des investissements*, Bruxelles, Bruylant, FEDUCI, 2016, pp. 143-177.

NDIOR Valère, « Le bio, entre norme & label », *in* TOUZEIL-DIVINA Mathieu, HOEPFFNER Hélène (dir), *Droit(s) du bio*, Toulouse, Boulogne et Pau, Editions l'Epitoge, CLUD, 2018, pp. 47-51.

PACREAU Xavier, « Le rôle de l'Union européenne dans la mise en œuvre des résolutions 1373 (2001) et 1540 (2004) du Conseil de sécurité », *in* SUR Serge, GLENNON Michael (dir.), *Terrorisme et droit international / Terrorism and International Law*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, vol. 9, 2008, pp. 501-548.

PARK Kyun-Sung, « La réforme du contentieux administratif en Corée sous l'angle du contentieux administratif en France », *in* MARCOU Gérard, PARK In-Soo (dir.), *La décentralisation en Corée du Sud et l'expérience européenne*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 57-67.

PASQUIER Romain, « Le rôle des autorités sub-étatiques dans les processus d'intégration continentale et sub-continentale : éléments de comparaison », *in* PERROT Danielle (dir.), *Collectivités territoriales et organisations régionales. De l'indifférence à l'interaction*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 31-53.

PELLET Alain, « L'objet et la méthode en droit international – Y a-t-il une 'méthode de Reims' ? », Rapport à la 8ème rencontre de Reims, Mai 1989, *in Réalités du droit international contemporain*, 8ème rencontre de Reims, CERI 1990, pp. 5-19.

PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, pp. 562-571.

PELLET Alain, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *in* DEUMIER Pascale, SOREL Jean-Marc (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 177-191.

PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *in* BISMUTH Régis (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 199-218.

PONTIER Jean-Marie, « *Le droit administratif français* », *in* DUBREUIL Charles-André (dir.), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, Paris, PUF, Thémis droit, 2016, pp. 1-20.

REPOLT Bertrand, « Le principe de neutralité d'INTERPOL comme vecteur d'une protection croissante des droits et intérêts individuels », *in* SFDI, *La souveraineté pénale de l'État au XXIe siècle*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2018, pp. 67-76.

RÜHMKORF Andreas, « From Transparency to Due Diligence Laws? Variations in Stringency of CSR Regulation in Global Supply Chains in the 'Home State' Of Multinational Enterprises », *in* DU PLESSIS Jean J., VAROTTIL Umakanth, VELDMAN Jeroen (dir.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, Cham, Springer, 2018, pp. 177-201.

SALMON Jean, « Chapitre 12. Le raisonnement par analogie en droit international public », *in* SALMON Jean, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 276-036.

SOSOE Lukas K., « En guise d'introduction », *in* SOSOE Lukas K. (dir.), *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Georg OLMS Verlag, 2015, pp. 6-22.

SPIELMANN Dean, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174.

STAIGER Dominic N., « Cross-border Data Flow in the Cloud Between the EU and the US », *in* CHEUNG Anne S.Y., WEBER Rolf H. (dir.), *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Technology and Society series, 2015, pp. 96–117.

SUY Éric, « Convention de Vienne de 1969. Article 53 », *in* CORTEN Olivier, KLEIN Pierre (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1905-1920.

TAXIL Bérangère, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », *in* AHJHUCAF, *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Troisième congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant le Français en Partage (AHJHUCAF), Ottawa, Publications de la Cour Suprême du Canada, 2010, pp. 104-114.

THORNHILL Christopher, « Introduction », *in* THORNHILL Christopher (dir.), *Luhmann and Law*, London and New York, Routledge, Philosophers and Law, 2017, pp. 1-15.

WAWRYK Alex, « Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct », *in* FRYNAS Jedrzej George, PEGG Scott (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, New York, Palgrave MacMillan, 2003, pp. 53-78.

WEBLEY Simon, « The nature and Value of Internal Codes of Ethics », *in* ADDO Michael K. (dir.), *Human Rights Standards and the Responsability of Transnational Corporations*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 107-113.

II. Articles au sein de revues[2028]

ABBOTT Kenneth W., SNIDAL Duncan, « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54(3), pp. 421-456.

ADJOVI Roland, FOMÉTÉ Jean-Pelé, « Les relations entre le Tribunal pénal international pour le Rwanda et les États. L'obligation de coopération dans l'exécution du mandat du Tribunal », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 180-196.

AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 14-62.

ALLAND Denis, « Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'État. Retour sur la politique juridique extérieure », *AFRI*, vol. XIII, 2013, pp. 555-563.

ALVES Carlos Manuel, « Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ? », *RJE*, vol. 39, Hors-série n°1, 2014, pp. 229-240.

ALZAHRANI Yahya, « La responsabilité sociétale des entreprises en Arabie Saoudite », *RIDC*, vol. 64, n°4, 2012, pp. 923-947.

AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 251-258.

AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, Définir le droit /1, 1989, pp. 7-10.

ASCENSIO Hervé, MAISON Rafaëlle, « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1998) », *AFDI*, vol. 44, 1998, pp. 370-411.

ASSIS DE ALMEIDA José Gabriel, « Le cadre normatif du MERCOSUR », *Droit et société*, n°59, 2005/1, pp. 39-53.

AUBY Jean-Bernard, « Vous avez dit : droit administratif global ? », *DA*, n°5, mai 2007, p. 5.

AUBY Jean-Bernard, « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA*, 2013, pp. 407-210.

BAECHLER Jean, BRAUD Philippe, BOURRICAUD François, DUVERGER Maurice, EISENMANN Charles, FAVRE Pierre, de LACHARRIÈRE Guy, VINCENT Jean-Marie, « Essais de définition », *Pouvoirs*, n°5, 1978, pp. 21-36.

BARAK-EREZ Daphne, PEREZ Oren, « Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State », *CILJ*, vol. 46, n°3, 2013, pp. 455-497.

[2028] Malgré l'indispensable appel à des publications d'économie et de gestion au cours de la recherche, la bibliographie ne distingue pas les revues juridiques des autres revues. Cette section comprend également les notes et commentaires de jurisprudence – mais les notes de lectures sont présentées séparément, *infra*.

BARBERIS Julio, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 132-147.

BARON Catherine, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, n°54, 2003/2, pp. 329-349.

BEAUD Olivier, « Les mutations de la Vè République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n°99, 2001, pp. 19-31.

BELLISH Jonathan, « Towards a More Realistic Vision of Corporate Social Responsibility Through the Lens of the *Lex Mercatoria* », *Denv. J. Int'L L. & Pol'Y*, vol. 40, n°4, 2012, pp. 538-587.

BELRHALI-BERNARD Hafida, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, 2009, n°6, pp. 1683-1704.

BENBRAHIM Zouhair, « Éthique et gouvernance : entre intentions et pratiques », *Management & Avenir*, n°7, 2006/1, pp. 43-59.

BERLIA Georges, « Politique internationale et droit international », *JDI*, 1964, pp. 747-758.

BEYERLIN Ulrich, « The Role of NGOs in International Environmental Litigation », *HJIL*, vol. 61, 2001, pp. 351-378.

BISMUTH Régis, « The "Santiago Principles" for Sovereign Wealth Funds: The Shortcomings and the Futility of Self-Regulation », *European Business Law Review*, vol. 28, n°1, 2017, pp. 69–88.

BISMUTH Régis, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, vol. 62, 2015, pp. 785-807.

BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris ? », *RJE*, n° spécial, HS17, 2017, pp. 119-133.

BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 135-145.

BOBBIO Norberto, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n°32, 2000, pp. 147-155.

BOCCON-GIBOD Thomas « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *RIDE*, t. XXVIII, n°3, 2014, pp. 285-300.

BODEAU-LIVINEC Pierre, DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2009-2010 », *DA*, n°2, février 2012, pp. 24-29.

BOUDOT Michel, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta – ... – juridiques », *RIEJ*, 2007, vol. 59, n°2007/2, pp. 35-47.

BOYLE Alan, « Human Rights and the Environment: Where Next? », *EJIL*, vol. 23, n°3, 2012, pp. 613-642.

BROUDE Tomer, « The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen's Visions Vindicated », *GoJIL*, vol. 4, n°2, 2012, pp. 519-549.

BURGOGUE-LARSEN Laurence, « La France et la protection européenne des droits de l'homme », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 598-612.

CADET Isabelle, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, t. XXIV, n° 4, 2010, pp. 401-439.

CASSESE Sabino, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8, pp. 17-36.

CASSESE Sabino, « La fonction constitutionnelle des juges non-nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, n°693, 15 décembre 2008, pp. 6-14.

CASSESE Sabino, « Global Administrative Law: The State of the Art », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n°2, pp. 465-468.

CAVALERIE Philippe, « La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 609-632.

CAZALA Julien, « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *RIEJ*, 2011, vol. 66, n°2011/1, pp. 41-84.

CESONI Maria Luisa, SCALIA Damien, « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *RQDI*, vol. 25.2, 2012, pp. 37-71.

CHABANOL Daniel, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *AJDA*, 2002, pp. 9-12.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Alf Ross : Droit et logique », *Droit et société*, n°50, 2002/1, pp. 29-42.

CHAZAL Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ*, 2011, vol. 65, n°2010/2, pp. 85-133.

CHEVALLIER Jacques, « État de droit et relations internationales », *AFRI*, vol. VII, 2006, pp. 4-17.

CHEVALLIER Jacques, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004/1, n°39, pp. 107-120.

CLAM Jean, « Phénoménologie et droit chez Niklas Luhmann. De la déphénoménologisation de la sociologie à la dépolémisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1994, pp. 335-377.

COCHOY Franck, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit », *Droit et société*, n°65, 2007/1, pp. 91-101.

COISSARD Steven, ECHINARD Yann, LAURENT Alain, « L'émergence des fonds souverains. Réalités et enjeux », *AFRI*, vol. XII, 2011, pp. 855-871.

COLARD Daniel, « L'Allemagne unie et les nouvelles relations franco-allemandes dans la nouvelle Europe. 1990-2006 », *AFRI*, vol. VIII, 2008, pp. 393-405.

COLARD-FABREGOULE Catherine, « Le *Global Compact*. Lorsque l'on reparle de la régulation de l'activité des firmes par l'ONU », *AFRI*, vol. X, 2009, pp. 965-978.

CONSTANTINESCO Vlad, « La responsabilité de la Commission européenne : la crise de 1999 », *Pouvoirs*, n°92, 2000, pp. 117-131.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1er novembre 1998 », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 732-745

DAILLIER Patrick, BENLOLO-CARABOT Myriam, SUSANI Nadine, VAURS-CHAUMETTE Anne-Laure, « La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines. Chronique n° 1 – Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 633-673.

DANN Philipp et V. ENGELHARDT Marie, « The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany », *GLJ*, vol. 12 (2011), n°7, pp. 1371-1388

D'ASPREMONT Jean, « The Politics of Deformalization in International Law », *GoJIL*, vol. 3, n°2, 2011, pp. 503-550

DE BÉCHILLON Denys, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, 2015/4, pp. 5-14.

DE FROUVILLE Olivier, « Perspectives du droit cosmopolitique sur la responsabilité de protéger », *Droits*, 2013/1, n°57, pp. 95-118.

DEGUERGUE Maryse, « Jurisprudence », *Droits*, n°34, Mots de la justice, 2001, pp. 95-104.

DELABIE Lucie, « Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels », *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 629-663.

DERIEUX Emmanuel, « La transparence de l'information et ses limites. Enjeux juridiques internationaux », *AFRI*, vol. XIV, 2013, pp. 777-794.

DIAWARA Karounga, LAVALLÉE Sophie, « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace Ohada : pour une ouverture aux considérations non économiques », *RIDE*, t. XXVIII, n°4, 2014, pp. 431-451.

DILLER Janelle M., « Private Standardization in Public International Lawmaking », *MJIL*, vol. 33, 2012, pp. 481-536.

DISTEFANO Giovanni, « La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes entre l'Érythrée et le Yémen : quelques observations complémentaires », *AFDI*, vol. 40, 2000, pp. 255-284.

DONALDSON Megan, KINGSBURY Benedict, « Ersatz Normativity or Public Law in Global Governance: The Hard Case of International Prescriptions for National Infrastructure Regulation », *CJIL*, vol. 14 (2013), n°1, pp. 1-51.

DOWNIE Rachelle, « Improving the Performance of Sport's Ultimate Umpire: Reforming the Governance of the Court of Arbitration for Sport », *MelbJIL*, vol. 12-2, 2011, pp. 67-96.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « Protocole n°11 à la CEDH : préparation à l'entrée en vigueur », *EJIL*, vol. 8-1, 1997, pp. 59-76.

DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2007-2008 », *DA*, n°11, novembre 2008, pp. 6-14.

DUFOUR Frédérick Guillaume, ROBITAILLE Michel-Philippe, « Globalisation capitaliste, discipline néolibérale et souveraineté néoconservatrice : retour sur quelques distinctions conceptuelles », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, pp. 45-68.

DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la *soft law* : Réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors-série Hommage à Katia Boustany, 2007, pp. 245-268.

ECKES Christina, « Environmental Policy "Outside-In": How the EU's Engagement with International Environmental Law Curtails National Autonomy », *GLJ*, vol. 13, n°11, Special Issue. EU Law qua Global Governance Law, 2012, pp. 1152-1175

EDEL Frédéric, « La convention du conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics : premier traité consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs », *RFAP*, vol. 137-138, 2011, pp. 59-78.

EISENMANN Charles, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, 1972, n°6, pp. 1345-1441.

EL BOUDOUHI Saïda, « L'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme ? », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 277-299.

FALCHETTI Roberto, « La réforme institutionnelle du Mercosur : quel avenir pour le Forum consultatif économique et social du Mercosur ? », *Droit et société*, n°59, 2005/1, pp. 83-91.

FASTERLING Bjorn, DUHAMEL Jean-Christophe, « Le *Comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, t. XXIII, n°2, 2009, pp. 129-157.

FISCHER-LESCANO Andreas, « La théorie des systèmes comme théorie critique », *Droit et société*, n°76, 2010/3, p. 645-665.

FORGET Louis, « Le « panel d'inspection » de la Banque mondiale », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 645-661.

FORTEAU Mathias, « La formule « pétrole contre nourriture » mise en place par les Nations Unies en Irak : beaucoup de bruit pour rien ? », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 132-150.

FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », *Droit et Culture*, n°59, 2010, pp. 15-40.

FORTIN Pascal, « Le sommet mondial sur la société de l'information. Un conclave intergouvernemental en panne d'idéal », *AFRI*, vol. V, 2004, pp. 907-921.

FOURET Julien, PROST Mario, « La multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure », *RQDI*, vol. 15.2, 2002, pp. 117-138.

FROMAGEAU Édouard, « The concept of positive law in global administrative law: A glance at the manhattan and italian schools », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 121-132.

GANDREAU Stéphanie, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de *Common Law* », *RDP*, 2005, n°2, pp. 319-357.

GARAPON Antoine, MIGNON COLOMBET Astrid, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *RIDE*, t. XXX, n°2, 2016, pp. 197-215.

GATSI Jean, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *RIDC*, vol. 64, n°2, 2012, pp. 477-500.

GAUTIER Philippe, « The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union », *Max Planck UNYB*, vol. 4, 2000, pp. 331-361.

GAUTRON Jean-Claude, « L'administration », *Pouvoirs*, n°25, 1983, pp. 107-120.

GAUTRON Jean-Claude, « La Commission européenne en quête de légitimité », *RQDI*, Hors-série Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012, 2012, pp. 29-38.

GENEVOIS Bruno, « Note sous CC n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier », *RFDA*, 1989, pp. 679-680.

GEORGAKAKIS Didier, « La démission de la Commission européenne : scandale et tournant institutionnel (octobre 1998 - mars 1999) », *Cultures & Conflits*, n°38-39, 2000 pp. 39-71.

GÉRARD Philippe, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ*, 2010, vol. 65, n°2010/2, pp. 65-83.

GIRAUDEAU Géraldine, « Les compétences internationales des entités territoriales autonomes », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 167-195.

GOLDMAN Berthold, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 177-192.

GRISEL Florian, « Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une perspective historique », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25-2, 2014, pp. 13-20.

GUILLOUD Laetitia, « La nouvelle nomenclature des actes dans le Traité de Lisbonne », *RIEJ*, 2011, vol. 66, n°2011/1, pp. 85-108.

GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *RQDI*, vol 26-2, 2008, pp. 219-236.

HABA Enrique P., « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 235-244.

HABA Enrique P., « Pas assez « épistémologique »…mais pourtant bien vu ! Du manque de réalisme dans l'actuelle Théorie du Droit – et de ce que pourrait lui apprendre un juriste d'antan », *Archives de philosophie du droit*, t. 42, 1997, pp. 241-256.

HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « *soft law* » », *RIEJ*, 2010, vol. 65, n°2010/2, pp. 1-64.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, n° 75, 2010/2, pp. 295-313.

HALPÉRIN Jean-Louis, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, n°81, 2012/2, pp. 403-423.

HATZIMIHAIL Nikitas E., « The Many Lives – and Faces – of *Lex Mercatoria* : History as Genealogy in International Business Law », *Law and contemporary problems*, vol. 71, 2008, pp. 169-190.

