

**LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS CONCLUS ENTRE LES
ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET LES PERSONNES PRIVÉES**

Thèse pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE CERGY PARIS UNIVERSITÉ
Spécialité : Droit international public

Présentée et soutenue publiquement par

Hadeba Joseph Désiré GNOTO

le 10 décembre 2024

Directeur de thèse :

Monsieur le Professeur **Michel COSNARD**

Jury

**Mme. Marie-Clotilde RUNAVOT, Professeure à l'Université de Toulouse Capitole
(rapporteure)**

M. Valère NDIOR, Professeur à l'Université de Bretagne occidentale (rapporteur)

**Mme. Laurence USUNIER, Professeure à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
(présidente du jury)**

M. Nicola BONUCCI, avocat, ancien directeur juridique de l'OCDE

M. Michel COSNARD, Professeur à Cergy Paris Université (directeur de thèse)

*Cergy Paris Université n'entend donner aucune approbation
aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à leur auteur.*

À Kalinca et Samuelle

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude à toutes les personnes qui ont contribué par leur soutien intellectuel, matériel ou moral, à la réalisation de ma thèse.

Mes remerciements vont avant tout à l'endroit de mon directeur de thèse, le Professeur Michel Cosnard, pour son assistance permanente durant toutes les phases de préparation de la thèse. Ses conseils avisés, sa rigueur, sa disponibilité et sa diligence m'ont été d'un apport considérable dans la conduite des recherches et dans la rédaction finale de cette étude. Je me sens extrêmement privilégié de l'avoir eu comme directeur de thèse.

Je remercie également Mesdames les Professeures Marie-Clotilde Runavot ; Laurence Usunier ; Monsieur le Professeur Valère Ndior et Monsieur Nicola Bonucci, ancien directeur juridique de l'OCDE, qui ont accepté de faire partie de mon jury et dont les remarques et observations contribueront certainement à enrichir mes travaux.

Je tiens à exprimer ma reconnaissance à Monsieur Auguste Nganga-Malonga, conseiller juridique à l'OCDE, qui m'a reçu pour la première fois en 2017 dans les locaux de l'organisation afin de discuter des premières pistes de recherche liées à mon sujet ; Monsieur Vincent Menendez, conseiller juridique à l'OEB qui a eu l'amabilité de m'accorder plusieurs entretiens à distance en 2019, en 2023 puis en 2024 afin de me présenter la pratique contractuelle de l'organisation au sein de laquelle il exerce ; Monsieur Jeremy Lagelee, ancien conseiller juridique à l'Agence internationale de l'énergie qui m'a également reçu en entretien au siège de son organisation ; Monsieur Philippe Vorreux, directeur juridique du LEBM pour sa promptitude et ses conseils techniques durant nos échanges ; Madame Clémence Déléage, conseillère juridique à l'OMS et ancienne camarade de promotion qui m'a fourni toute la documentation nécessaire à l'étude de certains aspects liés à mon sujet de recherche.

Mes remerciements vont à mes collègues et anciens instructeurs du Concours Rousseau Badiant et Arnaud et Habib dont nos échanges réguliers m'ont aidé à mûrir et à concrétiser ce projet.

J'ai enfin une pensée pour ma famille et mes amis proches : ma mère Madeleine, ma sœur Eva, mes oncles André et Hubert, mes mentors Christian et Vincent, dont les prières, l'affection et l'assistance ont été une source de motivation essentielle pour la finalisation de ce projet.

Je dédie cette thèse à mon père, qui m'a transmis sa témérité et son courage et qui n'a eu de cesse de m'encourager tout au long de ce parcours.

LISTE DES ABBREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

INSTITUTIONS INTERNATIONALES

ADB	<i>Banque asiatique de développement</i>
AID	<i>Agence internationale de développement</i>
AIE	<i>Agence internationale de l'énergie</i>
AIEA	<i>Agence internationale de l'énergie atomique</i>
ASE/ESA	<i>Agence spatiale européenne</i>
BAD	<i>Banque africaine de développement</i>
BIPM	<i>Bureau international des poids et mesures</i>
BIRD	<i>Banque internationale pour la reconstruction et le développement</i>
BIT	<i>Bureau international du travail</i>
CCI	<i>Chambre de commerce internationale</i>
CEB	<i>Banque de développement du Conseil de l'Europe</i>
CERN	<i>Organisation européenne pour la recherche nucléaire</i>
CICR	<i>Comité international de la Croix-Rouge</i>
CNUCED	<i>Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement</i>
CNUDCI	<i>Commission des Nations Unies pour le droit commercial international</i>
CPI	<i>Cour pénale internationale</i>
EURATOM	<i>Communauté européenne de l'énergie atomique</i>
FAO	<i>Organisation pour l'agriculture et l'alimentation</i>
FIDA	<i>Fonds international de développement agricole</i>
FMI	<i>Fonds monétaire international</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
IFC	<i>Société financière internationale</i>
ISO	<i>Organisation internationale de normalisation</i>
LEBM	<i>Laboratoire européen de biologie moléculaire</i>
OACI	<i>Organisation de l'aviation civile internationale</i>
OAPI	<i>Organisation africaine de la propriété intellectuelle</i>
OCDE	<i>Organisation de coopération et de développement économiques</i>
OEA/ OAS	<i>Organisation des états d'Amérique</i>
OEB	<i>Office européen des brevets</i>
OIAC/ OPCW	<i>Organisation pour l'interdiction des armes chimiques</i>
OIF	<i>Organisation internationale de la francophonie</i>
OIM	<i>Organisation internationale pour les migrations</i>
OIT	<i>Organisation internationale du travail</i>
OMC	<i>Organisation mondiale du commerce</i>
OMD	<i>Organisation mondiale des douanes</i>
OMI	<i>Organisation maritime internationale</i>

OMPI	<i>Organisation mondiale de la propriété intellectuelle</i>
OMS	<i>Organisation mondiale de la santé</i>
ONU	<i>Organisation des Nations Unies</i>
ONUDI	<i>Organisation des Nations Unies pour le développement industriel</i>
OTAN	<i>Organisation du traité de l'Atlantique nord</i>
PAM	<i>Programme alimentaire mondial</i>
PNUD	<i>Programme des Nations Unies pour le développement</i>
PNUE	<i>Programme des Nations Unies pour l'environnement</i>
UA	<i>Union africaine</i>
UE	<i>Union européenne</i>
UICN	<i>Union internationale pour la conservation de la nature</i>
UIT	<i>Union internationale des télécommunications</i>
UNESCO	<i>Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture</i>
UNICEF	<i>Fonds des Nations Unies pour l'enfance</i>
UPU	<i>Union postale universelle</i>

PERIODIQUES, REVUES, RECUEILS

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AJDA	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
AJNU	<i>Annuaire juridique des Nations Unies</i>
Ann. CDI	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
Ann. IDI	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
Arch.philo.droit	<i>Archives de philosophie du droit (collection)</i>
ASDI	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
Bull.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
DA	<i>Droit administratif (Revue Lexisnexis)</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
ILDC	<i>Oxford Reports of International Law in Domestic Courts</i>
IOLR	<i>International Organizations Law Review</i>
J-CI	<i>JurisClasseur (civil, pénal...)</i>
J-CP	<i>Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale, ...)</i>
JDI	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>

JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Lebon	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i>
NYU.JILP	<i>New York University Journal of International Law and Politics</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDIC	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
RDIPP	<i>Rivisto di Diritto Internazionale private e processuale</i>
Rec.	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice</i>
Rép. civ.	<i>Répertoire Dalloz de droit civil</i>
Rép. intern.	<i>Répertoire de droit international Dalloz</i>
Rép. pr. civ.	<i>Répertoire de procédure civile Dalloz</i>
Rev. arb.	<i>Revue de l'arbitrage</i>
Rev. crit. DIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RIDE	<i>Revue internationale de droit économique</i>
RSA	<i>Recueil des sentences arbitrales</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD Com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>

ORGANES, SOCIETES SAVANTES

CDI	<i>Commission du droit international</i>
CEDIN	<i>Centre de droit international de Nanterre</i>
CRDP	<i>Centre de recherche en droit public</i>
EFrag	<i>European Financial Reporting Advisory Group</i>
EPSO	<i>Office européen de sélection du personnel</i>
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i>
IDI	<i>Institut de droit international</i>
NSPO	<i>Nato Support and Procurement Organisation</i>
SFDI	<i>Société française pour le droit international</i>

CONVENTIONS INTERNATIONALES

CEDH *Convention européenne des droits de l'homme*

TFUE *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*

TEXTES LEGISLATIFS

C. Civ *Code civil*

FSIA *Foreign Sovereign Immunities Act*

IOIA *International Organizations Immunities Act*

RGPD *Règlement général sur la protection des données*

JURIDICTIONS

CA *Cour d'appel*

CAA *Cour administrative d'appel*

Cass. *Cour de cassation*

CE *Communautés européennes*

CE *Conseil d'état*

CIJ *Cour internationale de justice*

CIRDI *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*

Civ. *Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation*

CJCE *Cour de justice des communautés européennes*

CJUE *Cour de justice de l'Union européenne*

Com. *Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation*

Cour EDH *Cour européenne des droits de l'Homme*

CPJI *Cour permanente de justice internationale*

E.D.N.Y *Eastern District of New York*

S.D.N.Y *Southern District of New York*

TAOIT *Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail*

SOMMAIRE

PARTIE 1 : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

TITRE 1 : L'OFFRE JURIDIQUE APPLICABLE AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

Chapitre 1 : l'applicabilité du droit International public aux contrats d'organisation Internationale

Chapitre 2 : La détermination du droit objectivement applicable aux contrats d'organisation internationale

TITRE 2 : LA DÉSIGNATION DU DROIT APPLICABLE PAR UN ORGANE TIERS

Chapitre 1 : L'impossible détermination du droit applicable en cas de recours unilatéral au juge national par la personne privée

Chapitre 2 : La préférence pour l'arbitrage dans la détermination du droit applicable

PARTIE 2 : L'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE

TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LA MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

Chapitre 1 : L'évolution du rôle de la volonté en droit international

Chapitre 2 : L'importance de la phase précontractuelle dans le choix du droit applicable

TITRE 2 : LE RECOURS AU CONCEPT DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL DANS L'INSTITUTION DES RÈGLEMENTS DE PASSATION DE MARCHÉS

Chapitre 1 : Le concept de droit administratif global

Chapitre 2 : Le rôle du droit administratif global dans l'encadrement des marchés passés par les organisations internationales

AVERTISSEMENT

Certains documents cités dans la présente étude sont uniquement disponibles en version dématérialisée et accessibles sur le site internet de leurs auteurs. Ces documents peuvent être consultés aux adresses fournies en note de bas de page.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹.

2. La définition synthétique du contrat posée par le Code civil français contient en réalité tous les aspects particuliers qui font l'originalité de cet instrument ; le contrat est avant tout un instrument d'échange. Chaque contrat est composé d'un ensemble d'obligations spécifiques rattachées à des objectifs précis qui sont conçus selon la volonté des parties. Avec la notion de contrat,

*« il est question de volonté, de consentement, d'obligation, de promesse, d'engagement et de fidélité à ses engagements, de coopération, de sanction, de lien et aussi de ruptures et de violations »*².

3. Le contrat matérialise l'engagement volontaire des parties, leur consentement à établir un cadre juridique de référence à leurs échanges économiques³. De même, le contrat fournit lui-même le cadre de régulation des obligations entre les parties. Il institue des mécanismes destinés à s'assurer que les parties respectent les engagements qu'elles ont pris⁴. Max Weber l'identifie comme un mode de création de droits subjectifs⁵, « une activité de législation concédée plus ou moins libéralement à l'autonomie des justiciables »⁶.

4. La pensée libérale rattachée à la notion du contrat ne pose pas uniquement le problème de la place du droit objectif dans la régulation du contrat. Si l'on considère que le contrat constitue le point de rencontre de volontés, il est aussi l'aboutissement d'une conciliation d'intérêts — parfois divergents — en vue de parvenir à l'exécution finale du contrat. La question de la coordination des intérêts des parties constitue l'enjeu principal de la négociation contractuelle et peut être réglée notamment à travers le choix du droit adéquat au contrat. Les dispositions de la loi choisie sont déterminantes puisqu'elles vont déterminer les droits et les obligations des parties, les modalités d'exécution et les conséquences en cas de défaut d'exécution du contrat.

¹ Art. 1101, C. civ.

² Y. PESQUEUX, « Contrat, contrat social et contrat psychologique », *HAL-Open science*, 2020, ffhalshs02910764, p. 2.

³ J-G. BELLEY, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1988, p. 285.

⁴ E. BROUSSEAU, « Théorie des contrats, coordination interentreprises et frontières de la firme », in P. GARROUSTE (dir.), *Les frontières de la firme*, Paris, Economica, 1997, p. 29.

⁵ M. WEBER, *Sociologie du droit*, Traduction de Jacques Grosclaude, Paris, PUF, 2013, p. 78.

⁶ J-G. BELLEY, *op.cit.*, p. 282.

En cas de litige, l'organe juridictionnel compétent pourra également s'appuyer sur ces règles pour rendre sa décision.

5. Lorsque les éléments principaux de la relation sont localisés au sein d'un même ordre juridique interne, les parties pourraient avoir une forte propension à choisir le droit national pour des raisons de commodité. En revanche, la situation est tout autre en présence d'un élément d'internationalité dans le contrat et les règles de droit international privé peuvent être sollicitées. En matière contractuelle, les instruments conventionnels comme le Règlement Rome I⁷ ou encore la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise⁸ établissent des règles de conflit en matière contractuelle. Ces conventions donnent la part belle à l'autonomie de la volonté, qui est complétée par d'autres règles spécifiques.

6. Plus complexes sont encore les relations contractuelles entre les parties de nature juridique différente, en particulier les contrats entre les personnes privées et les personnes publiques. L'encadrement juridique de ce type de contrat requiert une attention particulière au regard de l'originalité du rapport juridique et surtout compte tenu du risque de déséquilibre contractuel entre les parties.

7. Les contrats conclus entre les organisations internationales et les personnes privées entrent dans la catégorie de ces contrats complexes. L'étude du droit applicable à ces contrats permet de révéler des enjeux juridiques et même économiques importants, des intérêts bien souvent divergents entre les parties, dont la conciliation passe parfois par des compromis ou innovations juridiques.

Section 1. Délimitation du champ de l'étude

8. L'originalité du rapport contractuel tient à la présence de l'organisation internationale. Sa nature, ses principes et ses intérêts en font à elle seule un élément de complexification dans la recherche du droit applicable (I).

9. Ensuite, au-delà des questions liées au déséquilibre économique, coexiste un déséquilibre structurel ou relationnel du rapport contractuel. Parce qu'il est un instrument juridique au service de l'organisation internationale, le contrat entre l'organisation internationale et la personne privée est marqué par une forte verticalité des rapports. L'organisation internationale conclut avant tout un contrat orienté vers la satisfaction de ses besoins et l'accomplissement de

⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁸ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

ses missions. Cette particularité a des conséquences sur la qualification juridique des contrats passés par les organisations internationales et soulève le problème de l'adéquation du droit applicable à la spécificité structurelle et substantielle du contrat (II).

I. L'originalité du rapport : la présence de l'organisation internationale

10. Afin de mieux comprendre la singularité des contrats conclus par les organisations internationales, il convient dans un premier temps d'analyser la notion d'organisation internationale et les différentes typologies qui peuvent en être tirées (A). La particularité de l'organisation internationale découle du fait qu'on lui reconnaît la personnalité internationale. Cet attribut constitue le moteur de ses activités et apporte un élément de complexification supplémentaire dans l'analyse du droit applicable aux contrats passés par les organisations internationales (B).

A. La notion d'organisation internationale

11. La notion d'organisation internationale a fait l'objet de plusieurs propositions de définition. Le lexique des termes juridiques la définit comme un :

« groupement permanent d'États disposant de la personnalité juridique internationale et dotée d'organes ayant des compétences propres destinées à exprimer, sur des matières d'intérêt commun, une volonté distincte de celle des États membres »⁹.

12. Selon cette définition, une organisation internationale ne peut être qualifiée comme telle que si elle est composée exclusivement d'États. Cette approche statocentrée ne tient pas compte de l'évolution et de la diversification des formes de coopération internationale et de ses acteurs.

13. Ainsi, une approche plus large et inclusive a été proposée par Evelyne Lagrange qui considère l'organisation internationale comme :

« un agencement permanent, récurrent ou durable, des rapports entre des acteurs privés évoluant dans une pluralité d'ordres juridiques nationaux et/ou des autorités publiques (nationales ou internationales) dont l'objet est d'appréhender des questions d'intérêt international aux fins de concertation, coordination ou intégration de leurs actions ou de règlement de différends internationaux ou transnationaux »¹⁰.

14. Cette définition se démarque de l'intergouvernementalité qui constitue l'élément central, voire exclusif de la définition classique de l'organisation internationale et favorise la prise en

⁹ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, 32^e éd., Paris, Dalloz, 2024, p. 772.

¹⁰ E. LAGRANGE, « La catégorie "organisation internationale" », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 41.

compte de nouvelles formes d'organisations qui incluent les organisations intergouvernementales, mais aussi les organisations non gouvernementales ou encore les organisations internationales hybrides ou publiques-privées, dès lors que celles-ci défendent une question d'intérêt international et sont capables d'agir de manière autonome.

15. Deux catégories bien distinctes ressortent de la conception large des organisations internationales. En premier lieu, les organisations intergouvernementales ou organisations internationales publiques¹¹ qui peuvent être définies comme :

*« toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États »*¹².

16. La deuxième catégorie est constituée par les organisations non gouvernementales ou privées, qui regroupent des entités privées — association, fondation, etc. — poursuivant, par-dessus les frontières étatiques, la satisfaction d'intérêts ou d'idéaux communs¹³. Ces organisations présentent trois caractéristiques principales : elles sont d'initiative privée ou non publique. En outre, elles mènent des activités à but non lucratif contrairement aux entreprises commerciales. Enfin, elles sont créées dans le cadre d'une législation nationale particulière et soumises aux règles régissant les personnes morales de droit privé du lieu de leur création¹⁴. C'est le cas du Comité international de la Croix-Rouge, Amnesty International, Médecins sans frontières, etc.

17. Cette étude entend s'appuyer sur la singularité du rapport contractuel entre l'organisation internationale et la personne privée. Or, malgré leurs missions d'intérêt international, les organisations internationales privées restent des entités privées soumises à un droit national. De plus,

*« la norme de droit international n'atteint ces catégories que par la médiation de l'État ; il appartient à celui-ci d'admettre le droit, pour ces personnes privées, de pouvoir revendiquer l'application directe de la norme internationale »*¹⁵.

18. En revanche, l'organisation internationale publique découle nécessairement d'un instrument régi par le droit international. C'est la raison pour laquelle la présente étude s'intéressera principalement aux contrats conclus par les organisations internationales publiques.

¹¹ H. SCHERMERS, N. BLOKKER, *International Institutional Law*, 5^e éd., Leiden, Brill/Nijhoff, 2011, pp. 1-64.

¹² Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, *Ann. CDI*, 2011, vol. II, article 2.

¹³ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op.cit.*, p. 773.

¹⁴ R. RANJEVA, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, vol. 270, 1997, p. 21.

¹⁵ *Ibid.*, p. 23 ; tel est le cas du CICR.

19. Les organisations internationales ont aujourd'hui la capacité de mener certaines activités contractuelles en raison de la personnalité juridique qui leur est généralement reconnue.

B. La personnalité juridique de l'organisation internationale : élément de complexification du contrat

20. Créée pour un but et conçue par les États-membres pour remplir des missions bien définies, l'organisation internationale a pourtant la particularité de se détacher de l'emprise de ses membres fondateurs, qui acceptent volontairement de conditionner leur souveraineté dans les domaines qui relèvent des compétences de l'organisation qu'elles ont instituées¹⁶. Toutefois, cette démarcation institutionnelle vis-à-vis de l'État ne suffit pas pour permettre à l'organisation internationale d'exercer pleinement ses fonctions. Il lui faut un statut juridique qui soit à même de concrétiser son assise. Il lui faut une personnalité juridique qui lui permet d'interagir à la fois dans l'ordre international, mais surtout dans l'ordre interne tout en préservant son indépendance vis-à-vis des États-membres¹⁷. La personnalité juridique peut être définie comme « l'aptitude à être titulaire de droits et obligations qui trouvent leur source dans un ordre juridique »¹⁸.

21. En tant que sujet de droit international, l'organisation internationale possède deux types de personnalité juridique : la personnalité interne et la personnalité internationale. La personnalité interne de l'organisation internationale lui permet d'accomplir des actes — y compris contractuels — dans l'ordre juridique dans lequel elle opère. En l'absence d'assise territoriale, la personnalité interne permet à l'organisation internationale de bénéficier de la capacité opérationnelle dont elle a besoin pour accomplir ses missions sur le territoire d'un État-membre. Elle peut être prévue dès la signature de l'acte constitutif de l'organisation internationale. Par exemple, l'article 104 de la Charte des Nations Unies dispose que : « l'Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses membres, de la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts ».

22. La personnalité juridique interne de l'organisation internationale peut être aussi consacrée dans l'accord de siège. Dans ce cas, elle est circonscrite à l'ordre juridique de l'État hôte. Cet accord a pour objectif de régler de manière détaillée les questions qui ne sont pas abordées ou

¹⁶ Y. KERBRAT, P-M. DUPUY, *Droit international public*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 174.

¹⁷ CDI, « Deuxième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales », rapport présenté par L. GONZÁLEZ, *Ann.CDI*, 1985, vol.2, document A/CN.4/391 et Add.1, p. 108.

¹⁸ J-C. MARTIN, « La personnalité juridique interne de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL, *Droit des organisations internationales, op.cit.*, p. 466.

qui ne le sont pas suffisamment dans l'acte constitutif de l'organisation internationale¹⁹. À titre d'exemple, l'accord entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce prévoit que :

*« Le Conseil fédéral suisse reconnaît la personnalité juridique internationale et la capacité juridique en Suisse de l'Organisation. Elle a notamment la capacité de contracter, d'acquérir et d'aliéner des biens immobiliers et mobiliers, ainsi que d'ester en justice »*²⁰.

L'article 2 de l'accord entre le CERN et le gouvernement français relatif au statut juridique de ladite organisation en France dispose que :

*« Le Gouvernement de la République française reconnaît la personnalité civile de l'Organisation et sa capacité de contracter, d'acquérir et d'aliéner les biens mobiliers et immobiliers nécessaires à l'exercice de ses fonctions et d'ester en justice »*²¹.

23. En outre, la personnalité interne de l'organisation internationale peut être reconnue par les législations nationales. En raison de ses activités, l'organisation internationale installe souvent ses bureaux dans plusieurs États membres, entraînant l'inapplicabilité de l'accord de siège dans ces États. Il est dès lors nécessaire que les États membres lui reconnaissent la capacité juridique sur leur territoire et définissent les modalités de mise en œuvre de cette capacité. Celle-ci peut être assortie de conditions, voire limitée dans l'exécution de certaines prestations, mais les cas restent tout de même exceptionnels²².

24. Pour autant, la reconnaissance d'une capacité juridique de l'organisation internationale au sein d'un ordre juridique interne ne conduit pas à la soumettre au même régime qu'une personne privée. La personnalité juridique interne constitue simplement « un indice de la volonté des États membres d'attribuer à l'organisation des moyens juridiques autonomes »²³, et les organisations internationales peuvent exercer leurs activités dans le cadre de leur mission dès lors que la personnalité internationale leur est reconnue.

25. La personnalité internationale a été reconnue dans la célèbre *affaire des réparations*. Invitée à se prononcer sur la qualité de l'ONU, en l'absence de mention expresse dans sa Charte, pour présenter contre le gouvernement *de jure ou de facto* responsable, une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation des dommages causés à l'organisation et à l'un de

¹⁹ Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (suite), *Projet de principes de base devant régir l'accord de siège à négocier entre la Cour et le pays hôte*, 26 avril 2002, PCNICC/2002/1/Add.1, Point I.1.d.

²⁰ Accord entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse, entrée en vigueur le 2 juin 1995, article 2.

²¹ Le CERN a son siège en Suisse et son statut est déjà défini par l'Accord de siège signé avec le Conseil fédéral suisse le 11 juin 1995. La présente convention a été signée dans le cadre de l'extension du domaine du CERN sur le territoire français.

²² C'est le cas au Mexique, où l'acquisition d'immeubles par l'ONU est interdite. Voir rapport de la CDI, « Relations entre les États et les organisations internationales », *Ann. CDI*, 1967, vol.2, p. 230.

²³ Y. KERBRAT, P.-M. DUPUY, *op.cit.*, p. 177.

ses agents, la CIJ a reconnu la personnalité internationale de l'ONU au regard des attributs qui lui ont été octroyés par la Charte : organes, missions propres, autonomie vis-à-vis des États membres, conclusion de convention, privilèges et immunités²⁴. De l'avis de la Cour :

« l'organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits — et elle l'a fait — qui ne peuvent s'expliquer que si l'organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international »²⁵.

26. Après avoir reconnu la personnalité internationale de l'organisation internationale, la Cour précise que :

« ceci n'équivaut pas à dire que l'organisation soit un État, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un État [...] Cela signifie que l'organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »²⁶.

27. La personnalité internationale permet aux organisations internationales d'entretenir des relations avec les autres sujets de droit international. Elle garantit l'indépendance fonctionnelle de l'organisation et la met à l'abri de toute interférence de la part des États membres²⁷. Toutefois, les organisations internationales sont régies par un principe de spécialité. Cela signifie qu'elles agissent dans le strict respect des compétences qui leur ont été créées par les États membres et dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir²⁸.

28. Au-delà de sa consécration jurisprudentielle, la personnalité internationale est consacrée dans les actes constitutifs de plusieurs organisations internationales. L'article 4 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que : « la Cour a la personnalité juridique internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission »²⁹. Certains textes ne font pas de distinction entre les deux types de personnalité. Par exemple, l'article 16 de l'acte constitutif de la FAO prévoit que : « l'Organisation a la personnalité juridique pour accomplir tout acte juridique conforme à son objet dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le présent acte »³⁰.

²⁴ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 178.

²⁵ *Ibid.*, p. 179.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ M. BETTATI, « Création et personnalité juridique des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1998, p. 153.

²⁸ CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État lors d'un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, §25.

²⁹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n^o. 38544.

³⁰ Acte constitutif de la FAO, entré en vigueur le 19 février 1947.

29. Dans certaines conventions, la personnalité internationale de l'organisation internationale n'est pas expressément mentionnée, mais découle des capacités qui lui sont reconnues. C'est le cas de l'OMPI dont le traité constitutif prévoit que :

« 1) L'Organisation jouit, sur le territoire de chaque État membre, conformément aux lois de cet État, de la capacité juridique nécessaire pour atteindre son but et exercer ses fonctions.

2) L'Organisation conclut un accord de siège avec la Confédération suisse et avec tout autre État où le siège pourrait être fixé par la suite.

3) L'Organisation peut conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux avec les autres États membres pour s'assurer, ainsi qu'à ses fonctionnaires et aux représentants de tous les États membres, la jouissance des privilèges et immunités nécessaires pour atteindre son but et exercer ses fonctions »³¹.

30. Sur le plan contractuel, la personnalité internationale confère une primauté à la volonté de l'organisation internationale. Cette volonté est liée aux missions qui lui sont conférées par les États membres et aux moyens qui lui sont reconnus pour les exercer. De ce fait, les organisations internationales prévoient des moyens d'action adaptés à leur mission d'intérêt public international et créent le cadre réglementaire favorable. Les caractères de l'organisation internationale permettent de percevoir les dimensions de sa volonté et réduisent les capacités d'action du cocontractant. Ainsi :

« le fondement du droit applicable aux contrats d'organisation internationale se trouve dans l'étendue de la personnalité juridique de l'organisation. La volonté du contractant y est de peu de poids »³².

31. Les prérogatives octroyées à l'organisation et qui découlent de sa personnalité juridique nécessitent alors une analyse de sa politique contractuelle à travers l'identification des contrats d'organisation internationale³³.

II. L'identification des contrats d'organisation internationale

32. Les contrats d'organisation internationale ne sont plus uniquement un cadre d'échange de volontés. Ils deviennent des outils d'action à la disposition de l'organisation. Par conséquent, les contrats conclus sont liés dans leur formation aux activités et aux missions de l'organisation. On les identifie dans l'ordre interne des organisations internationales, qui prévoit leur régime juridique. Ces contrats présentant des traits communs avec les contrats de droit privé, les

³¹ Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, signée à Stockholm le 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979.

³² J-P. COLIN, M. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *RDIC*, 1992, p. 14.

³³ Le terme "contrats d'organisation internationale" sera employé dans le cadre de cette étude pour désigner les contrats conclus entre les organisations internationales et les personnes privées.

contrats internationaux, et même les contrats administratifs, mais gardent toutefois certaines différences par la simple présence de l'organisation internationale. Afin de mieux les identifier et de poursuivre la délimitation du champ de l'étude, une typologie peut être dressée sur la base de critères personnels (A) ou matériels (B).

A. *Distinction rationae personae*

33. Cette typologie repose sur l'identification du cocontractant et sur l'existence ou non de liens avec l'organisation internationale. Sur cette base, on peut distinguer deux catégories de contrats : les contrats internes des organisations internationales et les contrats externes.

34. Les contrats dits internes sont conclus entre l'organisation internationale et ses agents. Ces derniers agissent pour le compte et sous le contrôle de l'organisation. Le droit applicable aux contrats est donc :

« un droit propre à l'organisation internationale, reposant sur le statut du personnel (adopté par les organes intergouvernementaux de l'organisation) et le règlement du personnel (adopté par le chef de l'administration) »³⁴.

35. Les contrats externes sont caractérisés par l'absence de lien fonctionnel entre l'organisation internationale et la personne privée. Il s'agit de contrats classiques d'achat, de travaux, de fournitures ou encore des contrats de prestation de service.

36. Le régime juridique des contrats internes ne pose pas de difficulté ; ceux-ci sont régis par le droit interne de l'organisation, mais aussi par le droit de la fonction publique internationale. L'analyse sera recentrée essentiellement sur les contrats externes, qui reflètent clairement la rencontre de deux entités au statut juridique différent. Certains aspects intéressant les contrats internes seront tout de même abordés à titre accessoire.

B. *Distinction rationae materiae*

37. La distinction *rationae materiae* consiste à classer les contrats externes selon leur objet et leur fonction. On distingue les contrats de la vie courante des contrats liés à l'exécution de missions spécifiques de l'organisation internationale.

38. Les contrats de la vie courante sont des contrats de gestion, de simple administration des affaires courantes qui sont souvent indirectement liés aux missions de l'organisation

³⁴ A. GESLIN, « Les agents des organisations internationales », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL, *Droit des organisations internationales*, op.cit., p. 527.

internationale³⁵. Ces contrats sont conclus pour l'exécution de certaines prestations domestiques : achats de billets d'avion, réservations d'hôtel etc. La deuxième catégorie concerne les contrats liés à l'exécution de missions spécifiques de l'organisation. Ces contrats ont pour objet de confier au cocontractant privé l'exécution même du service public international³⁶. Il s'agit également de contrats qui sont d'une grande importance économique pour l'organisation internationale : contrats de fourniture de marchandises essentielles pour l'organisation, contrats de travaux en vue de l'activité propre de l'organisation internationale³⁷.

39. La distinction peut conserver son intérêt dans la pratique, car elle transcrit tout de même une réalité qui peut paraître trop simpliste, mais qui mérite d'être prise en compte dans l'étude du droit applicable. Dans le cadre d'un contrat courant, le droit applicable peut être choisi pour des raisons de commodité ou de simplicité sans qu'il ne soit nécessaire de rechercher un enjeu particulier. En revanche, une attention particulière pourrait être portée aux contrats qui touchent un domaine sensible de l'activité de l'organisation internationale et dont l'objet du contrat suscite beaucoup plus d'intérêt.

40. Pourtant, la distinction selon le critère fonctionnel n'est pas toujours admise aussi bien par la doctrine que dans la pratique. Il lui est reproché d'établir une différence entre des contrats qui poursuivent finalement les mêmes objectifs et qui sont rattachés au principe de spécialité de l'organisation internationale³⁸. De même, la personnalité juridique reconnue à l'organisation internationale ne l'oblige pas à soumettre ses contrats courants au droit national. Il faudrait se garder de construire une théorie des contrats d'organisation internationale, tant chaque contrat est affecté à un objectif particulier³⁹. Le raisonnement doit varier selon le cadre juridique propre à chaque organisation internationale et il est préférable d'éviter de s'enfermer dans une catégorisation rigide pour une question qui relève de la pratique et dépend de la particularité de chaque organisation internationale. Dans le cadre de la présente étude, la classification sera seulement utilisée à titre indicatif dans le but de faire ressortir les enjeux spécifiques dans certaines situations particulières.

³⁵ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1987, p. 530.

³⁶ M. SINKONDO, « Le rôle de la volonté de l'organisation internationale dans la détermination du droit applicable aux contrats conclus avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 371.

³⁷ F. SEYERSTED, « Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties », *RCADI*, vol. 122, 1969, p. 766.

³⁸ Entretien avec P. VORREUX, directeur juridique du LBEM, le 26 avril 2023.

³⁹ M. SINKONDO, « Le rôle de la volonté de l'organisation internationale dans la détermination du droit applicable aux contrats conclus avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 374.

Section 2. L'objet de l'étude

A. Problématique de l'étude

41. Quelques remarques préalables doivent être apportées sur les raisons de l'emploi du mot « droit » applicable au lieu de « loi » applicable. Le choix du terme « droit » est beaucoup plus vaste en ce qu'il est entendu comme : « un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée — et plus ou moins organisée — régissent les rapports entre les hommes »⁴⁰. Le droit englobe aussi bien les règles législatives — donc la loi — que coutumières ou jurisprudentielles. Il peut être d'origine étatique ou internationale. En revanche, le sens du mot « loi » désigne :

« tant les règles générales que les dispositions spéciales émanant des autorités, ayant le pouvoir législatif, par opposition aux règles et actes émanant du pouvoir exécutif, c'est-à-dire des autorités chargées surtout de veiller à l'exécution des lois »⁴¹.

42. Or, les contrats d'organisation internationale se distinguent par leur grande variété et leur encadrement juridique peut présenter des originalités. Il est indispensable d'élargir le champ d'étude en tenant compte des règles qui ne correspondent pas à la définition restrictive de la loi.

43. D'apparence beaucoup moins complexe, le choix du droit applicable aux contrats d'organisation internationale dévolu aux parties présente finalement un enjeu majeur compte tenu de l'antagonisme des intérêts entre l'organisation internationale, dotée de la personnalité internationale et figée sur l'accomplissement de ses missions, et la personne privée. Le droit applicable est au carrefour de plusieurs intérêts et pourrait être investi d'une fonction soit double soit alternative. D'un côté, le droit applicable doit préserver les intérêts de l'organisation internationale, et permettre d'attirer les cocontractants les mieux à même de répondre à ses besoins et lui fournir des prestations de qualité. D'un autre côté, le droit applicable présente un enjeu de sécurité juridique pour la personne privée qui fournit un investissement économique dans le contrat et dont le cocontractant possède plusieurs moyens d'action juridique liés à son statut.

B. Annonce du plan

44. La première partie de l'étude est plus théorique et s'intéresse à l'environnement juridique des contrats d'organisation internationale ainsi qu'aux droits potentiellement applicables compte tenu de certains critères de rattachement avec ces contrats. L'objectif consiste alors à

⁴⁰ F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2024, p. 35.

⁴¹ *Ibid.*, p. 465.

analyser et à faire ressortir le ou les droits qui sauraient répondre aux mieux aux intérêts des parties.

45. La seconde partie est beaucoup plus pragmatique ; les contrats d'organisation internationale sont avant tout des contrats au service des organisations internationales. L'influence de leur volonté est bien réelle et va se traduire par l'édiction d'instruments juridiques qui encadreront les contrats. Face à cette situation, l'intérêt de protection de la personne privée devient alors l'enjeu principal du droit applicable.

PARTIE I :
L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES CONTRATS
D'ORGANISATION INTERNATIONALE

46. Les actes juridiques conclus par les organisations internationales avec les personnes privées sont avant tout des contrats. Une classification plus précise permettrait de les placer dans la catégorie des contrats internationaux. Sans entrer dans les détails conceptuels de la notion de contrat international, une définition basique peut être proposée ; le contrat est international lorsque :

« par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet il a des liens avec plus d'un système juridique »⁴².

47. Parce que les contrats d'organisation internationale entrent dans la catégorie des contrats internationaux, la recherche du droit applicable nécessitera avant tout l'emploi des mêmes méthodes de détermination du droit applicable que pour n'importe quel contrat international. À cet égard, l'on aura recours aux méthodes de droit international privé pour rechercher le droit applicable. En effet, le droit international privé est perçu comme le « droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans les relations juridiques internationales »⁴³.

48. La mise en œuvre des règles de droit international privé doit surtout tenir compte de la spécificité du contrat. Le droit dégagé doit pouvoir s'adapter à la mouture particulière des contrats d'organisation. Cette démarche est importante, car elle nous permet de découvrir des innovations dans l'encadrement juridique d'un tel contrat, avec des possibilités d'application du droit interne de l'organisation internationale, ou encore du droit international public.

49. En matière contractuelle, le principe applicable est l'autonomie de la volonté. En vertu de ce principe, les parties peuvent librement choisir le droit qu'elles entendent appliquer à leur relation contractuelle⁴⁴. Le principe de l'autonomie de la volonté couvre tout le processus dans le cadre des organisations internationales, ce qui veut dire que l'intérêt des parties se manifestera dans l'expression de leur volonté lors du choix du droit applicable.

50. Avant d'aborder avec plus de précisions les implications du principe de l'autonomie de la volonté, il convient d'explorer le ou les droits qui peuvent être choisis dans un contrat d'organisation internationale, le fondement d'un tel choix et surtout l'adaptation du droit choisi au contrat d'organisation internationale. (TITRE I).

51. Si le droit retenu découle du choix des parties, celles-ci peuvent dans certaines hypothèses rester silencieuses sur le droit applicable. Dans ce cas, l'organe juridictionnel saisi en cas de contentieux pourrait désigner le droit applicable au contrat (TITRE II).