HAUERT Christophe, AUDÉTAT Marc, BÜTSCHI Danielle, KAUFMANN Alain, GRAZ Jean-Christophe, « Les arènes de la normalisation internationale à l'épreuve de la participation : le projet INTERNORM », *Participations*, n°14, 2016/1, pp. 207-235.

HAUPAIS Nicolas, « Chronique de jurisprudence internationale », sous la direction de ALOUPI Niki et LAVAL Pierre-François, *RGDIP*, n° 2016-2, pp. 424-428.

HAURIOU Maurice, « Contrats de guichet et fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Note sous Conseil d'État, 23 mars 1906, *Dame Chauvin* », *Recueil Sirey*, 1908, III[ème] Partie, pp. 17-19.

HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC* , vol. 41, n°4, Octobre-décembre 1989, pp. 907-914.

HERMAN Andrew, « Reassessing the Role of Supplier Codes of Conduct: Closing the Gap Between Aspirations and Reality », *VJIL*, vol. 52, n°2, 2012, pp. 445-482.

HOWARD Audrie, « The Successes and Failures of the Kimberley Process Certification Scheme in Angola, Sierra Leone and Zimbabwe », *WashULaw*, vol. 15-1, 2016, pp. 137-159.

JACOB Patrick, « Le programme des nouveaux noms de domaine génériques de haut niveau de l'ICANN : témoin de l'affirmation d'un droit administratif global ? », *AFDI*, vol. 60, 2014, pp. 755-784.

JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage transnational et droit international général (2016), *AFDI*, vol. 62, 2016, pp. 587-650.

JACOB Patrick, LATTY Franck, DE NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage d'investissement et droit international général (2017), *AFDI*, vol. 63, 2017, pp. 647-700.

JESTAZ Philippe, « Source délicieuse… (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDCiv*, 1993, p. 93.

JESTAZ Philippe, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RGD*, vol. 27, n°1, 1996, pp. 5-19.

JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », *RTDCiv*, n°4, 2017, pp. 775-782.

JULLIARD Jacques, « La tentation du Prince-Président », *Pouvoirs*, n°41, 1987, pp. 27-36.

KANE Darren, « Twenty Years On: An Evaluation of the Court of Arbitration for Sport », *MelbJIL*, vol. 4-2, 2003, pp. 611-635.

KEMFOUET KENGNY Émile-Derlin, « États et acteurs non étatiques en droit international humanitaires », *RQDI*, vol. 21.2, 2008, pp. 57-98.

KESSLER Denis, « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n°97, 2001, pp. 33-46.

KINGSBURY Benedict, « First Amendment Liberalism as Global Legal Architecture: Ascriptive Groups and the Problems of the Liberal NGO Model of International Civil Society », *CJIL*, vol. 3, n°1, 2002, pp. 183-196.

KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., WIENER Jonathan B., « Global Governance as Administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law », *Law and contemporary problems*, vol. 68, n°3-4, 2005, pp. 1-13.

KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., « The emergence of global administrative law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n°3-4, 2005, pp. 15-61.

KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 99, 2005, pp. 143-154.

KINGSBURY Benedict, « The concept of 'law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20-1, 2009, pp. 23-57 ; également publié sous la reference KINGSBURY Benedict, « The concept of 'law' in Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/1, *Global Administrative Law Series*, 2009, 46 p.

KINGSBURY Benedict, CASINI Lorenzo, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *International Organizations Law Review*, vol. 6, n°2, 2009, pp. 319-358.

KOLB Robert, « Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques », *RBDI*, n°1999-2, pp. 407-434.

KUO Ming-Sung, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20, n°4, 2009, pp. 997-1004.

KUO Ming-Sung, « Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-C Global Constitutionalism », *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 44, n°1, 2011, pp. 55-102.

LACHAUME Jean-François, « Jurisprudence française relative au droit international (1999) », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 710-753.

LACHÈZE Aurélie, « Ce que la responsabilité sociale des entreprises fait au droit : l'exemple de la grande distribution », *Droit et société*, n°66, 2007/2, pp. 385-539.

LACROIX Thomas, « Politiques de codéveloppement et le champ associatif immigré africain : un panorama européen », *AYIL*, vol. 16, 2008, pp. 79-97.

LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 31-57.

LATH Yédoh Sébastien, « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, 2011, n°5, pp. 1255-1288.

LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 683-726.

LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, n° 2011-2, pp. 459-480.

LATTY Franck, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n°192, 2018, pp. 31-36.

LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 19-40.

LEE Teck-Heang, AZHAM Md. Ali, « The evolution of auditing: An analysis of the historical development », *Journal of Modern Accounting and Auditing*, vol. 4, n° 12, 2008, pp. 1-8.

LIENAU Odette, « The Challenge of Legitimacy in Sovereign Debt Restructuring », *HILJ*, vol. 57, n°1, 2016, pp. 151-214.

LIPPINCOTT Meg, « Depoliticizing Sovereign Wealth Funds Trough, International Arbitration », *CJIL*, vol. 13, n°2, 2013, pp. 649-683.

LLADROVCI Ramiz, « The EU Legal Audit Framework – The Case of Kosovo », *Acta Universitatis Danubius*, vol. 13, n°3, 2017, pp. 134-143.

LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 259-305.

LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Investment Disputes *Oltre Lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *BCLR*, vol. 59, n°8, 2018, pp. 2685-2716

MARSHALL Fiona, « Two Years in the Life: The Pioneering Aarhus Convention Compliance Committee 2004–2006 », *International Community Law Review*, vol. 8, n°1, 2006, pp. 123-154.

MAYEDA Graham, « Legal Aspects of the Security-Development Nexus: International Administrative Law as a Check on the Use of Development Assistance in the "War on Terror" », *CJIL*, vol. 13 (2012), n°1, pp. 71-121

MAZEAU Pierre, « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation *»,* *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, n°67, 2012/3, pp. 70-76.

MAZUYER Emmanuelle, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La Revue des droits de l'homme*, n°8, 2015, 15 p.

MBAYE Kéba, « Une nouvelle institution d'arbitrage : le Tribunal arbitral du sport », *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 409-424.

MBENGUE Makane Moïse, SCHACHERER Stefanie, « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, n°3, 2017, pp. 414-448.

MEGRET Frédéric, « L'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, pp. 105-129.

MEYER Dorothée, « Les contrats de fourniture de biens et de services dans le cadre des opérations de maintien de la paix », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 79-117.

MIKOL Alain, « The evolution of auditing and the independent auditor in France », *European Account Review*, 1993, n°1, pp. 1-16.

MILANO Laure, « Douze ans après l'arrêt Kress, la reconnaissance de la spécificité du rapporteur public », *RDP*, 2013, n°5, pp. 1123-1137.

MILLARD Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, n°30-31, pp. 381-412.

MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, pp. 3-48.

MOÏSI Dominique, « De la négociation internationale », *Pouvoirs*, n°15, 1980, pp. 31-42.

MOLFESSIS Nicolas, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, n°126, 2008, pp. 87-100.

MONIZ LOPES Predro, « Are we positive about positive law in a global sphere? A comment on Edouard Fromageau's « The concept of positive law in global administrative law » », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 133-143.

MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *RDP*, 2007, n° 5, pp. 1291-1328.

MORELOU Jean-Pierre, « La participation démocratique », *Pouvoirs*, n°7, 1978, pp. 85-94.

NADAUD Séverine, « Catastrophes écologiques et retour d'expérience. Quelles évolutions, quelles révolutions pour le droit de l'environnement ? », *Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n°10, mars 2017, pp. 30-39.

NDIOR Valère, « Le recours aux mécanismes d'audit au sein des institutions internationales. Compte-rendu du colloque de Toulouse (2017) », *AFDI*, vol. 63, 2017, pp. 282-294.

NEFRAMI Eleftheria, « La compétence de l'Union européenne pour conclure un accord international », *RDP*, 2016, n°6, p. 1639.

NEUWAHL Nanette, « L'union européenne et les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies – contrôle de la légalité en vertu des droits de l'homme et autonomie de l'Organisation des nations unies », *RQDI*, 2007, n°20.2, pp. 159-172.

OETER Stefan, « Inspection in international law. Moniroting compliance and the problem of implementation in international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXVIII, 1997, pp. 101-169.

ONG David, « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, pp. 35-74.

OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 43-53.

PAILLER Ludovic, « L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) – Commentaire de l'article 3 », *JDI*, n°3/2018, pp. 823-849.

PARACHKEVOVA Irina, « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *RIDE*, t. XXIV, n°2, 2010, pp. 241-258.

PASQUALINI François, BURBI David, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *Revue des sociétés*, 2013, n° 5, pp. 259-278.

PASSICOS Jean, « Approches pour une épistémologie et pour une herméneutique du droit canonique », *Archives de philosophie du droit*, t. 38, 1993, pp. 65-72.

PAYANDEH Mehrdad, « The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart », *EJIL*, vol. 21-4, 2011, pp. 967-995.

PELLET Alain, « Le Sage, le Prince et le Savant (À propos de « La politique juridique extérieure » de Guy de Lacharrière », *JDI*, n°2/1985, pp. 407-414

PELLET Alain, « Cours Général : le Droit International entre souveraineté et communauté internationale », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 12-74.

PELLET Alain, « Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°529, juin 2009, pp. 415-418.

PELLIER Jean-Denis, « Quand le droit de la consommation ne sanctionne pas ! », *Dalloz actualité*, 24 janvier 2019.

PERRIN Laurent, « Interactions des sources internationales et nationales en matière de préavis de licenciement », *Recueil Dalloz*, n° 32, 2006, pp. 2228-2233.

PINON Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ*, 2011, vol. 67, n°2011/2, pp. 69-93.

POMADE Adélie, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ*, 2010, vol. 64, n°2010/1, pp. 87-122.

PONTIER Jean-Marie, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, pp. 187.

PRIEUR Michel, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, vol. 13, n°4, 1988, pp. 397-417.

QUINONES Enery, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 563-57

QUIRINY Bernard, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, n°2, pp. 375-400.

RABAULT Hugues, « À propos de... », *Droit et société*, n°51-52, 2002/2, pp. 513-539.

RABAULT Hugues, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n°33, 2011, pp. 191-203.

RACINE Jean-Baptiste, « Approches de droit global », *JDI*, n°3/2019, pp. 666-693.

RAMIREZ Carlos, « Du commissariat aux comptes à l'audit. Les *Big 4* et la profession comptable depuis 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 146-147, 2003, pp. 62-79.

RAPOPORT Cécile, « La variété des accords globaux révélatrice d'une diplomatie conventionnelle de l'Union », *RDP*, 2016, n°6, p. 1695.

REED Bradley C., « Clearing Away the Mist: Suggestions for Developing a Principled Veil Piercing Doctrine in China », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2006, pp. 1643-1675.

REICH Johannes, « Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999) », *Yale Journal of International Law*, 2008, Vol. 33, No. 2, pp. 505-511.

ROBÉ Jean-Philippe, « Les entreprises multinationales, vecteurs d'un nouveau constitutionnalisme », *Archives de philosophie du droit*, t. 56, 2013, pp. 336-361.

ROBERTS Thomas Cullen, CANNON James G., « American Association of Public Accountants (1908) », *Accounting Historians Journal*, vol. 14, n° 2, 1987, pp. 99-108.

RODILES Alejandro, « Non-Permanent Members of the United Nations Security Council and the Promotion of the International Rule of Law », *GoJIL*, vol. 5, n°2, 2013, pp. 333-373.

RODRIGUES Stéphane, « Quelques réflexions juridiques à propos de la démission de la commission européenne », *RMCUE*, n°429, 1999, pp. 472 et ss.

ROOS Stefanie Ricarda, « The World Bank Inspection Panel in its Seventh Year: An Analysis of its Process, Mandate, and Desirability with special reference to the China (Tibet) case », *MPYUNL*, vol. 5, 2001, pp. 473-521.

SANTANDER Sebastian, « Entre globalisation et régionalisme : la stratégie de coopération inter-régionale UE – Mercosur », *AFRI*, vol. II, 2001, pp. 524-535.

SARTOR Giovanni, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA Mario, « The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 18-4, 2010, pp. 356-378.

SENNOU Jean Innocent, « La haute trahison liée à la gestion des ressources naturelles et du sous-sol au Niger », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, pp. 286-305.

SÉRIAUX Alain, « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit », *Droits*, n°10 – définir le droit /1, 1989, pp. 85-87.

SERRURIER Enguerrand, « Déclin, résistance et perspectives du droit français dans la compétition juridique mondiale », *JDI*, n°4/2015, pp. 1131-1146.

SERVERIN Evelyne, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ*, vol. 66, n°2007/2, pp. 73-91.

SÈVE René, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 259-262.

SHAPIRO Sidney A., STEINZOR Rena I, « The People's Agent: Executive Branch Secrecy and Accountability in an Age of Terrorism », *Law and Contemporary Problems*, vol. 69, 2006, pp. 99-129.

SICILIANOS Alexandre, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la CEDH », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 611-640.

SIMOULIN Vincent, « La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne », *Droit et société*, n°54, 2003/2, pp. 307-326.

SNYDER Francis, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Droit et société*, n°54, 2003/2, pp. 435-484.

SOMEK Alexander, « The Concept of « Law » in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20-4, 2009, pp. 985-995.

SOREL Jean-Marc, « L'évolution des institutions financières internationales : entre redéploiement et fragilité, une restructuration systémique en chantier », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 482-504.

STEWART Richard B., « U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law ? », *Law and contemporary problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 63-108

SUR Serge, « L'inhérence en droit international », *RGDIP*, n°2014-4, pp. 785-797.

TABAU Anne-Sophie, « Évaluation de l'Accord de Paris sur le climat à l'aune d'une norme globale de transparence », *RJE*, vol. 41, n°1, 2016, pp. 56-70.

TEIVAINEN Teivo, « The World Social Forum and Global Democratisation: Learning from Porto Alegre », *Third World Quarterly*, vol. 23, 2002, n° 4, pp. 621-632.

TELLER Marina, « Les normes comptables internationales : la transparence en question », *RTDCom*., 2010, n°4, pp. 671-679.

TESTARD Christophe, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *AJDA*, 2019, pp. 934-940.

THIBOUT Orianne, « La Responsabilité Sociétale des Entreprises : un système normatif hybride », *RJE*, vol. 41, n°2, 2016, pp. 215-233.

THOMAS-FOGIEL Isabelle, « Fichte ou l'impossibilité théorique d'un 'droit à l'ingérence' », *Droits*, n°57, 2013/01, pp. 29-48.

TIGROUDJA Hélène, « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 81-102.

TJOUEN Alex-François, « La condition de la femme en droit camerounais de la famille », *RIDC*, vol. 64-1, 2012, pp. 137-167.

TORRES BERNÁRDEZ Santiago, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 207-247.

TOUZARD Hubert, « Psychosociologie de la négociation. États des recherches », *Pouvoirs*, n°15, 1980, pp. 109-119.

TUORI Kaarlo, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, t. XXVII, n°1, 2013, pp. 9-36.

TUSSEAU Guillaume, « Éligible...mais frappé par une incompatibilité en cas d'élection ; le droit électoral aux prises avec le constitutionnalisme multiniveaux », *RFDA*, Chronique de jurisprudence, Droit administratif et droit constitutionnel, 2012, n°3, pp. 540-545.

TUSSEAU Guillaume, « Plaidoyer pour le droit processuel constitutionnel *», Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, nº. 4, pp. 585-586.

ULLRICH Hanns, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, t. XVII, n°3, 2003, pp. 291-311.

VALETTE Jean-Paul, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, n°1, pp. 183-210.

VAN DEN HERIK Larissa, « The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual », *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, pp. 797-807.

VAN DEN HERIK Larissa, SCHRIJVER Nico, « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security : The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *International Organizations Law Review*, 2009, Vol. 5, pp. 329-338.

VAN LANG Agathe, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°43, 2014/2, pp. 25-41.

VARNEROT Valérie, « Entre essentialisme et existentialisme de la théorie des sources : les sources non formelles du droit fiscal », *Archives de philosophie du droit*, t. 46, 2002, pp. 139-195.

VAURS-CHAUMETTE Anne-Laure, « « Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse » : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie », *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 275-304.

VEDEL Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, n°8, 1954, pp. 21-53 ; également reproduit *in* VEDEL Georges, *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 129-176.

VENTURA Daniel, « La mise en place d'une voie de recours effectif au sein d'INTERPOL. Quelques réflexions autour de la réforme de la Commission de contrôle des fichiers », *AFDI*, vol. 63, 2017, pp. 300-311.

VERHOEVEN Joe, « À propos des compétences "constitutionnelles" de l'Union », *Droits*, 2007/1, n° 45, pp. 89-108.

VON BOGDANDY Armin, « General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field », *GLJ*, vol. 9 (2008), n°11, pp. 1909-1938.

WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, n° 1982-1, pp. 5-47.

WEN Shuangge, « Less is More - A Critical View of Further EU Action Towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis », *WashULaw*, vol. 12-1, 2013, pp. 41-93.

WIEBRINGHAUS Hans, « À propos du transfert de compétences entre organisations internationales : le cas du transfert de certaines activités de l'U.E.O. au Conseil de l'Europe », *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 537-550.

WILCOX John C., « Comply-and-Explain: Should Directors Have a Duty to Inform? », *Law and contemporary problems*, vol. 74, 2011, pp. 149-159.

WOLFF Lutz-Christian, « Law As a Marketing Gimmick – The Case of the German Corporate Governance Code », *WashULaw*, vol. 3.1, 2004, pp. 115-134.

XANTHAKI Alexandra, « Land Rights of Indigenous Peoples in South-East Asia », *MelbJIL*, vol. 4-2, 2003, pp. 467-473.

ZENATI-CASTAING Frédéric, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1553.

III. Recueils de cours

A. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

ABI SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987-VII, vol. 207, pp. 9-463.

BASTID Suzanne, « Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence », *RCADI*, vol. 92, 1957, pp. 343-517.

BENVENISTI Eyal, « The Law of Global Governance », *RCADI*, vol. 368, 2014, pp. 47-279.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI*, vol. 347, 2011, pp. 79-406.

BOUTROS-GHALI Boutros, « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation », *RCADI*, vol. 286, 2000, pp. 9-35.

CAHIER Philippe, « Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 195, 1985, pp. 9-374.

CAPOTORTI Francesco, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 248, 1994, pp. 9-343.

DOMINICÉ Christian, « La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 370, 2014, pp. 9-392.

DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, vol. 297, 2003, pp. 9-489.

FERRARI BRAVO Luigi, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *RCADI*, vol. 192, 1985, pp. 233-330.

FINCH George A., « Les sources modernes du droit international », *RCADI*, vol. 53, 1935, pp. 531-651.

GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 1-74.

GUGGENHEIM Paul, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 1-84.

HEILBORN Paul, « Les sources du droit international », *RCADI*, vol. 11, 1926, pp. 1-63.

JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 9-216.

KARAQUILLO Jean-Pierre, « Droit international du sport », *RCADI*, vol. 309, 2004, pp. 9-124.

KREINDLER Richard, « Compétence-Compétence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements », *RCADI*, vol. 361, 2013, pp. 131-482.

KOHLER Christian, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, pp. 285-478.

LAGRANGE Évelyne, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012, pp. 239-552.

LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État en droit international des investissements », *RCADI,* vol. 302, 2003, pp. 197-386.

MAHIOU Ahmed, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public (2008) », *RCADI*, vol. 337, 2009, pp. 9-516.

MARCOFF Marco G., « Sources du droit international de l'espace », *RCADI*, vol. 168, 1980, pp. 9-121.

MARRELLA Fabrizio, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435.

MAYER Pierre, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, vol. 217, 1989, pp. 319-454.

MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé (2003) », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 9-378.

NÉGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, pp. 579-718.

REUTER Paul, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, pp. 425-656.

RIGAUX François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 9-407.

SALMON Jean, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », *RCADI*, vol. 347, 2011, pp. 9-78.

SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1934, pp. 327-703.

SUR Serge, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, pp. 9-331.

SCHWARZENBERGER Georg, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955, pp. 191-385.

WEIL Prosper, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969, vol. 128, pp. 94-240.

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 9-369.

B. Cours de l'Académie de droit européen de Florence

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, Dordrecht, Kluwer, 1997, vol. 5, t. 2, pp. 193-27.

III. Articles au sein de recueils ou compilations d'articles

A. Articles de Mélanges

AUBY Jean-Bernard, « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », *in Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 661-679.

BACHELET Olivier, « L'intime conviction est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », *in L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 525-545.

BELL John, « La contribution de la doctrine à la formation du droit administratif : perspective britannique », *in Le service public. Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 41-54.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005 », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1157-1181.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire *Kadi* », *in Ombres et lumières du droit international. Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, Pedone, 2016, pp. 71-86.

CASSESE Sabino, « La globalisation du droit », *in La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 113-128.

CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du Service public à l'usage du Droit international contemporain », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1950, pp. 115-178.

CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 189-207.

CHEVALLIER Jacques, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 83-93.

COULÉE Frédérique, « Retour sur un instrument incertain du droit des relations extérieures. L'arrangement administratif », *in Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 47-64.

DEUMIER Pascale, « Les sources du droit et les branches du droit. À propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 180-199.

DUBREUIL Charles-André, « L'éthique de la décision publique, garantie de l'intérêt général », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 187-201.

DUPUY René-Jean, « Coutume sage et coutume sauvage », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.

GIRAUD Émile, « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 2010-236.

LEBEN Charles, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280.

LEBEN Charles, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À Propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, CREDIMI-Litec, 2000, pp. 119-175.

MAREK Krystyna, « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », *in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IHEI, 1968, pp. 426-459.

MARTENS Paul, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ? », *in Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 387-407.

MAYER Pierre, « Le mythe de la *Grundlegung* » *in*, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 199-216

MELLERAY Fabrice, « L'utilisation du droit étranger par le Conseil d'État statuant au contentieux », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 779-793.

PELLET Alain, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international public. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493.

PELLET Alain, « La *Lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 53-74.

RAUX Jean, « Le droit des relations extérieures : la dynamique des compétences implicites en question », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 792-814.

RIVERO Jean, « Réflexion sur les sources comparées des droits administratifs », *in Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 135-146.

REUTER Paul, « Les organes subsidiaires des organisations internationales », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 415-440.

STERN Brigitte, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499.

TEBOUL Gérard, « À propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », *in Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 587-597.

TUTS Geneviève, « Améliorer la qualité rédactionnelle : une approche lucide et enthousiaste », *in A Man for All Treaties.* Liber Amicorum *en l'honneur de Jean-Claure Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 565-583.

VIRALLY Michel, « *Réflexions sur la politique juridique des États* », *in Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, pp. 394-402.

WEIL Prosper, « Droit international et contrats d'État », *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

B. Répertoires

BLUMANN Claude, « Accords interinstitutionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 193.

DEHAUSSY Jacques, ASCENSIO Hervé, LE FLOCH Guillaume, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 80.

GAUTIER Yves, « Ordre public », *Répertoire de droit européen*, Août 2004 (actualisation : Avril 2018).

PICARD Etienne, « Activités imputables à des autorités non françaises », *Répertoire de contentieux administratif*, Février 2008 (actualisation : Octobre 2013).

C. Working Papers

CHIMNI Bhupinder S., « Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2005/16, *Global Administrative Law Series*, 2005, 23 p.

DYZENHAUS David, « Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law », IILJ Working Paper 2008/7, *Global Administrative Law Series*, 2007, 24 p.

KINGSBURY Benedict, SCHILL Stephan, « Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/6, *Global Administrative Law Series*, 2006, 53 p.

FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source de droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/02, 25 p.

SCHILL Stephan W., « Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law », IILJ Working Paper 2006/6, *Global Administrative Law Series*, 2006, 39 p.

STEWART Richard B., « Addressing Problems of Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness », *IILJ Working Paper*, 2014/2, *Global Administrative Law Series*, 66 p.

ZONGO Relwendé Louis Martial, « Le dialogue unilatéral entre la Cour de justice de l'UE et la Cour de justice de l'UEMOA », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, n°11/2016, 30 p.

D. Recensions, notes de lecture

PELLET Alain, « Note de lecture. SUR Serge, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, pp. 9-331 », *AFDI*, vol. 60, 2014, pp. 909-912.

CHAPITRE 2. SOURCES

SECTION 1. ACCORDS INTERNATIONAUX ET DECLARATIONS INTERETATIQUES[2029]

Note : lorsque les accords sont enregistrés au RTNU, la pagination renvoie à la version française.

I. Accords interétatiques

Convention sur l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, *STE*, n°005.

Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, 1987, n° 18232, p. 354.

Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique, Londres, 1er juin 1972, *RTNU*, vol. 1080, 1985, n° 16529, p. 182.

Échange de lettres constituant un accord relatif aux achats gouvernementaux dans le domaine des télécommunications, Washington, 19 décembre 1980, *RTNU*, vol. 1266, 1982, n° 20831, p. 161.

Accord relatif à la vente de produits agricoles, Blantyre, 30 décembre 1980, *RTNU*, vol. 1529, 1996, n° 26522, p. 332.

Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, Madrid, 21 mai 1980, *RTNU*, vol. 1272, 1982, n° 20967, p. 66.

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, 28 janvier 1981, *STE*, n°108 et *RTNU*, vol. 1496, 1997, n° 25702, p. 75.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, *RTNU*, vol. 1465, 1987, n° 24841, p. 123.

Échange de notes constituant un accord concernant l'ouverture par l'Espagne d'une ligne de crédit en faveur de l'Argentine, Buenos Aires, 13 mai 1987, *RTNU*, vol. 1513, 1988, n° 26157, p. 130.

Protocole à l'Accord commercial dans le cadre de relations économiques plus étroites, relatif au commerce des services, Canberra, 18 août 1988, *RTNU*, vol. 1536, 1989, n° 26649, p. 100.

Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la

[2029] Classement par ordre chronologique.

République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Schengen, 19 juin 1990.

Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant, Addis-Abeba, 11 juillet 1990, adoptée par la 26ème Conférence des chefs d'état et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine.

Échange de lettres concernant un accord incorporant un arrangement relatif au commerce de certains produits d'acier et un accord-cadre sur la libéralisation du commerce de l'acier, Washington, 9 mars 1990, *RTNU*, vol. 1679, 1992, n° 29016, p. 204.

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1990, *RTNU*, vol. 2220, 2004, n° 39481, p. 128.

Accord concernant l'établissement d'un régime de libre survol, Bucarest, 11 mai 1991, *RTNU*, vol. 1681, 1992, n° 29033, p. 113.

Accord complémentaire à l'Accord de base sur la coopération scientifique et technique concernant la constitution d'une banque de données, Brasilia, 16 septembre 1991, *RTNU*, vol. 1655, 1991, n° 28474, p. 92.

Traité d'amitié, de coopération et de bon voisinage entre la Roumanie et la République de Bulgarie, Sofia, 27 janvier 1992, *RTNU*, vol. 2536, 2008, n° 45220, p. 263.

Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU*, vol. 1760, 1993, n° 30617, p. 170.

Accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et du Panama, San Salvador, 22 février 1993, *RTNU*, vol. 2059, 2002, n° 35636, p. 366.

Accord concernant la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales, Rome, 26 novembre 1993, *RTNU*, vol. 1928, 1996, n° 32897, p. 52.

Accord portant création du Centre Sud, Genève, 1er septembre 1994, *RTNU*, vol. 1885, 1995, n° 32076, p. 93.

Accord d'intégration économique visant à la création d'un espace économique élargi, Santiago (Chili), 6 décembre 1993, *RTNU*, vol. 1866, 1995, n° 31873, p. 438.

Accord de commerce entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Ukraine, Kiev, 31 mars 1994, *RTNU*, vol. 2026, 2001, n° 34951, p. 12.

Accord sur l'inspection avant expédition, intégré à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Marrakech, 14 avril 1994, *RTNU*, vol. 1868, 1995, n° 31874, p. 377.

Accord de commerce, Ottawa, 27 juin 1994, *RTNU*, vol. 1940, 1996, n° 33269, p. 266.

Traité sur la Charte de l'énergie, Lisbonne, 17 décembre 1994, *RTNU*, vol. 2080, 2002, n° 36116, p. 178.

Protocole additionnel au Traite d'Asunción sur la structure institutionnelle du Mercosur, Ouro Preto, 17 décembre 1994, *RTNU*, vol. 2145, 2003, n° 37341, p. 298.

Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains, Caracas, 29 mars 1996.

Accord de libre-échange entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République tchèque, Riga, 15 avril 1996, *RTNU*, vol. 2069, 2002, n° 35853, p. 277.

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de La Barbade pour la promotion et la protection réciproques des investissements, Bridgetown, 29 mai 1996.

Accord de base du marché électrique de l'Amérique centrale, Guatemala, 30 décembre 1996, *RTNU*, vol. 2025, 2001, n° 34933, p. 32.

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Kyoto, 11 décembre 1997, RTNU, vol. 2303, 2005, n° 30822, p. 235.

Accord concernant l'établissement de règlements techniques mondiaux applicables aux véhicules à roues, ainsi qu'aux équipements et pièces qui peuvent être montés et/ou utilisés sur les véhicules à roues, Genève, 25 juin 1998, *RTNU*, vol. 2119, 2002, n° 36868, p. 148.

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU*, vol. 2161, 2003, p. 473.

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Paris, 14 janvier 1999.

Accord international de 2001 sur le cacao, Genève, 2 mars 2001, *RTNU*, vol. 2229, 2004, n° 39640, p. 119.

Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, *STE* n°185 et *RTNU*, vol. 2296, 2006, n° 40916, p. 193.

Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie (ALESA), Singapour, 17 février 2003, *RTNU*, vol. 2257, 2005, n° 40221, p. 390.

Statuts du Conseil international consultatif et de contrôle (CICC), Koweït, New York et Washington, 21 octobre 2003, *RTNU*, vol. 2229, 2004, n° 1263, p. 262.

Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, *RTNU*, vol. 2349, 2007, n° 42146, p. 186.

Accord d'exécution entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement des États-Unis du Mexique en vertu de l'article 132 de l'Accord entre le Japon et les États-Unis du Mexique relatif au renforcement du partenariat économique, Mexico, 17 septembre 2004, *RTNU*, vol. 2768, 2011, n° 48744, p. 583.

Accord-cadre entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement du Royaume de Norvège relatif à la coopération pétrolière transfrontière, Oslo, 4 avril 2005, *RTNU*, vol. 2491, 2008, n° 44683, p. 76.

Accord relatif à un renforcement des partenariats économiques entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande, Bangkok, 19 avril 2005, *RTNU*, vol. 2524, 2008, n° 45102, p. 369.

Accord de partenariat économique stratégique transpacifique, Wellington, 18 juillet 2005, *RTNU*, vol. 2592, 2009, n° 46151, p. 546.

Accord entre le Gouvernement du Japon et le Gouvernement de la Malaisie pour un partenariat économique, Kuala Lumpur, 13 décembre 2005, *RTNU*, vol. 2758, 2011, n° 48649, p. 194.

Convention entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République italienne relative au renouvellement de la concession concernant la liaison du réseau ferroviaire suisse au réseau italien à travers le Simplon depuis la frontière nationale à Iselle et l'exploitation du tronçon d'Iselle à Domodossola, Turin, 28 mars 2006, *RTNU*, vol. 2536, 2008, n° 45214, p. 107.

Accord de partenariat économique entre la République des Philippines et le Japon, Helsinki, 9 septembre 2006, *RTNU*, vol. 2757, 2011, n° 48643, p. 246.

Convention relative aux droits des personnes handicapées et Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, New York, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006, *RTNU*, vol. 2515, 2008, n° 44910, p. 97.

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006, *RTNU*, vol. 2716, 2010, n° 48088, p. 75.

Accord de partenariat économique stratégique entre le Japon et la République du Chili, Tokyo, 27 mars 2007, *RTNU*, vol. 2751, 2011, n° 48546, p. 322.

Accord de partenariat économique entre le Japon et le Royaume de Thaïlande, Tokyo, 3 avril 2007, *RTNU*, vol. 2752, 2011, n° 48547, p. 187.

Mémorandum d'accord à l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États de Jersey relatif à l'accès à des procédures amiables en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées et à l'application de l'exonération de participation des Pays-Bas, La Haye, 20 juin 2007, *RTNU*, vol. 2864, 2012, n° 50046, p. 42.

Protocole au Traité relatif aux investissements et au commerce des services entre les Républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, Belize, 22 février 2007, *RTNU*, vol. 2689, 2010, n° 42666, p. 316.

Accord de partenariat économique entre le Japon et le Brunéi Darussalam, Tokyo, 18 juin 2007, *RTNU*, vol. 2781, 2011, n° 48936, p. 119.

Accord de partenariat économique entre le Japon et la République d'Indonésie, Jakarta, 20 août 2007, *RTNU*, vol. 2780, 2011, n° 48935, p. 270.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Chypre concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-chypriote visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2534, 2008, n° 45204, p. 29.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Slovénie concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-slovène visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2534, 2008, n° 45205, p. 96.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République tchèque concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-tchèque visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2534, 2008, n° 45206, p. 171.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Hongrie concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-hongrois visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2534, 2008, n° 45207, p. 257.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Lettonie concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-letton visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2534, 2008, n° 45208, p. 338.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Lituanie concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-lituanien visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2535, 2008, n° 45209, p. 38.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et la République de Malte concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-maltais visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2535, 2008, n° 45210, p. 102.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République slovaque concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-slovaque visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2535, 2008, n° 45211, p. 217.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Estonie concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-estonien visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2535, 2008, n° 45212, p. 300.

Accord-cadre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Pologne concernant la mise en œuvre du programme de coopération helvético-polonais visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, Berne, 20 décembre 2007, *RTNU*, vol. 2536, 2008, n° 45213, p. 43.

Agreement between Canada, the Republic of Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway and the Swiss Confederation, Davos, 26 janvier 2008.

Accord de libre-échange entre le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande et le Gouvernement de la République populaire de Chine, Beijing, 7 avril 2008, *RTNU*, vol. 2590, 2009, n° 46123, p. 352.