⁴² H. BATTIFOL, « Contrats et conventions », *Rep. intern.*, n° 9, p. 564.

⁴³ P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 10.

⁴⁴ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2023, p. 213.

TITRE 1 : L'OFFRE JURIDIQUE APPLICABLE AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

52. Théoriquement, les contrats d'organisation internationale peuvent être régis par n'importe quel droit. Le choix est large d'autant plus que la présence de l'organisation internationale dans le contrat mobilise son propre droit interne. Cependant, l'enjeu ne réside pas dans le choix exprès d'un droit, mais dans l'aptitude du droit choisi à répondre à la particularité du contrat, puis à l'intérêt des parties.

53. Les organisations internationales bénéficient de la personnalité juridique internationale. De ce fait, la prise en compte de la dimension internationale du contrat peut ouvrir la possibilité d'appliquer le droit international public (CHAPITRE I). En dehors de cette hypothèse, les parties peuvent choisir d'appliquer le droit national, ou le droit interne de l'organisation internationale (CHAPITRE II).

CHAPITRE 1 : L'APPLICABILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

54. En tant que sujets de droit international, les organisations internationales accomplissent leurs missions à l'aune du droit international public. En effet, les activités des organisations internationales sont pour la plupart encadrées par des règles de droit international public. Dans cette même veine, l'on en vient à se demander si le droit international public pourrait, par extension, encadrer les contrats passés par les organisations internationales avec les personnes privées. Poser la question revient à évaluer la capacité des normes de droit international public, conçues pour encadrer les relations entre les sujets de droit international, à régir un contrat dans lequel une seule partie détient cette qualité.

55. Du point de vue des intérêts, l'enjeu reste d'évaluer le rôle du droit international public en tant que moyen d'équilibre des intérêts, ou, au contraire, en tant que facteur aggravant le déséquilibre entre les parties.

56. La doctrine a souvent critiqué l'idée d'appliquer le droit international public aux contrats entre l'organisation internationale, sujet de droit international, et une personne privée. Mais là encore, certains mécanismes ont révélé son utilité (Section I). L'évolution des règles en la matière a ouvert certaines perspectives quant à l'intervention du droit international public dans les contrats d'organisation internationale. (Section II).

Section I. Une applicabilité contestée : exposé du débat doctrinal

57. Le débat sur l'applicabilité du droit international public résulte du caractère hybride du contrat d'organisation internationale. Ce caractère n'implique pas seulement une différence de nature, mais un saut dans l'inconnu pour la personne privée. Les contrats d'organisation internationale opèrent dans un environnement dans lequel cohabitent des normes juridiques d'origines diverses, dont le droit international public. Mais le point de discorde intervient lorsqu'on remet en question la capacité du droit international public à régir un acte juridique qui n'est pas conclu avec un sujet de droit international. Résoudre la question revient à confirmer ou à infirmer l'affirmation selon laquelle le droit international public contiendrait « matériellement » des règles qui s'appliqueraient directement aux contrats. En cas de réponse positive, la question sous-jacente est relative à l'identification concrète de ces règles.

58. Devant cette incertitude, la jurisprudence internationale a très tôt opté pour une solution de prudence. Dans l'affaire *des emprunts serbes*, la CPJI a retenu que : « tout contrat qui n'est pas

un contrat entre des États en tant que sujet du droit international a son fondement dans une loi nationale »⁴⁵. C'est sur ce fondement que s'appuient plusieurs auteurs pour justifier l'application exclusive d'un droit national aux contrats d'organisation internationale.

59. En revanche, d'autres auteurs vont rejeter cette position et s'appuyer sur des affaires similaires qui retiennent l'applicabilité du droit international public. Cette applicabilité n'est pas spécifiquement abordée à l'égard des contrats entre les organisations internationales et les personnes privées, mais concerne de manière générale toutes les relations contractuelles entre les sujets de droit international d'une part, et les personnes privées d'autre part.

60. Nous analyserons successivement la position de la doctrine qui soutient l'applicabilité du droit international public aux contrats entre un individu et un sujet de droit international (Paragraphe 1), puis aux auteurs qui réfutent l'aptitude du droit international public à prendre en charge la relation contractuelle entre un sujet de droit international et une personne privée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La thèse de l'application autonome du droit international public aux contrats d'organisation internationale

61. L'applicabilité du droit international public aux contrats dont l'une des parties est un sujet de droit international a été soutenue par une partie de la doctrine. Les travaux de Mann, Jenks et du doyen Battifol peuvent servir de base dans le cadre de cette étude. Même si ces auteurs défendent unanimement la légitimité de l'application du droit international public (A), des différences apparaissent dans leurs œuvres à propos du contenu des règles du droit international public (B).

A. Applicabilité théorique du droit international public aux contrats d'organisation internationale

62. Le point de départ de la doctrine qui soutient l'application du droit international public est avant tout la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté. C'est dans le choix du droit en question qu'une partie de la doctrine se positionne en faveur de l'applicabilité du droit international public.

⁴⁵ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n°20/21, p. 41.

63. Mann soutient à cet égard que le choix du droit international public par les parties peut être explicite ou implicite, par exemple lorsque les parties choisissent une juridiction internationale dans le cadre du règlement de leur différend⁴⁶. Jenks est plus incisif sur la liberté des parties dans le choix du droit applicable. Il affirme ainsi que:

*« there is nothing to preclude an international body corporate from entering into a contract governed by public international law, even although the other party may not be a subject of international law »*⁴⁷.

Ainsi donc, le droit international public, qui n'est pas, *proprio motu*, le droit applicable aux contrats entre un sujet de droit international et une personne privée, peut le devenir par la seule volonté des parties.

64. Si les parties ont la possibilité de choisir le droit international public, on peut remettre en question les raisons qui motivent ce choix. Pour fonder davantage la légitimité du droit international public, Mann commence par rejeter l'interprétation du principe d'autonomie de la volonté qui conduit à appliquer un droit « localisé » c'est-à-dire un droit ayant une assise spatiale⁴⁸. Il préfère l'interprétation du droit applicable en tant que « centre de gravité ». Cette conception, qui met l'accent sur le droit qui a des liens les plus étroits avec le contrat, s'éloignerait du critère de localisation et permettrait l'application du droit international public.

65. Posant ce fondement, Mann relève certaines circonstances concrètes qui justifient l'application du droit international public. Par exemple, il soulève l'hypothèse dans laquelle le droit local choisi par les parties est inadapté à la relation contractuelle. C'est le cas lorsque les parties choisissent le droit d'un pays dont le système juridique n'est pas suffisamment développé pour des raisons structurelles ou politiques. À cette circonstance, peut s'ajouter la méfiance de l'une ou de l'autre partie à l'égard du droit interne de l'organisation internationale ou du droit rattaché à la personne privée⁴⁹. Dans ce cas, le droit international public apparaît comme un excellent compromis.

66. Mais là encore, l'application du droit international public aux contrats d'organisation internationale peut se heurter à l'obstacle de son champ d'application limité. En effet, l'objection classique selon laquelle les règles de droit international public ont pour uniques destinataires les sujets de droit international peut être soulevée. De ce fait, le droit international public s'appliquerait difficilement à une relation contractuelle dans laquelle une seule partie possède cette qualité. Répondant à cette objection, Mann va apporter une tout autre lecture du principe. Pour lui, le champ d'application d'une règle peut changer dès lors qu'il s'applique

⁴⁶ F.A MANN, « The Proper Law of Contracts », vol. 34, *BYIL*, 1959, p. 50.

⁴⁷ C.W JENKS, *The Proper Law of International Organisations*, Londres, Steven & Sons, 1962, p. 150.

⁴⁸ C'est l'interprétation de la règle de conflit opérée par Savigny qui retient le « siège de la relation », H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, I, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 282 et s.

⁴⁹ F.A MANN, *op.cit.*, p. 46.

dans le cadre d'une règle de conflit. Pour ce faire, il prend l'exemple du droit suisse, droit interne appelé à encadrer en principe les relations internes suisses, entre les citoyens suisses. Cependant, par la vertu des règles de conflit en matière contractuelle, le droit suisse peut être choisi par les parties et peut donc s'appliquer à un contrat conclu entre un Italien et un Anglais. Les règles de droit suisse, initialement destinées aux rapports « internes » suisses, voient leur champ d'application élargi. Par la suite, Mann relève que des règles de droit international public, et plus particulièrement les règles de *jus cogens*, sont rattachées au droit suisse. Lorsque le droit suisse est choisi, ces règles devraient par la même occasion être incorporées au contrat⁵⁰. C'est donc par un exercice fort discutable de dépeçage du droit interne que Mann contourne la difficulté d'application du droit international public aux personnes privées.

67. Cette extension alimente le risque de retomber dans le débat sur les sujets de droit international et sur une possible admission d'autres sujets de droit international. C'est sans doute la raison pour laquelle Jenks préfère rejeter cette analogie et se contenter de la règle essentielle qu'il pose : rien ne saurait empêcher les parties de choisir le droit international public pour leur relation contractuelle⁵¹. Cette position tranchée attribue complet pouvoir aux parties pour choisir le droit international public. Ici, le simple choix du droit international public légitime son applicabilité. En raisonnant ainsi, Jenks relègue au second plan la nécessité d'évaluer l'aptitude technique du « droit international public ». La liberté de choix du droit international public peut se heurter à la réalité de son inaptitude à régir un contrat d'organisation internationale. Cette préoccupation a obtenu des réponses diverses et variées de la part de la doctrine.

B. Diversité d'interprétation quant au contenu du droit applicable

68. Les auteurs en faveur de l'application du droit international public tentent de répondre à l'objection constamment invoquée relative à l'imprécision ou de l'insuffisance des règles de droit international public à gouverner le contrat.

69. Tout d'abord, Mann soutient que le droit international public contient des règles de *jus cogens*. Ces règles sont appliquées *semper ubique ab omnibus*⁵², c'est-à-dire, toujours, partout et pour tous. L'on retrouve selon lui ces règles dans les traités internationaux, notamment les traités commerciaux. Pour défendre l'application de ces traités aux contrats « hybrides », Mann soutient que le traité international emploie les mêmes méthodes qu'un contrat. Pour lui, il n'y

⁵⁰ F.A MANN, *op.cit.*, p. 45.

⁵¹ C.J JENKS, *op.cit.*, p. 151.

⁵² F.A MANN, *op.cit.*, p. 43.

a pas de différence substantielle entre la nature et l'objet d'un traité et ceux d'un contrat. Ainsi donc, les règles du traité qui s'appliquent aux sujets de droit international peuvent également s'appliquer aux personnes privées dans un cadre contractuel⁵³.

70. Quant au contenu exact des règles de droit international public, Mann rejette l'inclusion des principes généraux de droit. Le choix du droit international public au contrat est entendu comme un véritable « *Choice of Law* », ce qui veut dire qu'on vise les règles matérielles du droit international public et non les principes généraux de droit reconnu par les nations civilisées⁵⁴.

71. Jenks adopte une position plus modérée que son confrère quant à l'admission des principes généraux. S'il admet que ces principes ne constituent pas un « *Legal System* » à part entière, il note néanmoins que l'élément pertinent pour trancher de l'applicabilité des principes est leur capacité à satisfaire la fonction de droit applicable⁵⁵. Jenks adopte une position dynamique du droit applicable plutôt qu'une position conceptuelle. C'est la raison pour laquelle il souligne que l'imprécision des principes généraux de droit est aussi identifiable dans certaines règles de droit interne. Si l'incertitude quant à la capacité des principes généraux de droit est reconnue, on peut aussi la rencontrer dans n'importe quelle règle issue de n'importe quel système de droit interne. L'imprécision d'une règle ne constitue pas alors un critère suffisamment solide pour remettre en cause l'application du droit international public.

72. Les opinions des deux auteurs sont réservées quant au contenu du droit international public qui s'appliquerait à un contrat. Mais le doyen Batiffol va apporter une tout autre solution. Pour lui, les organisations internationales peuvent conclure trois catégories de contrats. Tout d'abord, les contrats ordinaires tels que les contrats d'achat de fournitures et de documents. Pour le professeur, ces contrats peuvent être soumis au droit local⁵⁶. Ensuite viennent les contrats de travail entre les organisations internationales et leurs agents, qui sont encadrés par le droit international public à travers le droit interne de l'organisation⁵⁷. Enfin, il retient les contrats qui présentent un grand intérêt économique pour l'organisation internationale tels que les contrats de construction. Pour lui, ces contrats peuvent être encadrés par le droit international public parce qu'ils sont liés aux missions des organisations internationales⁵⁸.

73. On le voit, Batiffol soutient l'application du droit international public dans des situations où certains intérêts cruciaux de l'organisation internationale sont en jeu. Mais surtout, son analyse permet de ne pas appliquer les règles de droit international public lorsqu'elles ne

⁵³ F.A MANN, *op.cit.*, p. 44.

⁵⁴ Selon auteur, il s'agit d'un choix « *such as, in regard to type, quality and effect, is familiar to the conflict of laws and opposed to mere incorporation* », A MANN, *op.cit.*, p. 44.

⁵⁵ C.W. JENKS, *op.cit.*, p. 152.

⁵⁶ H. BATIFFOL, *Problèmes relatifs aux contrats privés internationaux*, Paris, Cours de l'Institut des hautes études internationales, 1961-1962, p. 104.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 82-84; F. SEYERSTED, *op.cit.*, p. 507.

contiennent manifestement pas de dispositions précises qui répondent à certaines préoccupations liées à l'objet du contrat. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de fourniture ordinaire, l'organisation aurait plutôt intérêt à recourir au droit national dans les secteurs tels que le transport, la livraison des biens, que d'appliquer le droit international public qui ne détient pas de dispositions techniques claires. En outre, l'application du droit international public aux autres types de contrat n'est possible que parce que Batiffol a une vision large des règles de droit international public, en incluant le droit interne de l'organisation internationale. Le droit international public aurait alors un objectif de protection dans la mesure où les intérêts de l'organisation internationale sont indissociables de l'objet du contrat.

74. L'applicabilité du droit international public telle que défendue par ces auteurs est tout de même rejetée par une partie de la doctrine.

Paragraphe 2. La thèse de l'inadéquation du droit international public aux contrats entre les organisations et les personnes privées.

75. Les défenseurs de cette position estiment que les règles de droit international public seraient inaptes à réglementer les contrats d'organisation internationale. Cette inaptitude a trait au contenu même de ces règles, qui seraient techniquement insuffisantes pour couvrir ce type de contrat (A). Une partie de la doctrine adopte une position nuancée en admettant notamment l'application des principes généraux du droit international, sans pour autant aboutir à une application stricte du droit international public aux contrats d'organisation internationale (B).

A. L'inadaptation des règles de droit international public aux contrats passés avec les personnes privées

76. Plusieurs auteurs comme Lord McNair, Angelo Sereni et Riccardo Monaco, ont défendu l'inadaptation des règles de droit international public aux contrats d'organisation internationale.

77. Dès le départ, ces auteurs sont unanimes quant à l'inadaptation des règles de droit international public à régir un contrat entre une organisation internationale et une personne privée. Ils adoptent une vision stricte de l'application du droit international public, qui est celle d'un droit qui est destiné uniquement aux sujets de droit international. À cet égard, ils se détachent radicalement de la conception individualiste du droit international.

78. Lord Mc Nair s'est tout de suite opposé à l'application *stricto sensu* du droit international public aux contrats, car il estime que ces règles ne s'appliquent qu'aux relations entre les États

Jus inter gentes. Les contrats en question ne sont pas des actes juridiques entre États et de ce fait, ne peuvent pas être gouvernés par le droit international public⁵⁹.

79. Riccardo Monaco parvient au même constat, mais avec une démonstration plus incisive à l'encontre de l'application des règles de droit international public. Pour lui, les contrats entre les organisations internationales et les personnes privées ne peuvent pas être considérés comme des accords internationaux. La présence de l'organisation internationale n'est pas de nature à « attribuer un caractère international à l'acte dans son ensemble »⁶⁰. Il soutient plutôt que les contrats d'organisation internationale font partie d'une catégorie distincte à la fois du droit international et des droits nationaux⁶¹. Il finit par constater que le contenu des règles de droit international public est insuffisant, voire inopérant dans la régulation des rapports entre une organisation internationale et une personne privée.

80. Pour expliquer l'inadaptation des règles de droit international public, Sereni met l'accent sur la fonction sociale qui est rattachée aux règles de droit en général, puis aux règles de droit international public en particulier. La première raison qu'il évoque est le lien entre la règle de droit qui est édictée et les destinataires de la règle. Il déclare ceci:

*« there is therefore an indissoluble and necessary connection between the substance of a legal rule, that is, the right and duties, powers and burdens which are to be derived therefrom, and the subjects of the legal order in which the rule exists. Legal rules are tailored in accordance with the nature, qualities, needs and modus operandi of the subjects of the legal system of which the rules themselves are part »*⁶².

81. L'on pourrait résumer sa pensée de la manière suivante : tout système de droit produit des règles, des droits et des obligations qui sont modelés en fonction des destinataires de ces règles. Les normes édictées entretiennent une étroite connexion avec « la sphère sociale » dans laquelle elles opèrent. Ces règles sont donc élaborées pour des sujets bien précis et poursuivent des finalités spécifiques. Selon Sereni, il serait de ce fait maladroit d'appliquer une règle, conçue pour opérer dans la sphère internationale — interétatique — à un contrat impliquant un individu, une personne privée. Il décrit la faiblesse d'un tel raisonnement par une comparaison ironique : appliquer le droit international public à des parties qui ne sont pas des sujets de droit international public, c'est comme appliquer le droit matrimonial français aux chiens ou aux chats⁶³.

⁵⁹ A. Mc NAIR, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *BYIL*, vol.33, 1957, p. 10.

⁶⁰ R. MONACO, « Observations sur les contrats conclus par les organisations internationales », in *Mélanges Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 88.

⁶¹ R. MONACO, « Les capacités de droit privé des organisations internationales », in *Festschrift für Pan. J. Zépos*, vol. 2, 1973, p. 483.

⁶² A.P. SERENI, « International Economic Institutions and the Municipal law of States », *RCADI*, vol. 96, 1959, p. 210.

⁶³ *Ibid.*

82. Tous ces auteurs s'opposent à l'applicabilité du droit international public en tant que droit propre du contrat en ce que ces règles ne s'appliquent qu'aux sujets de droit international. Pour autant, ils ne sont tous pas en faveur d'une exclusion absolue du droit international public de la sphère des contrats d'organisation internationale.

B. L'application du droit international public dans une « moindre mesure »

83. Même s'ils soutiennent que les règles de droit international public sont inadaptées aux contrats d'organisation internationale, les auteurs cités plus haut reconnaissent tout de même l'application du droit international public à titre accessoire.

84. Par exemple, Sereni et Mc Nair sont d'accord sur le principe selon lequel la volonté des parties peut aboutir à l'application du droit international public aux contrats. Le premier reconnaît que les parties peuvent désigner le droit international public. Tout de même, il opère une différence entre l'autonomie des parties et le choix concret de la loi⁶⁴. À propos du choix concret de la loi, l'auteur soutient que les parties ne peuvent pas choisir le droit international public comme droit du contrat qu'à condition qu'une loi les y autorise. À travers une analyse factuelle de la pratique, il parvient au constat qu'en dépit de certaines références au droit international public dans certains contrats, ce droit n'a pas été reconnu comme droit propre aux contrats entre sujets de droit international et personnes privées.

85. Lord Mc Nair ira plus loin en reconnaissant la valeur des principes généraux du droit international dans les contrats et leur application indirecte dans certaines hypothèses. La plus significative est celle dans laquelle les parties ne mentionnent pas le droit applicable, mais désignent une juridiction ou un arbitre pour le règlement de leur différend. Mc Nair note que le choix de la juridiction par les parties conduit à l'acceptation du droit applicable par la juridiction⁶⁵. En réalité, le droit international public ne gouverne pas le contrat, mais entretient des liens étroits avec ce contrat. Il poursuit ce raisonnement en relevant l'importance de ces principes. Pour lui, la référence à ces principes constituerait une soupape de sécurité face à l'application d'un droit national qui serait inconnu des parties⁶⁶. Ces principes sont également une alternative efficace lorsque le droit choisi ne paraît pas suffisamment développé pour encadrer la relation contractuelle⁶⁷.

⁶⁴ A.P SERENI, *op.cit.*, p. 207.

⁶⁵ Mc NAIR, *op.cit.*, p. 6.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 19.

86. Selon Mc Nair, il est impossible d'établir une liste exhaustive du contenu des principes généraux. Toutefois, il affirme qu'il appartient aux tribunaux et à la doctrine de déterminer le contenu exact de ces principes même s'il finit tout de même par citer le principe du respect des droits acquis⁶⁸.

87. Cet infléchissement qu'on note chez ces auteurs n'est pas partagé par Riccardo Monaco qui a une position plutôt intransigeante à l'égard de l'inapplicabilité du droit international public aux contrats. Il va plus loin en rejetant totalement la conception large donnée au libre choix du droit par les parties. Il réfute la faculté pour les parties d'exercer librement le choix du droit en affirmant que « le choix d'une loi donnée dans le domaine des contrats peut s'effectuer seulement à l'égard des normes de droit privé »⁶⁹. Par la suite, il rejette l'application, même indirecte des principes généraux du droit international. Il exclut enfin la possibilité pour le droit interne de l'organisation internationale d'être appliqué aux contrats⁷⁰.

88. Mais cette dernière position mérite d'être fortement nuancée. En effet, Monaco soutient que les organisations internationales n'ont pas édicté des règles propres au fonctionnement de leurs organes. Cet argument était certainement recevable au moment de la rédaction des travaux par l'auteur. Cependant, il ne semble plus être d'actualité aujourd'hui, étant donné le fort développement des organisations internationales, mais aussi et surtout, le dynamisme observé dans leur fonctionnement, dynamisme aboutissant à la construction d'un véritable ordre juridique des organisations internationales.

89. En définitive, il serait ambitieux de faire du droit international public la « *Proper Law* » du contrat, à l'instar du droit national. La remise en cause de sa technicité, son mode d'élaboration orienté vers les rapports entre les sujets de droit international public sont entre autres les raisons qui pourraient nous amener à ne pas l'admettre pleinement comme droit du contrat. Tout de même, adopter cette position catégorique aboutirait à dénier aux règles de droit international public leur utilité potentielle sur le contrat. Même appliqué indirectement, le droit international public peut remplir une fonction essentielle dans ce type de contrats.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁹ R. MONACO, « Observations sur les contrats conclus par les organisations internationales » *op.cit.*, p. 89.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 91.

Section II. L'intervention du droit international public dans les contrats d'organisation internationale.

90. L'applicabilité du droit international public aux contrats d'organisation internationale peut être démontrée à travers une analyse approfondie des clauses du contrat. Ces clauses ne font pas toujours pas expressément référence au droit international public. Toutefois, leur insertion déclenche, à travers un processus et une interprétation particulière, un renvoi au droit international public.

91. Ce raisonnement s'inspire de la pratique du droit des contrats d'État. En effet, Cette question s'est posée dans le cadre de ces contrats (Paragraphe 1) et les réponses apportées pourraient être utiles dans cette étude. À côté de cette hypothèse d'application du droit international public, nous verrons que ce droit est bien souvent mentionné dans certaines clauses de droit applicable comme droit d'appoint, qui remplit un objectif bien précis, celui de la protection du cocontractant privé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'apport du droit des contrats d'État

92. L'analyse comparative entre les contrats d'État et les contrats d'organisation internationale présente un intérêt à plus d'un titre. En effet, on observe que les deux types de contrats ont des points en commun, par leur nature « hybride ». À l'instar des contrats passés par les organisations internationales, les contrats d'État sont essentiellement caractérisés par la présence de cocontractants de nature juridique différente. Ces contrats peuvent être définis comme des :

« contrats conclus par un État avec une personne privée étrangère (ou une filiale nationale de celle-ci), que ces contrats portent le plus souvent, mais non exclusivement, sur des investissements, qu'ils sont parfois dénommés accords de développement économique, et qu'il existe certaines dispositions contractuelles spécifiques à ce type de contrats »⁷¹.

93. Au-delà des implications que recouvre cette définition, certains éléments apparaissent essentiels pour qualifier le contrat d'État. En effet, le contrat d'État se caractérise par la présence d'un sujet de droit international et d'une personne privée étrangère. On retrouve cette particularité dans le cadre des contrats passés par les organisations internationales, elles aussi sujets de droit international. On a donc affaire dans les deux situations à une relation

⁷¹ C. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, p. 235.

contractuelle entre un sujet de droit international et une personne privée. Pour le reste, la nature du contrat d'État et les problèmes de qualification qui se posent servent à encadrer le régime juridique propre à ces contrats. Dans le cadre de notre étude, il ne nous apparaît pas nécessaire de nous y pencher⁷².

94. Par ailleurs, il faut souligner que les contrats d'État ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante. La doctrine s'est aussi longuement penchée sur ce sujet. D'ailleurs, les problèmes relatifs à l'application du droit international public aux contrats passés par les organisations internationales ont été soulevés à l'origine par la doctrine au sujet des contrats d'État. L'analyse a été par la suite élargie aux organisations internationales. La richesse de la matière peut donc constituer une source contenant les premiers éléments de réponse quant au rôle du droit international public dans les contrats d'organisation internationale.

95. Enfin, cette qualité commune soulève les mêmes problématiques. En effet, le contexte d'apparition des premiers contrats d'État, ainsi que le foisonnement contractuel observé par la suite ont pu relever des enjeux, que l'on retrouve aussi en droit des contrats d'organisation : l'antagonisme des intérêts. Dans le cadre des contrats d'État, cet antagonisme a des racines politico-historiques. Si ces contrats existaient déjà depuis le XIX^e siècle, ils ont pris une toute autre dimension lors de la période dite de décolonisation. Cette période a eu pour conséquence l'apparition d'États nouveaux. Ces États nouvellement indépendants étaient confrontés à des exigences de développement économique. Il leur fallait donc développer leur relation avec certains partenaires commerciaux issus pour la plupart d'anciens États coloniaux. Non seulement la conclusion d'un tel partenariat engendrait de la méfiance de la part des nouveaux États, mais la plupart d'entre eux avaient instauré un régime politique autoritaire et une économie très centralisée⁷³.

96. C'est dans cet environnement que les contrats d'État se sont développés, entraînant par la même occasion l'apparition de premiers différends entre les parties. Ces différends sont toujours d'actualité et mettent en lumière la situation inégalitaire des parties au contrat. Cette inégalité peut s'aggraver si la loi applicable est la loi nationale de l'État.

97. Face à ce risque, la solution a été d'internationaliser le contrat. À travers ce processus, le contrat est soumis au droit international par l'introduction de certaines clauses. Le processus d'internationalisation a été conceptualisé à la fois par la jurisprudence et la doctrine. On le retrouve dans la plupart des contrats.

⁷² Il s'agit notamment de la question sur les différents types de contrats d'État ou de la problématique des contrats administratifs.

⁷³ A ce propos, voir J-F. LALIVE, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées développements récents », *RCADI*, vol. 181, 1983, p. 121.

98. Nous nous intéresserons dans un premier temps à l'analyse de ce mécanisme d'internationalisation des contrats (A), avant d'étudier ses conséquences quant à l'application du droit international public (B).

A. L'internationalisation des contrats d'État

99. L'internationalisation du contrat se justifie par la volonté de traiter autant que possible les conséquences résultant de l'inégalité entre les parties, du fait de l'application du droit national de l'État contractant. Cette inégalité pouvait constituer une menace pour les intérêts de la personne privée. L'internationalisation des contrats avait par exemple pour objectif de protéger l'objet du contrat de certains abus de la part de l'État hôte. Il en découle que l'internationalisation ne produit pas systématiquement la mise à l'écart de la loi locale, mais elle en dilue la portée. Certains contrats ont tenu compte de cette exigence de protection et ont, directement ou indirectement, fait intervenir le droit international public dans les clauses de droit applicable.

100. Mais l'internationalisation du contrat est avant tout le fruit de plusieurs réflexions doctrinales. En effet, certains auteurs ont pu identifier et proposer des méthodes d'application du droit international public aux contrats. Ces propositions ont été par la suite systématisées par la jurisprudence.

1. Les propositions doctrinales d'internationalisation

101. La plupart des auteurs dont les propositions seront abordées ne se positionnent pas en faveur de l'application du droit international public en tant que droit propre aux contrats. Tout en concédant l'application du droit national, ces auteurs soulèvent les risques d'une telle position et émettent des propositions d'intervention du droit international public afin de protéger la partie faible contre certains aléas de souveraineté.

102. Tout d'abord, une partie de la doctrine considère que l'intervention des principes généraux du droit international a pour finalité de limiter la marge de manœuvre de l'État dans le contrat. Jennings relève par exemple deux principes que l'on pourrait retrouver dans les contrats : le principe des droits acquis et le principe *pacta sunt servanda*. À propos du principe des droits acquis, il souligne que ce principe est un principe bien établi en droit international public, qui n'est pas seulement cantonné dans la notion de propriété au sens étroit, mais

s'applique aussi aux droits découlant d'engagements contractuels ou de concessions⁷⁴. Bien que la détermination de son contenu nécessite l'intervention du juge, le principe du respect des droits acquis permet, selon Jennings, de connaître les droits qui ont été créés par le contrat et à propos desquels l'État ne peut se rétracter. Le respect de ces droits est alors garanti par le droit international public.

103. Il nuance tout de même ses propos lorsqu'il aborde le principe *pacta sunt servanda*. S'il reconnaît ce principe comme étant l'un des grands principes en droit de manière générale, il note tout de même que son caractère trop général requiert des précisions supplémentaires afin que son application soit efficace. Par exemple, lorsqu'un changement imprévu de circonstances bouleverse l'exécution du contrat et provoque sa rupture, on ne peut parler de non-respect des engagements. Dès lors, pour que le principe s'applique, il faut qu'il soit associé à un autre principe, comme le principe du respect des droits acquis par exemple⁷⁵.

104. Certains auteurs proposent aussi d'autres méthodes d'internationalisation des contrats, fondées non sur le droit applicable au contrat, mais plutôt sur l'ordre juridique qui encadre le contrat. Selon eux, la validité du contrat dépend de l'ordre juridique dans lequel il se place. En d'autres termes, il ne peut exister de contrats en dehors d'un ordre juridique. C'est seulement au sein d'un tel ordre que certains rapports entre sujets sont qualifiés de contrats⁷⁶. Cela signifie que les parties peuvent choisir le droit national comme droit applicable au contrat. Mais il reviendra au droit international, en tant qu'ordre juridique de déterminer la validité de ce contrat. Ainsi, les contrats s'insèrent dans l'ordre juridique international lorsque leur centre de gravité se situe dans l'orbite internationale. En effet, les défenseurs d'une telle position soutiennent que les contrats entre l'État et les personnes privées étrangères s'insèrent dans le cadre des relations économiques entre États. Cette réalité économique constituerait avec d'autres indices, un des éléments objectifs sur lesquels l'on peut se fonder pour rattacher les contrats d'État à l'ordre juridique international. La distinction entre ordre juridique et loi applicable jouerait alors un rôle d'aiguillage vers les règles appelées à gouverner le contrat. L'insertion du contrat dans l'ordre juridique international lui permettrait alors d'acquérir la nature d'un véritable acte juridique international.⁷⁷

105. Cette position a été vivement critiquée par une autre partie de la doctrine. Les opposants à cette conception ont déploré le caractère trop imprécis et insuffisant des éléments de rattachement à l'ordre juridique international⁷⁸. Ils ont estimé en outre qu'un tel raisonnement

⁷⁴ R. JENNINGS, « State Contracts in International Law », *BYIL*, vol.156, 1961, p. 173.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 176.

⁷⁶ C. LEBEN, *op.cit.*, p. 252.

⁷⁷ P. WEIL, « Droit international et contrats d'État », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 561.

⁷⁸ Pour une lecture poussée de la critique, voir J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens », *RBDI*, 1979, vol. 1, pp. 215-218.

aurait pour conséquence de dénaturer l'autonomie de la volonté, qui reste le principe de base de détermination du droit applicable aux contrats.

106. Une autre analyse nous est apportée par le professeur Pierre Mayer. Celui-ci se penche non pas sur la recherche d'une double fonction du droit international public dans les contrats, mais met plutôt l'accent sur le rôle qu'il pourrait avoir dans ce qu'il appelle la « neutralisation du pouvoir normatif de l'État »⁷⁹.

107. Le professeur Mayer dégage tout d'abord la finalité des contrats d'État, qui fait d'ailleurs sa spécificité. En effet, il rattache aux contrats d'État un objectif de protection de la personne privée face à plusieurs modifications législatives qui pourraient survenir. Sans remettre en cause les compétences de l'État pour encadrer les investissements sur son territoire, le professeur Mayer opère tout de même une distinction fondamentale entre l'État-administration et l'État-souverain, sujet de droit international. La fonction de l'État-administration est interne. Elle permet de régir les rapports entre l'État et les citoyens. L'État-souverain est l'expression de l'État entendu au sens du droit international, et considéré comme tel dans ses rapports avec les autres États.⁸⁰

108. Du point de vue interne, les contrats d'État revêtent la forme de contrats administratifs ou même de contrats privés. Dans ce cas, l'État, entendu comme État-administration peut très bien faire une promesse de ne pas remettre en cause la bonne exécution du contrat. Mais rien ne l'empêche, par le biais d'une législation ultérieure, de revenir sur sa position. Cependant, puisqu'il agit en tant qu'État-souverain, ces contrats sont soustraits à la mainmise de l'appareil législatif de l'État. Il serait alors tenu par des engagements dépassant le simple cadre de son droit interne.

109. L'objectif de l'internationalisation des contrats est donc de sortir l'État de sa position d'État-administration et de contracter avec l'État, sujet de droit international, et ainsi, neutraliser son pouvoir normatif. De ce fait, les engagements qu'il prend sont élevés au rang d'obligations internationales, qu'il se doit de respecter.

110. Pour ce faire, il faut rechercher dans le contrat les éléments qui permettraient de constater que le contrat lie l'État-souverain. Par exemple, l'insertion de clauses de stabilisation est un indice qui, pour le professeur Mayer, peut neutraliser le contrat contre tout aléa de souveraineté. Ces clauses sont « des clauses de protection par lesquelles l'État-Hôte s'engage

⁷⁹ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, 1986, pp. 5-78.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 9.

expressément à ne pas exercer les compétences législatives et contractuelles inhérentes à sa souveraineté »⁸¹.

111. Toutes ces constructions doctrinales vont être systématisées par la jurisprudence.

2. *Apport jurisprudentiel*

112. Si la doctrine a contribué à soulever des questions relatives à l'application du droit international public aux contrats d'État, la jurisprudence a le mérite d'avoir apporté des solutions pratiques et permis d'interpréter certaines clauses imprécises. Tel est le cas de ce que l'on a appelé « les arbitrages libyens ». Une telle qualification leur a été attribuée, car ces affaires avaient des traits communs, et les sentences rendues à l'occasion ont soulevé des problématiques juridiques quasi identiques. Ces sentences ont été rendues à la suite de mesures de nationalisations pétrolières prononcées par le gouvernement libyen, entraînant la résiliation de plusieurs contrats de concessions conclus avec certaines multinationales occidentales⁸². Le contexte dans lequel les premières décisions ont été rendues ne fait qu'accentuer l'apport pratique de la jurisprudence.

113. L'article 28 commun des contrats de concession définissant le droit applicable était rédigé comme suit :

« La présente concession sera régie et devra être interprétée conformément aux principes du droit libyen en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international ; en l'absence de point commun entre les principes du droit libyen et les principes du droit international, la concession sera régie par les principes généraux du droit et interprétée conformément à eux, en ce compris ceux des principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

114. On le voit, les principes du droit international sont non seulement associés au droit national Libyen mais ils prévalent sur celui-ci en cas d'incompatibilité. Les règles de droit international interviennent dans le contrat pour protéger les intérêts des compagnies étrangères.

115. Dans la sentence *Texaco*, l'arbitre a retenu quatre niveaux d'internationalisation : la présence des principes généraux du droit, la nature particulière des contrats et leur intérêt pour le développement économique des parties, la présence de clauses d'arbitrage et surtout de clauses permettant de protéger l'investisseur contre certains aléas législatifs. Quant à

⁸¹ P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 308.

⁸² J-F. LALIVE, *op.cit.*, p. 83.

l'application du droit interne libyen — principes de droit libyen — l'arbitre y voit un renvoi fait par l'ordre juridique international dans lequel le contrat se trouve⁸³.

116. L'internationalisation a également été reconnue dans la sentence *Liamco*, notamment, à travers la clause de stabilisation, qui est selon l'arbitre : « *legally binding under international law* »⁸⁴. Dans cette sentence, l'arbitre s'est particulièrement penché sur l'analyse des principes libyens, applicables à titre principal aux contrats de concession. Grâce aux sources de ce droit interne — le droit islamique en l'occurrence — l'arbitre a pu relever que le droit interne libyen, et le droit islamique en général avaient des principes communs que l'on retrouve en droit international. Cette dynamique d'internationalisation des contrats d'État nous permet de repérer et d'interpréter avec facilité les clauses contractuelles, qui, directement ou indirectement, font référence au droit international public.

117. Le droit international a également été appliqué dans d'autres arbitrages à titre correctif. Ce fut le cas dans l'affaire *Agip*⁸⁵. Le droit applicable était le droit congolais et la clause de droit applicable était rédigée comme suit : « le droit applicable est la loi congolaise, complétée le cas échéant par tout principe de droit international ». Cette combinaison du droit national avec le droit international pouvait être sujette à diverses interprétations. C'est pourquoi les arbitres ont estimé que :

« l'emploi du mot “complétée” signifie pour le moins que le recours aux principes du droit international peut intervenir soit pour combler une lacune du droit congolais, soit pour y apporter les compléments nécessaires »⁸⁶.

118. Le travail d'interprétation des contrats par la jurisprudence a l'avantage de faciliter la détection des clauses qui internationalisent le contrat⁸⁷. Toutefois, la transposition de l'analyse aux contrats d'organisation internationale n'est pas totale. En effet, la place du droit international public et son impact sur le contrat d'État sont liés à un contexte historico-politique que l'on ne retrouve pas forcément dans les contrats d'organisation internationale. Le contexte de méfiance n'est pas toujours prégnant entre l'organisation internationale et ses contractants privés. L'enjeu pour l'application du droit international public est réduit. C'est la raison pour laquelle ce droit s'applique très souvent de manière accessoire.

⁸³ Sentence arbitrale *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*, 19 janvier 1977, §50, disponible en ligne sur https://www.trans-lex.org/261700/_texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yc-a-1979-at-177-et-seq/.

⁸⁴ Sentence arbitrale *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 avril 1977, §114, disponible en ligne sur https://www.trans-lex.org/261400/_liamco-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yc-a-1981-at-89-et-seq/.

⁸⁵ Sentence arbitrale *Agip c/Gouvernement de la République populaire du Congo*, 30 novembre 1979, *Rev. Crit. DIP*, 1982, p. 92, note H. BATIFFOL.

⁸⁶ *Ibid.*, § 83.

⁸⁷ Pour plus d'exemples de contrats, voir C. LEBEN, *op.cit.*, p. 267.

B. La portée du processus d'internationalisation : l'application accessoire du droit international public aux contrats d'organisation internationale

119. Les diverses propositions doctrinales d'internationalisation qui ont été reprises dans les contrats d'État, puis systématisées par la jurisprudence peuvent servir de référence aux contrats d'organisation internationale, sous l'angle de l'objectif poursuivi.

120. Tout de même, la transposition systématique des observations aux contrats passés par les organisations internationales peut poser des difficultés. S'il est vrai que les deux types de contrats se rapprochent par leur nature hybride, une différence fondamentale apparaît tout de même à propos de l'étendue des pouvoirs accordés à l'État d'une part, et à l'organisation internationale d'autre part.

121. La première différence est la prise en compte de l'élément de souveraineté dans l'appréciation du déséquilibre entre les parties au contrat. L'État est souverain et exerce sa souveraineté en vertu des compétences territoriales qui lui sont reconnues. Les contrats d'État couvrent des activités qui ont un rapport avec le développement économique de l'État et qui de ce fait sont exposées à l'exercice — abusif ou non — de cette souveraineté. Cette emprise sur le cadre juridique du contrat pourrait servir à préserver l'intérêt économique de l'État dans le contrat, ce qui aggraverait davantage le déséquilibre entre les parties. L'internationalisation du contrat est donc importante afin de protéger le cocontractant qui est exposé aux interventions normatives de l'État, lesquelles sont susceptibles de mettre en péril son investissement.

122. L'enjeu est nuancé dans le cadre des contrats d'organisation internationale. L'organisation internationale n'a pas d'assise territoriale. Elle exerce ses activités en se conformant strictement aux missions et aux compétences que les États qui l'ont créée ont bien voulu lui attribuer. De plus, l'organisation internationale mène la plupart de ses activités sur le territoire de l'État-hôte. L'exercice de ses activités est d'ailleurs soumis à la reconnaissance de ses compétences dans l'ordre interne de l'État⁸⁸. L'intérêt d'une internationalisation est certes bénéfique, mais pas primordial.

123. L'utilité du droit international est à cheval entre les objectifs de protection de la partie cocontractante et la bonne exécution des missions de l'organisation internationale. On irait jusqu'à poser un constat : les contrats d'État attirent deux ordres juridiques, l'ordre interne des États, et éventuellement l'ordre juridique international qui permet d'appliquer le droit international. Les contrats d'organisations internationales attirent quant à eux trois ordres juridiques : l'ordre juridique interne de l'État — hôte ou autre État sur lequel l'organisation effectue ses missions — qui permet d'appliquer dans bien des cas le droit interne de cet État, l'ordre juridique de l'organisation internationale qui tient compte des règles de l'organisation,

⁸⁸ P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 208.

de ses missions et l'ordre juridique international qui ouvre la porte à l'application des règles de droit international public.

124. De plus, on a vu que les missions pouvaient varier d'une organisation internationale à une autre. Ce constat rend difficile toute théorisation sur l'étendue des pouvoirs reconnus aux organisations internationales et leur influence dans le contrat. L'influence du pouvoir normatif des organisations internationales peut être nuancée en fonction des intérêts en présence. Dans le cadre des contrats d'État en revanche, le déséquilibre des intérêts est constant face aux pouvoirs étendus de l'État sur le contrat.

125. Le deuxième élément de différence relève justement des conséquences juridiques qui découlent de cette différenciation, notamment quant à la définition proprement dite de ces deux actes juridiques. En effet, si les contrats passés par les organisations internationales s'entendent comme des contrats de fourniture de matériels, de biens et de services dans le but d'accomplir leurs missions, la définition du contrat d'État incorpore la volonté de préserver autant que possible la partie privée des aléas de souveraineté. L'objectif est de parvenir à un équilibre entre :

« le nécessaire respect des engagements contractuels des deux parties au contrat d'État et le non moins nécessaire respect des missions d'un État en charge de l'intérêt public de toute une collectivité »⁸⁹

Cet objectif fait pleinement partie de la spécificité des contrats et sa consécration juridique justifie la mise en œuvre des règles de droit international public dans les contrats, dans le but de protéger la personne privée.

126. En dépit de tous ces éléments de différenciation, l'application du droit international public n'apparaît pas moins pertinente dans le cas des contrats passés par les organisations internationales. Certes, le contenu du droit international public n'a pas la technicité requise pour être le droit matériel de certains contrats. Cependant, il a été suffisamment démontré que ce droit pouvait intervenir pour combler certaines lacunes du droit normalement applicable et remplir des objectifs de protection lorsque les deux parties se retrouvent dans un rapport inégalitaire.

127. L'étude comparative nous aura permis en tout cas d'acquérir les outils méthodologiques afin de déceler l'intervention du droit international public dans un contrat, dans la mesure où celle-ci n'est pas expressément prévue. Cette approche analytique pourrait nous servir pour entrevoir l'application, même indirecte du droit international public au regard des objectifs de protection, de contrôle ou de supervision de ces règles dans le contrat.

⁸⁹ J-M. JACQUET, D. BENTOLILA, « Contrat d'État », *JDI*, 2018, n° 27 ; J-F. LALIVE, *op.cit.*, p. 35.

Paragraphe 2. La nécessité d'application du droit international public pour la préservation des intérêts des parties

128. Les résultats de l'étude comparative effectuée sur la base des contrats d'État nous montrent que l'applicabilité du droit international public ne s'opère pas nécessairement par l'insertion formelle d'une clause de droit applicable.

129. Dans bien des cas, le droit international public intervient indirectement dans le contrat à travers l'introduction de certaines clauses de protection. Cette insertion indirecte des règles de droit international public a pour but de rééquilibrer les intérêts en présence, en apportant la protection nécessaire au contractant privé (A). On observe tout de même dans certains contrats que le droit international public peut être mentionné expressément dans le but de protéger les missions de l'organisation internationale (B).

A. L'intervention indirecte des règles de droit international public à travers les clauses de protection du contractant

130. L'intervention indirecte du droit international public peut être décelée en interprétant certaines clauses insérées dans le contrat. Ces clauses ne mentionnent pas solennellement le droit international public, mais, à l'instar des clauses de stabilisation, elles poursuivent un but de protection et permettent d'entrevoir l'intervention de ce droit dans le contrat. On peut observer trois niveaux d'intervention indirecte du droit international public dans le contrat d'organisation internationale⁹⁰.

131. Tout d'abord, l'intervention indirecte du droit international public peut découler de la simple désignation d'un arbitre à l'occasion d'un litige. En effet, si l'on admet que l'application du droit international public au contrat a pour finalité de protéger les intérêts du cocontractant privé, la désignation d'un arbitre peut valablement remplir cet objectif. Elle trouverait alors son fondement dans le droit international public. C'est ce qui a été relevé dans une sentence arbitrale rendue à l'occasion d'un différend entre l'Office de secours et de travaux des Nations Unies et son contractant⁹¹. Dans cette affaire, le contractant avait refusé de désigner un arbitre. L'arbitre désigné par l'organisation internationale a estimé que la stipulation d'une clause compromissoire trouve son fondement juridique dans un acte relevant du droit international public et se trouve valable par application de ce droit sans qu'il soit nécessaire, à ce point de

⁹⁰ Voir M-H. SINKONDO, « Le rôle de la volonté de l'organisation internationale dans la détermination du droit applicable aux contrats conclus avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 367.

⁹¹ Affaire citée dans Secrétariat général des Nations Unies, « Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités », *Ann. CDI*, 1967, vol II, Documents A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, p. 228.

vue, de l'appuyer sur une loi nationale, comme ce serait le cas pour un contrat entre personnes privées toujours soumises, à ce jour, à l'autorité d'un État, donc à un système juridique national, que ce soit par leur nationalité ou leur domicile, la situation de leurs biens ou le lieu de leur activité. Ce fondement permettait donc d'appliquer la clause compromissoire malgré le refus de la partie défenderesse. Dans cette hypothèse, c'est le cocontractant privé qui a refusé de mettre en œuvre les règles de droit international public. Le sens de la décision vient étayer l'analyse faite selon laquelle le droit international public interviendrait pour la protection des objectifs de l'organisation internationale⁹².

132. Ensuite, on peut penser que le droit international public sert de fondement afin de préserver l'égalité entre les parties au contrat à l'instar des clauses de traitement équitable en droit international des investissements. Dans le cas des contrats d'organisation internationale, ces mesures de protection pourraient se traduire par exemple par l'introduction de clauses ou permettant une ouverture à la concurrence entre les entreprises intéressées à la passation d'un contrat, mais aussi par une égalité de traitement entre les soumissionnaires. Ces clauses touchent alors non pas la phase contractuelle proprement dite, mais interviennent dès la préparation du contrat. L'égalité de traitement vise aussi à éviter toute forme de discrimination, aussi bien dans les procédures administratives que réglementaires qui encadrent la conclusion du contrat. La plupart des organisations internationales intègrent ce principe dans leur règlement relatif à la passation de marché.

133. Par exemple, la CEB reconnaît que toute offre doit être évaluée de la même manière et sans discrimination. Pour cela, elle institue des critères d'évaluation qui s'appliquent de manière uniforme à tous les soumissionnaires⁹³. La CPI souscrit aux principes fondamentaux de la concurrence et du traitement égal des soumissionnaires. Elle ne s'éloigne pas pour autant de son objectif premier qui est d'obtenir un meilleur rapport qualité/prix. Toutefois, le respect de l'égalité de traitement implique que la Cour n'exerce aucune préférence ni discrimination à l'égard d'un soumissionnaire au détriment ou à l'avantage d'un autre⁹⁴.

134. L'égalité de traitement peut englober un autre principe, qui est tout aussi fondamental : il s'agit du principe de transparence. La transparence, c'est la clarté des informations liées à la conclusion du contrat qui sont transmises. Ce principe permet de :

« rendre visible et évident pour tout le monde tout ce qui est en rapport avec le processus d'achats et de veiller à ce que rien ne soit caché. Les informations sur les politiques, procédures, opportunités et processus des marchés sont clairement définies et rendues publiques à toutes les parties intéressées simultanément. Un système transparent a des

⁹² Voir *supra* note 123.

⁹³ CEB, Directives pour la passation des marchés internes à la CEB de services, fournitures et travaux, point 5.2f.

⁹⁴ CPI, Procédures de fonctionnement standard applicables aux achats (SOP), 3 novembre 2004, point 3, disponible en ligne sur : https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/47013F54-B8D0-4FAB-B5A2-245126860A88/281550/PRO_SOP_Fra.pdf.

règles et des mécanismes clairs pour assurer la conformité avec les règles établies (spécification impartiale, critères d'évaluation, objectifs, dossiers d'appel d'offres répondant aux normes, etc.) »⁹⁵.

135. Enfin, l'intervention du droit international public se fait par le biais du traitement équitable. Le sens de ce principe est de faire intervenir la notion d'équité dans l'univers juridique contractuel. Cette notion d'équité est utile pour faire appliquer des règles souvent générales comme celles que l'on rencontre en droit international public, voire de les compléter ou les suppléer. L'équité a donc pour but de rendre concrètes certaines règles de droit international dans leur application aux destinataires⁹⁶. Dans le cadre des contrats, ce principe se matérialise notamment par le fait d'octroyer une compensation financière en cas de modification des conditions du contrat qui sont susceptibles de bouleverser l'économie du contrat. Le traitement équitable, signifie que, quand bien même l'organisation internationale dispose d'un pouvoir de modification ou de résiliation, elle devrait prévoir une indemnisation financière en cas d'éventuelles pertes subies par le cocontractant. Cette politique est appliquée dans plusieurs organisations internationales, notamment en cas de résiliation du contrat⁹⁷.

136. Dans certaines situations, l'objectif de protection est plus direct et l'intervention du droit international public dans le contrat se fait à travers des clauses visant à protéger certains droits fondamentaux susceptibles de compromettre la bonne exécution du contrat. Si l'organisation internationale a son propre système d'organisation, elle a tout de même affaire à un cocontractant dont les activités lui sont pour l'essentiel étrangères. Elle s'assure dans ce cas, par l'intervention des normes de protection des droits de l'homme, que son cocontractant ne commet pas des actes qui violent ces droits fondamentaux. À titre d'exemple, l'AIEA intègre dans ses conditions générales une clause prohibant le travail des enfants. Cette clause est formulée comme suit :

« Le Contractant déclare et garantit que ni lui ni ses sociétés mères (si applicable), ses filiales ou sociétés liées (si applicable) n'est engagé dans une pratique incompatible avec les droits énoncés dans la Convention relative aux droits de l'enfant, notamment à l'article 32 de celle-ci qui dispose, entre autres, que tout enfant doit être protégé contre l'accomplissement de tout travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social »⁹⁸.

137. Un point intéressant mérite d'être soulevé dans cet exemple : c'est celui du renvoi fait à la convention relative aux droits des enfants. Ce renvoi est significatif. Il présente le contrat d'organisation internationale sous un autre angle. Le contrat d'organisation ne représente pas

⁹⁵ Manuel d'achat de l'Union Africaine, juillet 2016, p.17, disponible en ligne sur : <https://au.int/fr/documents/20170130/manuel-des-achats-de-lunion-africaine-version-20-juillet-2016>.

⁹⁶ P. REUTER, « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *RBDI*, 1980, vol.1, p. 168.

⁹⁷ Conditions générales d'achat du BIPM, article 12 ; Conditions générales d'achat de l'OMPI, article 23.

⁹⁸ Conditions générales AIEA, article 30.

uniquement comme une opération économique, mais dans le cadre particulier des organisations internationales, il doit aussi tenir compte des enjeux en matière de protection des droits fondamentaux. Il n'est plus seulement question de protéger les intérêts des parties ; les dispositions du contrat d'organisation internationale ne doivent pas non plus nuire aux intérêts de la communauté. La référence directe aux sources du droit international public est alors le moyen le plus simple et le plus efficace pour garantir cette protection.

138. Même dans l'hypothèse d'une réglementation stricte du contrat dans son exécution « économique », le droit international public peut installer des bornes de protection juridique. La FAO encadre l'utilisation des ressources financières allouées au cocontractant pour l'exécution du contrat et s'assure que les fonds alloués ne servent pas à financer des activités en lien avec le terrorisme. L'organisation fait aussi référence à certaines résolutions du conseil de sécurité des Nations Unies en vue de déterminer la nature précise de ces activités⁹⁹.

139. En définitive, l'application indirecte du droit international public remplit un objectif de protection de la partie privée. C'est pourquoi l'absence de mention expresse ne doit pas être interprétée dans un sens strict excluant d'avance le droit international public. On verra que certains contrats sont silencieux quant au droit applicable. Ils ne demeurent pas pour autant des contrats sans encadrement juridique. Parallèlement, un contrat peut prévoir l'application expresse d'une loi. Mais à travers son dispositif, il peut mobiliser d'autres droits applicables. Rien n'est figé, et il faut bien souvent une interprétation minutieuse des dispositions du contrat pour pouvoir déterminer le droit qui s'applique.

140. L'objectif de protection justifie l'application du droit international public au contrat, et permet de l'appliquer indirectement. Le droit international public peut aussi s'appliquer dans le but de protéger les missions de l'organisation internationale.

B. L'application du droit international public comme moyen de protection des missions de l'organisation internationale

141. Certaines organisations internationales ont choisi d'appliquer directement le droit international public à leurs contrats. La CPI soumet par exemple ses contrats au droit international public. Elle exclut carrément l'application de tout droit national¹⁰⁰.

142. Le caractère particulier des missions de cette organisation explique très certainement le choix qu'elle adopte en faveur du droit international public. Ces missions sont d'une telle

⁹⁹ Conditions générales d'achat FAO, point 29.

¹⁰⁰ Conditions générales d'achat de la CPI, point 26.

sensibilité que l'on admet qu'il est normal que l'organisation soit réfractaire à l'application d'une loi nationale, même dans son activité contractuelle. La Cour est chargée de juger les crimes les plus graves pour la communauté internationale. Elle est de ce fait amenée à collaborer avec les autorités nationales des États membres. Le choix du droit international public lui permet ainsi de bénéficier d'un moyen supplémentaire de protection juridique contre toute tentative d'intervention ou d'influence de la part des autorités nationales. L'exclusion de tout système national du champ des règles applicables au contrat est alors un indice qui favorise l'exécution du contrat conformément au droit international public.

143. Dans certaines situations, les règles de droit international public classiques sont renforcées par d'autres catégories de règles, ayant aussi la même nature internationale, mais se démarquant par leur aptitude technique à régir les relations contractuelles¹⁰¹.

144. Par ailleurs, l'argument tenant à l'inadaptation des règles de droit international public aux contrats conclus entre sujets de droit international et personnes privées perd de sa pertinence. Dans certains contrats couvrant des domaines complexes, on observe que le droit international public est choisi expressément par les parties. C'est le cas des contrats passés par les institutions financières internationales. Ces institutions, nées pour la plupart dans un contexte de crise financière, jouent un rôle crucial en matière de stabilisation monétaire et de développement économique des États. Par exemple, la Banque mondiale, qui est l'une des plus importantes institutions financières, a pour mission de soutenir le développement économique des pays les plus pauvres. Pour ce faire, elle a recours à des prêts, à des dons ou des crédits sans intérêt¹⁰². Ainsi donc, à côté des contrats courants qu'elles concluent — contrats de fournitures ou de service — les institutions financières internationales choisissent le même procédé contractuel pour accomplir leurs missions, notamment dans le cadre de contrats de prêt. La difficulté qui pourrait être soulevée est relative à la qualification de ce type de contrats.

145. Les accords de prêt sont destinés dans un premier temps à servir au financement de projets de développement au sein des États bénéficiaires. Dès lors, les premiers intéressés dans ce rapport sont les États. Toutefois, il arrive que ces institutions financières concluent des contrats de prêt avec les personnes privées. La BIRD peut consentir des prêts à des personnes privées, même si ces prêts sont accompagnés d'une garantie de l'État dont la personne privée est ressortissante¹⁰³. De même, la Banque interaméricaine pour le développement a mis en place divers instruments de prêts destinés au secteur privé. Elle est ainsi active dans le financement

¹⁰¹ Point 17 des Conditions générales de la FAO : « *Nonobstant toute disposition spécifique dans les présentes, le Contrat et tout différend en découlant sont régis par les principes généraux du droit, à l'exclusion de tout régime juridique national particulier. Les principes généraux du droit sont réputés inclure les Principes d'UNIDROIT 2010 relatifs aux contrats du commerce international* ».

¹⁰² Informations disponibles en ligne sur : <https://www.banquemonddiale.org/fr/what-we-do>.

¹⁰³ J. SALMON, « Les contrats de la B.I.R.D », *AFDI*, vol. 2, 1956, p. 640.

des projets liés à l'entrepreneuriat et dans ce sens, elle octroie des prêts à des entreprises ou à des micro-entreprises¹⁰⁴.

146. Les activités contractuelles liées aux missions de ces organisations internationales financières s'étendent également aux personnes privées. Les règlements de prêts, qui sont les instruments juridiques qui encadrent la conclusion de tels contrats, définissent le plus souvent le droit applicable. Généralement, les organismes refusent de se soumettre à une loi particulière et les règlements de prêts font office de loi du contrat, en ce qu'ils constituent le droit interne de l'organisation internationale¹⁰⁵. Mais dans certains cas, le droit international est consacré comme droit applicable au contrat. Par exemple, la Section 10.05 du règlement de prêt de la BAD désigne clairement le droit international public comme droit applicable aux accords de prêt et aux accords de garantie. Elle en précise les sources, qui sont respectivement :

- « i) les obligations résultant de traités liant les parties à ces traités ;*
- ii) les dispositions des conventions ou traités internationaux (qu'elles lient directement les parties ou non), généralement reconnues comme ayant été codifiées ou étant devenues des règles du droit coutumier, applicables aux États et aux institutions financières internationales, selon le cas ;*
- iii) la coutume internationale, comme preuve d'une pratique acceptée comme ayant force de loi ; et*
- iv) les principes généraux du droit applicable aux activités multilatérales de développement économique »*¹⁰⁶.

La BIRD applique dans une certaine mesure le droit international à ces contrats garantis par l'État. Le règlement de prêt prévoit en effet que les obligations contractuelles qui lient les parties sont applicables et obligatoires nonobstant toute loi étatique. Ici, le droit international n'est pas mentionné expressément, mais on pourrait considérer que la simple exclusion de tout droit étatique ouvre la possibilité d'appliquer le droit international¹⁰⁷.

147. Il convient tout de même de nuancer le résultat de l'analyse qui vient d'être effectuée. Bien évidemment, le rôle protecteur du droit international public ne saurait être occulté. Tout de même, il serait exagéré de l'élever au rang de « droit providentiel ». En prenant l'exemple des contrats de prêt garantis par l'État, on constate par exemple que le droit international public ne doit son intervention qu'à la présence de l'État, bien qu'étant un simple garant. Le contrat de garantie est d'ailleurs distinct du contrat de prêt conclu entre l'institution financière et la personne privée. En réalité, cette dissociation n'est que formelle. Le contrat de prêt initial et le contrat de garantie forment un ensemble indivisible. Par conséquent, l'État accepte d'être lié au

¹⁰⁴ A travers le SEIF (*Small Enterprise Investment Facility*), informations disponibles sur le site : <https://www.iadb.org/en/about-us/about-us-13>.

¹⁰⁵ G. DELAUME, « The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast », *AJIL*, 1962, vol. 56, n° 1, p. 66.

¹⁰⁶ Banque Africaine de Développement, Conditions générales applicables aux accords de prêt, de garantie et de dons, février 2009, p. 19.

¹⁰⁷ G. DELAUME, *op.cit.*, p. 68.

contrat de prêt en se portant garant. De la même manière, l'institution financière décide de soumettre la personne privée au même régime juridique qu'elle aurait appliqué dans le cadre d'un contrat de prêt avec l'État. Cette relation tripartite a donc pour conséquence d'internationaliser le contrat de prêt avec la personne privée¹⁰⁸.

148. L'application du droit international public aux institutions financières reste donc un exemple très limité, mais cela ne remet pour autant pas en question la réalité indubitable de la soumission d'un contrat entre une organisation internationale et une personne privée, au droit international public.

Résumé du premier chapitre

149. En définitive, ce chapitre a contribué à déconstruire la conception rigide de l'application du droit international public comme le droit des relations « exclusives » entre les sujets de droit international. Il a été démontré qu'à bien des égards, ce droit peut intervenir dans son aspect « contractuel », et s'appliquer dans une relation dans laquelle l'une des parties n'est pas un sujet de droit international. L'influence du droit des contrats d'État a permis d'admettre et de reconnaître l'importance du droit international public dans un contrat dans lequel les intérêts entre les parties divergent. En dépit de son défaut de technicité, qui est réel, le droit international public peut jouer un rôle crucial dans la stabilisation des intérêts et la protection des droits fondamentaux des cocontractants.

150. Au-delà de cette possibilité, la recherche du droit objectivement applicable aux contrats d'organisation internationale nécessite avant tout le recours aux méthodes de droit international privé.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 69.

CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DU DROIT OBJECTIVEMENT APPLICABLE AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

151. Le droit applicable aux contrats constitue un intérêt majeur pour les parties. Il va définir l'orientation juridique de leur action et assurer la protection de leurs attentes. Ces attentes sont diverses et sensiblement opposées, tout comme la nature juridique des cocontractants. Pour cela, il faut que le droit choisi soit en mesure de s'adapter à la nature spéciale du contrat. Cela sous-entend que le droit applicable doit intégrer dans ses provisions la nature de l'un et de l'autre contractant. D'une part, la présence d'un contractant privé permet l'application d'un droit national, qui peut être déterminé conformément aux règles de droit international privé. D'autre part, les organisations internationales développent de plus en plus leurs propres règles internes, y compris en matière contractuelle. La participation de l'organisation internationale en tant que partie cocontractante pourrait alors l'emmener à appliquer ses règles.

152. Pour autant, le recours aux méthodes de droit international privé n'est déterminant que si les dispositions applicables parviennent à se greffer à la mouture du contrat. Le travail de recherche du droit applicable doit toujours tenir compte de la nécessité de vérifier son adaptabilité au contrat entre deux parties de nature différente. Il en résulte que si la simple constatation de l'application de tel ou tel droit paraît évidente, l'analyse de leur applicabilité apparaît beaucoup plus subtile. Quels sont les avantages que pourraient tirer les parties lorsqu'elles choisissent le droit national ? L'application du droit interne de l'organisation internationale est-elle conditionnée par sa capacité matérielle à régir un tel contrat ? Quels sont les intérêts pour les parties et notamment pour la personne privée de choisir le droit interne de son cocontractant ? La réponse à ces différentes questions nous permettra d'évaluer la pertinence du droit choisi, son aptitude à réglementer le contrat d'organisation internationale et surtout l'opportunité d'un tel choix.

153. Il faut cependant relever que l'application de l'un des droits n'exclut pas systématiquement l'application de l'autre droit. Le droit national et le droit interne de l'organisation peuvent bien s'appliquer conjointement dans un même contrat (Section I). En fonction de l'objet du contrat, de son contenu, mais aussi du choix des parties, l'on peut aboutir soit à l'application exclusive de l'un ou de l'autre droit, soit au « dépeçage » du contrat, c'est-à-dire à l'application d'une loi pour un domaine particulier du contrat, et d'un autre droit pour d'autres aspects du même contrat. Il peut donc y avoir pluralité de droits applicables. On verra que la juxtaposition des droits au sein d'un même contrat produit un résultat cohérent lorsque ceux-ci apparaissent complémentaires au regard des provisions du contrat (Section II).

Section I. Droit national et droit interne de l'organisation internationale : opportunités d'application

154. Dans un contrat entre une personne privée et une organisation internationale, le droit national peut jouer un rôle majeur. Il est désigné, dans bien des situations, pour des raisons de proximité, voire de simplicité (Paragraphe 1). Cependant, les parties peuvent prendre leurs distances avec ce droit, si celui-ci apparaît limité. Dans cette hypothèse, le choix du droit interne de l'organisation internationale devient l'option secondaire, à l'avantage de l'organisation internationale. (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. Le choix d'un droit national selon des critères de proximité

155. Le droit national d'un État peut s'appliquer au contrat d'organisation internationale lorsqu'il entretient des relations de proximité avec le rapport de droit. Ce critère a été théorisé en droit international privé par le principe de proximité.

156. Dans la recherche du droit applicable à une situation juridique en cas de conflit de lois, le principe de proximité fait partie des fondements de rattachement d'une situation avec une règle de droit. Le principe de proximité puise donc son essence dans la détermination de la règle de conflit de lois. Celle-ci a un objectif précis. Elle vise à « proposer un critère de choix dont l'application permettra de désigner, parmi ces États, celui dont les règles seront appliquées »¹⁰⁹.

157. La détermination de la règle de conflit de lois va se faire alors selon plusieurs méthodes qui tiennent compte de certaines circonstances. Le principe de proximité fait partie des approches qui ont été relevées pour déterminer la règle de conflit de lois. Il s'inspire certainement de la méthode « classique » de détermination de la règle de conflit. Cette méthode inspirée de la doctrine de Savigny consiste à rechercher le « siège » du rapport de droit c'est-à-dire son centre de gravité. Le but de cette méthode est d'identifier l'élément de rattachement qui a le rapport le plus étroit avec la situation. Cependant, le principe de proximité va au-delà de l'approche abstraite proposée par Savigny. Le principe de proximité consiste en la recherche *concrète* de la loi qui a des liens les plus étroits avec le rapport de droit. C'est donc un principe très déterminant qui présente plusieurs avantages, et qui s'applique dans diverses branches du droit international privé. Par exemple, en matière délictuelle, l'article 25 de la loi turque sur le

¹⁰⁹ S. CLAVEL, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 11.

droit international privé prévoit la possibilité d'écarter la *lex loci delicti* dans le cas où le rapport juridique résultant de l'acte illicite a des relations plus étroites avec un autre pays¹¹⁰.

158. Dans le domaine contractuel, où la volonté des parties est primordiale, le principe de proximité occupe également une place importante qui est même susceptible d'influencer le choix des parties¹¹¹.

159. Dans le cadre des contrats d'organisation internationale, le principe de proximité légitime le choix d'un droit national dans un contrat entre une personne privée et l'organisation internationale. Par ailleurs, ce principe permet d'identifier et de localiser ce droit. En d'autres termes, les parties peuvent choisir le droit national d'un État pour des raisons de proximité. Il n'empêche que plusieurs droits nationaux d'autres États peuvent s'appliquer selon ce critère de proximité. Celui-ci a donc besoin d'être précisé afin de déployer toute son efficacité dans la recherche du droit applicable.

160. Puisque le principe de proximité s'applique dans le cadre d'un conflit de lois, l'identification du droit applicable se fera à partir d'un faisceau d'indices, que nous étudierons à la lumière du droit international privé (A). La deuxième démarche de notre analyse suit toujours le fil conducteur de la prise en compte du caractère spécial des contrats d'organisation internationale. Il en ressort que le principe de proximité permet de désigner généralement la loi de l'État du siège de l'organisation internationale. Mais ce choix n'est pas figé. Derrière ce principe, les parties choisissent le droit par pur pragmatisme (B).

A. La portée du principe de proximité en droit international privé contractuel

161. Le principe de proximité est un élément d'influence dans la désignation du droit applicable. En matière contractuelle, il permet, à côté de la règle de conflit classique, de localiser objectivement le contrat, et déterminer dans certaines circonstances le droit applicable.

162. Dans ses travaux consacrés à cette thématique, Paul Lagarde définit dans un premier temps le principe de proximité comme :

*« l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise »*¹¹².

¹¹⁰ D. KOKKINI-IATRIDOU (dir.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction -ou-le principe de proximité*, XIV^e congrès international de droit comparé, Académie internationale de droit comparé, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 6.

¹¹¹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2021, p. 34.

¹¹² P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol.196, 1987, p. 25.

163. Comme on le voit, le principe de proximité n'a pas qu'un aspect légal, mais il présente également une autre facette d'ordre procédural qui permet à un tribunal interne de connaître d'un litige, s'il a des liens les plus étroits avec le rapport de droit. Il intervient donc aussi bien en matière de conflit de lois que dans le cadre d'un conflit de juridictions. Toutefois, l'aspect qui nous intéresse pour la présente étude est le principe de proximité sous l'angle de la règle de conflit de lois.

164. Ce principe permet de rattacher un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il entretient des liens les plus étroits. Dans un contexte de conflit de lois, le principe de proximité permet alors de réaliser ce que Paul Lagarde appelle la justice de la situation de conflit, c'est-à-dire que le droit applicable est déterminé non pas sur des fondements abstraits, mais plutôt sur la base d'éléments concrets.

165. La pratique en droit contractuel va contribuer à l'affinement de ce principe. Son application en droit contractuel va aussi permettre d'examiner les implications de la notion de « *liens les plus étroits* », qui est le fondement même du principe de proximité. En matière d'obligations contractuelles, les liens les plus étroits permettent de réaliser la « *localisation objective* » du contrat¹¹³.

166. Dans ces travaux, le professeur Lagarde s'appuie sur les grandes décisions jurisprudentielles qui ont tracé les contours du principe et qui ont marqué sa consécration. Ces affaires révèlent les effets de l'application du principe de proximité dans la détermination du droit applicable au contrat. Le constat tiré est que le principe de proximité est parvenu à déboulonner les connexions traditionnelles opérées en matière de contrats internationaux — loi du lieu de conclusion ; loi du lieu d'exécution. À travers une analyse non pas comparative, mais plutôt pratique de la jurisprudence dans certains systèmes occidentaux, Paul Lagarde démontre comment les juges ont pu progressivement prendre distance des rattachements classiques et comment l'utilisation du principe de proximité a pu déboucher sur un « *affinement de la règle de conflit, conciliant prévisibilité de la solution et réalisme du résultat* »¹¹⁴.

167. Par exemple, en droit anglais, en l'absence de choix par les parties, le juge va privilégier la loi qui a « *the most real connection* »¹¹⁵ avec le contrat par rapport à la loi du lieu de conclusion ou du lieu d'exécution du contrat. En droit allemand, le juge recherche la volonté implicite ou hypothétique des parties en l'absence d'une volonté clairement déclarée. La recherche de la volonté implicite doit alors se faire non pas sur une base subjective, mais elle

¹¹³ M-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2020, p. 104.

¹¹⁴ P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 46.

¹¹⁵ House of Lords, *Amin Rasheed Shipping Co v Kuwait Insurance Co*, 07 juillet 1983, consulté en ligne sur <https://vlex.co.uk/vid/amin-rasheed-shipping-corporation-792641865>.

doit être fondée sur des éléments objectifs. Autrement dit, le juge devra rechercher « le centre de gravité (*Schwerpunkt*), le rapport spatial le plus étroit (*Die Engste Räumliche Beziehung*) et procéder à une pesée des intérêts sur une base objective »¹¹⁶. Les juges allemands n'hésitent d'ailleurs pas à écarter la règle de conflit classique pour faire jouer le principe de proximité aux fins d'obtenir un résultat juste¹¹⁷.

168. En droit français, Paul Lagarde décrit parfaitement l'évolution de la jurisprudence française quant à la mise en œuvre du principe de proximité, qui débute avec l'affaire *American Trading Company* qui a consacré l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne la formation, les conditions et les effets du contrat.

169. Subsidiairement, les juges reconnaissent que c'est la loi du lieu de conclusion qui s'applique lorsque les parties sont de nationalités différentes, dès lors qu'elles n'ont pas manifesté de volonté contraire¹¹⁸. Cela signifie qu'en présence d'un critère d'internationalité, il existe une présomption de proximité en faveur de la loi du lieu de conclusion. On peut comprendre qu'une telle position du juge répondait à l'époque aux attentes légitimes des parties. Toutefois, ce critère semble perdre en consistance de nos jours avec le développement de nouvelles méthodes de conclusion de contrat telles que les ventes à distance ou encore le commerce électronique¹¹⁹. Son utilisation exclusive paraissait donc imprécise.

170. Par ailleurs, la limitation des indices opérée dès le départ par la jurisprudence pour rattacher un contrat soulève le problème de l'efficacité du principe. Autrement dit, dans la recherche des liens les plus étroits d'une règle de droit à un contrat, le juge était contraint de se cantonner aux indices déjà établis alors qu'il aurait pu, dans certaines circonstances, rechercher la règle qui entretient réellement les rapports les plus étroits avec le contrat.

171. La remise en cause d'un rattachement unique sera très vite effectuée, d'abord dans un arrêt du 6 juillet 1959. Il en ressort que le droit qui s'applique, à défaut de choix par les parties, est défini « d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause »¹²⁰. Suivant cette décision, le juge doit élargir les indices afin de déterminer le droit applicable au contrat : lieu d'exécution du contrat, lieu de conclusion du contrat, loi nationale des parties... mais il doit toujours avoir à l'esprit de désigner le droit qui, en l'absence de choix des parties, a sur la base d'éléments solides et objectifs, un lien de proximité avec le contrat.

¹¹⁶ *Bundesgerichtshof*, 22 septembre 1971, *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 621, note E. Mezger.

¹¹⁷ Pour une analyse de la jurisprudence, voir K. SCHNABEL, « Exception Clauses in Conflict Law and International Law Procedure-Germany », in D. KOKKINI-IATRIDOU (dir.), *op.cit.*, p. 36.

¹¹⁸ Cass. Civ., 1^{ère}, *American Trading Co. c. Quebec Steamship Co.*, Civ., 5 décembre 1910, *Rev. Crit. DIP*, 1911, p. 395.

¹¹⁹ C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité, vingt ans après », in *Le droit international privé, esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 511.

¹²⁰ Cass. Civ., 1^{ère}, *Fourrures Renel*, 6 juillet 1959, *Rev. Crit. DIP*, 1959, note H. Batiffol, p. 708.

172. Si le principe de proximité contribue à affiner la règle de conflit, Paul Lagarde ne manque toutefois pas de relever son réalisme excessif, qui peut entraîner à long terme la fragilisation, voire l'anéantissement de la règle de conflit de lois et aboutir à des solutions isolées, au cas par cas.

173. Face à ce risque, le professeur Lagarde adopte une position équilibrée ; il reconnaît que le principe de proximité reste indispensable. Sans le principe de proximité, la règle de conflit de lois se « sclérose » ; elle se « fossilise »¹²¹. Le principe de proximité est, pour ainsi dire, le « vecteur principal de la sécurité juridique en droit international privé »¹²². Toutefois, il se montre prudent quant à une utilisation excessive du principe qui aurait pour conséquence de « priver le juge de la sécurité intellectuelle relative qu'apporte la règle de conflit »¹²³. C'est pourquoi il propose deux solutions. La première solution est de diversifier la règle de conflit en prévoyant certaines hypothèses et en établissant certains indices. La deuxième solution consiste à prévoir un indice ou un groupe d'indices déterminés, et à l'assortir d'une clause d'exception laissée à l'appréciation du juge. Ces propositions auront, selon Paul Lagarde, pour effet, de « préserver la prévisibilité des solutions et la justice du résultat »¹²⁴.

174. On peut dire qu'elles ont été suivies dans bien d'instruments internationaux dont le Règlement Rome I, adopté par le Parlement européen et le Conseil le 17 juin 2008. Ce Règlement harmonise les règles de conflit de lois en matière contractuelle pour les États membres. Le champ matériel du Règlement de Rome I est limité aux obligations contractuelles relevant des « matières civiles et commerciales »¹²⁵.