Accord de libre-échange Australie-Chili, Canberra, 30 juillet 2008, *RTNU*, vol. 2694, 2010, n° 47842, p. 514.

Accord de partenariat économique entre le Japon et la République socialiste du Viet Nam, Tokyo, 25 décembre 2008, RTNU, vol. 2810, 2012, n° 49300, p. 98.

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Iceland, Reykjavik, 15 janvier 2009.

Accord portant création de la zone de libre-échange ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande, Cha-am, Phetchaburi, 27 février 2009, *RTNU*, vol. 2672, 2010, n° 47529, p. 253.

Protocole entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement d'Anguilla concernant l'interprétation et l'application de l'accord entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement d'Anguilla relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, Londres, 22 juillet 2009, *RTNU*, vol. 2787, 2011, n° 49011, p. 265.

Accord visant à promouvoir les relations économiques entre le Royaume des Pays-Bas à l'égard d'Aruba et le Royaume de de Norvège, Paris, 10 septembre 2009, *RTNU*, vol. 2785, 2011, n° 48985, p. 109.

Accord visant à promouvoir les relations économiques entre le Royaume des Pays-Bas, à l'égard d'Aruba, et le Royaume de Suède, Paris, 10 septembre 2009, *RTNU*, vol. 2775, 2011, n° 48859, p. 200.

Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie, Kuala Lumpur, 26 octobre 2009, *RTNU*, vol. 2724, 2011, n° 48207, p. 130.

Accord entre le Gouvernement d'Anguilla et le Gouvernement de la République de Finlande concernant les renseignements en matière fiscale, Paris, 14 décembre 2009, *RTNU*, vol. 2785, n° 48988, p. 178.

Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement de la République de Saint-Marin relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, Saint-Marin, 4 mars 2010, *RTNU*, vol. 2818, 2012, n° 49411, p. 387.

Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement de Saint-Vincent-et-les Grenadines relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, Kingstown, 18 mars 2010 *RTNU*, vol. 2818, 2012, n° 49410, p. 364.

Accord de renforcement de partenariat économique entre la Nouvelle-Zélande et Hong Kong, Chine, Hong Kong, 29 mars 2010, *RTNU*, vol. 2749, 2011, n° 48534, p. 215.

Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement de Sainte-Lucie relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, New York, 30 mars 2010, *RTNU*, vol. 2812, 2012, n° 49349 p. 333.

Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement du Commonwealth des Bahamas relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, Washington, 30 mars 2010, *RTNU*, vol. 2818, 2012, n° 49408, p. 322.

Agreement on trade and economic cooperation between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil, Brasilia, 18 mars 2011, Brasilia, 18 mars 2011.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JOUE*, 26 octobre 2012, C 326/46.

Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements, 2014, non localisé.

Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements, 2014, non localisé.

Agreement on the New Development Bank, Fortaleza, 15 juillet 2014.

Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, adoptée par la Résolution 69/116 de l'Assemblée générale du 10 décembre 2014.

Statuts de la Banque Asiatique d'Investissement dans les Infrastructures, Pékin, 29 juin 2015.

Accord de Paris, adopté lors de la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques Paris, 12 décembre 2015, Nations Unies, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1.

Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements, Oulan-Bator, 8 septembre 2016.

Agreement between the State of Israel and Japan for the liberalization, promotion and protection of investment, Tokyo, 1er février 2017.

Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, Escazú, 4 mars 2018.

Accord entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement de la République de Turquie relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements, Bamako, 2 mars 2018.

Accord relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement des Émirats arabes unis, 6 mars 2018.

Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Brazzaville, 30 avril 2018.

Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements entre le Royaume du Maroc et la République fédérative du Brésil, Brasilia, 13 juin 2019.

II. Accords conclus entre entités infra-étatiques

Convention de coopération et d'échange d'informations entre l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) pour la France et la *Gambling Commission* pour la Grande-Bretagne, JORF n°0166 du 19 juillet 2012

Convention de coopération et d'échange d'informations [avec l'Autorité des jeux danoise], JORF n°0122 du 29 mai 2015

Convention de coopération et d'échange d'informations [avec l'équivalent portugais de l'ARJEL], JORF n°0056 du 6 mars 2016.

III. Accords conclus par des organisations internationales

A. Accords conclus par le BIPM

Agreement between the International Commission on Illumination and the International Committee for Weights and Measures, 2 avril 2007

B. Accords conclus par l'Institut international du froid

Protocole d'accord entre l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et l'Institut International du Froid, Rome et Paris, 18 juillet 2011

C. Accords conclus par l'Union européenne[2030]

[2030] Cette section contient également les accords dits « mixtes ».

Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et l'Indonésie, la Malaysia, les Philippines, Singapour et la Thaïlande, pays membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, *JOCE*, 10 juin 1980, L 144/2

Accord de coopération entre, d'une part, la Communauté économique européenne et, d'autre part, l'accord de Carthagène et ses pays membres, Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou et Venezuela, *JOCE*, 8 août 1984, L 153/2

Accord de Coopération entre, d'une part, la Communauté économique européenne et, d'autre part, les pays parties à la charte du Conseil de coopération pour les États arabes du Golfe (l'État des Émirats arabes unis, l'État de Bahreïn, le royaume d'Arabie Saoudite, le sultanat d'Oman, l'État de Qatar et l'État de Koweït), *JOCE*, 25 février 1989, L 54/3

Accord-cadre interrégional de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et le Marché commun du Sud et ses États parties, d'autre part, *JOUE*, 19 mars 1996, L 69/4

Accord de coopération entre la Communauté européenne et la République du Yémen, *JOUE*, 11 mars 1998, L 72/18

Accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et l'Accord de Carthagène et ses pays membres, la République de Bolivie, la République de Colombie, la République de l'Équateur, la République du Pérou et la République du Venezuela, *JOUE*, 29 avril 1998, L 127/11

Accord entre la Communauté européenne, l'Agence spatiale européenne et l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne relatif à une contribution européenne à la mise en place d'un Système global de navigation par satellite (GNSS), *JOUE*, 10 juillet 1998, L 194/16

Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe en vue d'instaurer, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, une coopération étroite entre l'Observatoire et le Conseil de l'Europe, *JOUE*, 18 février 1999, L 44/34

Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, *JOUE*, 4 décembre 1999, L 311/3

Accord entre l'Union européenne et l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord sur la sécurité des informations, *JOUE*, 27 mars 2003, L 80/36

Accord entre la Communauté européenne et l'Agence spatiale européenne, *JOUE*, 6 août 2004, L 261/64

Protocole sur les registres des rejets et des transferts de polluants, *JOUE*, 4 février 2006, L 32/56

Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, *JOUE*, 15 juillet 2007, L 186/7

Accord entre l'Agence spatiale européenne et l'Union européenne sur la sécurité et l'échange des informations classifiées, *JOUE*, 14 août 2008, L 219/59

Protocole de coopération entre l'Organisation de l'aviation civile internationale et la Communauté européenne concernant les contrôles et inspections de sûreté et les questions connexes, *JOUE*, 5 février 2009, L 36/19

Accord entre la Communauté européenne et l'Union économique et monétaire ouest-africaine sur certains aspects relatifs aux services aériens, *JOUE*, 6 mars 2010, L 56/16

Accord entre le Royaume de Norvège et l'Union européenne concernant un mécanisme financier norvégien pour la période 2009-2014, *JOUE*, 9 novembre 2010, L 291/10

Protocole entre l'Union européenne et la République arabe d'Égypte instituant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux dispositions commerciales de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, *JOUE*, 26 mai 2011, L 138/3

Accord entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc instituant un mécanisme de règlement des différends, *JOUE*, 5 juillet 2011, L 176/2

Protocole entre l'Union européenne et le Royaume hachémite de Jordanie instituant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux dispositions commerciales de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, *JOUE*, 6 juillet 2011, L 177/3

Protocole de coopération entre l'Union européenne et l'Organisation de l'aviation civile internationale fournissant un cadre de coopération renforcée, *JOUE*, 9 septembre 2011, L 232/2

Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et la République du Mozambique, *JOUE*, 17 février 2012, L 46/4

Accord de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Iraq, d'autre part, *JOUE*, 31 juillet 2012, L 204/20

Accord entre l'Organisation conjointe de coopération en matière d'armement et l'Union européenne sur la protection des informations classifiées, *JOUE*, 24 août 2012, L 229/2

Accord entre l'Union européenne et la République fédérative du Brésil visant à exempter les titulaires d'un passeport ordinaire de l'obligation de visa pour les séjours de courte durée, *JOUE*, 21 septembre 2012, L 255/4

Protocole agréé entre l'Union européenne et la République de Madagascar fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat de pêche en vigueur entre les deux parties, *JOUE*, 31 décembre 2012, L 361/12

Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République des Seychelles *JOUE*, 9 janvier 2014, L 4/3

Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République de Maurice, *JOUE*, 18 mars 2014, L 79/9

Accord-cadre global de partenariat et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Indonésie, d'autre part, *JOUE*, 26 avril 2014, L 125/17

Accord entre l'Union européenne et le Royaume des Tonga relatif à l'exemption de visa de court séjour, *JOUE*, 3 décembre 2015, L 317/3

Accord de partenariat et de coopération renforcé entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part, *JOUE*, 4 février 2016, L 29/3

Accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le gouvernement des Îles Cook, *JOUE*, 20 mai 2016, L 131/3, et Protocole de mise en œuvre de l'accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le gouvernement des Îles Cook annexé

Accord entre le Royaume de Norvège et l'Union européenne concernant un mécanisme financier norvégien pour la période 2014-2021, *JOUE*, 28 mai 2016, L 141/11

Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et les États de la Communauté de développement de l'Afrique australe parties à l'accord de partenariat économique, d'autre part, *JOUE*, 16 septembre 2016, L 250/3

Accord de partenariat sur les relations et la coopération entre l'Union européenne et ses États Membres, d'une part, et la Nouvelle-Zélande, d'autre part, *JOUE*, 29 novembre 2016, L 321/3

Accord-cadre global de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part, *JOUE*, 3 décembre 2016, L 329/8

Accord de partenariat stratégique entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, *JOUE*, 3 décembre 2016, L 329/45

Accord de dialogue politique et de la coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Cuba, d'autre part, *JOUE*, 13 décembre 2016, L 337 I/3

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/23 et Protocole sur la reconnaissance mutuelle du programme de conformité et d'application relatif aux bonnes pratiques de fabrication pour les produits pharmaceutiques annexé

Accord de coopération en matière de partenariat et de développement entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République islamique d'Afghanistan, d'autre part, *JOUE*, 14 mars 2017, L 67/3

Accord-cadre entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Australie, d'autre part, *JOUE*, 15 septembre 2017, L 237/7

Protocole fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et la République de Maurice, *JOUE*, 28 octobre 2017, L 279/3

Accord-cadre de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Mongolie, d'autre part, *JOUE*, 9 décembre 2017, L 326/7

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/23

Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, *JOUE*, 27 décembre 2018, L 330/3.

D. Autres accords

Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale de police criminelle relatif au siège d'Interpol et à ses privilèges et immunités sur le territoire français, Paris, 3 novembre 1982, *RTNU*, vol. 2387, 2006, n° 43105, p. 256.

E. Déclarations interétatiques

Déclaration sur la création du Conseil de l'Arctique, Ottawa, 19 septembre 1996

Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement, Quatrième forum à haut niveau sur l'efficacité de l'aide, Busan, 29 novembre – 1er décembre 2011

SECTION 2. JURISPRUDENCE NON NATIONALE[2031]

I. Cour internationale de Justice

A. Arrêts

CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Rec.* 1950, p. 266.

CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du sud ; Libéria c. Afrique du sud*), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, opinion dissidente du juge Tanaka, *CIJ Rec.* 1966, p. 298.

CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *CIJ Rec.* 1985, p. 13.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *CIJ Rec*. 1984, p. 392.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec*. 1986, p. 14.

CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *CIJ Rec.* 2002, p. 3.

CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 13 juillet 2009, *CIJ Rec.* 2009, p. 213.

CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Rec.* 2010, p. 14.

CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *CIJ Rec*. 2012, p. 99.

CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du génocide (Croatie c. Serbie)*, Fond, arrêt du 3 février 2015, Opinion individuelle du juge Kreca

CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, *CIJ Rec.* 2015, p. 665.

CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, arrêt du 2 février 2018, Rôle général, n° 150.

[2031] Lorsqu'elles sont rendues par la même juridiction / le même organe, les décisions sont classées par ordre chronologique.

B. Avis consultatifs

CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 174.

CIJ, *Affaire de l'effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif, du 13 juillet 1954, *CIJ Rec*. 1954, p. 47.

CIJ, *Conséquences pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, *CIJ Rec.* 1971, p. 16.

C. Ordonnances

CIJ, *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Rec.* 1991, p. 12.

CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, *CIJ Rec.* 2008, p. 353.

CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, Rôle général n° 172.

CIJ, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, Rôle général n° 175.

II. Jurisprudence des tribunaux internationaux spéciaux

A. TPIY

TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995

TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, Affaire IT-95-16, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000

B. TPIR

TPIR, *Le Procureur c. Théoneste Bagosora*, affaire n° ICTR-96-7-T, Décision de la Chambre II sur l'application de l'*amicus curiae* par le Gouvernement du Royaume de Belgique, 6 juin 1998

III. Jurisprudence arbitrale

A. CIRDI

CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi (I)*, affaire n° ARB/95/3, sentence, 10 février 1999.

CIRDI, *Metalclad Corporation c. The United Mexican State*, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence finale, 30 août 2000.

CIRDI, *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, affaire n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à la demande de transparence et la participation en tant qu'*amicus curiae*, 19 mai 2005.

CIRDI, *Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Agentine*, affaire n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016.

CIRDI, *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, affaire n° ARB/12/1, sentence, 12 juillet 2019.

B. CNUDCI

CNUDCI/ALENA, *Methanex Corporation c. United States of America*, Décision du Tribunal sur les requêtes de tiers à intervenir en tant qu'*amici curiae*, 15 janvier 2001

IV. Jurisprudence des Cours des organisations régionales

A. Cour de Justice de l'Union européenne

CJCE, 13 juillet 1965, *LemmerzWerke c. Haute Autorité CECA*, affaire C-111/63.

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, affaire 222/84.

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, affaire C-324/98.

CJUE, GC, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires C-402/05 P et C-415/05 P.

CJUE, GC, 18 juillet 2013, *Commission européenne e.a. c. Yassin Abdullah Kadi*, affaires C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

CJUE, Tribunal (troisième Chambre), 13 décembre 2016, *Mohammed Al-Ghabra c. Commission européenne*, affaire T-248/13.

B. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, n° 2689/65.

CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5413/72.

CEDH, *Piersack c. Belgique*, 1er octobre 1982, n° 8692/79.

CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, n° 7819/77.

CEDH, *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, n° 11179/84.

CEDH, *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, n° 12005/86.

CEDH, *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1995, n° 22107/93.

CEDH, *Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, n° 19178/91.

CEDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001, n° 39594/98.

CEDH, GC, *Martinie c. France*, 12 avril 2006, n° 58675/00.

CEDH, *Batsanina c. Russie*, 26 mai 2009, n° 3932/02.

CEDH, *Uzun c. Allemagne*, 2 septembre 2010, n° 35623/05.

CEDH, *Mor c. France*, 15 décembre 2011, n° 28198/09.

CEDH, *Société Bouygues Télécom c. France*, 13 mars 2012, n° 2324/08.

CEDH, GC, *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, n° 10593/08.

CEDH, déc., *Marc-Antoine c. France*, 4 juin 2013, n°54984/09.

CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10.

V. Jurisprudence des organes de règlement des différends internes aux organisations internationales

A. Organe de règlement des différends de l'OMC

OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998

OMC, *Australie – Mesures visant les importations de saumons* – recours du Canada à l'article 21:5, WT/DS18/RW, Rapport du Groupe spécial, 18 février 2000, §7.9

OMC, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 10 mai 2000

OMC*, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* – recours de la Malaisie à l'article 21:5, WT/DS58/AB/RW, Rapport du Groupe spécial, 15 juin 2001, pp. 7 et ss.

B. Panel d'inspection de la Banque mondiale

Requête PIBM, 18 août 1999, *Chine – Western Poverty Reduction Project*, Eligiblity Report

VI. Jurisprudence des Comités des conventions multilatérales

ACCC, Communication au Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant le respect par la France des dispositions de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention, 4 novembre 2015, ACCC/C/2015/135 France.

ACCC, Preliminary determination of admissibility of communication to the Aarhus Convention Compliance Committee concerning compliance by France with the provisions of the Convention on access to justice in relation to standing (ACCC/C/2015/135), 18 December 2015.

SECTION 3. DOCUMENTS D'ORGANISATIONS[2032]

I. Organisations internationales

A. Banque asiatique de développement

BAsD, *Operations Manual Bank Policies*, 15 décembre 2003, OM Section L2/BP

B. Banque de développement du Conseil de l'Europe

CEB, *Directives pour la passation des marchés de services, de fournitures et de travaux*, septembre 2011, 26 p.

C. Banque européenne d'investissement

BEI, *Déclaration des principes et normes adoptés par la BEI en matière sociale et environnementale*, 2009, 42 p.

BEI, *EIB template contractual clauses on environmental matters*, Décembre 2014, 4 p.

BEI, Memorandum of Undestanding (MoU) in order to reinforce and develop cooperation between the European Investment Bank (EIB) Groupe and the College of Europe, Luxembourg, 26 août 2015 et Bruges, 16 juillet 2015.

BEI, Agreement between the University of Namur and the European Investment Bank Institute, Luxembourg, 4 février 2017.

D. Bureau International du Travail

BIT, Conférence Internationale du Travail, Compte rendu de la 24ème session, dixième séance, Genève, 1938, 727 p.

E. Communauté du Pacifique

COMMUNAUTÉ DU PACIFIQUE, *Proceedings of the South Seas Commission Conference*, Camberra, 28th January – 6th February, 1947, 90 p.

F. Conseil de l'Europe

CONSEIL DE L'EUROPE, « La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence », Rapport de l'Assemblée parlementaire, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, 7 juin 2010, Doc. 12283.

CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1749 (2010) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 24 juin 2010.

G. Groupe de la Banque Mondiale

[2032] Classement par ordre chronologique.

Statuts de la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement, adoptés à Bretton Woods le 22 juillet 1944, modifiés les 17 décembre 1965 et 16 février 1989, article V, section 2 (f).
Banque Mondiale, « Operations inspection Function: Objectives, Mandate and Operating Procedures for an Independent Inspection Panel », Memorandum from the President, 10 septembre 1993, R93-122/2

H. INTERPOL

INTERPOL, Statut de la Commission de Contrôle des Fichiers d'INTERPOL, tel que modifié par la résolution AG-2016-RES-6 adoptée par l'Assemblée Générale réunie en sa 85ème session à Bali (Indonésie) du 7 au 10 novembre 2016, [II.E/RCIA/GA/2016].

I. Organisation de l'aviation civile internationale

OACI, Annexe 16 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, Protection de l'environnement, Volume III — Émissions de CO2 des avions, Première édition, juillet 2017.

J. Organisation de coopération et de développement économiques

OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2001, 123 p.

OCDE, « Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents », *OECD Working Papers on International Investment*, 2001/6, 2001, 32 p.

OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2004, 74 p.

OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2011, 101 p.

OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE. Rapport de l'OCDE aux ministres des Finances et aux gouverneurs des banques centrales du G20*, septembre 2015, 72 p.

OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, Les éditions de l'OCDE, 2017, 68 p.

K. Organisation des Nations Unies

1. Assemblée générale

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Vingt-et-unième session, Résolution 2150 (XXI) adoptée le 4 novembre 1966, A/RES/2150(XXI).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Quarante-troisième session, Rapport du Comité contre la torture, 25 mai 1988, A/43/46.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Cinquante-cinquième session, Résolution 55/56 adoptée le 1er décembre 2000, A/RES/55/56.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Cinquante-neuvième session, Rapport du Comité pour la protection des droits des tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1er-5 mars 2004, A/59/48.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixantième session, Résolution 60/1 adoptée le 16 septembre 2005, Document final du Sommet mondial de 2005, A/RES/60/1.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixantième session, Résolution 60/248 adoptée le 23 décembre 2005, A/RES/60/248.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-troisième session, 63ème séance plénière, vendredi 11 décembre 2009 à 10h, A/64/PV.63.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-troisième session, Résolution 63/134 adoptée le 11 décembre 2009, A/RES/36/234

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-quatrième session, 117ème séance plénière, mercredi 8 septembre 2010 à 15h, A/64/PV.117.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-quatrième session, Résolution 64/297 adoptée le 8 septembre 2010, A/RES/64/297.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-sixième session, Résolution 66/100 adoptée le 9 décembre 2011, A/RES/66/100.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-sixième session, 111ème séance plénière, mardi 29 mai 2012 à 10h, A/66/PV.111.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-septième session, Rapport du Comité des disparitions forcées, Première session (8-11 novembre 2011) et Deuxième session (26-30 mars 2012), A/67/56.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-septième session, Résolution 67/260 adoptée le 1er mai 2013, A/67/260.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-huitième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2012-31 juillet 2013, A/68/2.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-huitième session, Résolution 68/690 adoptée le 27 décembre 2013, A/68/690.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-neuvième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2013-31 juillet 2014, A/69/2.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-neuvième session, Résolution 69/166 adoptée le 18 décembre 2014, A/69/166.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Soixante-dixième session, Rapport du Conseil de sécurité, 1er août 2014-31 juillet 2015.

2. Conseil de sécurité

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, S/RES/827 (1993).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1173 (1998) du 12 juin 1998, S/RES/1173 (1998).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, S/RES/1237 (1999).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1295 (2000) du 18 avril 2000, S/RES/1295 (2000).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1333 (2000) du 19 décembre 2000, S/RES/1333 (2000).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1390 (2001) du 16 janvier 2002, S/RES/1390 (2002).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1459 (2003) du 28 janvier 2003, S/RES/1459 (2003).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1730 (2006) du 19 décembre 2006, S/RES/1730 (2006).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 1904 (2009) du 17 décembre 2009, S/RES/1904 (2009).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2045 (2012) du 26 avril 2012, S/RES/2045 (2012).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2083 (2012) du 17 décembre 2012, S/RES/2083 (2012).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2128 (2013) du 10 décembre 2013, S/RES/2128 (2013).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2253 (2015) du 17 décembre 2015, S/RES/2253 (2015).

CONSEIL DE SÉCURITÉ, Résolution 2368 (2017) du 20 juillet 2017, S/RES/2368 (2017).

3. Secrétariat

SECRÉTARIAT, Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, rapport du Groupe de personnalités, Rapport du secrétaire général du 14 juin 1974, E/5500/Rev.1/ESA/6, 162 p.

SECRÉTARIAT, Circulaire du Secrétaire général du 30 décembre 2005, Création du Bureau de la déontologie et définition de son mandat, ST/SGB/2005/22.

4. Commission du droit international

CDI, Documents de la onzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1959, vol. II, A/CN.4/SER.A/1959/Add.1

CDI, Comptes rendus analytiques de la quatorzième session, 24 avril - 19 juin 1962, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. I, A/CN.4/SER.A/1962.

CDI, Documents de la dix-neuvième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1967, vol. II, A/CN.4/SER.A/1967/Add.1.

CDI, Comptes rendus analytiques de la vingt-quatrième session, 2 mai – 7 juillet 1972, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. I, A/CN.4/SER.A/1972.

CDI, Comptes rendus analytiques des séances de la trente-septième session, 6 mai – 26 juillet 1985, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. I, A/CN.4/SER.A/1985.

CDI, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-deuxième session, Deuxième partie, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2010, vol. II, A/CN.4/SER.A/2010/Add.1 (Part 2).

CDI, Rapport de la Commission du droit international, Soixante-huitième session (2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016), A/71/10.

5. Présidence du Conseil de sécurité

Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 16 décembre 1994, S/PRST/1994/81

Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 30 octobre 2015, S/PRST/2015/19

Lettre datée du 7 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Chine auprès de l'Organisation des Nations Unies, 8 février 2019, S/2019/122.

Note du Président du Conseil de sécurité du 30 juin 1993, S/26015

Note du Président du Conseil de sécurité du 26 mars 2002, S/2002/316

Note du Président du Conseil de sécurité du 7 février 2006, S/2006/78

Note du Président du Conseil de sécurité du 26 juillet 2010, S/2010/507

Note du Président du Conseil de sécurité du 12 décembre 2012, S/2012/922

Note du Président du Conseil de sécurité du 17 décembre 2012, S/1012/937

Note de la Présidente du Conseil de sécurité du 28 août 2013, S/2013/515

Note du Président du Conseil de sécurité du 15 octobre 2014, S/2014/739

6. Bureau du Médiateur

Lettre datée du 22 juillet 2011, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiatrice, 22 juillet 2011, S/2011/447

Lettre datée du 30 juillet 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2012/590

Lettre datée du 31 juillet 2013, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2013/452

Lettre datée du 31 janvier 2014, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2014/73

Lettre datée du 13 juillet 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, S/2015/533

Lettre datée du 23 janvier 2017, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 23 janvier 2017, S/2017/60

Lettre datée du 7 août 2017, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Médiatrice, 7 août 2017, S/2017/685

Lettre datée du 6 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur, 6 février 2019, S/2019/112

7. Conseil des droits de l'homme (HRC)

HRC, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 21 mars 2011, approuvés par le Conseil des droits de l'homme par la résolution 17/4 du 16 juin 2011, A/HRC/17/31.

HRC, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Guide interprétatif, 2012, HR/PUB/12/02.

HRC, Résolution 26/9. Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, 26 juin 2014, A/HRC/RES/26/9.

HRC, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises, OEIGWG Chairmanship revised draft, 16 July 2019.

8. Organes des conventions conclues sous l'égide des Nations Unies

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel à la justice en matière d'environnement, Rapport de la première réunion des parties, Décision I/7 adoptée à la première réunion des Parties, tenue à Lucques (Italie) du 21 au 23 octobre 2002, ECE/MP.PP/2/Add.8.

CRDP, Rapport du Comité des droits des personnes handicapées sur sa première session, Genève, 23-27 février 2009, 8 octobre 2009, CRDP/C/1/2.

Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques, Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris sur la troisième partie de sa première session, tenue à Katowice du 2 au 15 décembre 2018, Décisions adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris, décision 20/CMA.1 du 15 décembre 2018, 19 mars 2019, FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2.

L. Organisation internationale pour les migrations

OIM, *Charter of the Office of the Inspector General*, 1er décembre 2015, IN/74 Rev.1.

M. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

OMPI, *Revised Internal Oversight Charter as adopted by the WIPO General Assembly*, annexé au Summary Report, Fifty-Sixth Series of Meetings, Geneva, October 3 to 11, 2016, , 11 octobre 2016, A/56/16.

N. Organisation mondiale de la santé

OMS et FAO, Code de conduite international sur la gestion des pesticides (1985), quatrième version, 2013.

OMS, Règlement sanitaire international (2005), troisième édition, 2016.

OMS, « Application du Règlement sanitaire internationale (2005) », Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, 5 mai 2011, A64/10.

OMS, « Application du Règlement sanitaire internationale (2005) », Rapport du Directeur général, 5 avril 2013, A66/16.

P. TPIR

TPIR, Règlement de procédure et de preuve, adopté le 29 juin 1995, version modifiée au 13 mai 2015

Q. Union africaine

Projet de Code panafricain d'investissements, décembre 2016, EA15660–15

R. Union européenne

1. Règlements

Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, *JOUE*, 11 octobre 2002, L 243/1.

Règlement (CE) n° 2368/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 mettant en œuvre le système de certification du processus de Kimberley pour le commerce international des diamants bruts, *JOUE*, 31 décembre 2002, L 358/28.

Règlement (CE) n° 297/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1606/2002 sur l'application des normes comptables internationales, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, 9 avril 2008, L 97/62.

Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 29 novembre 2008, L 320/1.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L 119/1.

Règlement (UE) 2019/237 de la Commission du 8 février 2019 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 28, *JOUE*, 11 février 2019, L 39/1.

2. Directives

Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, *JOUE*, 12 juin 2014, L 173/349

Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE*, 15 novembre 2013, L 330/1

3. Décisions

Décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, 17 juillet 1999, L 184/23.

Décision 2006/505/CE de la Commission du 14 juillet 2006 instituant un comité d'examen des avis sur les normes comptables destiné à conseiller la Commission sur l'objectivité et la neutralité des avis du Groupe consultatif pour l'information financière en Europe (EFRAG), *JOUE*, 21 juillet 2006, L 199/33.

Décision (UE) 2018/1676 du Conseil du 15 octobre 2018 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, *JOUE*, 9 novembre 2018, L 279/1.

4. Résolutions, décisions, rapports, communications et autres documents

a. Commission

COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 2001, COM/2001/0366.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM/2011/0681.

COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les activités de la Fondation IFRS, de l'EFRAG et du PIOB en 2016, 23 novembre 2017, COM(2017) 684.

b. Parlement

PARLEMENT EUROPÉEN, résolution n° B4-0065, 0109 et 0110/99 du 14 janvier 1999

II. Organisations publiques internes

IFGE, *Rapport 2017 sur les entreprises faisant référence au Code de gouvernance Middlenext en 2016*, avril 2018.

III. Organisations de droit privé[2033]

A. AFNOR

AFNOR, norme NF X46-010 « Amiante friable - Qualification des entreprises réalisant des travaux de traitement de l'amiante friable – Référentiel technique » (octobre 2004), homologuée par décision du Directeur Général d'AFNOR le 20 septembre 2004 pour prendre effet le 20 octobre 2004.

B. AICA

AICA, *By-Laws*, 2015.

C. CIO

CIO, Contrat ville hôte. Jeux de la XXXIIe olympiade en 2020, signé à Buenos Aires le 7 septembre 2013

CIO, Agenda olympique 2020, adopté par l'Assemblée générale du CIO lors de sa 127ème Session à Monaco, 9 décembre 2014

[2033] Classées par ordre alphabétique, sans préjudice de leur nature strictement étatique ou transnationale. Les documents sont ensuite classés par ordre chronologique. La signification de chaque sigle ou acronyme est disponible dans la liste des abréviations, sigles et acronymes en début d'ouvrage.

CIO, Addendum n°2 au CIO, Contrat ville hôte. Jeux de la XXXII olympiade en 2020, signé le 5 avril 2017

CIO, Procédure de candidature, Jeux Olympiques d'hiver de 2026, septembre 2017

CIO, Contrat ville hôte – Principes. Jeux de la XXXIIIe olympiade en 2024, signé à Lima le 13 septembre 2017

CIO, Questionnaire de candidature, Jeux Olympiques d'hiver de 2026, octobre 2017

D. EPA

EPA, *Equator Principles Adoption Agreement*, modèle non daté, 2 p.

EPA, *Les Principes de l'Équateur*, juin 2013, 28 p.

EPA, *The Equator Principles Association. Governance Rules*, April 2017, 28 p.

E. FSB

FSB, *A Coordination Framework for Monitoring the Implementation of Agreed G20/FSB Financial Reforms*, 18 octobre 2011, 15 p.

F. ICANN

ICANN, *Guide de candidature gTLD*, version 19/09/2011.

ICANN, Proposed Dates for ICANN Public Meetings 2021–2023, 21 août 2017 – 2 novembre 2017, *Summary Report of Public Comment Proceeding* du 23 octobre 2017.

ICANN, *Bylaws for ICANN*, as amended 22 July 2017.

Registry Agreement between ICANN and Luxury Partners, LLC.

ICANN, *Staff Report of Public Comment Proceeding, Draft New ICANN Bylaws*, 25 May 2016, 5 p.

ICANN, *Staff Report of Public Comment Proceeding, First Consultation on a 2-Year Planning Process*, 2 April 2019, 27 p.

ICANN, *Staff Report of Public Comment Proceeding, ICANN Strategic Plan for Fiscal Years 2021 – 2025*, 29 March 2019, 9 p.

ICANN, *Staff Report of Public Comment Proceeding, Proposed Changes to The Registrar Stakeholder Group (RrSG) Charter*, 7 February 2019, 3 p.

ICANN, *Staff Report of Public Comment Proceeding, Initial Report on CSC Effectiveness*, 4 March 2019, 3 p.

G. ISO

ISO, *The consumer and standards. Guidance and principles for consumer participation in standards development*, March 2003, 23 p.

H. ITIE

ITIE, *La norme ITIE 2016*, version révisée au 15 février 2016, 61 p.

ITIE, *Validation du Togo. Rapport sur la collecte initiale de données et la consultation des parties prenantes*, décembre 2017, 119 p.

ITIE, *Board decision on the Validation of the Philippines*, 5 October 2017, 2017-40/BC-239/VC, 4 p.

ITIE, *Validation du Sénégal Rapport sur la collecte initiale des données et la consultation des parties prenantes*, décembre 2017, 157 p.

I. IIA

IIA, *Définition de l'audit interne*, revue en janvier 2009.

J. OGP

OGP, *Articles of Governance*, 17 June 2019.

K. OICV

OICV, *By-Laws of IOSCO*, non datés.

OICV*, IOSCO Consultation Policy and Procedure*, avril 2005.

L. TAS

TAS, Code de l'arbitrage en matière de sport, entré en vigueur le 1er janvier 2019

TAS, Communication aux médias, Lausanne, 5 février 2019

IV. Entreprises transnationales

A. Statuts et actes constitutifs

Statuts de Nestlé S.A., société anonyme de droit suisse, à jour au 7 avril 2016
Statuts de la Compagnie générale des établissements Michelin, Société en commandite par actions de droit français, mis à jour au 7 juillet 2017
Statuts de Peugeot SA, Société anonyme de droit français, mis à jour au 10 mai 2017

B. Codes de conduite individuels

Voir annexe.

C. Documents de référence et rapports

AREVA, *Document de référence 2011*, déposé auprès de l'Autorité des Marchés Financiers le 29 mars 2012.

ATOS, *Document de Référence 2011*, déposé auprès de l'Autorité des Marchés Financiers le 5 avril 2012.

LVMH, *Rapport annuel 2018. La passion créative*, 2019, 135 p.