175. Le champ d'application spatial du Règlement présente également une spécificité. C'est d'ailleurs ce qui expliquerait son utilisation comme référence — avec le champ matériel d'application — dans le cas de la présente étude. C'est que le Règlement Rome I a un caractère universel. En effet, l'article 2 du Règlement dispose que : « la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ». Cette disposition donne la possibilité à la loi d'un État non-membre de s'appliquer, si cette loi est désignée par les règles de conflits du Règlement. Le Règlement Rome I peut donc s'appliquer à toute situation, quel que soit son champ géographique ou spatial, dès lors que celle-ci est présentée devant un juge européen ou devant un juge à l'égard duquel le Règlement est obligatoire. Cette flexibilité quant au domaine d'application place le Règlement Rome I dans l'ordre des normes

¹²¹ P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 45.

¹²² S. TRIKI, « Le principe de sécurité juridique en droit international privé », *JDI*, n° 4, octobre 2017, § 1.

¹²³ P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 46.

¹²⁴ P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 47.

¹²⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 1.

de référence en matière contractuelle. Elle révèle la tendance pour le droit international privé communautaire à régir les situations universelles¹²⁶.

176. Le Règlement Rome I commence par poser le principe de l'autonomie de la volonté des parties : Le droit applicable est, selon l'article 3 du Règlement, le droit choisi par les parties. Le point qui retient surtout notre attention est l'article 4, qui traite du droit applicable à défaut de choix par les parties. Dans un premier temps, l'article 4 définit la loi applicable pour certains contrats spéciaux : contrat de vente, contrat de prestation de service, contrat de distribution... Pour les contrats qui n'entrent pas dans le champ de l'article 4, ou pour ceux qui possèdent des connexions avec plusieurs contrats spéciaux, c'est la loi du pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle qui s'applique.

177. Le principe de proximité intervient par la suite aux paragraphes 3 et 4. Ces clauses permettent d'appliquer la loi d'un pays autre que celle visée aux paragraphes 1 et 2, si, au vu des « circonstances de la cause », le contrat présente des liens manifestement étroits avec ce pays. Le Règlement suit la deuxième solution proposée par le professeur Paul Lagarde. En effet, le principe de proximité est cantonné dans le Règlement en tant que clause d'exception (paragraphe 3), puis règle subsidiaire (paragraphe 4). De même, la solution retenue au paragraphe 2 relative à la « prestation caractéristique » permet de concrétiser et d'objectiver la notion de « liens les plus étroits »¹²⁷.

178. Le principe de proximité en tant que fondement du choix de la loi, à défaut de choix par les parties, possède une fonction correctrice de la règle de conflit, en ce qu'il permet d'éviter des situations de rigidité de la règle. Ainsi, la désignation de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits tend à rendre compte de l'ancrage réel du contrat dans un État¹²⁸.

179. C'est donc ce principe qui permet d'introduire le droit national dans la sphère des contrats d'organisation internationale. En réalité, la proximité du droit national va servir de point de départ. Dans le cadre des contrats d'organisation internationale, le principe évolue et le droit national est surtout désigné pour des raisons de simplicité.

¹²⁶ S. FRANCO, « Règlement Rome I - obligations contractuelles », *Rép.intern.*, 2016, p. 10.

¹²⁷ M. GIULIANO, P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JOCE*, 31 octobre 1980, n° C 282/1, p. 18.

¹²⁸ S. FRANCO, « Le principe de proximité en tant que clause d'exception et règle subsidiaire », *Répertoire de droit Européen/loi applicable aux obligations contractuelles, matière civiles et commerciales*, mars 2013, § 103.

B. Le pragmatisme du critère de proximité dans le choix du droit applicable : d'un principe de proximité à une solution de « simplicité »

180. La proximité constitue un critère qui peut être utilisé par les parties pour choisir le droit national « objectif ». Ce critère s'appuie lui-même sur un principe bien établi. Ce principe autorise les parties à choisir un droit de source nationale à leur contrat¹²⁹. D'ailleurs, dans le cas de la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois, il existe une présomption de choix en faveur d'un droit local, une « *Municipal Law* »¹³⁰. Cette présomption est un principe déjà bien ancré en droit international, reconnu très tôt par la CPIJ dans l'affaire des *Emprunts serbes*. Dans cette affaire, la Cour avait affirmé que :

*« tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois »*¹³¹.

181. Le principe dégagé par l'arrêt est transposable aux contrats d'organisation internationale dans la mesure où les organisations internationales sont des sujets de droit international distincts des États et que les contrats sont conclus avec les personnes privées dont le statut juridique relève du droit national. Les contrats qu'elles concluent peuvent bien tirer leur source d'un droit étatique. D'ailleurs, dans la pratique, le choix d'un droit national pour régir les contrats passés par les organisations internationales apparaît plutôt comme une présomption, le résultat d'une tendance, voire d'une tradition¹³².

182. Le principe de proximité y joue un grand rôle, car il constitue le fondement juridique qui vient renforcer la légitimité du droit étatique. En effet, le principe de proximité favorise la désignation du droit le plus adéquat au contrat d'organisation internationale. Tout comme les autres contrats internationaux, une mise en balance de certains indices permet d'apprécier valablement le droit le plus « proche au contrat ». On remarque à cet effet que bon nombre d'organisations internationales s'appuient sur une proximité géographique en choisissant, par exemple, le droit de l'État sur le territoire duquel l'organisation internationale a son siège. À L'OMS, c'est la loi de l'État du siège de l'organisation qui s'applique aux contrats de construction. Le droit de l'État hôte est également désigné dans la pratique contractuelle des organisations internationales telles que l'OMI ou encore l'AIEA¹³³. La proximité du contrat

¹²⁹ Résolution de l'Institut de Droit International, « Les contrats conclus par les organisations internationales avec les personnes privées », session d'Oslo, 1977, article 3.

¹³⁰ F. MANN, *op.cit.*, p. 41.

¹³¹ CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, 12 juillet 1929, série A, n°20/21, p. 74.

¹³² A. REINISCH « Contracts Between International organizations and private law persons », in R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 7.

¹³³ Exemples tirés de l'article de E. WYLER, « De quelques problèmes juridiques liés aux contrats des organisations », *RGDIP*, vol. 116, n° 3, 2012, p. 646.

avec l'État hôte permet aussi d'appliquer le droit français aux contrats conclus par le BIPM avec les personnes privées¹³⁴.

183. En dehors des rattachements classiques observés, généralement empruntés aux règles de droit international privé, le principe de proximité appliqué aux organisations internationales est revêtu d'une particularité. Eu égard au statut de l'organisation internationale, il ne suffit pas que la situation contractuelle présente « objectivement » des liens très étroits avec la loi d'un État, fût-il l'État hôte, pour que l'on applique ledit droit. En droit des contrats d'organisation internationale, plusieurs facteurs spécifiques entrent en compte. Ces facteurs tiennent compte de la nature spéciale de l'organisation internationale et des enjeux du contrat. Ces éléments peuvent conduire les parties à choisir un droit par pur pragmatisme, pour des raisons de familiarité ou de simplicité. Concrètement, l'application logique du principe de proximité aux contrats d'organisation internationale cache une sous condition indispensable : le droit qui s'applique à défaut de choix par les parties doit être connu par l'organisation internationale. Cette exigence signifie que les dispositions du droit national applicable doivent être suffisamment familières aux services juridiques des organisations internationales, même en dehors du domaine contractuel.

184. C'est la position qui a été adoptée par le service juridique des Nations-Unies. Dans sa réponse aux questions posées à propos du droit applicable aux contrats conclus par l'organisation internationale, le service juridique a admis qu'en dépit de sa position ferme de ne mentionner aucune clause de droit applicable dans ses contrats, il choisissait d'appliquer tout de même le droit de l'État de New York qui lui était familier et donc facile à appliquer¹³⁵.

185. L'exigence de familiarité est très révélatrice. Elle traduit la volonté pour l'organisation internationale d'établir une relation contractuelle avec la personne privée tout en ayant la garantie de connaître le droit qui lui sera applicable, et en s'assurant de la capacité de ce droit à régir le rapport de droit. Cette position va davantage restreindre la liste des facteurs de rattachement. Là encore, la préférence est généralement donnée au droit de l'État du siège de l'organisation internationale. C'est le cas de l'ONU qui applique dans certaines situations le droit de la ville du siège pour toutes les activités se déroulant au sein de son siège¹³⁶. Un raisonnement similaire est opéré à l'OEB qui applique le droit allemand à ses contrats. Dans un entretien que nous avons effectué avec l'un de ses conseillers juridiques, Monsieur Vincent Menendez, celui-ci nous expliquait que pour des raisons pratiques, le droit allemand, État-hôte

¹³⁴ Conditions générales d'achat BIPM, article 13.

¹³⁵ United Nations, Office of Legal Affairs, « Selected legal opinions of the secretariat of the United Nations and related intergovernmental organizations », *AJNU*, 1976, p. 163.

¹³⁶ Accord entre l'ONU et les États-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, article III, section 7(b) : « *Except as otherwise provided in this agreement or in the General Convention, the federal, state and local law of the United States shall apply within the headquarters district* ».

de l'organisation, s'appliquait non seulement parce que la plupart des contrats étaient conclus avec des entreprises allemandes, mais aussi parce que ce droit offrait des garanties de clarté et de sécurité juridique. Dans une moindre mesure, l'organisation internationale élargit les critères à la loi du lieu du domicile du cocontractant, mais toute autre extension apparaît strictement limitée. Par exemple, l'OAS applique le droit du District de Columbia, où elle a son siège. Elle admet tout de même l'application du droit d'un État autre que le droit de l'État-hôte, à condition que l'organisation ait ses bureaux dans cet État¹³⁷.

186. On peut constater à partir du dernier exemple que la condition de familiarité peut se cumuler avec une exigence de proximité « *territoriale* ». Les organisations internationales préfèrent appliquer le droit de l'État du siège, car il est plus simple de choisir le droit que l'organisation internationale connaît, du fait de sa présence sur son territoire. Même si elle est déterminante, la proximité de l'État du siège ne conduit pas à son application automatique. Les organisations internationales ont naturellement la possibilité d'édicter leur propre règlement. D'ailleurs, l'application du droit de l'État du siège peut être écartée si les lois de cet État sont incompatibles avec les règlements de l'organisation internationale¹³⁸.

187. Le deuxième facteur est lié à l'importance du contrat lui-même. À côté des contrats internes ou contrats de la fonction publique internationale, l'on distingue au sein de la catégorie de contrats dits « externes » deux types de contrats conclus par l'organisation internationale : les contrats dits de vie courante de l'organisation — achat de fournitures, réservations de billets d'avion, etc. Il existe aussi des contrats dont l'exécution est liée à la mission de l'organisation internationale. Ces contrats couvrent les domaines pour lesquels l'organisation a été instituée. Pour la première catégorie de contrats, il est aisément admis que le droit local suffit à régir le contrat. On considère que l'intérêt, surtout économique, est moindre pour l'organisation internationale et que les dispositions du droit de l'État-hôte suffisent à régir le contrat. Pour ce type de contrats, la réflexion n'est pas profonde et le choix du droit de l'État du siège demeure une évidence¹³⁹.

188. Ainsi, on peut donc valablement affirmer que l'organisation internationale opte pour une solution de facilité dans le cadre des contrats de la vie courante. Si elle le fait, c'est parce qu'elle est convaincue que ces contrats ont peu de chance de découler sur un contentieux ou une quelconque remise en cause du droit applicable. L'évolution du principe de proximité dans l'application du droit interne vers un principe de simplicité juridique témoigne de la particularité du contrat d'organisation internationale. L'hypothèse de familiarité ne dépend plus

¹³⁷ Organization of American States, *Executive Order, Procurement Contracts Rules*, article 11. 1.

¹³⁸ Accord de siège entre la Cour pénale Internationale et l'État hôte, article 8.3.

¹³⁹ C'est ce qui ressort de notre entretien avec monsieur Nganga, conseiller juridique à l'OCDE le 19 janvier 2017.

de l'organisation internationale elle-même, mais elle tient compte de la localisation objective du rapport de droit qui est vraisemblablement le siège de la représentation de l'organisation internationale.

189. Toutefois, dans la recherche de la loi propre au contrat d'organisation internationale, l'application du droit local peut présenter des limites. L'une d'entre elles retient notre attention : il s'agit de l'application du droit d'un État-hôte institutionnellement instable. Cette limite ne doit pas être généralisée, car elle concerne les organisations internationales qui ont des capacités opérationnelles très développées. Ces organisations ont souvent leurs bureaux dans certains États membres dont on n'a pas la certitude, pour certaines raisons — instabilité politique, crise sociopolitique grave — que le droit soit suffisamment apte à régir la relation contractuelle. Dans ce cas, il est difficile de mettre en œuvre le critère de proximité pour l'application du droit de l'État-Hôte, encore moins de légitimer l'application du droit local par un principe de « familiarité ». On constate alors que l'objectivité du droit applicable est biaisée par des facteurs externes au contrat et indépendants de la volonté des parties. Toutefois, certaines organisations adoptent une stratégie qui consiste à figer le droit national choisi. Cela signifie que le droit national choisi au moment de la signature du contrat n'est pas affecté par les mutations et les changements qu'il connaît dans l'ordre interne. Cette stratégie permet de protéger le contrat contre d'éventuelles fluctuations législatives¹⁴⁰.

190. Néanmoins, la nature hybride du contrat finit par produire ses effets sur l'application systématique du droit national. Sa capacité d'adaptation aux contrats d'organisation internationale n'est pas remise en cause. Cependant, en dépit des solutions de facilité qu'il propose, il est difficile d'envisager son application exclusive aux contrats d'organisation internationale. Les limites d'application du droit national au contrat conduisent à se rabattre du côté de l'organisation internationale et à interroger son propre droit interne.

Paragraphe 2. L'importance du droit interne de l'organisation internationale dans l'encadrement juridique des contrats d'organisation internationale

191. La reconnaissance d'un véritable droit interne des organisations internationales est sans doute liée à l'expansion croissante des organisations internationales à la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Cette croissance n'était pas que numérique, elle était aussi fonctionnelle. En effet, les premières organisations internationales créées avaient des missions réduites, une

¹⁴⁰ Entretien réalisé avec M. Philippe VORREUX, directeur juridique du LBEM, le 26 avril 2023.

autonomie limitée, et les textes qu'elles élaboraient avaient une portée réduite uniquement à leur fonctionnement interne¹⁴¹. Mais la création de nouvelles organisations internationales, à l'instar de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, va donner une autre tournure au droit interne des organisations internationales. Les règlements adoptés avaient une portée beaucoup plus générale et obligatoire pour les États¹⁴². Aujourd'hui, les organisations internationales se sont accrues en nombre et se sont par la même occasion dotées d'outils réglementaires afin de renforcer leurs capacités opérationnelles.

192. Le droit interne des organisations internationales revêt plusieurs formes. D'après l'article 2.1.j de la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre les États et les organisations internationales, ou entre organisations internationales entre elles, le droit interne des organisations internationales est composé des actes constitutifs de l'organisation, des décisions et résolutions adoptées conformément auxdits actes et de la pratique bien établie de l'organisation. Bon nombre d'organisations internationales intègrent ces outils au sein de leur corpus réglementaire.

193. Toutefois, si l'on aborde la question du droit applicable aux contrats passés par les organisations internationales, et si l'on analyse la possibilité pour le droit interne des organisations internationales d'encadrer les relations contractuelles, il faudrait s'assurer que ces règles forment un ensemble de normes solides et homogènes présentant une harmonie, au sein desquelles le contrat peut tirer son encadrement juridique. Cette question se pose d'autant que le droit interne de l'organisation internationale est mis en concurrence avec les autres règles potentiellement applicables, dont le droit national. Il donc est nécessaire que ce droit soit apte à régler les contrats entre l'organisation internationale et les personnes privées.

194. Ce test de résistance nous conduit à aborder deux points. Le premier point est celui de la reconnaissance, ou non, d'un véritable ordre juridique des organisations internationales (A). Le second aspect à aborder concerne cette fois-ci l'autonomie de l'ordre juridique des organisations internationales par rapport aux ordres juridiques concurrents, notamment l'ordre juridique international (B).

A. La reconnaissance d'un ordre juridique des organisations internationales

195. De manière générale, la notion d'ordre juridique est apparue en Allemagne grâce à Kelsen qui la désigne sous le vocable de *Rechstordnung*. Cette expression désigne un ordre de

¹⁴¹ Ph. CAHIER, « Le droit interne des organisations internationales », *RGDIP*, 1963, p. 567.

¹⁴² Ph. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in R-J. DUPUY (dir.), *op.cit.*, 1988, p. 241.

droit, une puissance sur les particuliers¹⁴³. Par la suite, cette notion a été conceptualisée par plusieurs auteurs. On la retrouve par exemple en Italie sous le terme *Ordinamento Giuridico* ou même *Legal System* en *Common Law*.

196. Sans rentrer dans le cœur du débat doctrinal intense qui s'est posé quant aux implications de la notion, il nous apparaît cependant utile de nous intéresser à certains points qui se dégagent de la doctrine et qui sont nécessaires pour comprendre la notion d'ordre juridique. D'abord avec Kelsen, pour qui l'ordre juridique est avant tout un ordre de contrainte de la conduite humaine¹⁴⁴. L'élément d'identification majeur de l'ordre juridique selon Kelsen est qu'il contient des règles qui sont assorties de sanctions qui s'appliqueraient à ceux qui ne les observent pas¹⁴⁵. L'autorité des règles est un élément fondamental qui identifie l'ordre juridique selon Kelsen.

197. Un autre apport provient de Hart, qui prend ses distances de la conception Kelsienne de l'ordre juridique comme étant un ensemble de normes orientées vers la sanction¹⁴⁶. Il reprend tout de même la classification de Kelsen selon laquelle l'ordre juridique est composé de normes primaires et secondaires. Toutefois, il y apporte une tout autre interprétation. Pour lui, les règles secondaires n'ont pas pour objectif d'encadrer la conduite des sujets, mais plutôt les règles primaires elles-mêmes. Ces règles ont alors trois fonctions majeures : modifier les règles primaires (*Rule of Change*), instituer des procédures d'application et de mise en œuvre de ces règles (*Rule of Adjudication*), et enfin, reconnaître une norme comme faisant partie d'un ordre juridique (*Rule of Recognition*)¹⁴⁷.

198. Une autre conception a été apportée par Santi Romano. Pour lui, l'ordre juridique n'est pas qu'un ensemble de normes. Avant que ces normes existent, il faut nécessairement un ordre social organisé. Pour cet auteur, « tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique : il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue »¹⁴⁸.

199. Ce bref tour d'horizon de la doctrine nous permet, loin des débats et des désaccords entre ses concepteurs, de déceler les aspects essentiels à retenir de la notion d'ordre juridique. Tous les auteurs précités semblent d'accord sur les caractères principaux que doit avoir un ordre juridique, à savoir son efficacité, mais aussi son unité. En effet, l'ordre juridique est formé par

¹⁴³ J-L HALPERIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la théorie internationaliste du XIXe siècle », *PUF, collection « Droits »*, n° 33, 2001/, p. 42.

¹⁴⁴ À propos des positions doctrinales sur la notion d'ordre juridique, voir C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *PUF, collection « Droits »*, n° 33, 2001/1, pp. 19- 40.

¹⁴⁵ KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Traduit Par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 42.

¹⁴⁶ H-A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint- Louis, 2^e éd., 1976, p. 59.

¹⁴⁷ C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *op.cit.*, p. 24.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 25.

un agencement de normes disparates et hétérogènes pour en constituer un ensemble cohérent, intelligible. L'ordre juridique est alors caractérisé par son application systématique, mais également par sa positivité. Par son caractère systématique, l'ordre juridique est bien plus consistant qu'une simple norme juridique, car les normes qui le composent font partie d'un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution. Le caractère normatif se présente quant à lui comme conférant à la règle une force obligatoire, capable de régir une situation juridique et dotée d'éléments suffisants pour enjoindre, voire sanctionner l'application ou la non-application des normes la composant¹⁴⁹.

200. Pour être un ordre juridique, le droit interne des organisations internationales doit contenir des règles capables de faire autorité chez ses destinataires. Il faudrait également que ces règles forment un ensemble uni. Sur cette base, on peut reconnaître l'existence d'un ordre juridique des organisations internationales. D'abord, parce que les organisations internationales ont une mission propre et des buts bien précis à atteindre. La production des règles a pour objectif de répondre à ces fonctions. L'organisation internationale est donc titulaire de droits et devoirs et peut créer un système de règles juridiques qui sont à même de régir son fonctionnement et qui sont principalement destinées à la réalisation de ses propres objectifs.

201. L'organisation internationale tire une telle autonomie normative de son texte constitutif. C'est à la fois le point de départ et le fondement juridique sur lequel les États s'appuient pour conférer aux organisations internationales les compétences nécessaires pour produire leurs propres normes. L'acte constitutif de l'organisation internationale confère à l'organisation internationale la capacité d'avoir ses propres organes et de fixer ses propres réglementations¹⁵⁰.

202. Cela peut se vérifier dans la pratique et notamment en matière contractuelle. Certaines organisations internationales prévoient la possibilité d'appliquer le droit interne de l'organisation internationale. Le domaine de prédilection du droit interne de l'organisation internationale est sans doute la réglementation des contrats internes. Ces contrats sont conclus entre les organisations internationales et le personnel. Ces contrats relèvent en principe du droit de la fonction publique internationale. Ce droit contient des dispositions dynamiques et autonomes qui évoluent en dehors de toute influence des droits nationaux des États membres¹⁵¹.

203. Le droit interne de l'organisation internationale peut également s'appliquer aux contrats externes des organisations internationales. C'est le cas du CERN qui soumet principalement

¹⁴⁹ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 8.

¹⁵⁰ CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, Rec.1949, p. 178.

¹⁵¹ Pour une réflexion sur l'autonomie du droit de la fonction publique, voir A. PLANTEY, F. LORiot, *Fonction publique internationale*, Paris, CNRS éditions, 2005, p. 52.

ces contrats à sa propre réglementation¹⁵², même si le droit suisse s'applique de manière subsidiaire, notamment lorsqu'un point n'est pas prévu dans le contrat, ou pour éclairer une disposition obscure du contrat¹⁵³.

204. L'application du droit interne d'une organisation peut aussi s'expliquer au regard du caractère très technique des missions de l'organisation¹⁵⁴. On considère que l'organisation possède un domaine d'expertise suffisamment solide pour produire des réglementations plus adaptées qui s'appliquent directement au contrat. Le CERN, organisation scientifique intervenant dans la recherche nucléaire, en est le parfait exemple. Le droit interne de l'organisation internationale peut donc s'appliquer aux contrats dès lors qu'il contient des dispositions aptes à encadrer les domaines couverts par la relation contractuelle.

205. En définitive, bon nombre d'organisations internationales ont su construire un dispositif juridique à même d'encadrer n'importe quelle situation complexe. Les organisations internationales ne sont plus les mêmes. La diversification de leurs activités les contraint à être suffisamment préparées pour accomplir leurs missions. La plupart des organisations internationales disposent de pouvoirs assimilables aux pouvoirs législatifs — production de normes-exécutif — organes de décisions. Les règles qu'elles produisent régissent aussi bien leur fonctionnement interne que leurs relations externes. Le contenu de leur droit interne va bien au-delà du traité constitutif ou des textes organiques. Cependant, la composition de l'organisation internationale — associations d'États — et son fondement juridique — traité international — pose le problème de son autonomie vis-à-vis des ordres juridiques concurrents.

B. L'autonomie de l'ordre juridique des organisations internationales.

206. De prime abord, il convient de souligner que les questionnements sur l'autonomie de l'ordre juridique des organisations internationales ne remettent pas en cause l'existence ni la légitimité de cet ordre. L'intérêt de la question est plutôt d'évaluer la capacité pour les normes des organisations internationales de prendre en charge pleinement les relations contractuelles sans le concours des autres règles, nationales ou internationales. Dès lors que l'ordre juridique des organisations internationales est pleinement constitué, sa validité n'est pas altérée parce qu'il découlerait d'un autre ordre juridique. L'interdépendance des ordres juridiques n'est pas chose nouvelle. Les règles d'une entité peuvent bien tirer leurs sources et leur fondement dans

¹⁵² Conditions générales des contrats du CERN, CERN/FC/6211-II, 2018, article 35.

¹⁵³ *Ibid.*, article 34.

¹⁵⁴ E. WYLER, *op.cit.*, p. 646.

l'ordre juridique d'une autre. On parle alors d'ordre juridique dérivé¹⁵⁵. L'État fédéral et l'État fédéré ont leur propre ordre juridique, mais sur certains points, l'ordre constitutionnel de l'État fédéré doit respecter certains principes prévus par la constitution fédérale¹⁵⁶. Il n'en demeure pas moins que l'ordre juridique de l'État fédéré peut puiser sa source dans l'ordre juridique de l'État fédéral.

207. L'autonomie de l'ordre juridique interne des organisations internationales peut s'apprécier à partir de deux indices : les normes internes des États membres des organisations internationales ne sont pas opposables à ces dernières ; le deuxième indice — plus discutable — est celui de l'autonomie de l'ordre juridique des organisations internationales vis-à-vis de l'ordre juridique international.

1. L'inopposabilité de l'ordre interne des États membres aux organisations internationales

208. La question de l'opposabilité des règles internes des États membres peut se poser parce que l'organisation est composée d'États, mais aussi parce qu'elle a son siège sur le territoire d'un État qui fait généralement partie des États membres. Dans le dernier cas de figure, on peut s'interroger sur la possible influence des règles nationales de l'État du siège dans le fonctionnement des organisations internationales. Cette influence pourrait s'étendre à la conception des normes internes des organisations internationales.

209. En réalité, le problème est beaucoup plus simple eu égard au rôle de l'organisation internationale et au principe de spécialité qui s'attache à son fonctionnement. Les organisations internationales exercent des compétences d'attribution, c'est-à-dire des compétences que les États ont bien voulu leur octroyer afin de mener leurs missions. Les règles découlant de l'exercice de ces compétences sont donc détachées de toute emprise souveraine des États membres. Elles sont mises en œuvre par les États uniquement dans le but de respecter les objectifs pour lesquels elles sont créées. Les règles et les organes qu'elles établissent sont donc totalement indépendants de toute intrusion du droit des États. Elles ont uniquement pour but de remplir la mission de l'organisation internationale.

¹⁵⁵ Ph. CAHIER, « Le droit interne des organisations internationales », *op.cit.*, p. 573.

¹⁵⁶ L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 537.

2. *L'autonomie vis-à-vis du droit international*

210. Si l'indépendance du droit interne des organisations internationales vis-à-vis du droit interne des États n'est pas contestée, son indépendance vis-à-vis du droit international a été remise en cause. Ceux qui défendent cette position s'appuient sur la nature juridique du texte créateur de l'organisation internationale. En effet, le fonctionnement, les attributions et les pouvoirs des organisations internationales découlent de l'acte constitutif qui les a établis. Dès lors que l'acte constitutif est un traité international au sens du droit international public, son contenu ne peut qu'être relié à l'ordre juridique international. Certains auteurs ont alors défendu l'inclusion du droit des organisations internationales dans l'ordre juridique international dans sa globalité¹⁵⁷.

211. Pour le professeur Georgio Balladore Pallieri, les organisations internationales n'auraient pas « les forces propres, un réseau de relations, une autorité capable d'assurer, indépendamment de tout autre droit, l'efficacité de leurs systèmes de règles »¹⁵⁸. Il soutient avec vigueur que le droit interne de l'organisation internationale existe uniquement parce que le droit international lui donne la capacité de produire un tel dispositif législatif. Les règles qui en découlent sont alors intimement liées au droit international parce qu'elles n'auraient pas pu être créées sans le droit international public. Tout comme l'administration publique ne saurait exister sans le droit interne d'un État, l'organisation internationale ne peut outrepasser les compétences à elle dévolues par le droit international. Il déplore enfin leur absence d'homogénéité, qui rend difficile leur étude et demeure un obstacle à leur indépendance¹⁵⁹.

212. Face à ceux qui contestent l'autonomie normative du droit interne des organisations internationales, d'autres auteurs ont au contraire affirmé l'existence d'un droit interne des organisations internationales détaché du droit international. Monsieur Grigory Tunkin soutient que les organisations internationales représentent une forme d'interaction entre les États. De ce fait, ces interactions sont gouvernées par le droit international¹⁶⁰. Mais il distingue diverses catégories de normes au sein des organisations internationales : le premier groupe est constitué de normes statutaires (acte constitutif). Ces normes régissent les relations entre l'organisation internationale et ses membres ou d'autres organisations. Le deuxième groupe contient des normes qui régissent le fonctionnement interne de l'organisation internationale. Pour Tunkin, les normes du premier groupe font partie du droit international. En revanche, il considère que

¹⁵⁷ AJP. TAMMES, « Decisions of International Organs as a Source of International Law », *RCADI*, vol. 94, 1958, p. 267.

¹⁵⁸ G. BALLADORE PALLIERI, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI*, vol. 127, 1969, p. 14.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁰ G. TUNKIN, « International Law in the International System », *RCADI*, vol. 147, 1975, p. 165.

le second groupe est composé de normes formant un droit « spécial » parce que celles-ci sont appelées à régir les activités de l'organisation internationale dans des domaines divers et variés : emplois, contrats, budget. Pour lui, ces normes, bien qu'ayant un caractère international, forment un corpus de normes juridiques compact et séparé du droit international public qu'il appelle *the Internal Law of International Organizations*¹⁶¹.

213. Certains auteurs vont davantage accentuer l'autonomie du droit interne des organisations internationales. Ils soutiennent que les normes des organisations internationales trouvent leur fondement non pas dans les dispositions de la charte constitutive, mais dans l'existence effective de l'organisation¹⁶². Lazar Focsaneanu explique que la multiplication des actes législatifs, administratifs et juridictionnels ou même contractuels produits par l'organisation internationale traduit un dynamisme. C'est ce dynamisme qui fonde l'autorité de l'ordre juridique de l'organisation internationale et son autonomie¹⁶³. Le droit interne de l'organisation internationale constituerait de ce fait « une manifestation de la volonté juridique propre de l'organisation, exprimée selon les règles constitutionnelles de celle-ci »¹⁶⁴.

214. À notre sens, il est difficile d'une part de prétendre à une séparation drastique de ces normes juridiques du droit international. L'évolution qualitative du droit interne des organisations internationales ne saurait occulter la réalité de sa dépendance au droit international. On parle de droit interne des organisations internationales parce qu'il existe des organisations internationales ; il existe des organisations internationales parce qu'à un moment donné de leurs relations, les États membres ont bien voulu attribuer, à travers un acte constitutif, certaines compétences à l'organisation internationale. À cet effet, le mode de formation de l'acte constitutif est l'illustration de l'importance du droit international public dans la conception et la construction du droit interne des organisations internationales. À ce titre, l'acte constitutif de l'organisation internationale, cordon ombilical du droit international, fonctionne exactement comme la constitution d'un État. Bien qu'il ne comprenne pas de disposition détaillée, l'esprit de l'acte constitutif est d'attribuer aux organisations internationales la capacité de développer un droit beaucoup plus spécialisé et adapté à leurs missions. Il est aussi vrai que l'évolution de la réglementation externe de l'organisation internationale tire toujours sa source de son droit primaire, c'est-à-dire son acte constitutif. Cela signifie que le « pouvoir réglementaire externe des organisations internationales sera en principe difficilement admis s'il n'a pas été expressément prévu dans l'acte constitutif »¹⁶⁵.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶² Ph. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », *op.cit.*, p. 249.

¹⁶³ L. FOCSANEANU, « Le droit interne de l'organisation des nations unies », *AFDI*, vol. 3, 1957, p. 321.

¹⁶⁴ P. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », *op.cit.*, p. 249.

¹⁶⁵ P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 228.

215. D'autre part, l'on doit tout de même reconnaître que la forte intimité entre droit interne des organisations internationales et droit international est sans influence sur la capacité du droit interne des organisations internationales à encadrer le fonctionnement de l'organisation internationale. Que le droit interne soit autonome vis-à-vis du droit international ou pas, l'essentiel est qu'il soit en mesure de produire des règles pouvant encadrer le contrat entre une personne privée et l'organisation internationale. D'ailleurs, le pouvoir général des organisations internationales d'établir des règles nécessaires à leur fonctionnement est considéré comme une règle coutumière¹⁶⁶. Sa coexistence avec le droit international devient plutôt un avantage qu'un handicap. Dans une moindre mesure, même son affranchissement du droit international n'a que pour effet de le rendre plus « spécialisant ». Sous cet angle, l'enjeu de « l'autonomisation » du droit interne des organisations internationales n'a d'intérêt que pour le renforcement de l'efficacité des normes.

216. D'ailleurs, compte tenu de l'évolution pratique de l'activité des organisations internationales, le droit des organisations internationales tend à s'affranchir de l'ordre juridique international, et ce indépendamment de la nature juridique de l'acte constitutif. Aujourd'hui, les organisations internationales ont non seulement crû en nombre, mais en qualité. Elles ont beaucoup plus de compétences et certaines d'entre elles fonctionnent avec des budgets colossaux, du fait des missions qu'elles accomplissent. À côté de l'ONU, d'autres organisations internationales ont été amenées à renforcer leurs capacités législatives et opérationnelles. Les décisions qu'elles adoptent ne sont plus que de simples invitations à faire ; elles sont revêtues d'une autorité certaine.

217. Ceci conduit à élargir les sources du droit interne des organisations internationales. Celui-ci n'est plus seulement composé de règles relatives au fonctionnement interne de l'organisation internationale, mais touche aussi celles ayant trait à son fonctionnement externe, c'est-à-dire, à ses relations avec les États membres. Le pouvoir de réglementation externe de l'organisation internationale est reconnu dans la Constitution de certaines organisations internationales à vocation technique. Par exemple, l'article 37 de la convention de Chicago donne compétence à l'OACI pour adopter les normes et pratiques dans le domaine de l'aviation civile internationale. Les États membres sont tenus d'appliquer ces règles, même si possibilité leur est offerte d'y déroger. L'article 21 de l'acte constitutif de l'OMS donne compétence à l'organisation pour adopter des règlements en vue d'empêcher la propagation de certaines maladies, mais aussi des standards sur des méthodes de diagnostic, ou encore des normes relatives à l'efficacité de certains produits pharmaceutiques. La preuve la plus aboutie de ce

¹⁶⁶ P. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », *op.cit.*, p. 249.

dynamisme est sans doute le droit de l'Union, dont le droit dérivé intègre directement le corpus législatif des États membres¹⁶⁷.

218. Le droit interne des organisations internationales devient de plus en plus détaché du droit international général. Du point de vue théorique, le débat sur l'autonomie peut subsister, mais sur le terrain de la pratique, il perd de son importance. L'évolution pratique des organisations internationales accentue l'importance du droit qu'elles instituent dans l'encadrement juridique de leurs contrats.

219. En définitive, la recherche du droit « propre » aux contrats d'organisation internationale peut aboutir à l'application du droit interne d'un État, par le biais de mécanismes de droit international privé. La justification de son application se trouverait, à côté de la volonté des parties, dans la recherche d'une relation de proximité avec le contrat, ce qui a pour conséquence d'accroître son objectivité. Quant au droit interne des organisations internationales, la polémique autour de son autorité normative n'a pas su éteindre la réalité de son aptitude à régir le contrat.

220. Tout de même, l'application du droit national et du droit interne de l'organisation internationale n'est pas systématique en fonction des circonstances. À travers une analyse approfondie de la sphère contractuelle des organisations internationales, l'hypothèse d'une concurrence entre ces droits est même bien réelle.

Section II. La concurrence entre le droit national et le droit interne de l'organisation internationale

221. Comme mentionné précédemment, certaines situations plus ou moins objectives permettent de justifier l'application de l'une ou de l'autre des normes au contrat. Cependant, il est des cas où le contrat est régi par plusieurs droits. Il peut arriver que les parties choisissent le droit national pour des raisons de proximité, ou par application de certaines dispositions de droit international privé. Au même moment, l'importance particulière du contrat pour l'exécution des missions de l'organisation internationale peut nécessiter l'intervention des normes internes de l'organisation internationale. De même, le droit interne de l'organisation internationale peut aussi s'appliquer dès lors que celle-ci dispose d'un corpus de règles juridiques suffisamment aptes à régir les rapports contractuels avec les personnes privées.

¹⁶⁷ Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, signé le 13 décembre 2007, article 288.

222. La concurrence entre les ordres juridiques dans cette situation produit alors deux résultats. D'une part, il existe des cas où le droit national s'impose par le biais des lois d'application immédiate (Paragraphe 1). D'autre part, on assiste bien au contraire à une collaboration, une imbrication des droits en question (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'application du droit national par le biais des lois d'application immédiate.

223. Nous nous intéresserons dans un premier temps à la notion de loi d'application immédiate, notion bien connue en droit international privé (A). Par la suite, nous constaterons que l'application de ce mécanisme aux contrats d'organisation internationale produit un résultat limité en ce qu'elle vise certaines situations bien particulières spécifiques (B).

A. Emprunt des méthodes de droit international privé : le mécanisme des lois d'application immédiate

224. La recherche du droit applicable peut être effectuée par le mécanisme des conflits de lois issu du droit international privé. Toutefois, le droit national peut déjà s'appliquer sur la base du principe de la vocation subsidiaire du droit du for. En effet, il est admis que le droit du for s'applique dès lors que la mise en œuvre de la loi étrangère s'avère impraticable pour une raison de fait ou de droit¹⁶⁸. Le droit étranger peut être écarté s'il compromet certains intérêts fondamentaux qui sont protégés par des lois nationales : les lois d'application immédiate ou les lois de police. Parce qu'elles sont investies d'une mission particulière, ces lois s'appliquent sans que l'on ait recours aux règles de conflit. La loi d'application immédiate préempte la règle de conflit¹⁶⁹.

225. La définition de la notion n'est pas tout à fait précise et l'hétérogénéité terminologique est assez révélatrice de la difficulté à délimiter son champ d'action. En effet, la définition de la loi d'application immédiate décrit en même temps sa méthode d'application : la disposition s'applique immédiatement, elle « s'impose ». L'autre appellation de loi de police met en lumière les finalités de la loi à savoir la préservation de certains intérêts fondamentaux. La définition faite par Francescakis recouvre l'essentiel de la notion ; les lois de police sont des lois dont « l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale

¹⁶⁸ M-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op.cit.*, p. 281.