SIPAREX CROISSANCE, *Document de référence 2010*, déposé auprès de l'Autorité des Marchés Financiers le 16 mai 2011.

D. Autres documents

CELLNEX, *Système disciplinaire*, 15 janvier 2018, GR_STRAT_PRO_004.FR.1, 6 p.

V. Réseaux informels

A. Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire

CBCB, *Basel Committee Charter*, updated 5 June 2018.

B. G7

G7, *Déclaration des chefs d'État et de gouvernement*, Elmau, 7-8 juin 2015.

G7, *Déclaration de Dinard sur l'Initiative pour des normes dans le cyberespace*, Foreign Ministers Meeting, Dinard - Saint-Malo, 5 avril 2019.

G7, *Fashion Pact*, Biarritz, 23 août 2019.

G7, *Déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G7*, Biarritz, 26 août 2019.

C. G20

G20, *Déclaration du Sommet sur les marchés financiers et l'économie mondiale*, Washington, 15 novembre 2008.

G20, *Conférence de presse conjointe de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République française et de M. José Manuel Barroso, Président de la Commission européenne*, Washington, 15 novembre 2008.

G20, *Déclaration des chefs d'États et de gouvernements*, Pittsburgh, 25 septembre 2009.

G20, *Plan d'action de Cannes pour la Croissance et l'emploi*, Cannes, 4 novembre 2011.

G20, *Déclaration des dirigeants du G20*, Hambourg, 8 juillet 2017.

G20, *G20 High Level Principles on Organizing Against Corruption*, Annex to G20 Leaders Declaration, Hambourg, 8 juillet 2017.

G20, *Déclaration des dirigeants du G20. Bâtir un consensus pour un développement juste et durable*, Buenos Aires, 1er décembre 2018.

D. IITA

IITA, *Rapport annuel 2017*, 39 p.

J. IWG

IWG, *Generally Accepted Principles and Practices*, octobre 2008.

K. PK – Processus de Kimberley

PK, Kimberley Processus Core Document, Déclaration d'Interlaken du 5 novembre 2002.
PK, 2018 KP Civil Society Coalition Annual Report to the Kimberley Process, 7 p.

SECTION 4. DROITS INTERNES

I. Afrique du Sud

A. Législation

Limpopo Traditional Leadership and Institutions Act 6 of 2005, as amended by Act 4 of 2011

B. Jurisprudence

Constitutional Court of South Africa, *Shilubana and Others v. Nwamitwa*, 4 June 2008, Case CCT 03/07

Constitutional Court of South Africa, *Tshivhulana Royal Family v. Netshivhulana*, 14 December 2016, Case CCT 48/16

II. Allemagne

BUNDESRAT, Verordnung der Bundesregierung, Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung, 25.08.2017, n°612/17.

III. Angola

Constitution de la République d'Angola du 21 janvier 2010

IV. Bostwana

Cour of Appeal of Lobatse, *Attorney-Geneal c. Unity Dow*, 3 juillet 1992, n°4/91, publié dans le Recueil africain des décisions des droits humains, 2001, PULP, 2008, p. 122.

V. Cameroun

Contrat-type de partage de production de la République du Cameroun

VI. Canada

A. Jurisprudence

1. Cour suprême du Canada

Cour suprême du Canada, *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 28 juin 2017, 2017 CSC 34.

2. Cour suprême de la Colombie Britannique

Supreme Court of British Columbia, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2 mai 2001, 2001 BCSC 664.

Supreme Court of British Columbia, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 16 avril 2018, 2018 BCSC 610.

B. Débats parlementaires

CHAMBRE DES COMMUNES, mercredi 3 mai 1995, intervention de M. Osvaldo Nunez

CHAMBRE DES COMMUNES, jeudi 8 décembre 2011, intervention de Mme Annick Papillon

VII. Côte d'Ivoire

Ordonnance n°2012-487 du 7 juin 2012 portant Code des investissements.

Ordonnance n°2018-648 du 1er août 2018 portant code des investissements.

VIII. États-Unis d'Amérique

A. Législation

1. Législation fédérale

Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Public Law 105-366, as of July 22, 2004.

Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49, July 27, 2007.

2. Législation des États fédérés

California Consumer Privacy Act of 2018, Assembly Bill No. AB 375, approved by Governor June 28, 2018.

B. Jurisprudence

US. District Court for the Central District of California, 30 mars 2007, *Jane Doe I et al. v. Wal-Mart Stores Inc.*, Case NO. CV 05-7307 AG (MANx)

US. District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 2 novembre 2017, *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, Case NO. 5:17-cv-04207-EJD

X. France

A. Législation

1. Textes constitutionnels

Charte de l'environnement de 2004 rattachée à l'alinéa 1er du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005

2. Lois

a. Projets et propositions de lois

Projet de loi portant création d'un conseil supérieur de la déontologie de la sécurité, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 janvier 1998.

Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013.

Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016.

b. Lois et ordonnances

Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités

Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire

Ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II)

Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin 2)

Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

3. Décrets et règlements

a. Décrets

Décret n°41-1988 du 24 mai 1941 définissant le statut de la normalisation

Décret du 18 mars 1970 relatif à l'application obligatoire de la norme NF 04-730

Décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation

Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation

Décret n° 2010-339 du 31 mars 2010 relatif au régime financier des agences régionales de santé

Décret n° 2017-582 du 20 avril 2017 modifiant les statuts de l'Agence française de développement

b. Arrêtés

Arrêté du 12 mars 1970 portant application obligatoire de norme

Arrêté du 22 février 2007 définissant les conditions de certification des entreprises réalisant des travaux de retrait ou de confinement de matériaux contenant de l'amiante

B. Rapports officiels

1. Assemblée Nationale

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information n°1476 déposé par la Commission des affaires étrangères sur le bilan et les perspectives des Accords de Schengen, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mars 1999 et présenté par M. François LONCLE, député, 59 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) (COM [2004] 103 final/E 2517, COM [2004] 104 final/E 2518), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2004, 65 p.

2. Autorité des Marchés Financiers

AMF, Rapport de l'AMF sur l'investissement socialement responsable (ISR) dans la gestion collective, novembre 2015, 42 p.

3. Conseil d'État

CONSEIL D'ÉTAT, *L'influence internationale du droit français*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001, Paris, La Documentation française, 2001, 159 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Les rapports du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2013, 297 p.

C. Jurisprudences

1. Conseil constitutionnel

CC, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.*

CC, Décision n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017, *Confédération générale du travail – Force ouvrière*.

CC, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*.

2. Conseil d'État[2034]

CE, 29 avril 1949, *Bourdeaux*.

CE, Ass, 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n°58502.

CE, Ass, 25 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, n°62847.

CE, Ass, 1er avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, n°85234.

CE, 22 février 1989, *Roussel c. SNCF*, n°69332.

CE, 10 juin 1991, *Association de parents et amis de détenus « Solidarité-Prison » et Œuvre de la visite des détenus dans les prisons*, n°s 105192 et 105196.

CE, 22 juillet 1994, *Chambre syndicale du transport aérien*, n°145606.

CE, Ass, 6 juin 1997, *Aquarone*, n°148683, conclusions Gilles BACHELIER.

CE, 6 février 1998, *Tête*, n° s 138777, 147424, 147425.

CE, 2 juin 1999, *Meyet*, n°208068.

CE, 9 juin 1999, *Mme Forabosco*, n°190384, conclusions Bruno MARTIN-LAPRADE, *AJDA*, 1999, p. 725.

CE, 27 octobre 1999, *Fédération française de football*, n°19625.

CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434.

CE Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, n°197060.

CE, 3 décembre 1999, *Leriche*, n°195512.

CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n°178834.

CE, 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*, n°211162.

CE, 23 mai 2003, *Gheorghita Catrina*, n° 237934.

CE, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460.

CE, 19 juin 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne*, n° 282456.

[2034] Les conclusions des commissaires de gouvernement ou rapporteurs publics sont mentionnées lorsqu'elles ont été citées ou exploitées dans les développements.

CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n°330054.

CE, 3 août 2011, *Mme Buguet et autres*, n°s 330566, 330050.
CE, 23 octobre 2015, *Janin*, n° 392550.

CE, 19 octobre 2018, n°408188.

CE, 1er avril 2019, *CGT, FO et autres*, n°s 417652,418525, 418619, 418673.

CE, 9 octobre 2019, *Arrou et autres*, n°s 430538 et 431689

3. Cour de Cassation

Cass. Soc., 30 novembre 2011, *Société Deloitte Conseil c. Nebout*, nos 11-12.905 et 11-12.906.

D. Déclarations officielles et autres documents officiels

Intervention de M. Gérard LONGUET, Ministre de la défense et des anciens combattants, à l'occasion du 70ème anniversaire du Bureau central de renseignements et d'action, mardi 17 janvier 2012.

MAE, Propos de M. Harlem Désir, secrétaire d'État chargé des affaires européennes à l'occasion d'un débat à l'Assemblée nationale sur les politiques européennes en matière de lutte contre le réchauffement climatique, *Déclarations officielles de politique étrangère du 30 mai 2014*

PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, François Hollande, Discours lors de l'ouverture des Rencontres internationales des autorités anti-corruption, Paris, mardi 14 juin 2016.

PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, François Hollande, Conférence de presse à l'issue du Conseil européen, Bruxelles, mercredi 29 juin 2016.

PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE, Dossier de presse, Sommet Mondial du Partenariat pour un Gouvernement Ouvert à Paris du 7 au 9 décembre 2016.

MAE, Déclaration de Mme Ségolène Royal, ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, *Déclarations officielles de politique étrangère du 11 mai 2017*.

MAE, Intervention du représentant permanent de la France auprès des Nations Unies, Réunion d'information publique sur les sanctions, *Déclarations officielles de politique étrangère du 04 août 2017*.

MAE, Réponse de M. Sébastien Lecornu, secrétaire d'État auprès du ministre de la transition écologique et solidaire, à une question d'actualité au Sénat, *Déclarations officielles de politique étrangère du 15 novembre 2017.*

MAE, Point de presse de la porte-parole, *Déclarations officielles de politique étrangère du 20 novembre 2017.*

MAE, Auditions de M. Nicolas Hulot, ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, de Mme Brune Poirson et de M. Sébastien Lecornu, secrétaires d'État auprès du ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, devant la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, *Déclarations officielles de politique étrangère du 26 février 2018.*

MAE, Communiqué du ministère de la transition écologique et solidaire, *Déclarations officielles de politique étrangère du 18 décembre 2018.*

PREMIER MINISTRE, Discours de M. Édouard Philippe, Premier ministre, au Colloque du Club des juristes du 28 juin 2019.

E. Activité parlementaire

ASSEMBLÉE NATIONALE, XIVe législature Session ordinaire de 2012-2013, Deuxième séance du mercredi 15 mai 2013, Adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable. Discussion, après engagement de la procédure accélérée, d'un projet de loi, Discussion générale, intervention de M. Yves Blein.

ASSEMBLÉE NATIONALE, XIVe législature, Session ordinaire de 2012-2013, Deuxième séance du lundi 17 juin 2013, Transparence de la vie publique. Suite de la discussion d'un projet de loi organique et d'un projet de loi, Discussion des articles, article 1er, intervention de M. Lionel Tardy.

F. Autorités administratives indépendantes

AMF, *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*, version en vigueur du 30/07/2017 au 02/01/2018

CNIL, Délibération de la formation restreinte n° SAN–2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC

XI. Inde

A. Législation

The Provisions of the Panchayats (Extension to the Schedulded Areas) Act, 24th December, 1996, n° 40 of 1996

B. Jurisprudence

Supreme Court of India, *Darshan Singh & Ors v. Gujjar Singh (Dead) by Lrs. & Ors*, 8 janvier 2002, Appeal (civil) 5 of 1992.

Supreme Court of India, *Thimmappa Rai v. Ramanna Rai & Ors*, 9 mai 2007, Appeal (civil) 7133 of 2000

Supreme Court of India, *Smt. Ass Kaur (Deceased) by L.Rs v. Kartar Singh (Dead) by L.Rs. & Ors*, 18 mai 2007, Appeal (civil) 12395 of 1996

Supreme Court of India, *Vinisha Jitesh Tolani & Manmeet Laghmani v. Jitesh Kishore Tolani*, 28 avril 2010, Transfer Petition (civil) 1127 of 2008

Supreme Court of India, *Orissa Mining Corporation Ltd. v. Ministry of Environment & Forest & Others*, 18 avril 2013, Writ Petition (civil) 180 of 2011

XII. Italie

A. Législation

Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196

Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101

B. Jurisprudence

Tribunale Ordinario di Milano, 12 aprile 2010, *Repubblica Italiana v. Drummond, De Los Reyes and Fleischer*, Sentenza n. 1972/2010.

XIII. Japon

A. Législation

Civil Code (Japon), Act n°. 89 of April 27, 1896

B. Jurisprudence

Supreme Court of Japan, 8 juillet 2004, *Case No. 2000 (Gyo-Hi) 149*, Minshu Vol. 58, No. 5.

Supreme Court of Japan, 17 mars 2006, *Case No. 2004 (Ju) 1968*, Minshu Vol. 60, No. 3

Supreme Court of Japan, 14 avril 2008, *Case No. 2006 (Ju) 226*, Minshu Vol. 62, No. 5.

XIV. Mali

Constitution de la République du Mali du 25 Février 1992

XV. Niger

Constitution de la République du Niger du 25 novembre 2010

XVI. Nigéria

Cour d'Appel de Port Harcourt*, Alajemba Uke and Anna Alajiofor v. Albert Iro*, 18 janvier 2001, §§7-10, publié dans le *Recueil africain des décisions des droits humains*, 2002, *PULP*, 2009, p. 101.

XVII. Kenya

Cour d'appel d'Eldoret, *Mary Rono v Jane and William Rono*, appel civil 66 de 2002, 19 avril 2005, publié dans le *Recueil africain des décisions des droits humains*, 2005, PULP, 2011, p. 118.

XVIII. Paraguay

Constitution de la République du Paraguay du 20 juin 1992

XIX. Royaume-Uni

A. Législation

Bribery Act 2010, 2010 c. 23, 8th April 2010.

Data Protection Act 2018, 2018 c. 12, 23rd May 2018.

B. Jurisprudence

High Court of Justice, King's Bench Division, 9 November 1923, *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256.

C. Rapports officiels

INTERNATIONAL DEVELOPMENT COMMITTEE, Conduct of Adam Smith International, Seventh Special Report of Session 2016-17, 12 février 2017, HC 939, 18 p.

UNITED KINGDOM GOVERNMENT, *Voluntary Report on the Implementation of International Humanitarian Law at Domestic Level*, Foreign & Commonwealth Office, 2019, 47 p.

XX. Tunisie

Constitution tunisienne du 26 janvier 2014

XXI. Venezuela

Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela du 15 décembre 1999

XXII. Vietnam

Constitution de la République socialiste du Vietnam du 15 avril 1992

INDEX THÉMATIQUE

Afin d'optimiser la consultation de la bibliographie, les entrées de l'index l'incluent.

Les numéros renvoient aux pages de l'ouvrage.