¹⁶⁹ P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 216.

ou économique d'un pays »¹⁷⁰. Le Règlement Rome I s'inspire de la définition apportée par Francescakis. L'article 9 du Règlement définit la loi de police comme :

« Une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

226. Dans la recherche particulière du droit applicable aux organisations internationales, le choix du droit interne de l'organisation internationale pourrait être écarté si son application compromet certains intérêts protégés par les lois de police.

227. Il ressort de ce qui précède que la détermination d'une loi d'application immédiate ou loi de police n'est pas fixe. Elle peut être perçue comme un « trait de caractère », une particularité qui, dévolue à une loi, débouche sur son application immédiate. Il faut donc identifier certains éléments énumérés dans sa définition. Aussi bien en droit général des contrats que dans les contrats qui concernent notre étude, un élément de référence constitue le critère fondamental pour identifier une loi d'application immédiate : l'objectif de la loi visée.

B. L'identification des règles d'application immédiate : importance de l'objectif de la loi visée

228. L'apport jurisprudentiel dans l'identification des lois d'application immédiate a permis de tracer les contours de la notion et d'identifier les intérêts qui peuvent être considérés comme essentiels pour l'État. Les lois de police sont identifiables au regard de l'objectif poursuivi. Les juges doivent rechercher l'objectif de la loi afin de la qualifier comme loi de police ou loi d'application immédiate. Ces lois de police sont prévues pour encadrer certains rapports particuliers tels que le droit de la concurrence, le louage d'immeubles ou en matière de contrats de crédit¹⁷¹.

229. L'application des lois de police par les juges répond à deux besoins principaux. Le premier besoin est de conserver la proximité de certaines lois avec l'ordre juridique interne, à travers l'application uniforme de ces lois aux situations qui présentent un certain rattachement à cet ordre. Le deuxième besoin consiste en la nécessité de sauvegarder les intérêts essentiels de l'ordre juridique de l'État dont la loi s'applique immédiatement.

¹⁷⁰ Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 1.

¹⁷¹ Cass.Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, n° 97-17.650, *Rev. Crit. DIP*, 2000, note P. Lagarde.

230. En matière contractuelle, l'identification paraît bien souvent complexe. La détermination de l'objectif de protection de la loi est appréciée au cas par cas et peut varier d'une décision à une autre. Un exemple peut être cité avec la loi française du 31 décembre 1975 instituant une action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage. Dans une décision du 23 janvier 2007, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la qualification de cette loi¹⁷². Dans cette affaire, un contrat d'entreprise avait été conclu entre une société française, maître de l'ouvrage et une société allemande, entrepreneur principal. Celle-ci avait fait appel à un sous-traitant français. Le contrat était régi par la loi allemande. L'entrepreneur principal faisant l'objet d'une procédure collective, le sous-traitant a intenté à l'encontre du maître de l'ouvrage une action directe en paiement, sur le fondement de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975. Les dispositions de la loi allemande, normalement applicables au contrat en vertu de la règle de conflit, ne permettaient cependant pas cette action directe du sous-traitant. La loi française ne pouvait donc s'appliquer qu'à condition qu'elle soit qualifiée de loi de police. La Cour de cassation a refusé cette qualification. Elle a considéré que les dispositions de la loi française n'avaient pas les critères suffisants pour être qualifiés de loi de police. Elle s'est appuyée sur la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Sur ce fondement, elle a estimé que la loi française sur la sous-traitance ne régissait pas impérativement la situation. On peut entrevoir à travers cette décision que la reconnaissance d'un objectif n'est pas suffisante pour appliquer une loi de police. Encore faut-il que cet objectif soit consistant et incontournable dans la situation juridique concernée.

231. Cette appréciation se faisant au cas par cas, la Cour va revenir sur sa position au sujet de la même loi dans une affaire similaire rendue le 20 avril 2017. Dans cette affaire, une société française avait conclu un contrat de sous-traitance avec une société italienne. Le contrat était soumis au droit suisse et il portait sur la fabrication de matériels destinés à être installés en Italie. Dans cette décision, la Cour reconnaît aux dispositions de la loi de 1975 la qualification de lois de police dont l'objectif est la protection du sous-traitant¹⁷³. L'arrêt est intéressant, car les juges vont vérifier l'existence d'un lien caractérisé de rattachement avec la France au regard de l'objectif poursuivi. Les juges ont estimé que les critères qui permettaient de rattacher la situation à la France n'étaient pas suffisants. En revanche, les critères qui auraient permis d'appliquer la loi de police n'étaient pas rattachés à la France, mais plutôt à l'Italie. Il s'agit entre autres du lieu d'établissement du sous-traitant, mais également le lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités. Deux tests permettent alors à la loi de police de s'appliquer immédiatement : la vérification de l'objectif poursuivi et le lien de

¹⁷² Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, n° 04-10.897, *Bull.* 2007, n° 33 p. 29.

¹⁷³ Cass. Com., 20 avril 2017, n° 15-16.922.

rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par la loi française¹⁷⁴.

232. Au-delà de cette exigence, l'apport de ce travail d'identification est la recherche de l'objectif de la loi de police. C'est ce critère d'analyse que nous retiendrons, dans le cadre des contrats d'organisation internationale. L'application immédiate du droit national en lieu et place de la loi normalement applicable est alors justifiée dès lors qu'elle remplit un objectif, un intérêt fondamental pour l'État. La recherche de cet objectif passe par l'identification de certains éléments de référence.

233. Dans sa thèse consacrée aux exceptions d'ordre public et aux lois de police, Benjamin Rémy nous conduit à un cheminement qui permet d'attribuer à une loi la qualification de loi de police. L'auteur met plus l'accent sur l'objectif de la loi applicable que sur son caractère immédiat. Prenant de ce fait ses distances du critère de l'immédiateté qui est l'un des éléments de définition de la loi de police, il considère que :

*« la nécessité d'application ne doit pas être comprise comme l'interdiction d'appliquer une autre disposition que celle élaborée au regard de cet objectif, mais seulement comme l'interdiction d'appliquer une disposition qui ne permet pas la réalisation de l'objectif considéré »*¹⁷⁵.

234. Cela signifie que la loi elle-même n'a de valeur que parce qu'elle permet la réalisation d'un objectif. Pour le professeur Benjamin Rémy, il s'agit d'un objectif « sociétal ». Il se positionne dans une conception holistique en appréhendant la norme comme un moyen de préservation de certains intérêts de la société dans sa globalité. L'objectif de préservation des intérêts de la société est donc un élément clé dans l'identification d'une loi de police. Dans la situation particulière des contrats d'organisation internationale, qui attirent plusieurs ordres juridiques, l'application du droit local doit avoir des fondements suffisamment solides pour s'imposer au contrat.

235. C'est en matière immobilière qu'interviennent très souvent les lois d'application immédiate. Un exemple concret nous est apporté par Blaise Knapp, qui a analysé certaines questions juridiques qui ont été soulevées lors de la construction des nouveaux locaux de l'OIT. Au début des années 1960, l'organisation projetait de réunir ses locaux dispersés dans la région genevoise, au sein d'un bâtiment unique. L'immeuble du nouveau siège de l'OIT devait être bâti sur une zone classée comme « verte » par la ville de Genève. Un contrat a été signé entre l'OIT et la fondation des immeubles pour les organisations internationales, fondation de droit privé de la confédération et du canton de Genève. Plusieurs règles de droit suisse ont fait l'objet

¹⁷⁴ D. BUREAU, « Application immédiate de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 (acte III) : le test du lien de rattachement sérieux avec la France », *Rev. Crit. DIP*, n° 4, 2017, p. 542.

¹⁷⁵ B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme de loi de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèse, 2006, p. 199.

d'application immédiate. D'abord, l'inscription du contrat au registre foncier d'actes établis dans la forme authentique, obligation considérée comme d'ordre public. Ensuite, l'organisation internationale s'est engagée à respecter les normes de sécurité en matière aérienne. Elle s'est implicitement engagée à respecter en soumettant ses plans à l'autorité. Comme le souligne Blaise Knapp :

*« dans la mesure où le droit public interne a pour but la prévention de dangers pour la sécurité ou la santé de tiers, l'organisation s'y soumet ; elle en a l'obligation, car aucun statut privilégié ou particulier ne peut dispenser de tels devoirs aux normes en matière de construction »*¹⁷⁶.

236. On le voit, en matière immobilière, l'organisation est tenue de se soumettre au droit national et plus précisément aux règles qui ont pour but de protéger la santé publique et la sécurité publique, ou même certaines normes de protection environnementale. L'Agence internationale de l'énergie applique également le droit national pour ses contrats immobiliers¹⁷⁷.

237. Le rattachement d'un contrat à la loi nationale reste possible sous certaines conditions. Toutefois, la réalité pratique montre qu'un contrat peut mobiliser à lui seul plusieurs connexions juridiques.

Paragraphe 2. Droit national et droit interne des organisations internationales : hypothèses de complémentarité

238. Le contrat d'organisation internationale est un contrat où les droits peuvent s'appliquer de manière complémentaire. Cette complémentarité est perçue ici non pas comme une application simultanée ou alternative de l'un ou de l'autre droit, mais plutôt comme le cadre où l'un des droits va intervenir afin de renforcer un domaine particulier inséré dans le contrat. C'est une véritable coopération entre les ordres juridiques qui s'opère.

239. Pour appuyer notre propos, des situations particulières seront analysées. On verra qu'en matière contractuelle, il peut y avoir une complémentarité dans la définition et le traitement de certaines infractions pénales commises dans le cadre de l'exécution d'un contrat (A). La complémentarité est aussi la plus perceptible et la plus aboutie dans le domaine administratif et fiscal (B).

¹⁷⁶ B. KNAPP, « Questions juridiques relatives à la construction d'immeubles par les organisations internationales », *ASDI*, vol. 33, 1979, p. 57.

¹⁷⁷ Entretien réalisé avec J. LAGELEE, conseiller juridique à l'AIE, le 7 juin 2019.

A. Coopération dans certaines normes de protection en matière pénale

240. On peut observer la pertinence des normes internes en matière pénale dans le cadre des contrats internes de l'organisation internationale. Les obligations du fonctionnaire international sont principalement régies par le Statut du personnel. Les statuts contiennent certaines dispositions relatives aux droits et devoirs du salarié. Ils définissent une norme de conduite et ils ont aussi pour but de créer un cadre favorable pour que les missions soient accomplies dans de bonnes conditions.

241. La préservation d'un environnement de travail sain exige le respect de certaines normes et la lutte contre certaines pratiques. Or, les normes du droit interne des organisations internationales ne suffisent pas à elles seules pour remplir ces objectifs de protection et définir la méthode adéquate de protection. Leur contenu n'est pas consistant pour répondre à certaines pratiques qui peuvent avoir une incidence sur le plan pénal. C'est le cas bien connu du harcèlement au travail. Tout comme les entreprises de droit privé, les organisations internationales ont établi des normes de lutte contre le harcèlement en milieu professionnel. Dans leurs contrats, de même que dans le statut du personnel, les organisations internationales prévoient des normes de conduite qui interdisent et sanctionnent sur le plan disciplinaire de tels agissements. À l'instar des lois de police et des dispositions d'ordre public, certains aspects entourant l'exécution du contrat intéressent l'État, car pénalement répréhensibles. La préservation de l'intérêt étatique est donc l'objectif poursuivi.

242. Pour ce faire, une coopération se construit entre l'organisation internationale et l'État en vue de traiter les conflits qui pourraient éventuellement survenir. En effet, le droit interne de l'organisation internationale, qui régit le contrat entre l'employé et l'organisation internationale, va apporter une première réponse aux cas de harcèlement par la mise en œuvre de réglementations purement internes. Par la suite, le droit national intervient pour renforcer la mesure de protection et, le cas échéant, sanctionner l'auteur. Le droit national applicable est généralement le droit du pays dans lequel le fonctionnaire exerce son activité.

243. Afin de mieux comprendre ce mécanisme de coopération, prenons l'exemple du système des Nations Unies. Dans une circulaire du 10 septembre 2019, le Secrétaire général des Nations Unies a donné certaines indications sur le traitement d'une telle coopération¹⁷⁸. Le champ d'application de la circulaire est là encore très vaste ; il concerne tous les agents des organisations internationales. Il ressort de ce texte que l'objectif de protection est large et s'étend à tout le personnel, permanent ou non. À côté des dispositions prises pour lutter contre

¹⁷⁸ Circulaire du Secrétaire général des Nations unies, « Lutte contre la discrimination, le harcèlement, y compris le harcèlement sexuel, et l'abus d'autorité », 10 septembre 2019, *ST/SGB/2018/8*.

le harcèlement sexuel, la circulaire autorise l'intervention de l'autorité étatique. Le point 5.8 dispose que :

« Si une enquête menée conformément à l'instruction administrative fait état d'allégations crédibles d'actes constitutifs d'une infraction pénale, le dossier peut, après consultation du Bureau des affaires juridiques, être renvoyé aux autorités nationales aux fins d'éventuelles poursuites pénales. Les actes susceptibles de constituer une infraction pénale peuvent également être directement dénoncés par la personne cible aux autorités nationales ».

La coopération entre le droit interne de l'organisation internationale et le droit interne s'effectue à un double niveau.

244. Le premier niveau est le renvoi de l'affaire aux autorités nationales dès lors que les faits sont des actes constitutifs d'une infraction pénale. C'est la concrétisation d'une véritable coopération entre les deux ordres juridiques. Le Bureau des affaires juridiques peut décider de renvoyer une affaire interne vers les juridictions nationales, dans le cadre de l'exécution d'un contrat interne dès lors qu'il les « qualifie » d'infractions pénales.

245. Le deuxième niveau, c'est l'intervention directe du droit pénal sans action de l'organisation internationale. Le fonctionnaire qui s'estime victime de tels agissements peut directement saisir les autorités nationales. La mesure n'est plus régie par le droit interne de l'organisation internationale mais elle est automatiquement gérée par l'État. Cette intervention directe peut s'expliquer eu égard à la gravité des faits pour lesquels l'employé est mis en cause. Toujours est-il que le dénominateur commun à cette coopération est la qualification de l'acte de harcèlement. La qualification des actes de harcèlement faite par l'organisation internationale doit correspondre à la définition retenue par le droit interne de l'État hôte pour enclencher son intervention.

246. La coopération entre les systèmes juridiques nationaux et ceux des organisations internationales n'est pas tout le temps facile à établir. Certains obstacles juridiques pratiques peuvent se présenter. L'exemple des opérations de maintien de la paix peut corroborer cette relation parfois tumultueuse. En effet, les opérations de maintien de la paix ont toujours fait partie intégrante de l'activité contractuelle des Nations Unies. Des contrats sont conclus pour l'exécution des activités de maintien de la paix. Le contexte sécuritaire parfois dangereux dans lequel ces opérations sont menées ne les éloigne pour autant pas du régime contractuel des contrats d'organisation internationale. Bien au contraire, les opérations de maintien de la paix constituent « le cadre idéal de mise à l'épreuve de l'activité contractuelle onusienne et conduisent à une meilleure connaissance des règles applicables en la matière »¹⁷⁹.

¹⁷⁹ D. MEYER « Les contrats de fourniture de biens et de services dans le cadre des opérations de maintien de la paix », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 80.

247. Sur le plan « interne », l'ONU a recours au personnel civil, mais aussi aux contingents militaires nationaux. C'est à ce niveau que surgissent de nombreuses problématiques de coopération. En effet, il est arrivé que le personnel civil ou militaire engagé dans le cadre de l'exécution des opérations de maintien de la paix soit pointé du doigt pour des faits de viol ou d'agression à l'encontre des populations locales. Selon le dernier rapport de l'ONU sur la question, le personnel militaire des opérations de maintien de la paix serait impliqué dans cinquante-deux cas d'agressions sexuelles. Quatorze allégations d'agressions sexuelles auraient été commises par le personnel civil.¹⁸⁰

248. La collaboration entre les autorités nationales et l'organisation se heurte à plusieurs obstacles. La première difficulté est l'immunité qui couvre les agents de l'ONU¹⁸¹. L'immunité prévue par la Convention s'applique également aux opérations de maintien de la paix¹⁸². À ce titre, elle peut faire obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité des agents mis en cause et à l'application du droit spécial local. Toutefois, la gravité des faits peut conduire le Secrétaire général à lever l'immunité, notamment s'il estime que celle-ci entrave la bonne administration de la justice¹⁸³. Cette possibilité théorique est très peu utilisée dans la pratique pour des raisons stratégiques. En effet, l'organisation internationale peut être réticente à lever l'immunité du personnel militaire de l'opération par crainte de voir l'État d'envoi renoncer à participer aux opérations de paix à venir¹⁸⁴. Lever l'immunité du personnel civil peut également fragiliser l'autonomie du personnel vis-à-vis du droit de l'État hôte¹⁸⁵.

249. L'ONU ne reste tout de même pas inactive dans la répression des infractions commises par les membres des opérations de maintien de la paix. Des mesures de coopération sont engagées notamment dans le cadre d'échanges d'informations lors de la procédure d'enquête. Par exemple, L'ONU a la possibilité de communiquer toutes les informations nécessaires aux autorités nationales si elle découvre que l'un des agents commet une infraction. De même, les autorités nationales peuvent, dans le cadre d'une enquête nationale, solliciter l'ONU afin d'obtenir des informations¹⁸⁶. Un modèle d'accord sur le statut des forces a été créé en 1990. Il sert de référence pour tous les accords entre l'ONU et le pays hôte dans le cadre des opérations

¹⁸⁰ Rapport du Secrétaire général sur les dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les atteintes sexuelles, 15 février 2022, A/76/702.

¹⁸¹ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946, 13 février 1946, section 18.

¹⁸² A. MILLER, « United Nations Experts on Mission and their Privileges and Immunities », *IOLR*, 2007, p. 46.

¹⁸³ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, section 20.

¹⁸⁴ F. RAWSKI, « To Waive or not to Waive Immunity and Accountability in UN Peacekeeping Operations », *Connecticut Journal of International Law*, 18/1, 2002, p. 164.

¹⁸⁵ Dans ce cas l'organisation internationale opte pour le rapatriement des membres accusés d'infractions vers l'État d'envoi. Par exemple, 410 soldats de la MINUSCA visés par des allégations d'agressions sexuelles ont ainsi été rapatriés de la Centrafrique en septembre 2021.

¹⁸⁶ Secrétariat général des Nations Unies, *Pratiques liées à l'échange d'information entre l'Organisation des Nations Unies et les autorités nationales chargées de veiller au respect de la loi, ainsi qu'au renvoi d'affaires présumées être de caractère pénal mettant en cause des membres du personnel, des fonctionnaires ou des experts en mission des Nations Unies*, 25 août 2008, A/63/331, p. 4-6, § 11-18.

de maintien de la paix. Ce document régit la coopération mutuelle des autorités en matière pénale¹⁸⁷. Le modèle d'accord prévoit aussi la possibilité pour les autorités locales de mettre en état d'arrestation un membre d'une opération de maintien de la paix même si cette possibilité est rapidement suivie par la remise du membre à la mission afin qu'il soit jugé dans son pays d'origine.

250. Les actions éparpillées pour installer une coopération entre l'organisation et les autorités nationales n'entravent tout de même pas la volonté d'instaurer une collaboration entre les ordres juridiques impliqués pour le bon fonctionnement de la justice. Cette coopération s'étend également en matière administrative et fiscale.

B. La question de la coopération en matière administrative et fiscale

251. Il sera question d'aborder la coopération au niveau administratif (1) avant d'analyser la coopération en matière fiscale (2).

1. Coopération administrative

252. Pour comprendre le fonctionnement de la coopération entre le droit national et le droit interne de l'organisation internationale, nous utiliserons des cas concrets.

253. Le premier exemple a donné lieu à une décision de la commission de recours de l'OCDE à propos de la classification d'un consultant, en vue de la délivrance d'un titre de séjour correspondant à la catégorie¹⁸⁸. Dans cette affaire, le requérant avait été recruté en tant que consultant au sein de la direction des affaires juridiques de l'OCDE. De nationalité italienne, il lui fallait à l'époque un titre de séjour pour lui permettre d'exercer sa profession au siège de l'organisation en France. À ce niveau déjà, l'obtention d'un titre de séjour, condition administrative d'exécution du contrat, était soumise au droit français. L'ancienne législation prévoyait la possibilité pour l'organisation internationale de demander aux autorités françaises la délivrance d'un permis de résidence pour les consultants, et d'un titre de séjour spécial réservé aux agents permanents. En 1969, les autorités françaises vont mettre en application une nouvelle réglementation relative aux « modalités de délivrance des cartes spéciales ». Ces

¹⁸⁷ Secrétariat général des Nations Unies, *Modèle d'accord sur le statut des forces*, 9 octobre 1990, A/45/594, § 44.

¹⁸⁸ Pour un commentaire de la décision, voir D. RUZIÉ, « Le statut des consultants de l'OCDE (à propos de la décision de la Commission de recours de l'O.C.D.E. du 24 novembre 1970) », *AFDI*, vol. 16, 1970, pp. 429-445.

cartes, délivrées par le ministère français, auront une validité de deux ans. La législation a établi par la suite quatre catégories de personnel : fonctionnaires internationaux ; personnel administratif et technique ; personnel de service ; personnel privé. La catégorie des fonctionnaires internationaux incluait les membres d'une organisation internationale qui :

*« d'une part, n'ont pas la qualité d'assimilé diplomatique et d'autre part, ont un grade élevé et sont chargés de fonctions de responsabilité dans les domaines propres aux activités administratives ou techniques »*¹⁸⁹.

254. La catégorie « personnel administratif et technique » comprenait, quant à elle, les chanceliers, les secrétaires, les commis, les adjoints administratifs, les comptables, les sténodactylographes. Le secrétariat de l'OCDE a conclu que les fonctions du requérant au sein de l'OCDE se rattachaient à la catégorie « personnel administratif et technique ». Mécontent de cette classification, ce dernier a saisi la commission de recours de l'OCDE, qui l'a par la suite débouté de sa demande.

255. Même si l'un des apports majeurs de cette décision reste la détermination du statut des consultants au sein des organisations internationales, il est intéressant de voir qu'en dépit du fait que les contrats internes sont généralement encadrés par le droit interne de l'organisation internationale, cette dernière va finalement se tourner vers la législation de l'État-hôte afin de résoudre une question contractuelle, en l'occurrence l'octroi d'un titre de séjour à un employé contractuel de l'organisation internationale. À ce titre, la législation nationale sert de terreau et fournit à l'organisation internationale les premiers éléments juridiques afin de résoudre un problème contractuel. Dans le cas qui nous concerne, la classification opérée par l'État français a permis à l'organisation internationale de « qualifier » le contrat qui la liait au requérant aux fins de lui octroyer un titre de séjour. Les autorités françaises ont bien évidemment laissé le soin aux organisations internationales de déterminer la catégorie d'appartenance de leurs agents, en fonction de leurs missions. Le secrétaire général a donc rangé les consultants dans la catégorie « personnel administratif et technique ». Mais cette opération a été rendue nécessaire parce qu'une loi nationale avait prévu certaines modalités relatives au séjour du personnel des organisations internationales.

256. De plus, le droit de l'État-hôte constitue ici l'un des éléments de réalisation du contrat. En effet, sans tenir compte de la décision que la commission aurait retenue, l'exécution du contrat aurait été complexe en l'absence d'un titre de séjour. Or, la question relative aux conditions de séjour des étrangers, indépendamment de leur catégorie, relève du droit de l'État-hôte. Cela signifie qu'il y a des domaines dans lesquels, sans nécessairement s'imposer en tant

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 433.

que droit « originellement » désigné, le droit national apparaît incontournable ; c'est un droit « d'appui ».

257. Par ailleurs, le droit de l'État-hôte peut être aussi nécessaire dans les contrats de construction immobilière. Pour la construction de bâtiments, l'organisation peut recourir à des plans locaux d'urbanisme, notamment en matière d'électricité, d'écoulement, etc. Dans un contrat où le droit de l'organisation internationale est normalement applicable, ces normes locales de construction vont s'incorporer au droit interne de l'organisation¹⁹⁰.

2. *Coopération fiscale*

258. Nous effectuerons la même démarche d'étude de cas pour expliquer la coopération fiscale entre le droit national et le droit interne de l'organisation internationale.

259. Le premier cas est toujours relatif à la construction des locaux du BIT, telle que décrite par Knapp dans son article¹⁹¹. Pour la réalisation du projet, les entreprises locales chargées de la construction des locaux devaient importer des machines et des matériaux de construction. Les charges fiscales et douanières qu'elles supportaient étaient indirectement répercutées sur l'organisation internationale. Comme c'est le cas pour toutes les organisations internationales, les organisations internationales installées à Genève bénéficiaient d'une exemption sur les droits de douane et sur les impôts directs et indirects sur leurs biens et les importations destinés à leur usage.

260. Une négociation a donc eu lieu entre l'organisation et les autorités douanières en vue de réglementer le régime applicable aux importations mises en cause. Cette négociation a abouti sur une circulaire des douanes, puis une loi faisant des entreprises les seules débitrices des impôts sur l'importation des machines destinées à la construction des locaux de l'organisation internationale. On voit ici l'existence d'un véritable dialogue et d'une entente entre les deux entités afin de faire face à une situation juridique complexe. Cette coopération est intéressante dans ce cas, car on remarque que les autorités locales ne vont pas hésiter à légiférer dans le but de respecter leurs engagements internationaux, mais aussi préserver l'intérêt de l'organisation internationale. La réglementation interne spécialement adoptée est donc le fruit d'un compromis entre l'État hôte et les organisations internationales.

261. Le deuxième exemple concerne cette fois le statut fiscal des fonctionnaires internationaux. De prime abord, le statut fiscal des fonctionnaires internationaux mobilise à lui seul plusieurs ordres juridiques : le règlement applicable aux fonctionnaires de l'organisation

¹⁹⁰ B. KNAPP, *op cit.*, p. 70.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 62.

— droit interne de l'organisation internationale — puis les instruments conventionnels — traités internationaux, accords de siège. Indépendamment du contenu de ces instruments et de la spécificité du statut du fonctionnaire selon les organisations internationales, il demeure un constat : la question fiscale du fonctionnaire requiert plusieurs rattachements. Elle tient suffisamment compte de la nature de l'organisation internationale et des agents qui la font vivre. Mais l'objectif de toute réglementation en matière fiscale doit être d'octroyer une indépendance fiscale nécessaire aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. C'est la raison pour laquelle l'idée d'un principe de non-imposition s'est petit à petit imposée. Ce principe vise aussi à préserver l'intégrité financière de l'organisation internationale. Il permet en effet à l'État-hôte de ne pas s'enrichir au détriment de l'organisation internationale par le biais des impôts. Il est très souvent assorti d'une contrepartie qui est la soumission du fonctionnaire à un système de prélèvement interne perçu directement par l'organisation internationale¹⁹². Ce principe est présent dans presque toutes les réglementations applicables aux fonctionnaires internationaux.

262. Ce principe de non-imposition conforte d'une manière ou d'une autre l'emprise du droit interne de l'organisation internationale dans les contrats dits internes, mais aussi confirme le statut particulier de l'organisation internationale. Néanmoins, certains États se questionnent de plus en plus sur son bien-fondé. Sans remettre complètement en cause ce principe, ces États vont utiliser certaines méthodes pour le contourner. Dans le contexte de crise économique, ces États semblent vouloir privilégier l'intérêt étatique au détriment du principe de non-imposition reconnu aux fonctionnaires internationaux.

263. En pratique, ces tentatives de contournement s'observent sous deux angles. Le premier angle, classique, consiste à limiter les cas d'exonération fiscale dont bénéficient les fonctionnaires des organisations internationales. En Suisse, les fonctionnaires internationaux sont exonérés d'impôts sur les revenus, mais ils restent soumis à l'impôt foncier dès lors qu'ils possèdent un bien immobilier en Suisse¹⁹³.

264. La coopération est parfois difficile pour les fonctionnaires internationaux qui résident dans un pays autre que l'État-hôte de l'organisation internationale. Ce sont des travailleurs transfrontaliers, qui, pour des raisons économiques, résident dans un autre État. Cette situation est fréquente pour les fonctionnaires résidant en France et travaillant à Genève. Ces fonctionnaires peuvent-ils bénéficier de certaines exonérations fiscales dès lors qu'ils se trouvent en dehors de leur lieu d'affectation ? La question s'est posée pour les fonctionnaires

¹⁹² La Résolution 239(III) du 18 novembre 1948 de l'assemblée générale des Nations-Unies institue une contribution obligatoire versée par les fonctionnaires internationaux.

¹⁹³ Mission permanente de la Suisse auprès de l'office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève, privilèges et immunités, « Questions fréquemment posées », Août 2020, disponible en ligne.

français des organisations internationales installées à Genève. À l'époque, des solutions avaient été envisagées par le gouvernement français.

265. La première solution retenue a été l'assujettissement à l'impôt par les autorités françaises et le versement d'un « crédit d'impôt ». Cela signifie que les fonctionnaires seraient soumis à l'impôt français, mais bénéficieraient d'un crédit équivalent à l'impôt interne prélevé par l'organisation¹⁹⁴. Cette solution ne résolvait tout de même pas la question. Le crédit d'impôt ne constituait pas en réalité une exonération d'impôt, mais empêchait simplement la double imposition.

266. La question n'a pas trouvé de réponse tranchée, mais on peut considérer que le fonctionnaire installé en France et exerçant à Genève pourrait bénéficier d'une exonération d'impôts en France. Pour cela, l'on prendrait pour base le constat de l'existence d'une pratique coutumière large reconnaissant l'immunité et les privilèges attachés à la fonction et les exemptions fiscales qui en découlent. À cette pratique, pourraient s'attacher les engagements conventionnels pris par l'État-hôte à respecter et à mettre en œuvre ces exemptions. Puisque ces privilèges sont rattachés à la « qualité » de fonctionnaire international, ils devraient être reconnus indépendamment du lieu où ils se trouvent. Le fonctionnaire international travaillant à Genève ne perd pas sa qualité de fonctionnaire lorsqu'il se retrouve en France, ne serait-ce que pour y établir sa résidence.

267. Malgré tout, et en dehors de ce « conflit transfrontalier », il arrive que des États n'accordent pas d'exonérations fiscales aux fonctionnaires internationaux. C'est le cas des États-Unis, du Brésil, de la Turquie. En pareille circonstance, la solution proposée est le remboursement par l'organisation internationale de l'impôt acquitté par le fonctionnaire¹⁹⁵.

268. Le deuxième cas de contournement est un exemple français. La France fait partie des États, qui, sans ouvertement remettre en cause les exemptions fiscales reconnues aux fonctionnaires internationaux, prévoient des voies juridiques de contournement. À défaut d'assujettir les revenus des fonctionnaires internationaux à l'impôt sur le revenu, l'État français a décidé de prélever des contributions sociales sur les revenus du patrimoine des fonctionnaires, et ce sans tenir compte du fait que ces derniers bénéficient d'un système de sécurité sociale. L'avocat Guillaume Hannotin s'est penché sur la question, et la méthode est aussi bien subtile qu'ingénieuse¹⁹⁶. En effet, le financement de la Sécurité sociale en France était auparavant basé

¹⁹⁴ F. MAUPAIN, « Clandestins ou privilégiés ? Les fonctionnaires internationaux en poste à Genève et domiciliés en France et la ratification de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées », *AFDI*, 1996, vol. 42, p. 636.

¹⁹⁵ Secrétariat général des Nations Unies, « Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude complémentaire du Secrétariat », *op.cit.*, p. 211.

¹⁹⁶ G. HANNOTIN, « Fiscalité - Les fonctionnaires internationaux face aux contributions sociales –Libres propos », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 15, 15 Avril 2019, p. 385.

sur un système de *cotisations* dont les revenus d'activité en constituaient l'assiette. Jusque-là, les fonctionnaires internationaux ne participaient pas à ces cotisations, car ils étaient rattachés à la Sécurité sociale interne de leur organisation. Par la suite, l'administration française a décidé de changer la nature du financement, en faisant référence à des contributions plutôt qu'à des cotisations. Elle a étendu ces contributions à tous les résidents français, y compris les fonctionnaires internationaux.

269. C'est sans surprises que cette décision a été attaquée à l'échelon européen. Dans une première décision de principe *Commission contre France* du 15 février 2000, la Cour de justice a précisé que, dès lors qu'elles étaient destinées à financer la Sécurité sociale française, les nouvelles contributions sociales devaient être considérées comme faisant partie intégrante de la Sécurité sociale nationale. Elles en constituaient le volet « financement ». Comme telles, ces contributions devaient être *coordonnées* avec les sécurités sociales des autres États membres, et il était dès lors interdit à la France d'imposer aux personnes résidant sur son sol une double cotisation, en l'état d'une règle d'unicité d'affiliation. Or la Cour avait précisé dans un autre arrêt que l'interdiction de double imposition valait aussi bien pour les revenus d'activité que pour les revenus du patrimoine¹⁹⁷.

270. En dépit de ces avertissements, l'administration française va se montrer ingénieuse. Comme le montre Guillaume Hannotin :

*« la technique de l'État a d'abord consisté, avec la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2016, à diriger autant que possible l'argent récolté à l'aide des contributions sociales vers des prestations de sécurité sociale dites non contributives, se rapprochant plus de l'assistance sociale que de l'assurance sociale. L'idée était que, dès lors que la Cour de justice avait jugé que l'appartenance d'une contribution au volet « recettes » de la Sécurité sociale impose de respecter le règlement n° 883/2004, et donc d'interdire toute double cotisation, il suffirait de « flécher les contributions sur les revenus du patrimoine vers des prestations paraissant éloignées du cœur de la Sécurité sociale pour s'affranchir de toute obligation de coordination européenne »*¹⁹⁸.

271. Ensuite, dans sa loi de financement de la Sécurité sociale pour 2019, L'État a pris le soin de rebaptiser le fruit des contributions en « prélèvement de solidarité » puis de les raccorder au budget général de l'État, pour ensuite les affecter au budget de la Sécurité sociale. Puisque la CJUE a énoncé que tout financement pouvant être rattaché directement à une prestation de sécurité sociale doit être considéré comme partie intégrante de ladite Sécurité sociale, le changement d'étiquette et de circuit comptable suffirait à briser le caractère direct du lien¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CJUE, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Gérard de Ruyter*, 26 février 2015, aff. C-623/13, *JurisData* n° 2015-005614.

¹⁹⁸ G. HANNOTIN, *op.cit.*, p. 385.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 386.

272. Sans rentrer dans les détails très techniques du cas, on constate que l'État joue bien souvent un rôle de trouble-fête dans la réglementation des contrats passés par l'organisation internationale, notamment les contrats internes. Par son propre droit interne, l'État arrive à reléguer au second plan certaines dispositions du droit interne de l'organisation internationale qui encadrent une situation particulière du contrat. Ces différentes tentatives de contournement ne se font pas sans intérêt. Le domaine fiscal des organisations internationales est particulièrement le siège de frictions entre intérêts économiques. Dans ce cas de figure, les intérêts de l'organisation internationale et de la personne privée sont communs. Il est avantageux pour le fonctionnaire international de ne pas être assujéti à une double imposition. Cette position est également conforme aux principes conventionnels suivis par les organisations internationales. Toutefois, l'intérêt de l'État-hôte est tout autre, et les dispositions de son droit interne risquent de se greffer au droit interne de l'organisation internationale normalement applicable. Le conflit d'intérêts entre l'organisation et la personne privée est remplacé par un conflit d'intérêts entre l'organisation internationale et l'État-hôte.

Résumé du deuxième chapitre

273. Trouver une loi unique « taillée sur mesure » aux contrats conclus par les organisations internationales et qui est adaptée à la particularité de la relation contractuelle est un exercice périlleux. Le droit national a tendance à s'appliquer, pour des raisons de proximité ou de commodité, mais aussi pour la préservation de certains intérêts cruciaux. Toutefois, l'identité juridique des contractants attire plusieurs ordres juridiques, et la mention expresse du droit applicable dans le contrat n'exclut pas l'intervention d'autres ordres juridiques dans le but de régler certaines questions plus précises. L'étude de l'adaptabilité du droit national et du droit interne de l'organisation internationale a permis de révéler leur aptitude à prendre en charge un contrat juridiquement complexe.

274. Enfin, les contrats d'organisation internationale peuvent mobiliser plusieurs ordres juridiques qui présentent chacun leur efficacité en fonction des intérêts en présence. L'expression de ces intérêts peut être souvent source de conflits. De même, la simple appréhension des divergences entre les parties au contrat peut les conduire à désigner une tierce personne qui se chargera de définir le droit applicable.

Conclusion du titre premier

275. La présente étude a permis de mettre en évidence la possibilité d'application et d'intervention de plusieurs ordres juridiques. Dans une perspective de droit commun, le droit national peut s'appliquer à un contrat conclu entre une personne privée et une organisation internationale. Compte tenu des éléments non nationaux qui caractérisent le contrat, ce droit sera principalement déterminé sur la base des méthodes de droit international privé.

276. La dimension internationale, marquée par la présence de l'organisation internationale, propulse la relation contractuelle dans une autre sphère marquée par des innovations juridiques. D'abord avec la possibilité d'application du droit de l'organisation internationale, dont la construction et la portée sont liées aux pouvoirs qui sont reconnus à l'organisation internationale. Ensuite, l'innovation majeure reste sans doute l'intervention des règles de droit international public, qui, à ce stade, cristallisent les intérêts en présence et concrétisent la spécificité de la relation contractuelle.

277. Finalement, les possibilités théoriques ne sont pas exhaustives. Le droit applicable peut être déterminé par la mise en jeu des règles de droit international privé. À défaut, il peut être désigné indirectement, par une tierce personne qui les appliquera à l'occasion d'un litige.

TITRE 2 : LA DÉSIGNATION DU DROIT APPLICABLE PAR UN ORGANE TIERS

278. Lorsque le droit applicable est prévu dans les provisions du contrat ou par le mécanisme des conflits de lois, la seule grande difficulté reste d'analyser son aptitude à s'adapter à la nature particulière du contrat en cause. Toutefois, il peut arriver que les parties, sous le prisme de leurs intérêts, ne mentionnent pas directement le droit applicable à leur relation contractuelle.

279. Certains contrats indiquent plutôt le droit applicable en cas de litige. La confusion est aggravée lorsque certaines clauses sont titrées comme suit : « *Règlement des différends et droit applicable* ». Au départ, l'intitulé laisse penser que le mode de règlement des différends et le droit applicable au contrat sont prévus séparément dans la clause. Pourtant, il s'agit bien du droit applicable en cas de différend²⁰⁰. La clause est alors imprécise sur le droit qui s'appliquera en l'absence de choix des parties. La clause de règlement des différends est clairement énoncée et le contrat est silencieux sur la clause de droit applicable au contrat. Dès lors, la détermination du droit applicable par l'organe de règlement des différends à l'occasion du litige peut être une alternative efficace. Dans le silence des parties, on considère que cet organe sera chargé de définir le droit applicable.

280. Le choix de l'organe juridictionnel devient ainsi décisif dans l'orientation juridique que les parties entendent donner au contrat. La détermination du droit applicable est donc le fruit d'un processus, qui tient compte de l'étendue des pouvoirs qui sont reconnus à l'organe juridictionnel. L'enjeu est alors de choisir l'organe qui sera apte à désigner le droit qui conviendrait le plus à l'une ou l'autre des parties. La bataille des intérêts se déplace du choix du droit applicable au choix de l'organe juridictionnel.

281. L'organe juridictionnel appliquera probablement le droit qui lui est familier. Ainsi, si un juge national est désigné, il est fort probable qu'il applique les règles de son propre ordre juridique interne, ce qui pourrait convenir à la personne privée si c'est le juge de sa nationalité. Au contraire, si les parties décident de choisir un arbitre, un organe juridictionnel de l'organisation ou tout autre organe juridictionnel qui n'a aucune attache avec un droit national, l'organisation internationale peut en tirer un avantage certain du point de vue de ses intérêts. L'enjeu est donc de choisir l'organe juridictionnel qui est plus enclin à désigner le droit qui

²⁰⁰ Par exemple, le point 29 des conditions générales applicables aux contrats pour la fourniture des biens et services de l'UIT : « *En cas d'échec de ces négociations, le différend sera tranché, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, par un arbitre unique désigné par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale [...] L'arbitrage sera conforme au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Le droit applicable sera le droit Suisse* ».

répond aux intérêts de l'une ou l'autre partie. Au-delà de la question de la désignation du droit applicable, la question du choix de l'organe de règlement des litiges présente donc un enjeu en matière de réduction des risques.

282. En dehors du choix conventionnel de la juridiction, il peut arriver que l'une des parties en l'occurrence la personne privée saisisse unilatéralement une juridiction nationale. Dans ce cas, il y a un risque que l'organisation internationale qui n'a pas prévu cette saisine oppose son immunité de juridiction. Le recours au juge national peut alors s'avérer inefficace au stade de la détermination du droit applicable (CHAPITRE 1), d'où l'importance de l'insertion d'une clause d'arbitrage. L'arbitre désigné pourra alors déterminer le droit applicable (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : L'IMPOSSIBLE DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE EN CAS DE RECOURS UNILATERAL AU JUGE NATIONAL PAR LA PERSONNE PRIVÉE

283. En théorie, rien n'empêche la personne privée de désigner le juge national d'un État comme organe chargé de régler les litiges à venir. Cette possibilité admise en théorie semble pourtant complexe à mettre en pratique dans le cadre des contrats d'organisation internationale. En effet, les organisations internationales bénéficient de l'immunité de juridiction. Cette immunité est reconnue dans la majorité des instruments conventionnels relatifs à leur création et à leur établissement. L'immunité de juridiction joue un rôle important dans le fonctionnement des organisations internationales, car elle contribue à leur garantir une indépendance dans l'exercice de leurs missions.

284. L'immunité de juridiction a toujours été au cœur de l'activité des organisations internationales. Plus particulièrement, elle peut exercer une influence dans le choix par le juge du droit applicable au contrat. En effet, grâce à l'immunité de juridiction dont elle bénéficie, l'organisation internationale entre en relation contractuelle avec des avantages juridiques supplémentaires au détriment de son cocontractant. Le contrat débute avec un déséquilibre évident ; la personne privée a conscience que les recours juridictionnels qui lui restent ouverts en cas de litige se trouvent réduits dès le départ à cause de l'immunité juridictionnelle de l'organisation internationale.

285. Cet avantage procédural dégagé touche naturellement le domaine du droit applicable. C'est le cas lorsque celui-ci est l'objet du contentieux, ou lorsqu'à l'occasion d'un contentieux contractuel, l'organe juridictionnel est amené à désigner le droit applicable afin de résoudre le litige. Dans ces différents cas de figure, la personne privée aura naturellement tendance à se tourner vers un juge national dont le système lui est familier. C'est le cas surtout lorsque la personne privée a la même nationalité que le juge saisi. Mais la possibilité théorique pour la personne privée de saisir un tribunal étatique reste compromise en raison de l'immunité de juridiction de l'organisation internationale.

286. Après quelques remarques sur le régime des immunités de juridiction en droit international (Section Préliminaire), on verra que le « gel » de compétence, conséquence de l'application des immunités, constitue un obstacle à la possibilité pour le juge national de désigner le droit applicable au contrat (Section I). L'immunité joue alors un rôle crucial dans la préservation des intérêts de l'organisation internationale. Toutefois, il est des cas où l'immunité reconnue aux organisations internationales est levée, ce qui rétablit les pouvoirs du juge national pour la désignation du droit applicable (Section II).

Section préliminaire. Généralités sur les immunités de juridiction des organisations internationales

287. L'étude de l'immunité des organisations internationales dépasse le simple cadre de leurs activités contractuelles. Cette thématique occupe une place prépondérante dans le domaine du contentieux des organisations internationales.

288. La règle de l'immunité des organisations internationales a été établie dès la création des premières organisations internationales puis introduite au fur et à mesure dans les conventions internationales entre les organisations internationales et les États. Par exemple, un *modus vivendi* entre la Suisse et la Société des Nations indiquait que cette dernière ne pouvait être attirée devant les tribunaux suisses sans son consentement²⁰¹. Les premières règles relatives aux immunités des organisations internationales étaient calquées sur le régime plus ancien de l'immunité des États. Puis, l'immunité des organisations internationales s'est peu à peu consolidée. Elle a tout d'abord été instaurée dans un premier temps au bénéfice des agents de l'organisation plutôt qu'à l'organisation elle-même. C'est ainsi que des privilèges et immunités furent accordés aux membres de la Cour permanente d'arbitrage dès 1899. Entre 1921 et 1926, l'immunité de la Société des Nations ainsi que ses agents fut aussi reconnue dans un accord entre l'organisation internationale et la Suisse²⁰².

289. Les règles relatives à l'immunité vont par la suite se développer au bénéfice de l'organisation en elle-même. L'article 105 de la Charte des Nations Unies précise que :

« L'Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses Membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts. Les représentants des Membres des Nations Unies et les fonctionnaires de l'Organisation jouissent également des privilèges et immunités qui leur sont nécessaires pour exercer en toute indépendance leurs fonctions en rapport avec l'Organisation ».

On constate que la Charte des Nations Unies consacre solennellement l'immunité pour l'organisation internationale d'abord, avant de l'appliquer par la suite à ses agents.

290. Nous nous intéresserons dans un premier temps aux sources des immunités de juridiction (A) puis à leur spécificité dans le cadre particulier des organisations internationales (B).

²⁰¹ N. BLOKKER, « Jurisdictional Immunities of International Organizations – Origins, Fundamentals and Challenges », in T. RUYSS, N. ANGELET, L. FERRO (Eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2019, p. 187.

²⁰² J. KUNZ, « Privileges and Immunities of International Organizations », *AJIL*, vol. 41, 1947, p. 833.

A. Les sources des immunités de juridiction des organisations internationales

291. Les immunités de juridiction ont été consacrées dans bon nombre de conventions internationales (1). Il existe également des législations dont les dispositions garantissent l'immunité aux organisations internationales (2).

1. Les sources conventionnelles des immunités de juridiction des organisations internationales

292. La nécessité de créer un régime de protection beaucoup plus adapté aux organisations internationales s'est fait ressentir après la Seconde Guerre mondiale. Elle a particulièrement retenu l'attention des États-membres de l'ONU. Dès le départ, la règle fut insérée dans l'acte constitutif de l'organisation internationale. L'article 105 de la Charte de l'ONU, qui en définit les modalités, ajoute une disposition qui étend le champ d'application de l'immunité. Cette nouvelle règle de l'immunité n'est plus seulement liée à l'aspect diplomatique des fonctions du représentant de l'organisation internationale, mais elle est désormais garantie pleinement à l'organisation internationale. Ainsi, le premier paragraphe de l'article 105 dispose que : « L'organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts ».

293. Le protocole additionnel n° 1 à la Convention de coopération économique européenne sur la capacité juridique, les privilèges et les immunités de l'OCDE s'appuie sur l'article 19 de sa Constitution, qui prévoit que :

« L'organisation bénéficie de la capacité juridique qui lui est nécessaire pour assurer ses fonctions. À ce titre, l'organisation, ses fonctionnaires ainsi que les représentants de ses membres bénéficient des privilèges et immunités définis dans le protocole additionnel ».

294. Deux remarques méritent d'être soulevées. La première, qu'on a déjà abordée, est relative au bénéficiaire de l'immunité. L'immunité n'est plus seulement instaurée pour les agents de l'organisation. Elle est désormais reconnue à l'organisation internationale en tant que titulaire de la personnalité juridique internationale. La deuxième observation concerne l'étendue de l'immunité. L'organisation bénéficie des privilèges et immunités qui sont nécessaires pour atteindre ses buts. La nécessité est double. Il y a nécessité de protection de l'organisation, ce qui justifie l'institution de l'immunité. Il y a aussi nécessité de prévoir des immunités utiles pour les organisations internationales dans l'exercice de leurs fonctions. Cette

nécessité fonctionnelle sera développée plus loin²⁰³, mais on voit bien l'arsenal de protection qui accompagne la règle de l'immunité.

295. Certaines conventions internationales ont également été adoptées pour encadrer le régime des privilèges et immunités reconnus aux organisations internationales. Elles vont davantage asseoir la légitimité et l'importance de ces principes dans la sphère des États parties. Deux conventions majeures ont été signées dans le sillon de la Charte des Nations Unies. Il s'agit de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies, adoptée le 13 février 1946 et la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, adoptée le 21 novembre 1947.

296. Là encore, le régime de l'immunité est le même. L'article 2 de la Convention sur les privilèges et les immunités des Nations Unies énonce clairement que l'organisation, ses biens et ses avoirs jouissent de l'immunité de juridiction en quelque lieu qu'ils se trouvent. On constate le vaste champ d'application que recouvre l'immunité de juridiction et l'intention des parties de garantir une protection efficace à l'organisation elle-même. Le niveau de protection est aussi consacré avec des termes quasi identiques dans l'accord sur les privilèges et immunités de la CPI²⁰⁴ et tant d'autres organisations internationales.

297. L'immunité de juridiction des organisations internationales est aussi reconnue par le droit national des États.

2. Les sources internes des immunités de juridiction des organisations internationales

298. L'étude des sources internes des immunités de juridiction révèle la manière dont les États appréhendent les immunités reconnues aux organisations internationales et les intègrent dans leur ordre interne conformément aux accords internationaux auxquels ils sont partis.

299. En Suisse, la loi fédérale sur l'État hôte a pour objet d'offrir à certains bénéficiaires — dont les organisations internationales présentes sur son territoire — un cadre juridique clair en ce qui concerne les privilèges et les immunités²⁰⁵. En réalité, la loi suisse sur l'État hôte est bien plus vaste en ce qu'elle codifie la pratique suivie par la Suisse en tant qu'État hôte en matière de privilèges et d'immunités. Au titre des nombreuses garanties accordées à une pluralité de bénéficiaires figure l'immunité de juridiction. Là encore, la particularité des fonctions de

²⁰³ Voir *infra* note 305.

²⁰⁴ Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, 9 septembre 2002, entrée en vigueur le 22 juillet 2004, article 6.

²⁰⁵ Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte, du 22 Juin 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

l'organisation internationale est mise en avant. Les immunités tiennent non seulement compte du droit international et des conventions internationales signées par la Suisse, mais aussi du « statut juridique du bénéficiaire et l'importance des fonctions que ce dernier assume dans les relations internationales »²⁰⁶.

300. Au Royaume-Uni, l'immunité de juridiction est reconnue aux organisations internationales par la *International Organisations Act*, initialement adoptée en 1968 et dont la dernière révision remonte à 2005. La législation britannique prévoit les mêmes immunités et privilèges garantis aux organisations auxquelles elle est partie conformément aux accords internationaux qu'elle a signés. Cependant, cette reconnaissance est soumise à deux conditions : la présence de l'organisation sur le territoire du Royaume-Uni et la conclusion d'un accord de siège entre les deux parties²⁰⁷.

301. On peut observer que ces deux systèmes législatifs ont pour assise des conventions internationales en vigueur sur leur territoire. Les lois interviennent pour transcrire leurs obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne.

302. Contrairement à la Suisse et au Royaume-Uni, la législation américaine sur les immunités est bien plus autonome et détachée des conventions internationales. L'immunité des organisations internationales est régie par la loi sur les immunités des organisations internationales — *International Organisations Immunities Act* — adoptée le 29 décembre 1945. La loi américaine présente une particularité. En effet, la section II prévoit que les organisations internationales jouissent de privilèges et d'immunités identiques aux privilèges et immunités dont bénéficient les gouvernements étrangers. Ce rapprochement entre États et organisations internationales n'est pas sans conséquence, notamment quant à l'étendue de la protection accordée. En effet, le régime des immunités des États est encadré par la *Foreign Sovereign Immunities Act*, édictée en 1976. Or cette loi applique la doctrine restrictive²⁰⁸ qui exclut du champ d'application des immunités, les actes accomplis par l'État à titre privé²⁰⁹.

303. La doctrine restrictive trouve donc à s'appliquer par analogie aux organisations internationales. Ce positionnement restreint significativement le champ des immunités accordées aux organisations internationales. L'activité contractuelle de ces organisations pourrait être qualifiée par les juridictions américaines comme entrant dans la catégorie des « activités commerciales ». Elle risquerait donc de ne pas être couverte par les immunités

²⁰⁶ *Ibid.*, article 4.

²⁰⁷ Voir C. WICKREMASINGHE, « The Immunity of International Organizations in the United Kingdom », *IOLR*, 2013, p. 438.

²⁰⁸ Voir *infra* note 331.

²⁰⁹ Section 1605: « A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case in which a) the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state ».

garanties aux organisations internationales sur le territoire américain²¹⁰. Les organisations internationales s'exposent alors à tout risque de saisine d'une juridiction interne en cas de contentieux résultant d'actes accomplis à titre privé. La législation américaine sur les immunités de juridiction accordées aux organisations internationales telle que conçue accroît les possibilités d'intervention du juge national dans les litiges impliquant une organisation internationale. Mais l'exemple américain est malgré tout une exception, même si la jurisprudence italienne a aussi tendance à appliquer aux organisations internationales le régime en matière d'immunités accordées aux États²¹¹.

304. Quoiqu'il en soit, les textes évoqués, qu'ils proviennent d'instruments internationaux ou de législations internes, mettent suffisamment en évidence l'importance d'accorder à l'organisation internationale des garanties, dont l'immunité fait partie, en vue de la bonne exécution de ses missions.

B. La nécessité fonctionnelle des immunités de juridiction des organisations internationales

305. Le caractère fonctionnel des immunités de juridiction est prévu dans de nombreux instruments internationaux. L'article 105 de la Charte des Nations Unies dispose que :

« L'Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts, et que les représentants des membres des Nations Unies et les fonctionnaires de l'Organisation jouissent également des privilèges et immunités qui leur sont nécessaires pour exercer en toute indépendance leurs fonctions en rapport avec l'Organisation ».

Cette disposition est reprise dans le préambule de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946. L'article 5 du Protocole sur les privilèges et immunités du CERN de 2004 prévoit aussi que l'organisation bénéficie de l'immunité dans l'exercice de ses activités officielles²¹².

306. Certains traités constitutifs d'organisations internationales n'hésitent pas à souligner le caractère fonctionnel attaché à leurs immunités. L'article 23 de la Constitution de l'OIM

²¹⁰US District Court, S.D.N.Y, *Plaintiffs against the World Health Organization*, 5 avril 2021, n°20-CV 3124, document 40.

²¹¹ Voir l'étude de A. CASSESE : « L'immunité de juridiction civile des organisations internationales dans la jurisprudence italienne », *AFDI*, vol. 30, 1984, p. 556.

²¹² Protocole sur les privilèges et immunités de l'Organisation européenne pour la Recherche Nucléaire, signé en 2004, disponible en ligne sur : <https://admin-eguide.web.cern.ch/content/protocole-sur-les-privileges-et-immunités-de-l'organisation-europeenne-pour-la-recherche>.

dispose que « l'Organisation jouira des privilèges et immunités qui sont nécessaires pour exercer ses fonctions »²¹³. L'article 50 de l'accord portant création de la BAD prévoit que :

*« Pour pouvoir atteindre son but et exercer les fonctions qui lui sont confiées, la Banque jouit de la personnalité internationale pleine et entière [...] Aux mêmes fins, le statut, les immunités, les exemptions et les privilèges énoncés dans le présent chapitre sont accordés à la Banque sur le territoire de chaque État membre »*²¹⁴.

307. Le terme « mission » n'a pas de définitions précises. Dans un avis consultatif rendu le 15 décembre 1989, la CIJ retient une interprétation étendue de la notion. Ce terme couvre selon elle « les tâches confiées à une personne, que ces tâches impliquent ou non un déplacement »²¹⁵. Le professeur Virally définit la fonction comme une « activité spécifique orientée vers la poursuite d'une finalité déterminée et extérieure à celui qui en est chargé »²¹⁶. Il en ressort que les immunités de juridiction sont reconnues aux organisations internationales afin que ces dernières soient protégées dans l'exercice de leurs fonctions.

308. Derrière leur caractère fonctionnel, la finalité sous-jacente des immunités est très certainement d'assurer l'indépendance de l'organisation internationale. En effet, si les immunités de l'État s'appuient sur le respect des limites territoriales des autres États souverains, il en est tout autrement pour les organisations internationales qui n'ont pas de territoire²¹⁷. Elles exercent alors nécessairement leurs missions sur le territoire d'un État étranger. Leur présence sur ce territoire les expose à un environnement dans lequel peuvent s'entremêler divers aléas — dysfonctionnements administratifs, procédures juridictionnelles longues et complexes. L'État sur le territoire duquel elles exercent leurs activités peut même avoir une politique restrictive à l'égard des institutions internationales, qui est susceptible d'entraver le bon exercice de leurs fonctions. De tels imprévus requièrent d'équiper l'organisation internationale d'instruments de protection qui préservent son indépendance vis-à-vis de l'État sur le territoire duquel elle opère. Sans les immunités, l'organisation internationale peut être exposée à diverses pressions gouvernementales. C'est pourquoi l'immunité de juridiction est l'outil qui permet

²¹³ Constitution de l'OIM du 19 octobre 1953, disponible en ligne sur : <https://publications.iom.int/fr/node/2656#:~:text=La%20Constitution%20de%20l'OIMau%20fonctionnement%20de%20l'Organisation.>

²¹⁴ Accord portant création de la Banque Africaine de Développement, signé à Karthoum le 4 août 1983, disponible en ligne sur : <https://www.afdb.org/fr/documents/accord-portant-creation-de-la-banque-africaine-de-developpement-edition-2016>.

²¹⁵ CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, Avis consultatif du 15 décembre 1989, *Rec.* 1989, p. 195, § 49.

²¹⁶ M. VIRALLY, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, *op.cit.*, p. 281.

²¹⁷ E. WEIL, *L'obligation de règlement des différends à la charge des organisations internationales*, Thèse, Cergy-Paris Université, 2021, p. 283.

d'éloigner autant que possible les actes conclus par les organisations internationales de l'emprise interne du droit de l'État hôte²¹⁸.

309. Lorsque l'immunité de juridiction est appliquée à l'organisation internationale, elle compromet la capacité du juge national à désigner le droit applicable dans un contrat.

Section I. L'impact des immunités de juridiction des organisations internationales sur le processus de désignation du droit applicable par le juge national

310. La détermination du droit applicable par le juge national peut être parsemée d'embûches à plusieurs stades. Les immunités de juridictions produisent leur effet dès la phase procédurale, compromettant ainsi la possibilité pour le juge national de désigner le droit applicable. (Paragraphe 1). Dans certaines hypothèses, ces obstacles peuvent être levés, ouvrant la voie à une action du juge. (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. L'impact des immunités de juridiction sur le plan procédural

311. Les immunités de juridictions peuvent rendre inefficace le recours au juge national à un double niveau. Au stade procédural, les immunités de juridictions entraînent le « gel » de la compétence du juge national (A). D'une certaine manière, leur consécration exerce une influence « psychologique » sur la détermination du droit applicable. (B).

A. Le gel de la compétence du juge national

312. L'existence d'une règle conférant l'immunité de juridiction à l'organisation internationale n'interrompt pas toute action en justice de la part des personnes privées, à tout le moins au niveau de la simple saisine du juge interne. Rejeter catégoriquement de tels recours peut s'avérer juridiquement compromettant. L'immunité de juridiction ne signifie pas immunité

²¹⁸ Sur ce sujet, voir J-F. LALIVE, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 297-299.

de justice²¹⁹. Le juge qui est saisi devrait suivre certaines procédures, non pas pour connaître absolument du fond de l'affaire, mais, dans une moindre mesure pour examiner les conditions d'application de l'immunité de juridiction intervenant dans la procédure. À cet égard, il convient de distinguer deux situations : les procédures relevant des contrats internes et les procédures résultant de contrats externes.

313. Selon Christian Dominicé, lorsque le juge national est saisi à l'occasion d'un litige entre un fonctionnaire international et son organisation internationale, il doit décliner sa compétence. Cette incompétence est stricte et s'appuie sur des fondements qui vont bien au-delà de l'immunité de juridiction reconnue à l'organisation internationale²²⁰. En effet, en dehors de certains agents locaux recrutés par l'organisation internationale, la fonction publique internationale est étroitement liée à l'existence de l'organisation internationale. L'agent international est soumis au statut du personnel de l'organisation internationale. À ce titre, son statut relève du droit interne de l'organisation internationale. Il est au service de l'organisation internationale et agit strictement dans son intérêt. En cas de contentieux, la solution juridique doit être logiquement tirée du droit interne de l'organisation internationale. Ce rapport juridique exclusif justifie l'incompétence *ratione materiae* des tribunaux étatiques²²¹. Dans sa décision rendue le 19 juin 1968 à l'occasion de l'affaire *Dame Karsfeld*²²², la Cour d'appel de Paris ne s'est pas seulement appuyée sur la nature de l'office franco-allemand pour la jeunesse, en tant que personne morale de droit international échappant aux règles internes pour rejeter la requête de madame Karsfeld. Elle a aussi pointé le statut de madame Karsfeld comme relevant de la fonction publique internationale. Ces deux fondements l'ont conduit à décliner sa compétence²²³.

314. Cependant, l'incompétence des juridictions dans le cadre des contrats internes n'est pas automatiquement admise. Dans une affaire jugée par la Chambre sociale de la Cour de cassation française, les juges ont pu rendre une décision au fond à l'occasion d'un litige entre un fonctionnaire international et la Ligue des États Arabes²²⁴. Sur le terrain de la compétence, une telle décision n'a été rendue possible que parce que l'accord de siège entre l'organisation internationale et le gouvernement français reconnaissait les immunités de l'organisation tout en

²¹⁹ C. DOMINICÉ, « L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales », *RCADI*, vol. 187, 1984, p. 175.

²²⁰ *Ibid.*, p. 184.

²²¹ *Ibid.*

²²² CA Paris, *Dame Klarsfeld c/Office franco-allemand pour la jeunesse*, arrêt du 18 juin 1968, *J-CP*, 1969, note RUZIÉ.

²²³ Pour une analyse de l'affaire, voir D-P. LARGER, « L'affaire Klarsfeld devant les tribunaux français », *AFDI*, vol. 14, 1968, p. 373.

²²⁴ Cass. Soc., *Ligue des États Arabes*, 13 janvier 2021, 9-17.157.

prévoyant tout de même la compétence des tribunaux français²²⁵. Ce préalable procédural s'est par la suite consolidé au fond par le fait que plusieurs éléments objectifs rattachaient le statut du fonctionnaire international au droit français²²⁶. On voit que les juges vont plutôt retenir leur compétence sur la base d'éléments objectifs concrets tels que le cadre conventionnel instituant l'immunité.

315. Il faut cependant souligner que la plupart des organisations internationales prévoient des mécanismes de recours interne en cas de litiges entre les agents et l'organisation internationale. Aujourd'hui, de nombreuses organisations ont mis en place des mécanismes internes de règlement des litiges avec les membres du personnel. Le plus connu reste le TAOIT, qui est compétent pour connaître des différends concernant une quarantaine d'organisations internationales²²⁷. D'autres organisations telles que l'OCDE et l'OTAN ont elles aussi leurs propres tribunaux administratifs.

316. Une tout autre démarche doit être adoptée par le juge interne lorsqu'il est saisi à l'occasion de contrats externes avec l'organisation internationale. Dans ce cas de figure, la personne privée n'a pas de lien fonctionnel avec l'organisation internationale et peut saisir les juridictions nationales surtout lorsqu'elle y a intérêt. Contrairement aux contrats dits internes, l'immunité n'entraîne pas *ipso facto* l'incompétence *ratione materiae* du juge. En réalité, la notion d'immunité de juridiction englobe deux fonctions bien distinctes : la juridiction — en anglais *jurisdiction* — et la compétence. Ces deux notions ont des significations particulières. La juridiction désigne l'habilitation abstraite du juge à trancher un différend, tandis que la compétence vise le pouvoir concret du juge de juger d'un litige précis²²⁸. Par exemple, la qualité pour agir en contentieux international public n'est pas un critère d'incompétence du juge, mais plutôt une question de recevabilité. La distinction prend tout son sens lorsque le juge doit trancher une situation présentant un élément d'extranéité. Dans ce contexte, le juge est appelé à déterminer les hypothèses dans lesquelles son ordre juridique ne peut connaître du litige. L'immunité de juridiction n'est alors pas un motif d'incompétence du juge interne, mais une question d'habilitation du juge à trancher d'un litige contre une organisation internationale qui soulève son immunité. On verra que dans certaines hypothèses dans lesquelles les immunités peuvent être levées, le juge peut s'estimer compétent pour désigner le droit applicable.

317. Avant de décliner sa compétence, le juge doit vérifier si l'immunité de juridiction a été accordée en vertu d'un accord international et que l'organisation internationale n'a pas renoncé

²²⁵ Accord entre le Gouvernement de la République française et la Ligue des États arabes relatif à l'établissement, à Paris, d'un Bureau de la ligue des États arabes et à ses privilèges et immunités sur le territoire français, signé au Caire le 26 novembre 1997, article 1.

²²⁶ Ce dernier résidait en France depuis 33 ans et avait obtenu la nationalité française.

²²⁷ A. PLANTEY & F. LORLOT, *op.cit.*, p. 403.

²²⁸ M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 33.

à l'exercice de ses privilèges. Cette action permet de s'assurer que l'immunité a bel et bien ses ancrages dans le droit international. Pour cela, le juge va s'appuyer sur les instruments juridiques nationaux ou internationaux afin de reconnaître qu'une organisation devrait bénéficier de l'immunité. La plupart des juridictions se réfèrent aux accords de siège signés entre l'État hôte et l'organisation internationale²²⁹.

318. Au-delà des questions procédurales, la prise en compte de l'immunité de juridiction des organisations internationales exerce une influence dans la détermination du droit applicable.

B. L'influence « psychologique » des immunités de juridiction dans la détermination du droit applicable

319. L'immunité n'est pas un droit uniquement procédural. Elle procure chez son détenteur un avantage certain qui le démarque dans ses relations avec les autres sujets de droit. L'impact des immunités de juridiction sur le droit applicable au contrat se manifeste de plusieurs manières. Premièrement, l'immunité de juridiction exerce son influence lorsqu'elle occupe une place déterminante dans les documents contractuels des organisations internationales. Deuxièmement, cette consécration conduit les parties à tenir compte de l'immunité dans le choix du droit applicable.

320. Dans le premier cas de figure, l'influence des immunités de juridiction dans l'orientation juridique des contrats est perceptible au regard du contenu de la clause qui les prévoit. Par exemple, tous les documents contractuels de la CEB doivent tenir compte de l'immunité de juridiction de l'organisation internationale lors de la signature du contrat. L'immunité qui est reconnue est prévue par les textes de l'organisation internationale elle-même ainsi que par l'accord sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe²³⁰. L'OIM inclut également les immunités dans ses contrats-types et dans ses procédures d'achat²³¹.

321. Certaines organisations internationales vont plus loin qu'une simple mention du principe dans leur document contractuel. L'immunité de juridiction de l'organisation internationale est préservée, quelle que soit la teneur du contrat. Par exemple, il est prévu à la CPI que :

²²⁹ C. RYNGAERT, « The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends », *IOLR*, 2009, vol.7, p. 124.

²³⁰ CEB, Directive pour la passation des marchés internes à la CEB de services, fournitures et travaux, point 6.

²³¹ OIM, *General Procurement Principles, Awards Criteria, and Processes for Procurement of Goods, Works, and Services*, point 5.4.

«Aucune disposition du présent contrat ou s'y rapportant ne saurait être assimilée à une renonciation, explicite ou implicite, à l'un quelconque des privilèges ou immunités accordés au personnel de la CPI»²³².

Ce genre de disposition a pour avantage de lever toute ambiguïté quant à l'interprétation de l'engagement contractuel de l'organisation internationale²³³. Cet engagement ne saurait remettre en cause *ipso facto* les immunités des organisations internationales. La FAO prévoit également que:

«Nothing contained in or relating to this Contract shall be deemed a waiver, express or implied, of the privileges and immunities of FAO, nor as conferring any privileges or immunities of FAO on the Contractor or its employees, nor as acceptance by FAO of the jurisdiction of the courts of any country over disputes arising out of this Contract»²³⁴.

Cela signifie qu'en cas de différend contractuel, aucune clause dans le contrat ne peut être interprétée comme impliquant l'acceptation par l'organisation de l'intervention des juridictions nationales.

322. Ces clauses accentuent la spécificité du contrat et son éloignement vis-à-vis du régime juridique des contrats de droit commun. Elles permettent à la personne privée de prendre conscience de l'identité de son partenaire et de la particularité de la relation contractuelle dans laquelle elle s'engage. Une telle conception, associée au contrat d'organisation internationale par le biais de la clause mentionnant l'immunité, réduit davantage l'influence de l'ordre juridique étatique et la propension de tout système législatif national à encadrer ce type de contrat.

323. Le deuxième cas de figure est la suite logique de ce qui a été abordé précédemment. Lorsque les immunités sont solidement ancrées dans la politique contractuelle des organisations internationales, elles sont insérées dans la clause de droit applicable ou de règlement des différends. Dans certains documents contractuels, le simple intitulé de la disposition confirme la posture de l'organisation internationale à préserver ses privilèges. Le point 17 des Conditions générales contractuelles de la FAO est par exemple intitulé «*privilèges et immunités et droit applicable*». On comprend mieux l'imbrication des deux «items» puisque les contrats de la FAO sont régis par les principes généraux de droit et excluent tout système de droit national²³⁵.

324. Cependant, dans bien d'autres cas, l'influence est beaucoup plus indirecte. Le contrat peut être soumis au droit national, mais une petite précision peut changer toute l'interprétation. À titre d'exemple, le point 34 des Conditions générales du CERN est rédigé comme suit : « sans

²³² CPI, Conditions générales d'achat et de service, point 22.

²³³ On les retrouve avec une formulation plus ou moins identique dans les textes de l'OMI, de l'OIAC ou encore de l'UIT.

²³⁴ FAO, *General Terms and Conditions for Goods*, article 25.

²³⁵ *Ibid.*, article 17.

préjudice du statut d'organisation intergouvernementale du CERN, il y a lieu de se référer au droit positif suisse (...) ». Ici, c'est le droit Suisse qui est retenu. Mais une précision conduit à s'interroger sur la portée de l'application du droit suisse : c'est bien la mention « *sans préjudice du statut d'organisation internationale* ». Cette précision vient positionner la spécificité de l'organisation internationale dans la démarche de recherche du droit applicable aux contrats. Cette spécificité implique de tenir compte non seulement de sa personnalité juridique internationale, mais aussi des privilèges et immunités qui lui sont reconnus. On peut donc envisager une application limitée ou partielle du droit suisse dès lors que son application conduirait à remettre en cause les immunités reconnues au CERN et dans la mesure où ce droit ne peut pas régir tous les aspects des activités contractuelles d'une organisation internationale. C'est d'ailleurs le cas en l'espèce puisque le droit suisse ne s'applique que dans deux situations : lorsqu'un point n'est pas traité dans le contrat et en cas d'ambiguïté du contrat.

325. Les documents contractuels de l'ASE suivent la même logique que ceux du CERN, mais ils sont rédigés avec beaucoup plus de précision. Tout d'abord, le droit applicable est précédé de la même mention « *sans préjudice du statut de l'organisation internationale* », à laquelle il a été ajouté « *avec les privilèges et immunités que lui confèrent les dispositions de l'Annexe I de sa Convention* ». Déjà, on comprend mieux à ce stade l'objectif qui est derrière le rappel du statut de l'organisation internationale. Cet objectif n'est autre que rappeler que l'immunité de juridiction confère clairement un statut spécial à l'organisation internationale, qui doit être pris en compte dans le choix du droit applicable. Ensuite, les conditions générales désignent un « droit substantiel spécifié dans le contrat » sans identifier l'origine de ce droit. L'ASE adopte la même stratégie que le CERN dans le choix du droit applicable en mettant l'accent sur l'organisation internationale, mais ne fait référence à aucun droit national. Elle précise que le droit substantiel est appliqué lorsqu'une question n'est pas prévue par le contrat ou par les clauses et conditions générales, ou lorsque la disposition est ambiguë ou obscure²³⁶.

326. Les nombreuses barrières occasionnées par l'immunité de juridiction des organisations internationales remettent en question l'opportunité du choix du juge national pour le règlement des différends et pour la désignation du droit applicable. Ces obstacles ne sont pour autant pas absolus, et dans certaines circonstances, la compétence du juge national peut être exercée.

²³⁶ ASE, Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, ESA/REG/002, 29 juin 2015, clause 34.

Paragraphe 2 : La levée des obstacles à la détermination du droit applicable par le juge national

327. Certaines circonstances peuvent permettre au juge national de se prononcer sur le droit applicable à l'occasion d'un litige entre une organisation internationale. On les retrouve à deux niveaux.

328. La première situation intervient lorsque l'ordre juridique dont dépend la juridiction nationale saisie retient une conception restrictive de l'immunité de juridiction. La théorie restrictive de l'immunité va alors conduire à limiter le champ d'action de la règle. Les organisations internationales seront alors couvertes par les immunités de juridiction sous certaines conditions (A). Dans le deuxième cas de figure, l'organisation internationale accepte dans certaines circonstances de lever son immunité. Elle peut aller plus loin en prévoyant la compétence du juge national (B).

A. Limitations établies dans l'ordre interne des États

329. L'immunité de juridiction tire sa source des conventions internationales, qui déterminent généralement son contenu et sa portée. En principe, ces textes doivent être incorporés dans l'ordre juridique des États signataires afin de déployer leur effet et s'appliquer aux particuliers. Pour cela, les États vont adopter des mécanismes de transposition des textes internationaux²³⁷. L'application des règles de droit international dans l'ordre interne va être soumise à certaines modalités propres à chaque État. Lorsqu'elles pénètrent l'ordre juridique interne des États, les normes internationales peuvent se heurter à des conceptions locales ou des interprétations qui varient en fonction des traditions juridiques.

330. Dans le cadre de l'immunité de juridiction, il peut arriver que le droit interne de l'État dont les juridictions sont saisies à l'occasion d'un litige admette des hypothèses de limitation du principe. Cette interprétation restrictive de la règle est alors suivie par les juges internes. Il convient de préciser que ces États ne remettent pas en cause la règle de l'immunité de juridiction. Celle-ci s'applique toujours, mais les conditions de son application seront réduites selon les circonstances.

331. En effet, certains États de rattachement des juridictions opèrent une distinction selon la nature des activités de l'organisation internationale : celles que l'organisation accomplirait dans le cadre de ses missions — les actes *jure imperi* — et celles qui sont accomplies à titre privé — *jure gestionis*. La distinction *jure imperi/jure gestionis* tire son origine du régime juridique des

²³⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, précis Domat, 13^{ème} éd., 2019, p. 217.

immunités des États. En l'absence de disposition conventionnelle contraire, on considère que l'État peut agir à double titre. D'abord, l'État agit en tant que personne publique, lorsqu'il intervient dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. Ensuite, L'État peut intervenir à titre privé lorsqu'il accomplit des actes de gestion, à l'image d'une personne privée²³⁸.

332. L'application de l'immunité de juridiction dépend alors de la nature des actes litigieux. L'immunité fait obstacle à la compétence des juridictions internes lorsque l'État agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Toutefois, les tribunaux nationaux peuvent être saisis dès lors que les activités ont été menées à titre privé. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États fait référence aux transactions commerciales des États, ou encore aux contrats de travail entre un État et une personne physique²³⁹. L'IDI a pu préciser les critères indicatifs de la compétence des tribunaux ou autres organes de l'État du for en matière d'immunité de juridiction. Cela concerne par exemple « les actes législatifs et administratifs de l'État au regard du droit international public »²⁴⁰ ou encore « la mise en œuvre des politiques de l'État défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique »²⁴¹.