Accountability, 3, 9, 25, 41, 46, 49, 117, 125, 178, 221, 234, 249, 256, 298, 307, 387, 393, 394, 395, 396, 399, 418, 470, 488, 491, 539, 542, 550, 591, 602, 622, 630, 631

Administration, 9, 40, 42, 65, 70, 117, 415, 416, 419, 422, 425, 476, 508, 592, 616

Amicus curiae, 126, 127, 132, 646, 647

Analogie, 3, 9, 18, 22, 26, 76, 78, 101, 106, 127, 173, 253, 257, 262, 280, 281, 287, 295, 308, 310, 346, 360, 376, 404, 407, 408, 413, 414, 444, 448, 449, 469, 480, 517, 608

Analyse systémique, 70, 326, 327, 330, 500, 552, 557, 558, 562

Audit, 48, 110, 118, 120, 121, 122, 123, 156, 186, 212, 221, 222, 225, 226, 238, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 317, 318, 319, 341, 372, 373, 415, 418, 457, 464, 466, 469, 481, 482, 498, 540, 550, 594, 602, 618, 619, 621, 660

Bonne gouvernance, 88, 103, 113, 116, 117, 118, 126, 136, 137, 145, 174, 221, 233, 234, 266, 270, 336, 366, 368, 371, 373, 375, 387, 605

CIRDI, iii, 41, 124, 127, 132, 171, 174, 175, 176, 190, 220, 281, 410, 578, 617, 647

Comité de Bâle, iii, 41, 119, 132, 476, 529, 531, 580, 593, 661

Compliance, 224, 255, 375, 398, 529, 570, 619, 649

Conseil de sécurité, 41, 82, 92, 93, 99, 100, 106, 107, 108, 118, 129, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 257, 342, 344, 372, 414, 445, 452, 454, 473, 483, 495, 530, 579, 607, 611, 617, 619, 646, 652, 653, 654, 655

Consultation, 1, 49, 96, 98, 102, 118, 120, 131, 132, 139, 153, 160, 166, 201, 230, 231, 232, 238, 241, 243, 244, 247, 248, 249, 267, 274, 298, 339, 341, 362, 363, 370, 371, 372, 394, 395, 414, 446, 447, 469, 509, 511, 514, 515, 516, 517, 523, 524, 548, 550, 575, 660

Convention

Accord de Paris, 224, 226, 337, 338, 459, 460, 518, 519, 520, 550, 610, 622, 638, 656

Convention d'Aarhus, ii, 93, 223, 224, 618, 634, 649

Corruption, 4, 45, 48, 88, 112, 113, 145, 153, 191, 222, 225, 226, 233, 248, 266, 279, 336, 339, 341, 366, 390, 415, 457, 514, 525, 527, 542, 611, 620, 634, 665, 668

Décision globale, 44, 45, 46, 48, 49, 123, 131, 179, 195, 219, 242, 299, 331, 350, 354, 371, 385, 387, 388, 393, 398, 401, 403, 405, 414, 421, 423, 429, 434, 446, 522, 524, 542, 549, 551, 557, 558, 563

Déformalisation, 66, 68, 268, 307, 460, 490

Démocratie

concept, 16, 19, 37, 44, 46, 94, 95, 96, 167, 186, 218, 234, 279, 326, 342, 343, 344, 346, 371, 374, 378, 397, 400, 412, 415, 417, 419, 495, 534, 535, 537, 542, 543, 544, 545, 546, 548, 549, 550, 551, 552, 592, 596, 613, 619, 645

démocratisation, 116, 132, 217, 533, 534, 535, 536, 537, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 556, 625

Déontologie, 109, 112, 113, 123, 138, 139, 233, 327, 338, 347, 389, 514, 535, 538, 566, 594, 653, 665

Droit

Droit administratif

allemand, 34, 56, 58, 68, 313, 416, 585

américain, 10, 46, 58, 415, 416, 587

européen, 50, 78, 116, 126, 136, 141, 145, 288, 290, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 418, 420, 421, 595, 597

français, 10, 34, 37, 39, 42, 50, 52, 57, 360, 383, 406, 409, 410, 411, 412, 417, 420, 504, 537, 594, 596, 599, 608, 609

international, 9, 17, 25, 67, 407, 625

Droit des investissements, 54, 232, 279, 283, 289, 607, 625

Droit global, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 40, 42, 43, 245, 270, 475, 483, 488, 489, 491, 561, 605, 615, 621, 631

Droit international administratif, 9, 17, 18, 25, 126, 407, 409, 419, 563, 626

Droit transnational, 12, 25, 28, 29, 32, 74, 75, 198, 240, 266, 269, 280, 282, 448, 476, 497, 593, 606, 623

Due diligence, 49, 154, 251, 277, 418, 467

Duguit (Léon), 36, 164, 211, 262, 333, 350, 351, 352, 353, 354, 357, 359, 401, 402, 610, 611, 620

Espace administratif global, 40, 444, 465, 466, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 484, 485, 486, 488, 499, 536, 541, 542, 555, 557, 562

Éthique, 88, 96, 109, 110, 112, 113, 114, 138, 193, 194, 212, 250, 260, 266, 290, 336, 338, 362, 363, 366, 367, 391, 394, 428, 448, 449, 508, 514, 525, 526, 539, 565, 566, 567, 573, 591, 628

G20, 142, 183, 192, 238, 239, 457, 458, 459, 482, 483, 508, 509, 523, 529, 580, 612, 651, 659, 661, 662

G8, 238, 239, 247, 458, 612

Global Compact, 337, 362, 525, 526, 528, 612

IASB, iv, 183, 185, 340, 396, 399

ICANN, iv, 41, 83, 96, 97, 98, 304, 370, 371, 394, 400, 415, 430, 514, 515, 549, 580, 616, 659

Information, 125, 168, 191, 196, 621

Intérêt

général, 18, 31, 34, 38, 41, 43, 88, 94, 127, 148, 343, 349, 355, 410, 411, 420, 422, 424, 425, 628

public, 166, 169, 184, 339, 340, 343, 352, 354, 422, 423, 424, 425, 430

Internet, iv, 22, 45, 96, 97, 160, 161, 167, 169, 197, 226, 229, 348, 509, 514, 528, 537, 544, 595, 600, 606

INTERPOL, 101, 102, 103, 145, 212, 220, 579, 608, 624, 651

jus cogens, 203, 289, 333, 448, 456, 461, 607, 629

Luhmann (Niklas), 36, 326, 426, 427, 428, 429, 430, 432, 433, 608, 612, 621

Médiateur, 92, 93, 130, 138, 205, 342, 344, 411, 454, 482, 579, 654, 655

Name and shame, 530

Normes

AFNOR, ii, 452, 453, 516, 579, 658

IASB, iv, 183, 185, 340, 396, 399

ISO, iii, iv, 41, 47, 94, 95, 96, 98, 148, 346, 389, 396, 398, 399, 400, 451, 452, 453, 474, 482, 508, 516, 580, 605, 611, 660

OCDE, 111, 191, 192, 193, 225, 236, 238, 254, 255, 256, 301, 339, 373, 390, 441, 529, 531, 600, 611, 620, 651

Ombudsman, 238, 396, 457

Ordre juridique

de référence, 76, 77, 82, 87, 106, 113, 141, 142, 180, 199, 213, 216, 226, 271, 275, 276, 286, 287, 292, 296, 297, 304, 319, 321, 367, 438, 448, 451, 452, 456, 459, 460, 464, 469, 482, 484, 486, 508

global, 12, 13, 14, 15, 308, 309, 311, 321, 438, 444, 465, 476, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 555, 611

Participation, 3, 9, 25, 37, 46, 49, 89, 93, 94, 95, 96, 104, 110, 111, 117, 120, 124, 125, 126, 127, 155, 217, 223, 224, 226, 229, 230, 231, 235, 238, 240, 242, 243, 246, 254, 263, 274, 296, 298, 300, 307, 337, 341, 347, 349, 379, 387, 393, 397, 399, 415, 417, 425, 460, 473, 481, 498, 521, 522, 523, 524, 535, 537, 542, 548, 568, 589, 590, 602, 615, 619, 620, 623, 634, 635, 639, 647, 655, 660

Personnalité juridique, 32, 33, 40, 76, 91, 159, 239, 250, 271, 303, 304, 305, 322, 352

Pluralisme, 31, 64, 74, 76, 141, 164, 283, 284, 308, 322, 412, 448, 449, 462, 489, 490, 495, 496, 497, 563, 589, 597, 622

Pratique normative, 51, 65, 66

Pression juridique, 171, 180, 181, 182, 183, 186, 187, 188, 189, 194, 206, 274, 275

Principes d'Équateur, 250, 251, 281, 396, 467, 640, 659

Principes de Ruggie, 175, 189, 191, 227

Procédure

administrative

non contentieuse, 5, 26, 31, 37, 97, 116, 123, 126, 129, 173, 174, 265, 288, 371, 408, 412, 415, 416, 417, 418, 419, 428, 429, 515, 592, 596, 597, 598, 605

contentieuse, 123, 126, 128, 129, 132, 199, 388, 428, 603

légitimation par la procédure, 425, 426, 427, 428, 430, 433, 434, 593

Processus de Kimberley, iv, 248, 249, 472, 473, 482, 528, 580, 616, 657, 662

Protection des données personnelles, v, 45, 48, 102, 159, 160, 161, 162, 166, 168, 169, 226, 259, 339, 391, 423, 450, 510, 516, 550, 605, 619

Publicness, 66, 354, 421, 422

Recours effectif, 25, 102, 126, 129, 196, 419, 482, 544, 596, 624

Régulation, 9, 22, 24, 25, 39, 41, 42, 45, 70, 78, 87, 97, 111, 116, 120, 126, 132, 134, 153, 197, 199, 218, 219, 222, 225, 236, 240, 243, 256, 326, 340, 348, 391,

422, 427, 448, 458, 470, 476, 483, 525, 526, 529, 532, 533, 535, 536, 537, 539, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 556, 561, 589, 594, 603, 612, 623, 639

Reporting, 93, 112, 118, 150, 222, 227, 248, 251, 394, 527, 528, 529, 530

RSE, v, 150, 151, 152, 153, 232, 233, 346, 364, 367, 394, 449, 470, 511, 530, 539, 565, 604, 613

Service public, 10, 18, 36, 314, 352, 391, 408, 420, 562, 628

Société civile, v, 36, 124, 226, 244, 246, 248, 249, 303, 334, 335, 336, 337, 341, 346, 348, 349, 350, 353, 356, 364, 385, 424, 460, 472, 474, 489, 492, 497, 523, 535, 539, 547, 549

Soft law, 27, 73, 152, 217, 231, 358, 373, 441, 442, 443, 448, 459, 460, 501, 504, 506, 522, 523, 527, 530, 531, 562, 607, 613, 615

Souveraineté, 11, 36, 103, 143, 155, 158, 162, 171, 269, 345, 352, 403, 537, 594, 608, 613, 620

Standard, i, 21, 41, 44, 45, 47, 48, 51, 65, 67, 95, 119, 120, 122, 132, 156, 157, 174, 175, 178, 183, 185, 193, 232, 244, 249, 252, 258, 260, 261, 270, 281, 286, 288, 307, 329, 338, 341, 361, 363, 366, 392, 399, 400, 412, 413, 414, 416, 446, 447, 449, 454, 458, 470, 480, 481, 482, 489, 501, 512, 522, 523, 529, 531, 535, 548, 561, 562, 593, 602, 607, 660

Terrorisme, 4, 45, 91, 200, 206, 222, 342, 343, 366, 391, 454, 457, 480, 530, 537, 539, 550, 623

Théorie des sources, 1, 6, 51, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 77, 78, 86, 106, 108, 111, 126, 134, 139, 140, 143, 164, 170, 181, 188, 198, 206, 209, 217, 218, 273, 275, 281, 285, 297, 321, 322, 323, 325, 347, 356, 357, 382, 443, 444, 460, 470, 499, 523, 552, 555, 558, 561, 562, 620, 623

Transparence, iv, 1, 3, 9, 25, 28, 31, 37, 46, 48, 49, 92, 93, 94, 95, 98, 104, 106, 107, 108, 109, 117, 118, 120, 122, 127, 129, 130, 132, 135, 136, 137, 138, 140, 150, 152, 153, 155, 156, 160, 161, 173, 174, 176, 183, 184, 185, 186, 187, 191, 204, 212, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 255, 256, 266, 270, 274, 279, 286, 289, 290, 296, 298, 302, 307, 310, 318, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 343, 349, 361, 362, 371, 375, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 397, 411, 412, 415, 417, 447, 454, 457, 464, 468, 472, 473, 481, 488, 498, 514, 516, 519, 526, 531, 534, 540, 542, 550, 598, 612, 614, 616, 622, 638, 647, 650, 665

Transposition, 8, 22, 76, 134, 141, 156, 182, 183, 190, 193, 203, 209, 264, 286, 304, 309, 380, 383, 410, 431, 467, 483, 549

Union européenne, v, 27, 28, 33, 37, 43, 50, 52, 71, 77, 78, 81, 89, 94, 99, 103, 104, 105, 126, 136, 141, 142, 151, 156, 157, 159, 161, 162, 166, 171, 173, 174, 181, 183, 185, 194, 200, 203, 204, 217, 220, 228, 232, 234, 235, 236, 240, 242, 243, 252, 256, 288, 290, 298, 299, 309, 314, 339, 341, 342, 344, 373, 389, 390, 409, 412, 419, 430, 433, 446, 460, 463, 471, 473, 483, 495, 502, 511, 512, 530, 533, 537, 544, 572, 573, 578, 579, 583, 590, 591, 593, 594, 595, 597, 601, 604, 607, 609, 614, 619, 620, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 647, 656, 657, 666, 669

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements i

Sommaire iii

Abréviations, sigles et acronymes v

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

Section 1. Le champ de l'étude : la notion de droit administratif global 6

I. Le contexte terminologique et doctrinal de l'émergence du droit administratif global 7

A. La terminologie du *Global administrative law* 7

1. Un droit « administratif » 8

2. Un droit « global » 10

a. Globalisation et mondialisation 10

b. Conception du droit global dans la doctrine 12

c. Droit global et droit cosmopolitique 15

B. Les distinctions entre le *GAL* et les constructions doctrinales proches 16

1. Droit administratif international et droit international administratif, deux ancêtres doctrinaux du droit administratif global 17

2. Les concurrents doctrinaux du droit administratif global 18

a. Le constitutionnalisme global : un projet intégralement prescriptif 19

b. L'exercice international de l'autorité publique : une approche complémentaire 20

II. La notion de droit administratif global retenue comme champ de l'étude 23

A. La notion retenue de « droit administratif global » 23

1. La nécessité de s'affranchir du cadre conceptuel du *GAL* 24

2. La détermination des caractères du droit administratif global 27

a. Le caractère « global » du droit administratif global 28

b. Le caractère administratif du droit administratif global 33

B. Le contenu positif du droit administratif global 39

1. Aspects institutionnels du droit administratif global : la question des sujets et des acteurs 39

2. Aspects substantiels du droit administratif global : la question du contenu matériel 46

Section 2. L'objet de l'étude : la recherche des sources du droit administratif global.....51

I. Le concept de « sources » du droit 51

A. La distinction entre sources formelles et sources matérielles 52

1. La réalité de la distinction : les sources formelles privilégiées 53

2. Le choix opéré : la recherche des sources formelles enrichie par la mesure du rôle des sources matérielles 59

B. La source formelle : un outil dynamique 60

II. L'hypothèse de l'étude : l'existence de « sources du droit administratif global » 62

A. Le rejet des objections relatives à l'étude des sources du droit administratif global 62

1. L'argument de la suffisance des sources du droit international 62

2. L'argument de l'inadéquation des « sources formelles » face à la globalisation 63

B. L'approche proposée des sources du droit administratif global 68

PREMIÈRE PARTIE. L'IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 73

TITRE PREMIER. LES SOURCES UNILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 81

Chapitre 1. Les sources unilatérales internes du droit administratif global 85

Section 1. La formalisation des sources unilatérales internes du droit administratif global 86

I. La formalisation des sources par l'appui sur une base juridique identifiée 86

A. La mobilisation des sources internes de l'ordre juridique des entités globales publiques 87

1. La formation unilatérale interne du droit administratif global par l'État 87

2. La mobilisation des compétences explicites des organisations internationales 91

B. Le recours au formalisme au sein des entités globales privées 94

II. La formalisation des sources en l'absence de base juridique identifiée 99

A. La mobilisation des compétences reconnues des organisations internationales 99

1. La mobilisation des compétences implicites des organisations internationales 99

2. Le cas particulier des « compétences informelles » de l'Union européenne 103

B. La formalisation par des instruments ne disposant pas du statut de source 106

1. Une formalisation indifférente à l'existence d'une source reconnue au sein des entités globales publiques 106

2. Une volonté de formalisation au sein des entreprises transnationales 110

Section 2. L'absence de formalisation des sources unilatérales internes du droit administratif global 114

I. La formation unilatérale interne de droit administratif global par l'usage 115

A. La formation informelle de normes non contentieuses 116

1. L'usage, source de normes procédurales concernant l'activité des entités globales 118

2. L'usage, source de normes procédurales concernant le contrôle de l'activité des entités globales 120

B. La formation informelle de normes contentieuses 123

1. L'usage, sources de normes quant à la participation au contentieux 124

2. L'usage, sources de normes quant à la procédure contentieuse 129

II. L'altération de la formation informelle du droit administratif global 130

A. La codification ultérieure de pratiques institutionnelles 131

1. L'existence du phénomène de codification ultérieure du droit administratif global 131

2. Les conséquences de la codification ultérieure sur les sources du droit administratif global 133

B. L'émergence d'une tendance à la formalisation systématique des sources unilatérales 135

1. La formalisation, une pratique guidée par la volonté de transparence 136

2. Les limites de la formalisation 137

Conclusion du chapitre 1. 140

Chapitre 2. Les sources unilatérales externes du droit administratif global 141

Section 1. La formation du droit administratif global par réception verticale 143

I. La réception verticale d'actes unilatéraux formels 144

A. La formation unilatérale externe du droit administratif global par l'État 144

1. L'utilisation de la loi pour contrôler l'accès de l'investisseur au territoire national 146

2. L'utilisation de la loi pour contrôler l'activité de l'entité globale 150

B. La formation unilatérale externe du droit administratif global par les organisations internationales 155

1. Le droit dérivé des organisations internationales, source de droit administratif global à destination de leurs membres 156

2. Le rôle spécifique de l'Union européenne dans la formation du droit administratif global à vocation externe 159

II. La réception verticale d'actes unilatéraux juridictionnels 163

A. L'apport technique de jurisprudence nationale à la formation du droit administratif global 164

1. La qualité de « source » de la jurisprudence nationale en question 164

2. La fonction de « relais » de la source jurisprudentielle nationale 166

B. L'apport substantiel de la jurisprudence internationale à la formation du droit administratif global 170

1. La rare formation de droit administratif global par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice 171

2. La formation de droit administratif global par la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements 173

3. La formation de droit administratif global par la jurisprudence commerciale 176

Section 2. La formation du droit administratif global par réception matérielle 180

I. La formation du droit administratif global du fait d'une pression institutionnelle externe 182

A. L'exercice d'une pression directe en vue de la réception matérielle du droit administratif global 182

1. La pression juridique directe exercée par les organisations internationales sur les entités globales privées 183

2. La pression juridique directe exercée entre organisations internationales 186

B. L'exercice d'une pression médiate en vue de la réception matérielle du droit administratif global 188

1. L'entretien de la confusion quant à l'existence d'une médiation 189

2. La reconnaissance du caractère médiat de la réception 191

II. La formation du droit administratif global du fait d'une pression juridictionnelle externe 194

A. La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges nationaux 195

B. La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges régionaux 197

1. La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales privées 198

2. La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales publiques 200

Conclusion du chapitre 2. ..... **206**

Conclusion du Titre Premier. **209**

TITRE DEUXIEME. LES SOURCES PLURILATERALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 211

Chapitre 1. Les sources plurilatérales écrites du droit administratif global 215

Section 1. La formalisation des sources plurilatérales par un instrument négocié 217

I. La formalisation par un instrument négocié reconnu comme source de droit international 218

A. La formalisation des sources par un traité relevant *ratione materiae* du droit administratif global 219

1. La relative absence de normes de droit administratif global au sein des traités constitutifs d'entités globales 219

2. L'émergence d'instruments formalisant un accord visant à soumettre les entités globales au droit administratif global 222

B. La formalisation des sources par un traité étranger au droit administratif global 228

1. L'inclusion de normes de droit administratif global en matière d'investissements 228

2. L'inclusion de normes de droit administratif global en matière d'aide au développement 234

II. La formalisation par un instrument négocié non reconnu comme source de droit international 237

A. La formalisation par accord écrit entre entités publiques 237

1. La formation du droit administratif global par acte concerté non conventionnel 237

2. La formation du droit administratif global par arrangement administratif 240

B. La formalisation par accord écrit mixte 243

1. La formation du droit administratif global par contrat public / privé 244

2. La formation du droit administratif global par accord constitutif d'un réseau multipartite 245

C. La formalisation par accord écrit entre entités privées 250

1. La multiplication des initiatives plurilatérales privées 250

2. La formation du droit administratif global par les codes privés plurilatéraux 251

Section 2. La formalisation des sources plurilatérales par un instrument non négocié 257

I. La formalisation par accords d'adhésion bilatéraux entre les entités globales privées et leurs partenaires 259

A. La création de normes de droit administratif global par accords d'adhésion privés 260

B. La nature plurilatérale du processus formalisé par l'accord d'adhésion privé 261

II. La formalisation par accords d'adhésion transnationaux 264

A. La création de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte 264

1. La qualification d'accords d'adhésion des contrats ville hôte 264

2. La formulation de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte 266

B. L'apport de l'étude des accords d'adhésion transnationaux aux sources du droit administratif global 268

Conclusion du chapitre 1. 270

Chapitre 2. Les sources plurilatérales non écrites du droit administratif global 273

Section 1. La formation plurilatérale des principes relevant du droit administratif global 276

I. La formation coutumière des principes relevant du droit administratif global 276

A. La source coutumière de principes formés au sein de l'ordre juridique international 276

B. Les sources coutumières de principes formés hors de l'ordre juridique international 279

II. La formation non coutumière des principes relevant du droit administratif global 284

A. L'existence de principes non coutumiers relevant du droit administratif global 285

1. L'existence de normes de droit administratif global relevant de la catégorie des principes généraux de droit 286

2. Un processus de création incompatible avec la formation coutumière du droit 288

B. La difficile identification des sources des principes généraux dans les ordres juridiques de référence 292

1. La formalisation des sources des principes : la condition de la référence 292

2. Le caractère externe de la formation des principes 294

Section 2. La formation plurilatérale de principes du droit administratif global 297

I. La difficile identification des sources des normes non écrites communes aux entités globales . 297

A. L'existence de normes communes à l'ensemble des entités globales 297

1. Le cas de l'audit 298

2. Le cas de la transparence 302

B. La résistance des sources des normes communes aux modes de formation identifiés 303

1. L'invalidation de l'hypothèse de la coutume internationale 303

2. L'invalidation de l'hypothèse des principes généraux de droit 306

II. Des normes qualifiables de principes « du » droit administratif global 308

A. Les conditions de l'existence de principes généraux du droit administratif global 308

1. La nécessaire déconnexion de l'idée d'ordre juridique global 309

2. La nécessaire déconnexion de l'idée d'ordre juridique 310

B. La source coutumière des principes généraux du droit administratif global 311

1. Le caractère universel de la source coutumière 312

2. L'existence d'éléments indiquant l'existence d'une *opinio juris* 317

Conclusion du chapitre 2. 319

Conclusion du Titre Deuxième. 321

Conclusion de la Première Partie. 323

DEUXIÈME PARTIE. L'ANALYSE SYSTÉMIQUE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 325

TITRE PREMIER. LES FONCTIONS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 329

Chapitre 1. La réponse à un besoin social en considération du principe d'apparence 333

Section 1. Le besoin social, source matérielle du droit administratif global 334

I. L'identification d'un besoin social, déclencheur du processus de formation du droit administratif global 335

A. Les indices directs de l'existence du besoin social 335

1. Les manifestations du besoin social dans le discours des entités globales 335

2. La référence au droit administratif global développé par d'autres entités globales 340

B. Les indices indirects de l'existence du besoin social 345

1. L'apport de la doctrine pour éclairer le processus de formation du droit administratif global 345

2. Les indices factuels de l'existence du besoin social 347

II. L'octroi de la qualité de « source matérielle du droit administratif global » au besoin social . 350

A. Le besoin social, un dénominateur commun spécifique au droit administratif global 350

1. La pertinence d'une lecture duguiste des sources du droit administratif global 351

2. Le dépassement de l'approche duguiste : un besoin social propre au droit administratif global 353

B. L'intérêt d'envisager la réponse au besoin social comme fonction des sources formelles 355

1. Une contribution à l'identification de l'architecture du processus normatif 356

2. Le dépassement des difficultés liées à l'attribution d'une fonction aux sources formelles 358

Section 2. La réponse au besoin social par le développement de la théorie des apparences 360

I. La mise en évidence de l'orientation communicationnelle des sources formelles du droit administratif global 360

A. L'orientation communicationnelle de la formation du droit administratif global au sein des entités privées 361

1. L'orientation communicationnelle des sources révélée par la publicité réalisée au sein des entités privées 361

2. La pratique consistant à aller au-delà des impératifs légaux au sein des entités privées 365

B. L'orientation communicationnelle de la formation du droit administratif global au sein des entités publiques 369

1. L'orientation communicationnelle des sources confirmée par la publicité réalisée au sein des entités publiques ou hybrides 369

2. Une tendance à l'alignement discursif sur la terminologie des entités globales privées 373

II. L'intégration du principe d'apparence parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global 376

A. L'identification d'un lien entre la théorie des apparences et l'expression d'un besoin social. 376

1. Une théorie jurisprudentielle européenne limitée à l'apparence de la justice 377

2. La mutation de la théorie par l'effet et en faveur du besoin social 378

B. La mise en évidence d'un principe d'apparence conditionnant les fonctions des sources formelles du droit administratif global 380

1. La pertinence d'une analyse des sources formelles du droit administratif global sous l'angle des apparences 381

2. Une condition rattachée à la fonction de réponse au besoin social des sources du droit administratif global 383

Conclusion du Chapitre 1. 384

Chapitre 2. La légitimation par l'emprunt aux droits administratifs 387

Section 1. Le besoin de légitimité, source matérielle de droit administratif global 388

I. L'identification d'un besoin de légitimité, déclencheur du processus de formation du droit administratif global 388

A. Les indices directs de l'existence du besoin de légitimité 389

1. Les références au besoin de transparence dans le discours des entités globales 389

2. Les références à la « responsabilité » dans le discours des entités globales 393

B. Les indices indirects de l'existence du besoin de légitimité 395

1. L'apport de la doctrine à la mise en évidence du besoin de légitimité 396

2. Le lien entre impératif d'acceptation de la décision globale et besoin de légitimité 398

II. L'octroi de la qualité de « source matérielle du droit administratif global » au besoin de légitimité 401

A. La possibilité d'envisager le besoin de légitimité comme source matérielle du droit administratif global 401

1. L'articulation des sources matérielles du droit administratif global 401

2. Le dépassement des difficultés liées à la définition du droit administratif global adoptée 403

B. La pertinence d'envisager le besoin de légitimité en tant que source matérielle du droit administratif global 404

Section 2. La réponse au besoin de légitimité par l'emprunt aux droits administratifs 405

I. La mise en évidence du phénomène d'emprunt aux droits administratifs 405

A. L'existence d'emprunts normatifs procéduraux 407

1. La mise en évidence d'un phénomène d'emprunt normatif 407

a. L'existence d'un lien entre droit administratif global et droits administratifs 407

b. La nature du lien entre droit administratif global et droits administratifs 411

2. L'orientation procédurale du phénomène d'emprunt normatif 414

3. Les limites du phénomène d'emprunt aux droits administratifs 416

B. L'existence d'emprunts conceptuels structurant le droit administratif global 420

1. Les limites des tentatives doctrinales d'emprunts conceptuels 421

2. L'identification d'intérêts publics fondant l'administrativité du droit administratif global 423

II. L'intégration du processus d'emprunt parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global 426

A. La fonction légitimatrice de la procédure 426

1. La légitimation par la procédure, une approche sociologique du droit 426

2. La fonction légitimatrice des emprunts procéduraux en droit administratif global. 429

B. L'emprunt procédural, une fonction des sources du droit administratif global 432

1. La mise en évidence d'une fonction des sources du droit administratif global 432

2. L'articulation avec la fonction légitimatrice des normes du droit administratif global 433

Conclusion du Chapitre 2. 434

Conclusion du Titre Premier. 435

TITRE DEUXIEME. LES EFFETS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 437

Chapitre 1. La capacité des sources formelles à générer des normes obligatoires 441

Section 1. Des degrés d'obligatoriété indifférents aux sources du droit administratif global 444

I. La variabilité du caractère obligatoire des normes issues des sources unilatérales du droit administratif global 445

A. L'obligatoriété des normes issues des sources unilatérales internes du droit administratif global 445

1. L'obligatoriété incontestable de normes issues de sources unilatérales internes 445

2. L'obligatoriété contestée de normes issues de sources unilatérales internes 447

B. L'obligatoriété des normes issues des sources unilatérales externes du droit administratif global 450

1. La variabilité de l'obligatoriété des normes générées au sein des ordres juridiques de référence .. 451

2. La variabilité de l'obligatoriété des normes générées au sein d'ordres juridiques tiers 452

II. La variabilité des degrés d'obligatoriété des normes issues des sources plurilatérales du droit administratif global 455

A. L'obligatoriété des normes issues des sources plurilatérales écrites du droit administratif global 455

1. Les difficultés liées à l'incertitude quant à l'instrument conventionnel 456

2. Les difficultés liées à l'obligatoriété variable du contenu normatif 459

B. L'obligatoriété des normes issues des sources non écrites du droit administratif global 461

1. La variabilité des degrés d'obligatoriétés des principes généraux de droit 461

2. La variabilité de l'obligatoriété des normes issues de sources coutumières 462

Section 2. Des degrés d'obligatoriété sensibles aux interactions des sources au sein de l'espace administratif global 465

I. L'inscription des sources au sein d'un espace administratif global promoteur d'obligatoriété 466

A. Les effets des interactions entre les sources du droit administratif global 466

1. La mise en évidence des interactions entre les sources du droit administratif global 466

2. La contribution des interactions des sources au renforcement de l'obligatoriété des normes de droit administratif global 471

B. La structuration des interactions au sein de l'espace administrative global 475

1. L'existence de l'espace administratif global dans la doctrine du *GAL* 475

2. Les caractères de l'espace administratif global du point de vue des sources du droit administratif global 479

II. L'absence d'ordre juridique global liant sources et obligatoriété du droit administratif global 486

A. Les insuffisances des débats doctrinaux concernant l'existence d'un ordre juridique global 487

1. Les insuffisances des thèses affirmatives de l'existence d'un ordre juridique global 487

2. Les lacunes des travaux négateurs de l'existence d'un ordre juridique global 490

B. L'inexistence de l'ordre juridique global, facteur structurel d'indétermination de l'obligatoriété du droit administratif global 493

1. L'inexistence de l'ordre juridique global au regard des théories normativistes 493

2. L'inexistence de l'ordre juridique global au regard des théories institutionnalistes 496

Conclusion du chapitre 1. 499

Chapitre 2. La capacité des sources formelles à générer des normes effectives 501

Section 1. L'impact des sources du droit administratif global sur son effectivité normative 505

I. La difficile modulation de l'effectivité des normes par le choix du processus de formation 507

A. Le choix d'un processus impliquant une effectivité prévisible 507

1. L'appui sur l'autorité de l'auteur de la norme dans l'ordre juridique concerné 507

2. L'appui sur la prévisibilité du risque contentieux 510

B. L'indétermination générale de l'effectivité du droit administratif global par ses sources formelles 512

1. La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité étrangère à la volonté des auteurs du droit administratif global 513

2. La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité due à la volonté des auteurs du droit administratif global 516

II. Le renforcement de l'effectivité des normes par le contenu du processus de formation 521

A. L'influence de la méthode de formation de la norme sur son effectivité 521

1. La recherche de l'adhésion des destinataires par la participation à l'élaboration 522

2. La recherche de l'adhésion des destinataires par la mise en avant de l'utilité de la norme 525

B. L'insertion de mécanismes de garantie de l'effectivité de la norme au sein du processus de formation 527

1. La prévision d'un système d'échange d'informations relatif à l'effectivité de la norme 527

2. L'intégration d'une pression sociale prévisible en vue de garantir l'effectivité de la norme 530

Section 2. L'impact des sources du droit administratif global sur son effectivité systémique 532

I. L'influence limitée des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique 536

A. La faible influence des modes formels de production du droit administratif global sur la démocratisation de la régulation globale 536

1. La désétatisation de la régulation globale confirmée par les sources formelles du droit administratif global 536

2. La fragmentation de la démocratisation globale du fait des sources formelles 539

B. L'influence certaine des interactions entre les sources sur l'effectivité du droit administratif global 541

1. La multiplication des sources du droit administratif global comme facteur de son effectivité 541

2. Les limites de la multiplication des sources sur la démocratisation de la régulation globale 541

II. L'influence déterminante des fonctions des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique 543

A. L'effectivité du droit administratif global conditionnée par les fonctions de ses sources 543

1. L'effectivité systémique du droit administratif global déterminée par les limites des besoins sociaux 544

2. L'effectivité systémique du droit administratif global conditionnée par les modalités de réponse aux besoins sociaux 545

B. L'effectivité systémique du droit administratif global grevée par son caractère utopique 547

1. L'impuissance des sources à agir sur la démocratisation de la régulation financière globale 548

2. L'encadrement de l'ineffectivité systémique du droit administratif global par ses sources 549

Conclusion du chapitre 2. ..... **552**

Conclusion du Titre Deuxième. **555**

Conclusion de la Deuxième Partie. **557**

CONCLUSION GÉNÉRALE **561**

ANNEXE. LISTE DES CODES DE CONDUITE CITES **565**

SOURCES ET RÉFÉRENCES **575**

Table des sources et références 577

INDEX THÉMATIQUE **673**

TABLE DES MATIÈRES **677**

Résumé de la thèse

Apparu aux États-Unis au milieu des années 2000, le « *Global administrative law* » est un projet de recherche visant à observer et à favoriser le développement de normes de type administratif au-delà de l'État : transparence des processus décisionnels internationaux, information et protection environnementale, consultations à propos de la gestion d'Internet *etc*. La doctrine du *GAL* part du postulat que le droit international classique ne permet pas d'analyser ces phénomènes, et rejette en particulier la notion de source du droit pour étudier le *GAL*. Sur la base d'une redéfinition du champ du droit administratif global, la présente étude a vérifié l'hypothèse selon laquelle ces nouvelles normes, procédures et standards étaient bien formés par des sources identifiables. La recherche a permis de proposer une théorie des sources formelles du droit administratif global. En enrichissant l'exposé de ses modes formels de création par une réflexion systémique sur leurs fonctions et leurs effets, il est *in fine* possible de définir le droit administratif global par ses sources : il s'agit de la branche de droit international visant à légitimer, par l'emprunt aux droits administratifs et en considération d'un principe d'apparences, le processus décisionnel global.

Abstract

The *Global Administrative Law* appeared in the United States in the mid-2000s. This research project aimed to observing and promoting the development of administrative standards beyond the state: transparency of international decision-making processes, information and environmental protection, consultations on Internet management, *etc*. *GAL*'s doctrine is based on the premise that classical international law il outdated for the analysis of these phenomena. In particular, authors rejects the notion of the source of the law for studying the *GAL*. On the basis of a redefinition of the scope of the *GAL,* this study verified the thesis that these new norms, procedures and standards were formed by identifiable sources. Finally, the research proposed a theory of the sources of Global Administrative Law. By enriching the presentation of its formal modes of creation with a systemic reflection on their functions and effects, it's ultimately possible to define the *GAL* by its sources. Indeed, the *GAL* is the branch of law intended to legitimize, through the borrowing of administrative procedures, and in consideration of a principle of appearances, the global decision-making process.