333. Cette conception a été étendue aux organisations internationales par la jurisprudence de certains États comme les États-Unis ou l'Italie. C'est surtout en Italie que les tribunaux vont fournir une jurisprudence abondante en ce sens²⁴². Il faut noter que la plupart des affaires étaient relatives aux rapports de travail entre les fonctionnaires internationaux et l'organisation internationale²⁴³. Dans l'arrêt *Branno*, la Cour de cassation opère une distinction entre les actes par lesquels l'organisation poursuit ses fins institutionnelles, et les autres actes. Même si l'appellation est différente, on peut penser que les tribunaux font allusion aux actes *jure imperi* lorsqu'ils évoquent les actes menés à fins institutionnelles, ainsi qu'aux *actes jure gestionis* pour ce qu'ils qualifient d'autres actes. C'est surtout une autre façon de transcrire la distinction aux organisations internationales²⁴⁴. On peut également citer l'Affaire *Porru* ; dans cette affaire, l'intéressé réclamait le paiement d'une indemnité d'ancienneté. Le juge de première

²³⁸ Y. KERBRAT, P-M. DUPUY, *op.cit.*, p. 142.

²³⁹ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée à New-York le 2 décembre 2004, article 10.

²⁴⁰ Résolution IDI, « Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États », session de Bâle, 2 septembre 1991, article 2.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Tribunal di Firenze, *Mazzanti c. HAFSE*, 2 janvier 1954, *RDIPP*, vol. 38, 1955, p. 354 ; Corte di Appello di Firenze, 1^{ère} sect., procédure civile, 4 août 1955, *Giustizia civile*, 1955, section 436, p. 461 ; Tribunale di Roma, *Marré c. Unidroit*, 12 juin 1965, *RDIPP*, 1966, p. 149 ; Corte di Cassazione, *CIME c. Di Banella Schirone*, 11 avril 1975, *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p. 575 ; Corte di Cassazione, *FAO c. INPDAL*, 18 octobre 1982, *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 192.

²⁴³ Voir A. CASSESE, *op.cit.*, pp. 556-566.

²⁴⁴ Corte di Cassazione, *Branno c. Ministero della difesa esercito*, arrêt du 14 juin 1954, n° 1996, *Il Foro Italiano*, vol. 78, No. 4 (1955), p. 516.

instance a d'abord analysé la nature du rapport de travail et a estimé que l'activité interne d'organisation des bureaux ayant un lien immédiat et direct avec l'accomplissement des fins institutionnelles de l'organisme doit être considérée comme une activité qui se rapporte au secteur public. Il a conclu que ce rapport rentrait dans la catégorie des actes *jure imperi*²⁴⁵.

334. Aux États-Unis, la restriction des immunités des organisations s'est faite de manière progressive par le moyen de certains outils législatifs. En effet, la Section II de l'*IOIA* alignait le régime des immunités des organisations internationales sur celui des États étrangers. Ce régime était absolu jusqu'à la rédaction de la *Tate letter* en 1952. Cette note juridique, du nom de l'auteur à l'attention du département américain des affaires étrangères suggérait de passer d'un régime absolu des immunités à un régime plus restrictif, qui tiendrait désormais compte de la nature des activités des États et opèrerait une distinction entre les actes *jure imperi* et les actes *jure gestionis*²⁴⁶. La doctrine restrictive va être codifiée par la *Foreign Sovereign Immunities Act* adoptée le 1^{er} octobre 1976. Depuis l'adoption de cette loi, les restrictions aux immunités se sont étendues, allant bien au-delà des activités dites commerciales²⁴⁷.

335. Même si les juridictions américaines ont semblé au départ réticentes quant à l'application du nouveau régime aux organisations internationales²⁴⁸, elles vont infléchir leur position en tenant compte de l'évolution législative du régime des immunités. Dans l'affaire *OSS Nokalva, Inc. v. European Space Agency*²⁴⁹, une entreprise américaine avait saisi la *New Jersey Superior Court* à la suite d'un litige contractuel avec l'ASE. Cette dernière a porté l'affaire devant la *U.S. District Court*. Au soutien de sa demande, l'organisation a estimé que la loi américaine sur les immunités des organisations internationales lui accordait une immunité absolue. L'entreprise américaine soutenait le contraire et estimait que quand bien même elle y aurait droit, l'organisation avait renoncé à ses immunités. La *U.S. District Court* a confirmé l'immunité absolue de l'ASE, mais elle a soutenu que l'organisation y avait renoncé. L'ASE a interjeté appel de la décision en ce qu'elle a retenu une renonciation aux immunités. L'entreprise américaine a également fait appel au motif que les juges avaient reconnu l'immunité absolue de l'organisation internationale. La *US Appeal Court* a rejeté l'interprétation de l'*IOIA* retenue par la *U.S. District Court*, qui conférait une immunité absolue à l'ASE. Analysant l'*IOIA*, les juges ont estimé que: « *the effect of "legislating in shorthand" was to link the immunity of international organizations to that of foreign government* ». Par la

²⁴⁵ Pretore di Roma, *Porru c. FAO*, 25 juin 1969, *RDIPP*, 1971, p. 130.

²⁴⁶ I. SINCLAIR, « The Law of Sovereign Immunity, Recent Developments », *RCADI*, vol. 167, 1980, p. 243.

²⁴⁷ 28 US Code, § 1605- General Exceptions to the Jurisdictional Immunity of a Foreign State.

²⁴⁸ US Court of Appeals, *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 9 octobre 1998, 156 F.3d 1335; District Court, E.D.N.Y., *US Boimah v. United Nations General Assembly*, 4 juillet 1987, *Federal Supplement*, n° 664, p. 71.

²⁴⁹ US Court of Appeals, 3rd Circuit, *OSS Nokalva, Inc. v. European Space Agency*, 6 août 2010, disponible en ligne sur <https://caselaw.findlaw.com/court/us-3rd-circuit/1535113.html>.

suite, la Cour a interprété l'*IOIA* comme conférant aux organisations internationales les mêmes privilèges et immunités que celles dont bénéficient les États conformément au *Foreign Sovereign Immunities Act*. Selon la Cour, cette application par analogie devrait également inclure les changements apportés à la loi initiale. Elle estima finalement que :

« *the FSIA's exception for suits arising out of a government's commercial transactions from the broad immunity it otherwise accords such a government is equally applicable to international organizations and is incorporated into the IOIA* »²⁵⁰.

336. Cette tendance est même suivie par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Jam v. International Finance Corporation*²⁵¹. La Société Financière Internationale, organisation internationale appartenant au groupe de la Banque mondiale, avait conclu un contrat avec une société indienne pour la construction d'une centrale de charbon à Gujarat, en Inde. Les requérants poursuivirent l'organisation pour les dégâts environnementaux liés à l'exploitation de la centrale, mais l'organisation invoqua l'immunité absolue comme moyen de défense. La Cour Suprême a fait droit à la demande des requérants. Elle a d'abord rappelé la règle selon laquelle l'organisation internationale jouissait des mêmes privilèges et immunités que les États étrangers. En ce sens, elle a affirmé que :

« *the International Organizations Immunities Act grants international organizations the "same immunity" from suit "as is enjoyed by foreign governments" at any given time. Today, that means that the Foreign Sovereign Immunities Act governs the immunity of international organizations. The International Finance Corporation is therefore not absolutely immune from suit* »²⁵².

337. La Cour suprême précise tout de même le caractère accessoire des dispositions de l'*IOIA* qui ne sauraient s'appliquer dès lors que l'organisation internationale précise dans ses textes l'étendue des immunités qui lui sont reconnues²⁵³. Contrairement au FMI, dont l'immunité absolue est reconnue dans son acte constitutif, la Charte de l'IFC n'apporte pas une telle précision.

338. La théorie restrictive a souvent été invoquée pour protéger également les intérêts des parties impliquées dans un contrat contre d'éventuels abus que pourrait causer une extension trop large des immunités de juridiction à toutes les activités. Selon les juridictions qui la soulèvent, l'organisation internationale peut mener des activités dont la nature et la substance peuvent être vraisemblablement déconnectées des missions réelles pour lesquelles elle est créée. Lorsque la personne privée s'engage dans de telles transactions, il est plus souhaitable

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ US Supreme court, *Jam et al v. International Finance Corporation*, 27 février 2019, n° 17-1011, disponible en ligne sur www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ « *IOIA are only default rules. If the work of a given international organization would be impaired by restrictive immunity, the organization's charter can always specify a different level of immunity* ».

que ces intérêts soient protégés. Le fait de pouvoir attirer les organisations internationales devant les juridictions internes serait un gage de confiance et de protection solide.

339. D'ailleurs, un détour en droit européen nous permet de voir que la doctrine restrictive a été appliquée cette fois-ci dans le cadre des immunités d'exécution. Dans l'affaire *Shape*²⁵⁴, trois entreprises étrangères avaient signé des contrats avec le commandement suprême des forces alliées en Europe (SHAPE), organisation internationale dont le siège était situé en Belgique. À la suite d'un litige financier avec l'organisation internationale, les requérants avaient saisi les juridictions néerlandaises. L'organisation a soulevé son immunité. Le tribunal s'est déclaré compétent pour juger de l'affaire. L'organisation a fait appel de la décision et a obtenu gain de cause. L'affaire a été portée devant la Cour suprême des Pays-Bas. Parallèlement, les trois sociétés ont aussi saisi le juge néerlandais en référé et obtenu l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt conservatoire sur le compte ouvert auprès d'une banque belge. L'organisation a bien évidemment invoqué son immunité d'exécution, et saisi à son tour le juge des référés néerlandais afin d'obtenir la mainlevée de cette saisie ainsi que l'interdiction pour les trois sociétés de procéder à une nouvelle saisie conservatoire. Saisie par une demande de question préjudicielle, la CJUE devait déterminer si l'action en référé pouvait être soulevée devant le juge dans le cadre d'un contrat avec une organisation internationale qui soulevait son immunité en l'espèce. Après avoir qualifié la décision des juridictions hollandaises de « matière civile et commerciale », la Cour a indiqué que :

*« Certains litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent relever du champ d'application du règlement n° 1215/2012 lorsque le recours juridictionnel porte sur des actes accomplis jure gestionis, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique »*²⁵⁵.

340. L'on pourrait généraliser ce raisonnement à l'immunité de juridiction dans la mesure où la Cour commence par rappeler l'interprétation restrictive qu'elle a pu poser au sujet de l'immunité juridictionnelle des États à l'occasion d'une affaire similaire²⁵⁶. Elle soutient par la suite que cette interprétation est transposable aux organisations internationales « indépendamment de la question de savoir s'il s'agit de l'immunité juridictionnelle ou de l'immunité d'exécution »²⁵⁷. La Cour ne fait donc pas de différence entre les deux catégories d'immunités et préfère se focaliser sur leur incidence sur l'application du Règlement²⁵⁸.

341. On imagine que le choix d'une telle interprétation restrictive s'explique par la volonté d'attribuer à la règle de l'immunité une plus grande efficacité. La distinction entre les actes de

²⁵⁴ CJUE, *Supreme sites services gmbh c. SHAPE*, 3 septembre 2020, C-186/19.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ CJUE, *LG e.a. c. Rina SpA et Ente Registro Italiano Navale*, 7 mai 2020, C-641/18, point 56.

²⁵⁷ CJUE, *Supreme c. SHAPE*, *op.cit.*, point 61.

²⁵⁸ G. CUNIBERTI, « Compétence pour ordonner la mainlevée d'une saisie conservatoire transfrontière », *Rev. Crit. DIP*, 2021/1, n° 1, p. 43.

puissance publique et les actes de gestion permettrait aussi de protéger les intérêts des personnes privées lorsqu'elles entrent en contrat avec l'organisation internationale, en leur offrant la possibilité d'attirer les organisations internationales devant les juridictions internes. Toutefois, au regard de la pratique, mais aussi de l'importance de l'immunité dans l'existence même de l'organisation internationale, la théorie restrictive de l'immunité des organisations internationales ne devrait être admise que de façon exceptionnelle.

342. Pour mieux comprendre la portée de la théorie restrictive, l'on pourrait effectuer un raisonnement inverse, qui consiste à analyser les conséquences sur les activités contractuelles de l'organisation internationale en cas de généralisation de la théorie restrictive. L'admission d'une telle restriction risque d'être source de confusion dans la classification des contrats entre les personnes privées et les organisations internationales. La réalité est que ces contrats risquent d'être rangés dans la catégorie des « actes de gestion » de l'organisation internationale par les tribunaux étatiques, et ne seraient de ce fait plus couverts par l'immunité de juridiction des organisations. Un tel raisonnement risquerait de compromettre les activités des organisations internationales ; celles-ci sont de plus en plus nombreuses et elles agissent dans des secteurs divers et variés qui sont marqués par un haut degré de technicité. Dans cette dynamique, elles ont fréquemment recours à des contrats avec des prestataires externes. L'activité des organisations internationales n'est plus essentiellement dominée par des accords diplomatiques ou de coopération. On assiste à une véritable privatisation aussi bien dans la structuration interne que dans le mode de fonctionnement des organisations internationales. Dès lors, la distinction entre actes de puissance publique et actes de gestion serait difficilement applicable aux organisations internationales. L'activité contractuelle est pleinement au cœur de l'action des organisations internationales. Appliquer une restriction aux immunités reviendrait à exposer une grande partie des fonctions des organisations internationales aux risques de recours portés contre elle devant les juridictions internes, ce qui compromet gravement leur fonctionnement.

343. Ainsi, il serait inadéquat d'effectuer une application analogique des immunités accordées aux États. La situation n'est pas la même ; les États ont la compétence territoriale. Les actes qui sont édictés sur le territoire par l'État bénéficient déjà d'une protection. L'immunité qui est accordée restrictivement pour les actes qui produisent un effet à l'étranger a pour but de préserver l'État dans ses prérogatives de puissance publique²⁵⁹. Lorsque ces actes ont un caractère privé, l'objectif est alors de préserver les intérêts des personnes privées, d'où la levée des immunités.

²⁵⁹ C. DOMINICÉ, *op.cit.*, p. 180.

344. Contrairement aux États, l'organisation internationale a été instituée par les États et poursuit des intérêts distincts de ceux des États. L'immunité de juridiction est donc pleinement intégrée dans son fonctionnement. Elle devrait pouvoir lui être accordée sans aucune restriction au risque de compromettre son efficacité.

345. En définitive, l'immunité de juridiction des organisations internationales leur est pleinement reconnue de manière générale. Les restrictions apportées demeurent limitées et exceptionnelles. Cependant, il est des cas où la mise à l'écart de l'immunité découle du choix de l'organisation internationale.

B. Limitations émanant des organisations internationales

346. Ces limitations concernent les cas où l'organisation internationale renonce elle-même à ses immunités de juridiction. La renonciation aux immunités peut être comprise comme une levée des obstacles à la saisine du juge interne, à l'initiative de l'organisation internationale. C'est l'acte par lequel l'organisation internationale accepte de ne pas se prévaloir de ses privilèges. Cette possibilité est généralement prévue dans les conventions internationales générales relatives aux immunités ou encore dans les accords de siège (1). Elle peut être aussi implicite, c'est-à-dire identifiable après un examen méticuleux de l'attitude de l'organisation internationale (2).

1. Renonciation explicite

347. La renonciation peut être exprimée dans un texte conventionnel de deux manières. Premièrement, la clause de possibilité de renonciation peut être rédigée en des termes généraux. Par exemple, l'article 2 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946 prévoit que :

« L'Organisation des Nations Unies, ses biens et avoirs, quels que soient leur siège et leur détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où l'Organisation y a expressément renoncé, dans un cas particulier »²⁶⁰.

L'article 2 du protocole additionnel n° 1 à la convention de coopération économique européenne du 16 avril 1948 est rédigé en des termes identiques. Dans cette situation, les modalités de renonciation ne sont pas expressément mentionnées. Elles pourraient être

²⁶⁰ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, signée à New York le 13 février 1946.

détaillées dans l'accord de siège, ou même dans le contrat entre l'organisation internationale et la personne privée.

348. Deuxièmement, certaines clauses précisent les modalités de renonciation. Là encore, une distinction peut être faite entre les clauses qui mettent en évidence des buts à atteindre, et celles qui mentionnent avec précision les activités pour lesquelles l'organisation internationale peut lever l'immunité. En ce qui concerne les premières, on peut prendre pour exemple l'article 13 de l'accord de siège entre le BIPM et la France qui est rédigé comme suit :

« Les privilèges et immunités prévus par le présent accord sont consentis à leur bénéficiaire dans l'intérêt du bon fonctionnement du bureau. Le comité international consentira à la levée de l'immunité [...] si celle-ci risque de gêner l'action de la justice »²⁶¹.

349. Rédigée comme tel, la clause de possibilité de renonciation poursuit un but, mais ne détermine pas le motif concret. Cette rédaction a le mérite de toujours rechercher l'objectivité de la règle. Elle démontre une volonté de l'organisation internationale de coopérer autant que possible pour la protection des intérêts des tiers. C'est un signe de bonne foi, mais également un moyen de montrer l'engagement de l'organisation internationale de tenir compte des lois de l'État-hôte. En ce sens, l'article 21 de l'accord de siège entre l'OACI et le Canada est plus incisif sur le respect des lois. Il précise que :

« Toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements du Canada. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures du Canada »²⁶².

350. Certaines organisations internationales ont préféré prévoir les domaines dans lesquels des exceptions aux immunités de juridiction peuvent être apportées. L'article 4 de l'accord de siège entre l'OIAC et les Pays-Bas prévoit des exceptions aux immunités pour des actions civiles à raison de dommages découlant d'un accident causé par un véhicule de l'organisation, si ledit véhicule n'est pas couvert par une assurance, et les actions civiles concernant un acte ou une omission de l'organisation ou de ses fonctionnaires ayant causé mort d'homme ou des dommages corporels sur le territoire du Royaume des Pays-Bas²⁶³. L'article 5 de l'accord de siège entre INTERPOL et la France prévoit également des exceptions en cas de demande

²⁶¹ Accord entre le Gouvernement de la République française et le BIPM, relatif au siège du BIPM et à ses privilèges et immunités sur le territoire français, du 25 avril 1969.

²⁶² Accord de siège entre le Gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, signé les 4 et 9 octobre 1990.

²⁶³ Accord entre l'Organisation pour l'Interdiction des Armes Chimiques et le Royaume des Pays-Bas relatif au siège de l'OIAC, entré en vigueur le 29 avril 1997, disponible en ligne sur https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CSP/C-I/fr/C-I_DEC.59-FR.pdf.

reconventionnelle directement liée à une procédure entamée à titre principal par l'Organisation²⁶⁴.

351. On le voit, les exceptions sont souvent prévues en matière de responsabilité délictuelle, ou, plus généralement, dans l'objectif de protéger les intérêts des individus présents sur le territoire de l'État-hôte contre certains abus. Ces exceptions vont d'une certaine manière garantir l'accès à la justice aux personnes qui en remplissent les conditions²⁶⁵.

352. Une exception plus spécifique provient des institutions financières internationales. Au préalable, il convient de préciser que les institutions financières internationales peuvent être définies de diverses manières. Tout d'abord, ce sont des organisations internationales au sens juridique du terme ; leur création procède de la volonté des États. Ensuite, les institutions financières internationales jouent un rôle d'intermédiaire entre les organismes privés ou les investisseurs et les personnes publiques importateurs de capitaux. Enfin, ces institutions sont avant tout des institutions de développement²⁶⁶. À ce titre, l'une de leurs fonctions principales est d'assister les États-membres dans le cadre de projets de développement. Ces différentes interactions conduisent les organisations internationales financières à exercer leurs activités dans un environnement où s'entremêlent différents systèmes juridiques internationaux. La nature particulière des missions implique que l'organisation libéralise davantage sa réglementation de sorte à prendre en compte plusieurs ordres juridiques, dont l'ordre juridique interne. Cette politique inclusive a aussi pour but de créer un climat de confiance avec les investisseurs ou les créanciers lorsque l'organisation recherche des capitaux. Ceux-ci doivent savoir qu'ils peuvent poursuivre l'organisation devant les juridictions nationales qui leur sont familières en cas de litige contractuel. C'est sans doute en raison de cette unité d'intérêts que la plupart des organisations internationales financières ont édicté des clauses de limitation quasi similaires. Selon l'article VII section 3 des Statuts de la BIRD :

« La Banque ne peut être poursuivie que devant un tribunal ayant juridiction sur les territoires d'un État membre où elle possède un bureau, a désigné un agent chargé de recevoir les significations ou notifications de sommations ou a émis ou garanti des titres. Aucune action judiciaire ne pourra cependant être intentée par des États membres ou par des personnes agissant pour le compte desdits États, ou faisant valoir des droits cédés par ceux-ci ».

L'article 52 du statut de la Banque africaine de développement est rédigé en des termes identiques et rajoute une exception pour les actions résultant de ses pouvoirs d'emprunt. On

²⁶⁴ Accord entre l'Organisation internationale de police criminelle – INTERPOL et le gouvernement de la république française relatif au siège de l'organisation sur le territoire français, signé le 3 novembre 1982.

²⁶⁵ L. GROSSE, « L'accord de siège de 2008 entre la France et INTERPOL », *AFDI*, vol. 54, 2008, p. 624.

²⁶⁶ A. RIGO SUREDA, « The Law Applicable to the Activities of International Development Banks », *RCADI*, vol. 308, 2004, p. 25.

retrouve également les mêmes dispositions à l'article XI section 3 du statut de la Banque interaméricaine de développement.

353. À côté de ces limitations clairement prévues par les textes constitutifs des organisations internationales ou des accords de siège, la renonciation aux immunités peut découler du comportement de l'organisation internationale ou de certaines circonstances particulières.

2. *Hypothèses de renonciation implicite*

354. On parle de renonciation implicite lorsque le comportement des organisations internationales peut être interprété comme conduisant inéluctablement à la levée de leurs immunités.

355. Comme toute situation subjective, l'existence d'une renonciation est soumise à l'interprétation de la juridiction saisie. La liste des cas de renonciation implicite n'est donc pas exhaustive, mais elle peut être déterminée à partir de plusieurs hypothèses.

356. D'abord, dans le rapport contractuel avec la personne privée, on peut se demander si le choix du droit national comme droit applicable au contrat n'implique pas une renonciation à l'immunité de juridiction de l'organisation internationale. Les juridictions françaises ont eu à se prononcer sur cette question dans l'affaire *Mme de Beaugrenier c/UNESCO*. La plaignante avait été licenciée par l'organisation internationale et avait saisi le Conseil De Prudhommes. Elle s'appuyait sur l'article 12 de l'accord de siège entre l'UNESCO et la France. Le texte précisait que l'organisation internationale jouit de l'immunité de juridiction sauf dans la mesure où elle y aurait expressément renoncé dans un cas particulier ou si cette renonciation résulte des clauses d'un contrat. La requérante s'était alors prévalu des clauses de son contrat, qui étaient régies par le statut du personnel, complété par la législation française du travail. La Cour de cassation a confirmé la décision du juge De Prudhommes. Elle a jugé que la référence à la législation française ne valait pas renonciation à l'immunité de juridiction dont l'UNESCO bénéficiait²⁶⁷.

357. Sur le terrain juridictionnel toujours, l'hypothèse de renonciation peut se présenter lorsque l'organisation internationale présente une réclamation devant les juridictions nationales. L'article 5 de l'accord de siège entre la Suisse et l'UIT dispose que : « l'insertion dans un contrat d'une clause de juridiction devant un tribunal ordinaire constitue une

²⁶⁷ Cass. Soc., *Mme de Beaugrenier c/UNESCO*, 11 février 2009, n° 07-44.240, note L. CONDE, *JDI*, n° 4, octobre 2009, comm.18.

renonciation formelle à l'immunité »²⁶⁸. Mais en dehors de toute mention explicite, on peut valablement admettre qu'une organisation internationale, qui intente une action contre un particulier devant les tribunaux nationaux, renoncerait implicitement à son immunité pour toutes les demandes reconventionnelles liées à la demande principale²⁶⁹.

358. La dernière hypothèse concerne cette fois-ci la réponse de l'organisation internationale face à une action intentée contre elle. Lorsqu'une organisation est assignée par la personne privée devant un tribunal, doit-elle automatiquement contester l'action en justice en invoquant au besoin ses immunités ? Ou alors le juge peut-il simplement la soulever d'office pour qu'elle soit applicable ? La réponse dépend de plusieurs facteurs, notamment les prévisions de l'accord qui consacre l'immunité ou, à défaut l'interprétation des juges. Dans l'affaire *The Investment— & Finance Company of 11 January 1984 Ltd. v. UNICEF*, les juges danois ont retenu l'exception d'immunité malgré le silence de l'organisation internationale²⁷⁰.

359. Cette solution n'est pas fixe, mais n'est pas moins logique. Le fait pour l'organisation internationale de comparaître devant le juge pour se défendre relève plutôt de la bienséance qu'un acte de renonciation à son immunité²⁷¹. De même, son silence ne saurait être interprété comme entraînant une levée tacite de ses immunités.

360. Lorsque les circonstances étudiées plus haut conduisent à la mise à l'écart des immunités de juridiction des organisations internationales, il n'y a en théorie aucun obstacle pour que le juge national saisi définisse le droit applicable en l'absence de choix exprès des parties.

Section II. Les méthodes de détermination du droit applicable par le juge national.

361. La détermination du droit applicable au contrat d'organisation internationale par le juge national peut s'avérer délicate compte tenu de la nature particulière du contrat qui le place dans une position nouvelle et bien différente de celle qu'il a l'habitude de connaître dans son ordre interne. À cet effet, la rareté des décisions rendues par les juridictions nationales à propos de

²⁶⁸ Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'UIT pour régler le statut juridique de cette organisation en Suisse, signé le 22 juillet 1971, disponible en ligne sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1971/1452_1449_1449/fr.

²⁶⁹ C. DOMINICÉ, *op.cit.*, p. 184.

²⁷⁰ Court of Second Instance for the Eastern Circuit, *Østre Landsret, The Investment- & Finance Company of 11 January 1984 Ltd. v. UNICEF*, 26 août 1999, disponible dans *ILDC* 64.

²⁷¹ Voir M.A. NAMOUNTOUGOU, « La renonciation des organisations internationales à leurs immunités », in D. SAROOSHI (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, Martinus Nijhoff, La Haye, 2014, p. 523.

contrats passés par les organisations internationales ne permet pas d'obtenir des réponses claires sur la question. De même, l'étude devient de plus en plus complexe tant le raisonnement peut varier d'un système juridique à un autre.

362. Pour pallier ces lacunes, il convient de s'inspirer des solutions retenues dans la catégorie la plus vaste des contrats internationaux. Les éléments de réponse pourront être adaptés à certaines particularités tenant à la spécificité et aux enjeux des contrats d'organisation internationale.

363. La première solution pour le juge national confronté au choix du droit applicable est de recourir aux règles de conflit de lois (Paragraphe I). Compte tenu de certaines circonstances, il peut néanmoins opter pour une solution directe en dehors de la méthode conflictuelle classique (Paragraphe II).

Paragraphe 1. La mise en œuvre des règles de conflit

364. La mise en œuvre des règles de conflit appelle certaines considérations préalables (A). Une fois celles-ci établies, le juge a la possibilité d'appliquer certaines règles d'origine conventionnelle (B).

A. Considérations préalables

365. Ces considérations ont trait d'une part à la qualification du contrat en contrat international, et d'autre part en l'obligation d'appliquer d'office les règles de conflit lorsque la question du droit applicable se pose au juge.

1. La qualification du contrat d'organisation internationale

366. L'opération de qualification préalable est nécessaire à l'application de toute règle de conflit. Cette opération permet d'identifier la question de droit puis de la classer dans une catégorie de rattachement²⁷². Pour appliquer la règle de conflit en matière contractuelle, il faut que la relation contractuelle entre l'organisation internationale et la personne privée entre dans la catégorie des contrats internationaux.

²⁷² T. VIGNAL, *op.cit.*, p. 69.

367. Au-delà des questions connexes que soulève l'opération de qualification, l'attention doit être portée sur la notion de contrat international et sur les éléments à relever en vue d'insérer les contrats d'organisation internationale dans cette vaste catégorie. L'enjeu à ce stade est de rechercher le critère d'internationalité que le juge peut mettre en évidence. Face à la particularité des contrats d'organisation internationale, la solution qui sera retenue par le juge est celle qui simplifiera la notion de contrat international, de sorte à la rendre plus inclusive.

368. La définition du contrat international mobilise beaucoup de concepts qui ont davantage contribué à sa complexité. Loin de ces considérations d'ordre doctrinal, il faut surtout utiliser parmi les possibilités de définition offertes, le critère qui paraît adapté à l'usage qui sera fait de la notion²⁷³. Le critère fonctionnel du contrat international pourrait répondre à ce besoin.

369. Sous cet angle, le contrat est dit international lorsqu'il est susceptible par ses éléments de justifier l'application de législations concurrentes²⁷⁴. L'aspect formel de l'internationalité définit le contrat international comme un contrat qui, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, « a des liens avec plus d'un système juridique »²⁷⁵. Cette définition a l'avantage de simplifier le rattachement et surtout faciliter la distinction avec les contrats purement internes dont l'encadrement juridique relève du droit interne des États²⁷⁶. Le critère fonctionnel de l'internationalité est axé sur les éléments d'extranéité que l'on peut retrouver dans la vie sociale d'un pays²⁷⁷.

370. Le critère d'internationalité sous cette dimension peut être identifié parmi un vaste ensemble d'éléments qui relèvent du contrat lui-même — lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution de la prestation — ou des contractants — domicile des parties, nationalité. L'aspect formel de l'internationalité peut être utilisé pour rattacher la catégorie des contrats internationaux et ouvrir la possibilité à l'application des règles de conflit. Les organisations internationales passent des contrats avec des personnes privées pour la réalisation de missions qui n'ont pas une assise territoriale fixe — achat de billets d'avion, réservation d'hôtels...

371. Si le rattachement du contrat d'organisation internationale aux contrats internationaux paraît finalement sous l'angle fonctionnel beaucoup moins complexe, il faut se demander si le juge est tenu par la suite d'appliquer d'office la règle de conflit dégagée.

²⁷³ CA Toulouse, 26 octobre 1982, *JDI*, 1984, note H. SYNDET, p. 609.

²⁷⁴ CA Lyon, 19 avril 1977, *Rev. Crit. DIP*, 1979, p. 788, note B. ANCEL.

²⁷⁵ H. BATIFFOL, « Contrats et conventions », *Rép. intern.*, n° 9.

²⁷⁶ H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973, p. 109.

²⁷⁷ M. GIULIANO, P. LAGARDE, « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JOCE*, 31 octobre 1980, *op.cit.*, p. 10.

2. L'application d'office de la règle de conflit

372. Analyser l'application d'office de la règle de conflit conduit à déterminer le niveau d'autorité qu'elle présente, autorité qui pourrait influencer fortement le raisonnement du juge dans la détermination du droit applicable.

373. En France, la réponse à cette problématique a connu des évolutions dans la jurisprudence. La première affaire fut l'arrêt *Bisbal*. Dans cet arrêt, le juge a estimé que :

*« les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application »*²⁷⁸.

L'application des règles de conflit restait donc facultative pour le juge français²⁷⁹. Ce dernier va tout de même opérer un revirement dans les affaires *Rebouh*²⁸⁰ et *Shule*²⁸¹ en instaurant une obligation d'appliquer d'office les règles de conflits de lois.

374. Les juges français vont par la suite infléchir leur position en insérant une nouvelle distinction en fonction de la nature des droits litigieux. Dans un arrêt du 26 mai 1999, la Cour de cassation a estimé que le juge doit appliquer d'office la règle de conflit lorsque les droits litigieux sont indisponibles. Lorsque ceux-ci sont disponibles, il a une simple faculté de l'appliquer, à moins qu'il ne soit saisi d'une demande de mise en œuvre d'un droit étranger par une partie, auquel cas il lui incombe de rechercher la loi compétente²⁸².

375. Alors que cette distinction semblait bien établie, les juges français ont encore une fois adopté une nouvelle position dans un arrêt du 26 mai 2021²⁸³. Cette affaire opposait des sociétés françaises et égyptiennes. En plus des différends d'ordre contractuel, les sociétés françaises reprochaient aux sociétés égyptiennes de pratiquer des actes de parasitisme et de concurrence déloyale en Égypte. Le pourvoi reprochait aux juges d'avoir appliqué le droit français sans rechercher si le droit égyptien était applicable en vertu de l'article 6 du règlement Rome II n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. La Cour de cassation va casser l'arrêt de la cour d'appel. Elle affirme que :

« les juges sont tenus de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle une règle de conflit de lois lorsqu'il est interdit d'y déroger, même si les parties ne les ont pas invoquées ».

²⁷⁸ Cass. Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. Crit. DIP*, 1960.

²⁷⁹ P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de loi », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 1^{re} année 1975-1977*, Paris, CNRS éditions, 1979, p. 234.

²⁸⁰ Cass., Civ., 1^{ère}, 11 octobre 1988, *Rebouh*, *Bull. civ. I*, n° 278.

²⁸¹ Cass., Civ., 1^{ère}, 18 octobre 1988, *Schule*, *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 368.

²⁸² Cass., Civ., 1^{ère}, 26 mai 1999, *Société Mutuelle du Mans*, *Rev. Crit. DIP*, 1999, 707, note H. MUIR WATT ; sur la distinction entre droits disponibles et droits indisponibles, voir notamment B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996.

²⁸³ Cass., civ., 26 mai 2021, *SAS Mienta France et a. c/ Sté Groupe SEB-Moulinex et a.*, §10, disponible en ligne sur <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043617950>.

376. Il ressort de cette affaire qu'en dehors des spécificités de la règle en matière de la concurrence, l'arrêt se penche sur l'application d'office des règles de conflit d'origine européenne. Ces règles ne contiennent pas de réponse quant à l'office du juge pour leur application. La possibilité d'une divergence d'interprétation en fonction des traditions juridiques peut être admise. Tout de même, l'introduction de la notion d'ordre public permet d'identifier les règles d'origine européenne qui devraient s'appliquer d'office. Mais l'intervention de la notion d'ordre public semble ne pas remettre en cause la distinction préalablement retenue entre droits disponibles et indisponibles. Au contraire, elle a pour effet de fragiliser la jurisprudence précédente par l'introduction d'un critère nouveau qui ne clarifie pas la position que doit avoir le juge à propos de l'application d'office de n'importe quelle règle de conflit, mais qui ne fait que renforcer l'impérativité des règles de conflit d'origine européenne²⁸⁴.

377. L'incertitude autour de l'application d'office des règles de conflit n'empêche pas le juge d'y avoir recours au regard des solutions qu'elles proposent. Ces règles ont l'avantage d'être insérées de plus en plus dans des instruments conventionnels.

B. Le recours aux règles d'origine conventionnelle

378. Les règles conventionnelles ont l'avantage de favoriser l'homogénéité des solutions et de créer une cohérence et une prévisibilité utiles au développement des relations privées internationales. L'accroissement de ces relations et la variété des domaines couverts rendent indispensable l'adoption de règles communes²⁸⁵.

379. En matière contractuelle, ces règles d'origine conventionnelle sont parfois spécifiques à certains contrats, à l'instar de la convention de La Haye du 19 juin 1955 sur la vente d'objets mobiliers corporels. Elles peuvent couvrir un champ *ratione materiae* plus vaste. C'est le cas du règlement Rome I.

380. Au-delà de leur particularité, les règles d'origine conventionnelle ont l'avantage, en matière contractuelle de fournir les mêmes solutions, évitant ainsi les effets négatifs d'un foisonnement conventionnel trop important. Les solutions communes permettent d'établir une

²⁸⁴ F. MELIN, « Règles de conflit de lois : un nouveau critère d'impérativité », *Dalloz actualité*, 8 juin 2021.

²⁸⁵ B. AUDIT, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2013, p. 48.

équivalence entre les instruments conventionnels et neutraliseraient ainsi un éventuel « conflit de conventions »²⁸⁶.

381. Faute de choix des parties, une règle spéciale semble sortir du lot : la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique²⁸⁷. Cette solution est consacrée dans le Règlement Rome I à l'article 4 § 2. Le critère de la prestation caractéristique a été préféré à la loi du lieu d'exécution, car il a l'avantage d'allier simplicité et sécurité juridique. En effet, la loi du lieu d'exécution peut montrer ses limites devant certains contrats complexes qui comportent de multiples obligations ou pour lesquels le lieu d'exécution peut être difficile à déterminer. On pense notamment aux contrats de commerce électronique qui se développent grâce aux progrès technologiques. Le critère de la prestation caractéristique a l'avantage d'être plus précis, car il s'intéresse au contenu du contrat, à sa fonction socio-économique afin de déterminer un lieu unique de rattachement et une loi facilement identifiable²⁸⁸.

382. Par ailleurs, le règlement Rome I apporte des précisions sur la notion de résidence habituelle. Il retient le lieu d'établissement principal lorsqu'une personne physique agit dans l'exercice de son activité professionnelle. Quant aux personnes morales, sociétés ou associations, la résidence habituelle est le lieu où elles ont établi leur administration centrale.

383. Le juge national saisi et dont la compétence n'a pas été remise en cause peut décider de ne pas se référer aux règles de conflit de lois, et désigner en fonction des intérêts en présence, le droit matériellement applicable.

Paragraphe 2. La recherche du droit applicable en dehors de toute règle de conflit

384. Le juge national peut avant tout s'appuyer sur son propre ordre juridique pour déterminer le droit applicable (A). Toutefois, la particularité de la situation qui lui est soumise le contraint de tenir compte des situations propres au contrat (B).

A. La prise en compte de l'ordre juridique du for

385. L'idée que le juge saisi d'une question sur le droit applicable aux contrats d'organisation internationale s'appuie sur son propre ordre juridique pour désigner le droit applicable, ou qu'il

²⁸⁶ D. BUREAU, « Les conflits de conventions », in *Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé*, 14^e année, Paris, Pedone, 2001, p. 209.

²⁸⁷ Le Règlement Rome I prévoit tout de même des règles de conflits applicables pour certains contrats spéciaux.

²⁸⁸ M-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 218.

l'applique tout simplement relève d'un raisonnement qui peut paraître de prime abord trop simpliste, mais qui traduit une logique : le juge dont la compétence a été établie devrait appliquer la loi qu'il maîtrise, c'est-à-dire sa propre loi. Pour autant, on ne saurait occulter au juge national la capacité intellectuelle d'appliquer et d'interpréter des textes étrangers. Il faut tout de même reconnaître que d'un point de vue purement pratique, le travail de recherche du droit étranger applicable requiert des efforts supplémentaires qui peuvent ralentir la procédure. Les barrières culturelles et linguistiques sont également des facteurs qui ralentissent la procédure et expliquent la réticence du juge vis-à-vis d'un droit étranger²⁸⁹. En fin de compte, la crainte « du saut dans l'inconnu » a pour avantage de lever toutes les difficultés entre l'application de la loi au fond et la loi encadrant la procédure²⁹⁰.

386. Cela demeure d'autant pertinent lorsqu'il s'agit de trouver le droit applicable aux contrats d'organisations internationales, catégorie de contrats qui en plus de présenter la complexité des contrats internationaux présente des particularités en fonction de l'objet des contrats, des organisations internationales qui sont parties au contrat, etc. On peut alors penser qu'en l'absence de directives claires en la matière, le juge aura tendance à se reposer sur son propre ordre juridique pour déterminer le droit applicable²⁹¹.

387. L'application du droit national est aussi le cadre à partir duquel le juge exprime toute sa capacité d'appréciation des circonstances contractuelles et d'analyse des particularités du contrat²⁹². C'est dans son ordre juridique qu'il s'épanouit et qu'il peut mieux cerner les enjeux du contrat qui lui est présenté. La mise en œuvre de la clause d'exception peut être un cas de figure dans lequel le juge s'appuie sur son droit national afin de déterminer le droit applicable. En effet, l'application de la clause d'exception prend son point de départ du pouvoir d'appréciation *in concreto* du juge au regard des circonstances de la cause. Dans ce cas, la détermination du droit applicable ne s'appuie plus uniquement sur une règle de rattachement particulière, mais découle de la situation concrète du contrat. Dans ces conditions, on peut soutenir que le juge pourrait mettre en œuvre la clause d'exception en s'appuyant sur sa propre perception des circonstances contractuelles, qui tire elle-même sa source d'une tradition juridique propre au juge.

388. Les raisons de simplicité et d'efficacité qui expliquent l'application du droit national du juge saisi ne sont tout de même pas exemptes de critiques. Restreindre les possibilités d'application d'autres droits que le droit national revient à placer les contrats d'organisation internationale, et d'une manière générale, les contrats internationaux dans la même catégorie

²⁸⁹ M. JANTERA-JAREBORG, « Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective », *RCADI*, vol. 304, 2003, p. 220.

²⁹⁰ H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op.cit.*, p. 86.

²⁹¹ S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, n° 2, 2004, p. 363.

²⁹² H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op.cit.*, p. 109.

que les contrats de droit commun. Or, l'internationalité même du contrat devrait ouvrir la possibilité à l'application d'une loi autre que la *lex fori*.

389. Lorsqu'un contrat présente ce caractère, il est ouvert au monde juridique international et la loi étrangère a vocation à s'appliquer²⁹³. Dans le cadre des contrats d'organisation internationale, les choses seraient sensiblement différentes des autres contrats internationaux. Il ne s'agit plus de rechercher un droit « étranger » au sens propre du terme, mais plutôt un droit qui, dans la relation entre l'individu et l'organisation internationale, n'est pas d'origine nationale. La diversité des organisations internationales et les différences de fonctionnement exercent nécessairement une influence sur la conclusion des contrats qu'elles passent, et le droit national ne peut pas à lui seul couvrir toutes ces implications et spécificités. Le juge peut alors être amené à se tourner vers d'autres sources de droit, y compris le droit de l'organisation internationale.

390. Finalement, cet infléchissement incite de plus en plus le juge national à tenir compte de la spécificité du contrat.

B. La prise en compte de la particularité du contrat

391. La prise en compte de la particularité du contrat par le juge national est perceptible à travers la notion d'économie du contrat. Cette notion est un concept que la jurisprudence ou la doctrine utilise sans pour autant apporter une définition fixe. Toutefois, l'économie du contrat est fréquemment soulevée par le juge pour orienter sa décision à l'occasion d'un litige. Par exemple, le juge tient compte de l'économie du contrat dans l'appréciation du délai de prescription d'une action²⁹⁴, dans l'analyse des clauses pouvant conduire à un déséquilibre significatif du contrat²⁹⁵ ou encore dans l'appréciation d'une action en paiement en tenant compte du bouleversement de l'économie du contrat²⁹⁶.

392. Déjà, la notion d'économie au sens juridique du terme désigne un « ordre interne, structure, organisation d'ensemble »²⁹⁷. C'est dans ce sens qu'on parle d'économie de la loi et d'économie du contrat. L'absence de consensus autour de la définition de l'économie du contrat

²⁹³ M-E. BURIANA, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, 2016, p. 65.

²⁹⁴ Cass. Com., 25 janvier 2023, n° 20-12-811.

²⁹⁵ Cass. Com., 31 mars 2021, n° 19-16-214.

²⁹⁶ Cass. Civ., 3^e, 6 décembre 2000, n° 99-13.429.

²⁹⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^{ème} éd., Paris, PUF, 2024, p. 382.

ne facilite pas la compréhension de ce concept. Cependant, la notion peut s'entendre d'un point de vue quantitatif et qualitatif²⁹⁸.

393. L'approche quantitative s'intéresse au volume des prestations prévues par les parties. Elle vise à préserver un équilibre subjectif des prestations. L'approche quantitative incitera le juge à être vigilant quant aux clauses de modification du contrat. L'approche qualitative du contrat met l'accent sur la finalité du contrat. L'économie du contrat pour les parties est « la concrétisation de leur motivation à la conclusion du contrat litigieux »²⁹⁹.

394. En réalité, l'économie du contrat est un concept malléable, utilisé comme un critère d'appréciation, une notion d'opportunité. En effet, l'économie du contrat apparaît comme une directive d'interprétation, un élément qui permet d'apprécier sa consistance au regard de certains événements.

395. Sur la question du droit applicable, les juges se sont appuyés sur l'économie de la convention, un concept voisin en tant que référence à défaut de choix par les parties. Dans l'arrêt *Fourrures Renel*, la Cour de cassation a estimé que :

*« à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »*³⁰⁰.

396. L'économie des conventions est une notion pluridisciplinaire — économique, sociologique — qui considère la convention comme fondement de l'analyse économique ou encore comme un ensemble de normes sociales communément adoptées³⁰¹. Elle se rapproche de l'économie des contrats, notion purement juridique dans la mesure où les deux concepts recherchent une rationalité des relations sur la base de règles et d'objectifs conjointement établis. L'économie de la convention conduit à analyser, au-delà des écrits, le caractère particulier du contrat, le milieu économique dans lequel il a été fourni³⁰². Le concept se concentre sur la spécificité du contrat, la finalité qu'il poursuit. Il constitue un guide d'interprétation pour le juge.

397. Les contrats d'organisation internationale sont essentiels pour l'activité des organisations internationales. Le but principal pour lequel ils sont conclus est la réalisation des missions de l'organisation internationale. Sous cet angle, l'enjeu du contrat est de s'assurer que le contrat répond aux besoins de l'organisation internationale et que le régime applicable

²⁹⁸ Sur la notion, voir A. RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, Droit, université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005, p. 14.

²⁹⁹ S. DRUFFIN-BRICCA, L-C. HENRY, *Droit civil : les obligations*, collection *Annales de droit civile*, note sous Civ. 1^{ère}, 03 juillet 1996, p. 71.

³⁰⁰ Cass.Civ., 6 juillet 1959, note H. BATIFFOL, *Rev. Crit. DIP*, 1959, p. 712.

³⁰¹ Voir à ce sujet, A. ORLEAN, O. FAVEREAU, F. EMARD-DUVERNAY, R. SALAIS, L. THEVENOT et J-P. DUPUIS, « L'économie des conventions : introduction liminaire », *Revue économique*, 1989, vol. 40, n° 2.

³⁰² H. BATIFFOL, note sous Cass.Civ., 6 juillet 1959.

n'entrave pas la bonne exécution du contrat. Compte tenu des circonstances particulières qui entourent la signature du contrat, le défi du juge est de rechercher le droit qui a la consistance et les aptitudes intrinsèques pour encadrer le contrat au regard de son importance et des attentes des parties.

398. Là encore, le problème peut être résolu sur le terrain des enjeux en présence. Le juge national peut opter pour une solution de simplicité en appliquant le droit national si le contrat ne présente pas d'enjeux majeurs d'un point de vue économique ou fonctionnel — achat de mobilier, réservation de billets par exemple. En revanche, il devra être attentif au droit applicable si le contrat qui lui est présenté demeure particulièrement sensible dans la réalisation des missions de l'organisation internationale.

Résumé du premier chapitre

399. L'organe juridictionnel peut jouer un rôle important dans la détermination du droit applicable au contrat. Mais l'hypothèse d'une procédure classique devant des juridictions de droit commun en cas de contentieux se heurte à l'immunité de juridiction des organisations internationales. Même si ces privilèges connaissent des nuances et des variations, ils restent tout de même solidement ancrés dans le droit des organisations internationales, de sorte qu'il est impossible d'imaginer une organisation internationale sans immunités.

400. De ce fait, la compétence des juridictions nationales se retrouve souvent gelée. La mise à l'écart du juge national éloigne de plus en plus la possibilité pour le contrat d'être soumis au droit national. Le contrat ne reste pour autant pas dépourvu de tout moyen alternatif de règlement des différends et, par ricochet, de désignation du droit applicable. La désignation d'un arbitre, qui est régulièrement prévue dans les contrats, pourrait être d'un apport dans la désignation du droit applicable au contrat.

CHAPITRE 2 : LA PRÉFÉRENCE POUR L'ARBITRAGE DANS LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE

401. Le recours à l'arbitrage était à l'origine réservé aux États. Il a été par la suite généralisé aux organisations internationales et aux personnes privées³⁰³. Aujourd'hui, il est difficile de connaître la fréquence des recours arbitraux impliquant une organisation internationale et une personne privée. La confidentialité des décisions arbitrales rendues explique sans doute la rareté des informations. Toutefois, l'insertion des clauses compromissoires dans les accords constitutifs révèle la volonté des organisations internationales de soumettre leurs contrats à une procédure de règlement spécifique³⁰⁴.

402. L'attractivité de la procédure d'arbitrage s'explique par sa particularité en tant que mode juridictionnel de règlement des différends. Contrairement aux autres systèmes juridictionnels, la procédure d'arbitrage se démarque par la liberté des parties sur l'étendue de la procédure. Cette liberté consiste en la faculté pour les parties de désigner l'arbitre, mais elle s'étend à l'organisation, au fonctionnement et même à la délimitation des pouvoirs de l'arbitre³⁰⁵.

403. Sous l'angle de la prévention des risques, l'intervention de l'arbitre dans le processus contractuel est gage de confiance pour les parties et plus particulièrement pour la personne privée. En effet, l'insertion d'une clause arbitrale dans le contrat constitue un moyen de prévention efficace contre le risque de déni de justice. (Section I)

404. L'organisation internationale tire quant à elle un avantage qui se matérialise par la diversité des méthodes à la disposition de l'arbitre pour déterminer le droit applicable. Plus précisément, en désignant l'arbitre en tant que juge du droit applicable, l'organisation internationale bénéficie avant tout de l'expertise et de la compétence technique que pourrait détenir l'organe arbitral sur la question. Ce dernier dispose alors de plusieurs méthodes pour déterminer le droit applicable. Il a surtout plus d'aisance à appliquer un droit autre qu'un droit national (Section II).

³⁰³ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Pedone, 2022, p. 649.

³⁰⁴ S. BELLIER, « À propos de la clause arbitrale dans le règlement des différends de l'organisation internationale », *AFDI*, vol. 55, 2009, p. 446.

³⁰⁵ S. BASTID, « L'arbitrage international », *J.Cl.*, 1961, p. 5.

Section I. L'arbitrage, solution de prévention contre le risque de déni de justice

405. Le déni de justice peut être défini comme « l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit »³⁰⁶. Il constitue une privation d'accès à la justice au fond³⁰⁷. Il relève lui-même d'un droit plus vaste qui est le droit d'accès à un tribunal ou droit à un recours, garantie fondamentale universellement reconnue.³⁰⁸ Dans la mesure où l'organisation bénéficie de l'immunité de juridiction, il est primordial que les droits d'accès au juge par la partie privée soient préservés (Paragraphe 1). Face à ce risque, l'arbitrage présente des avantages matériels efficaces (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le droit d'accès à un juge, une garantie fondamentale

406. Avant de développer l'impact du droit d'accès au juge sur les contrats d'organisation internationale, il est important d'apporter des précisions sur sa consécration dans le droit positif (A). La protection du droit d'accès au juge devient primordiale au regard des immunités de juridiction qui sont reconnues à l'organisation internationale (B).

A. Généralités : La consécration du droit d'accès à un juge

407. La prohibition du déni de justice, qui est l'une des nombreuses composantes du droit au recours, répond à un objectif de protection juridictionnelle de l'individu³⁰⁹. Cette nécessité voudrait que l'on reconnaisse non seulement des droits procéduraux aux individus, mais aussi que ces derniers aient la possibilité de les faire valoir et de demander leur respect, ou d'obtenir réparation en cas de violation de ces garanties.

408. L'importance sociétale du droit d'accès au juge l'érige au rang de priorité. La mise en place de procédures, de recours et d'organes dédiés à recevoir et à traiter les réclamations des individus constitue alors « le véritable test de l'état de droit »³¹⁰. Ce besoin fondamental explique sa consécration aussi bien en droit interne (1) qu'en droit international (2).

³⁰⁶ Cass. Soc., 14 septembre 2017, n° 15-26-737, *Rev. Crit. DIP*, 2018, n° 2, p. 267, note E. PATAUT.

³⁰⁷ S. BELLIER, *Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales*, Paris, L'harmattan, 2011, p. 435.

³⁰⁸ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, droit commun et comparé du procès équitable*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2023, p. 592.

³⁰⁹ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, p. 534.

³¹⁰ J-Y. MONIN, « L'État de droit : émergence d'un principe de droit international, *RCADI*, vol. 254, 1995, p. 35.

1. Le droit d'accès au juge dans le droit interne

409. L'importance du droit d'accès au juge est matérialisée par sa consécration par les textes constitutionnels des États. Ce phénomène de constitutionnalisation du droit d'accès au juge a l'avantage d'asseoir solidement les fondements et le caractère indispensable de ce droit. La constitutionnalisation du droit d'accès au juge est le signe d'un engagement des États vis-à-vis des individus afin de protéger les droits individuels.

410. Plusieurs États ont franchi le pas en consacrant expressément le droit d'accès au juge dans leur Constitution. Le droit d'accès à la justice est par exemple prévu aux 5^e et 14^e amendements de la Constitution américaine. En Allemagne, c'est l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale qui garantit le droit d'agir en justice ; de même, l'article 101, alinéa 2 consacre le droit à un juge dont la compétence et les pouvoirs sont déterminés à l'avance. En Espagne, l'article 24 de la Constitution consacre le droit de toute personne à « une protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes ». En Côte d'Ivoire, l'article 20 de la Constitution garantit un « libre et égal accès à la justice ».

411. En France, le droit d'accès au juge est reconnu comme une liberté fondamentale dans certains textes législatifs³¹¹. Par exemple, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a consacré en son article 1er, un droit fondamental d'accès à la justice en ce qu'elle « tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines [...] de la justice ». En outre, la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite loi « Justice du XXI^e siècle » reconnaît l'importance du droit d'accès à la justice dans le service public³¹². Par ailleurs, même si le droit d'accès au juge n'est pas directement introduit dans la Constitution française, on assiste à une constitutionnalisation progressive de ce droit par le juge constitutionnel³¹³.

412. Le droit d'accès au juge connaît également un essor en droit international.

2. Le droit d'accès au juge dans le droit international

413. Le droit d'accès au juge et plus particulièrement la prohibition du déni de justice sont avant tout liés à une obligation pour l'État de garantir les droits procéduraux reconnus aux

³¹¹ C. CHAHINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 37^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2024, p. 142.

³¹² Code de l'Organisation Judiciaire, article L. 111-2 : « *Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice* ».

³¹³ Voir à ce sujet L. FAVOREU (et al.), *Droit des libertés fondamentales*, op.cit., p. 552.

individus. En effet, le constat du déni de justice traduit le manquement à cette obligation et peut être considéré comme un acte internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État³¹⁴.

414. On comprend pourquoi ce droit est consacré dans la plupart des instruments de protection des droits de l'Homme. L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dispose que :

« Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnues par la constitution ou par la loi ».

415. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 reconnaît également dans son article 14.1 que : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, impartial, établi par la loi ». La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950 consacre le droit d'accès au juge à un double niveau. D'abord, elle proclame dans son article 6 que : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal impartial ». Ensuite, l'article 13 s'intéresse au droit à un recours effectif en affirmant que :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

416. Le déni de justice se manifeste autant par l'absence d'organes de recours que par le fonctionnement défectueux de l'organe judiciaire ou de la procédure de règlement des différends. C'est dans ce sens qu'on parle d'effectivité du recours. Il s'agit par exemple du non-respect d'un délai raisonnable dans le traitement de la requête³¹⁵.

417. L'interdiction du déni de justice, dont le but principal est la prévention contre toute défaillance de la fonction juridictionnelle, joue un rôle important sur le terrain des activités contractuelles des organisations internationales. De manière générale, la prise en compte de cette exigence permet de renforcer les garanties juridictionnelles offertes au cocontractant pour faire valoir ses droits. De même, lorsque le choix du droit applicable est dévolu à une juridiction, le droit d'accès au juge devrait permettre aux parties d'avoir facilement accès à l'organe désigné et lui permettre de déterminer le droit applicable sans grande difficulté.

418. Or, le droit d'accès au juge peut être remis en cause en raison du statut des organisations internationales et de la protection qui leur est rattachée à travers les immunités de juridiction.

³¹⁴ C. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *RCADI*, vol. 52, 1935, p. 368 ; L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1965, p. 534.

³¹⁵ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, *AJDA*, 2000, p. 1012, obs. J-F FLAUSS.

B. Immunité de juridiction des organisations internationales et respect du droit d'accès au juge

419. L'antagonisme des intérêts est aussi présent sur le terrain juridictionnel. Pour l'organisation internationale, il s'agit de maintenir l'impératif d'indépendance qui est symbolisé et garanti par les immunités de juridiction. Quant à la personne privée, l'enjeu est que ces immunités ne fassent pas obstacle aux garanties juridictionnelles qui lui sont reconnues.

420. Dans ces conditions, l'intervention du juge national est jugée nécessaire pour constater l'absence de garanties juridictionnelles au profit de la personne privée, ou pour relever d'éventuelles défaillances dans le fonctionnement de la procédure judiciaire.

421. Dans le cadre d'une procédure arbitrale, le juge national intervient très souvent en tant que juge d'appui. Il faut tout de même que cette compétence lui soit attribuée par la législation nationale. Le juge d'appui va se prononcer exclusivement sur le contentieux de l'arbitrage et non sur le fond de l'affaire. Sa mission est de mettre en évidence les difficultés de la procédure arbitrale. À cet égard, il est amené à relever la défaillance de la procédure ou constater alors un déni de justice³¹⁶.

422. En effet, l'immunité de juridiction de l'organisation internationale peut constituer un obstacle à la saisine du juge national³¹⁷. Tout de même, le juge saisi peut écarter l'immunité de l'organisation internationale s'il constate une carence dans les voies de recours offertes à la personne privée. Ainsi, l'immunité de juridiction ne peut pas être soulevée lorsque l'une des parties refuse de mettre en œuvre la clause compromissoire du contrat. Dans l'affaire *UNESCO c. Boulois*, l'UNESCO avait refusé de désigner l'arbitre conformément à la clause compromissoire au motif qu'il n'existait aucun différend relatif au contrat. La Cour d'appel de Paris confirma le jugement attaqué en indiquant que :

« l'immunité de juridiction dont se prévaut l'UNESCO ne saurait permettre à cette dernière de s'affranchir du principe pacta sunt servanda en refusant de procéder à la désignation d'un arbitre conformément à la clause compromissoire figurant dans le contrat la liant à Max-Henri Boulois, au motif, qui ressortit précisément à la seule appréciation de la juridiction arbitrale, de l'absence de litige quant à l'exécution dudit contrat ; alors en outre qu'accueillir la fin de non-recevoir opposée par l'appelante à M. Boulois conduirait inéluctablement à interdire à ce dernier de soumettre sa cause à un tribunal, cet état de fait, contraire à l'ordre public en ce qu'il constitue un déni de justice et une violation des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, devant amener la juridiction étatique — qui n'intervient au surplus dans la présente espèce que comme juge d'appui — à accueillir les prétentions de l'intimé »³¹⁸.

³¹⁶ G. PLUYETTE, « La désignation d'un arbitre par le juge d'appui », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, 2015, LGDJ, p. 711.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ CA Paris, 19 juin 1998, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 343, Note C. JARROSSON.

423. L'immunité de juridiction peut être écartée lorsqu'au moment du litige, l'organisation internationale n'a pas mis en place une juridiction permettant à la partie privée d'exercer son droit à un tribunal. Ce fut le cas dans l'affaire *Debgoe c. Banque Africaine de Développement*. Le requérant avait intenté une action en paiement des indemnités à la suite de son licenciement par l'organisation internationale. La Cour de cassation a considéré que la BAD ne pouvait pas se prévaloir de ses immunités de juridiction dès lors qu'à l'époque des faits, elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur les litiges et que le requérant se trouvait alors dans l'impossibilité d'exercer son droit à un tribunal pour connaître de sa cause³¹⁹. La Cour considère que cette impossibilité relevait de l'ordre public international constituant un déni de justice et fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France. Elle s'est appuyée sur la nationalité française du requérant en tant que lien de rattachement fondant sa compétence.

424. L'examen du déni de justice ne relève pas uniquement de l'absence de juridiction ou de l'absence de mise en œuvre de la clause compromissoire. Il requiert une analyse approfondie de l'effectivité voire de l'efficacité des recours à la disposition de la partie privée. À ce niveau, la difficulté se pose et la frontière entre préservation des droits procéduraux et immunité de l'organisation internationale peut être difficile à tracer. Dans l'affaire *Waite and Kennedy*³²⁰, les requérants, tous les deux de nationalité britannique ont été employés par une société britannique et mis à la disposition de l'ASE pour une prestation de service. Divers changements ont été opérés dans les relations contractuelles, mais n'ont pas remis en cause le contrat de prestation de service avec l'ASE. Tout de même, la société avec laquelle ils étaient liés les informa de la cessation des contrats de prestation de service. Les requérants ont alors saisi les juridictions allemandes. Selon eux, la loi nationale allemande applicable leur octroyait le statut d'agent de l'ASE. L'organisation internationale invoqua son immunité de juridiction devant le tribunal. Le tribunal, mais aussi diverses instances juridictionnelles allemandes — le tribunal du travail de Darmstadt, le tribunal régional du travail de Francfort-Sur-Main et la cour fédérale du travail — ont tous reconnu l'immunité de juridiction de l'organisation internationale. Les requérants ont alors saisi la Commission européenne des droits de l'Homme pour violation de l'article 6 de la CEDH qui a finalement rejeté leur demande. Ces derniers ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'Homme sur le même fondement. La Cour a reconnu que l'immunité de juridiction des organisations internationales était utile à leur bon fonctionnement. Elle a conclu que :

³¹⁹ Cass. Soc., 25 janvier 2005, n° 04-41-012, *Bull.*, 2005, n° 16, p. 13.

³²⁰ Cour EDH, *Affaire Waite and Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, Req. n° 26083/94, disponible en ligne sur [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58912%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58912%22]}).

« compte tenu de l'ensemble des circonstances, la Cour estime que les tribunaux allemands n'ont pas excédé leur marge d'appréciation en entérinant, par le jeu de l'article 20 § 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, l'immunité de juridiction de l'ASE. Eu égard en particulier aux autres voies de droit qui s'offraient aux requérants, on ne saurait dire que les restrictions de l'accès aux juridictions allemandes pour régler le différend des intéressés avec l'ASE aient porté atteinte à la substance même de leur "droit à un tribunal" ou qu'elles aient été disproportionnées sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention ».

425. Dans cet arrêt, la Cour examine la question de l'immunité et de l'article 6 sous l'angle de la proportionnalité. Elle a apprécié la conformité de l'immunité de juridiction en vérifiant que les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leur droit. En relevant que les requérants auraient pu saisir la commission de recours de l'ASE, qui aurait alors déterminé leur véritable statut au regard des textes de l'organisation, les juges européens ont affirmé que le droit au tribunal n'était pas méconnu dès lors que les requérants avaient eu accès à d'autres voies de recours.

426. On peut regretter que la présente affaire n'apporte aucune réponse tranchée quant à la limitation des immunités de juridiction par des exigences de protection du droit d'accès au juge. Au contraire, on constate un infléchissement des juges au profit du renforcement des immunités de l'organisation internationale. Il peut même leur être reproché d'avoir analysé l'effectivité des recours sur le critère de leur simple « disponibilité » sans rechercher s'ils étaient « utiles », voire efficaces. Si tel était le cas, la Cour aurait certainement entrevu le risque de conflit négatif devant les juridictions internes du fait de l'immunité de juridiction de l'organisation³²¹.

427. Néanmoins, il est très délicat pour le juge national de contrôler l'efficacité des procédures internes d'un État. Les juges européens ont d'ailleurs rappelé qu'ils n'avaient pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes dans l'interprétation de la législation interne³²². Il est dès lors loisible aux États d'opérer un contrôle plus rigoureux de conformité des procédures judiciaires internes au regard de l'article 6 de la CEDH³²³.

428. Ainsi, l'immunité ne saurait être considérée comme une atteinte au respect du droit d'accès au juge. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a d'ailleurs rappelé dans l'affaire *les mères de Srebrenica* :

« it does not follow, however, that in the absence of an alternative remedy the recognition of immunity is ipso facto constitutive of a violation of the right of access to a court. In respect of the sovereign immunity of foreign States, the ICJ has explicitly denied the existence of such a rule [...] As regards international organizations, this

³²¹ H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal, *RTDH*, n° 41, 2000, p. 103.

³²² Cour EDH, *Affaire Waite and Kennedy c. Allemagne*, *op.cit.*, §4 ; Cour EDH, *Gasparini c. Italie et Belgique*, 4 mars 2003, décision sur la recevabilité, n° 10750/03.

³²³ A. LAGERWALL, A. LOUWETTE, « La reconnaissance par le juge belge d'une immunité à un État ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal ? », *Revue de droit commercial belge*, 2014, p. 42.

Court's judgments in Waite and Kennedy and Beer and Regan cannot be interpreted in such absolute terms either »³²⁴.

429. Finalement, la solution reste contractuelle. La nécessité de protéger les droits fondamentaux des individus dans leur relation avec les organisations internationales doit découler d'un accord conjoint entre les deux parties, qui, tout en reconnaissant l'immunité de juridiction, prévoit des modes de règlement des différends³²⁵.

430. En matière contractuelle, les parties pourraient choisir la procédure de règlement de litige qui, tout en tenant compte des immunités de l'organisation internationale, permettrait à son cocontractant privé de porter efficacement sa demande en cas de litige. À cet égard, l'arbitrage présente des avantages.

Paragraphe 2. Les avantages de la procédure arbitrale

431. Face à l'épineuse question de la préservation de l'indépendance et des privilèges des organisations internationales, le choix pour l'arbitrage peut présenter des avantages en tant que garantie accordée par l'organisation internationale au regard de son statut (A). Parallèlement, l'institution de la clause arbitrale répond aux besoins de protection de la partie privée en ce qu'elle constitue un moyen efficace de se conformer aux exigences du droit au juge (B).

A. L'adaptation de l'arbitrage au regard du statut de l'organisation internationale

432. De manière générale, les organisations internationales n'ont jamais été réticentes à prévoir des modalités de règlements de différend. Au contraire, elles en tiennent compte dans leur propre fonctionnement. Certaines organisations internationales insèrent dès le départ des clauses de règlement de différend instituant l'arbitrage pour tous les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de leur acte constitutif. C'est le cas de l'ASE³²⁶, de

³²⁴ Cour EDH, *Stichting mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, 11 juin 2013, n° 65542/12, §164.

³²⁵ A. REINISCH, U. WEBER, « In the Shadow of Waite and Kennedy, The Jurisdictional immunity of International Organizations, The Individual's right of access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative means of Dispute Settlement », *IOLR*, 2004, p. 68.

³²⁶ Article XVII, Convention de l'ASE et règlement intérieur, *ESA SP-1337*, 8^e éd., novembre 2019.

l'Organisation européenne pour le développement des pêches en Europe orientale et centrale (EUROFISH)³²⁷, ou encore du FIDA³²⁸.

433. Des clauses de règlement des différends sont également prévues dans les accords de sièges signés entre les organisations internationales et les États hôte. L'article 30 de l'accord de siège entre l'Office international des épizooties et le Royaume de Belgique dispose que :

*« Toute divergence de vues concernant l'application ou l'interprétation du présent Accord [...] peut être soumise, par l'une des parties, à l'appréciation d'un tribunal d'arbitrage composé de trois membres »*³²⁹.

L'article 15 de l'accord de siège entre le BIPM et la France est rédigé en des termes presque identiques. Les clauses de règlement des différends ainsi rédigées introduisent l'arbitrage parmi les modes de règlement des différends auxquels les organisations internationales concernées ont recours.

434. Certains accords de siège introduisent directement la matière contractuelle dans les clauses de règlement des différends. C'est le cas de l'accord de siège entre EUTELSAT et la France³³⁰. L'article 20 de cette convention impose à l'organisation internationale d'insérer dans tous les contrats écrits :

« Une clause compromissoire prévoyant que tout différend soulevé au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du contrat peut, à la demande de l'une ou l'autre partie, être soumis à un arbitrage privé ».

La clause telle que rédigée permet d'établir une distinction entre la clause d'arbitrage pour les différends relatifs à l'interprétation de l'accord et les différends contractuels entre l'organisation internationale et la personne privée. L'article 24 de l'accord de siège entre INTERPOL et la France respecte également cette exigence.

435. Certaines organisations internationales ont opté pour un arbitrage institutionnel. L'arbitrage CNUDCI est très souvent sollicité par les organisations internationales. L'AIEA, la CPI, l'OMPI ou encore l'OIIAC ont choisi de confier la charge arbitrale à cet organisme pour le règlement de leur différend³³¹. D'autres procédures d'arbitrage sont aussi insérées dans les clauses arbitrales comme le Règlement de la Chambre de commerce international³³². D'autres organisations internationales choisissent l'arbitrage *ad hoc*. L'OMD a opté pour cette forme

³²⁷ Article 17, Accord portant création de l'organisation internationale pour le développement des pêches en Europe orientale et centrale (EUROFISH) acte final, 23 mai 2000, disponible en ligne sur <https://faolex.fao.org/treaty/docs/tre000049F.pdf>.

³²⁸ Accord portant création du Fonds international de Développement Agricole, entré en vigueur le 30 novembre 1977, disponible en ligne sur : https://www.ifad.org/documents/38711624/39421015/agree_f.pdf/70c08534-cefd-455a-8146-2d6ba953e70e?t=1626363717119.

³²⁹ Accord de siège entre l'Office internationale des épizooties et le Royaume de Belgique, signé le 14 mars 2013.

³³⁰ Accord de siège entre l'organisation européenne de télécommunications par satellite (EUTELSAT) et le gouvernement de la république française, signé le 15 mai 2001.

³³¹ Conditions contractuelles de l'AIEA, point 17 ; Conditions générales contractuelles de la CPI, point 22.

³³² C'est le cas de l'ASE.

d'arbitrage³³³ ; les parties au différend peuvent chacune choisir un arbitre. À défaut de choix, l'arbitre est désigné par la Cour permanente d'Arbitrage. Le tribunal constitué applique le droit interne de l'organisation et le droit belge à titre subsidiaire, ou les règles du droit international privé tel qu'il est conçu en Belgique.

436. On le voit, les organisations internationales tiennent compte de la nécessité d'inclure des modalités de règlement des différends aussi bien dans les accords de siège que dans les dispositions contractuelles. À cet égard, l'arbitrage constitue alors le moyen par lequel l'organisation internationale offre des garanties juridictionnelles à la personne privée. Par cette démarche, l'organisation internationale qui accepte que ses différends soient soumis à un arbitrage ne renonce pas à son immunité. Bien au contraire, elle a recours à l'arbitrage pour compenser l'impossibilité pour la personne privée de saisir les tribunaux nationaux. La clause compromissoire « se substitue à la levée de l'immunité de l'organisation pour que l'on n'aboutisse pas à un vide juridictionnel »³³⁴. L'immunité de juridiction est donc maintenue, mais la clause arbitrale constitue une garantie efficace pour répondre à l'obligation de prévoir un mode de règlement des différends approprié³³⁵.

437. Les organisations internationales qui entendent préserver leurs privilèges mentionnent cette précision dans leurs documents contractuels, ce qui permet d'éviter tout risque d'interprétation extensive. Les conditions générales de contrat édictées par la FAO répondent à cette exigence. Le point 15 dispose que :

« Nothing contained in or relating to this contract shall be deemed a waiver, express or implied, of the privileges and immunities of FAO, nor as conferring any privileges or immunities of FAO on the contractor or its employees, nor as acceptance by FAO of the jurisdiction of the courts of any country over disputes arising out of this contract ».

La CPI et l'OMI ont intégré le même type de disposition dans leurs documents contractuels. Ces mentions ont l'avantage de définir la position claire de l'organisation internationale qui est de maintenir les immunités de juridiction tout en mettant à la disposition des personnes privées des moyens de recours adéquats pour le règlement des différends. Pour cela, l'arbitrage dans les contrats entre organisations internationales et personnes privées permet d'assurer le droit à un recours effectif.

³³³ Organisation Mondiale des Douanes, décision n° 331 du conseil, juillet 2011.

³³⁴ P. GLAVINIS, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, LGDJ, 1990, p. 158.

³³⁵ C.DOMINICÉ (dir.), « L'arbitrage et les immunités des organisations internationales », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, p. 491.

B. L'efficacité de la procédure arbitrale dans le respect du droit à un recours effectif.

438. L'institution de l'arbitrage satisfait au droit à un recours effectif. En colmatant le vide laissé par l'incompétence des juridictions nationales, la clause compromissoire insérée dans un contrat d'organisation internationale permet de prévenir le risque de déni de justice.

439. Néanmoins, cette réalisation a tout de même été remise en cause, notamment après une interprétation littérale de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour rappel, cet article dispose que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi... ». C'est donc la mention « *établi par la loi* » qui pose difficulté. Elle peut laisser penser que le respect du droit au juge découle exclusivement de la mise en place d'un tribunal national. Or, tel n'est pas le cas pour l'arbitre qui est un juge privé et dont les attributions relèvent essentiellement de la volonté des parties.

440. C'est la position qu'ont semblé avoir les juges français dans l'affaire *Cubic*. Dans cette affaire, la société américaine sollicitait l'annulation du contrat d'organisation de l'arbitrage qui la liait à la CCI notamment au motif que certaines clauses de ce contrat, qui intégrait le Règlement CCI, étaient contraires aux droits garantis par l'article 6-1 CEDH. La Cour de cassation a retenu que :

*« La Convention précitée, qui ne concerne que les États et les juridictions étatiques, est sans application en la matière et qu'au surplus, les juges du fond ont souverainement retenu que la société Cubic Defense Systems ne démontrait pas avoir été, en l'espèce, privée des garanties d'un procès équitable, tant sur le délai raisonnable de jugement que sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres ; que la cour d'appel a, sur ce point encore, légalement justifié sa décision de la CEDH »*³³⁶.

441. On peut reprocher à la Cour d'avoir adopté une position ambiguë dans la mesure où elle semble exclure l'arbitrage³³⁷ du champ d'application de la convention et opère à la fois une analyse quant à la conformité des garanties procédurales accordées au requérant avec l'article 6.1 CEDH. Une telle interprétation paraît bien trop stricte et tranchée et ne tient pas compte de la finalité de l'arbitrage vis-à-vis des personnes privées et surtout des différentes règles de procédure de droit interne qui pourraient encadrer la procédure arbitrale³³⁸. C'est

³³⁶ Cass. Civ., 1^{ère}, 20 février 2001, *Cubic defense system c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. Crit. DIP*, 2002, n° 1, p. 124, note SERAGLINI.

³³⁷ L'expression « en la matière » pourrait aussi bien concerner l'arbitrage que le centre d'arbitrage - la CCI. La deuxième hypothèse semble être la plus probable puisque la Cour d'appel avait rappelé dans cette même affaire (*Rev. arb.* 1999.103, note P. LALIVE ; *Clunet* 1999.162, note E. LOQUIN) que le centre d'arbitrage n'a aucune mission juridictionnelle mais un rôle d'organisation et de police de l'instance arbitrale ; elle avait ajouté que « l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne s'impose pas à une association qui ne constitue pas une juridiction ».

³³⁸ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel, droit commun et comparé du procès équitable*, *op.cit.*, p. 617.

pourquoi la Cour européenne des droits de l'Homme va nuancer sa position dans une autre affaire au cours de laquelle elle a pu même affirmer que :

« *Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals to settle disputes between private entities. Indeed, the word “tribunal” in Article 6 § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country. It further considers that the Arbitration Tribunal was a “tribunal established by law”, acting in accordance with the 1994 International Commercial Arbitration Act and internal procedural rules. The proceedings before the Arbitration Tribunal were similar to those before an ordinary State civil or commercial court* »³³⁹.

Cette interprétation large de la notion de *tribunal établi par la loi* effectuée par la CEDH permet de résoudre la question posée³⁴⁰ et d'inclure l'arbitrage dans cette catégorie.

442. Au-delà des garanties en termes de droit d'accès, l'arbitrage présente des avantages sur le plan technique. En effet, le choix de l'arbitrage peut s'avérer bénéfique pour l'organisation internationale et la personne privée qui la perçoivent comme une procédure de règlement des différends totalement « indépendante ». Cette indépendance se caractérise par le fait que les procédures arbitrales ont généralement leur propre organisation préétablie et distincte des procédures étatiques.

443. À cette particularité s'ajoute le degré satisfaisant de technicité et d'expertise qui caractérise la plupart des arbitres. Ces derniers sont souvent des spécialistes qui ont une expérience significative en matière contractuelle. Les institutions d'arbitrage ont élaboré des procédures plus techniques, aptes à orienter les parties dans le processus de règlement des litiges et le cas échéant dans le choix du droit applicable.

444. Certaines organisations internationales comme l'OACI ou la Banque asiatique de développement ont recours aux règlements d'arbitrage de la chambre de Commerce Internationale ou de l'*American arbitration association*³⁴¹. D'autres organisations comme l'OIM se réfèrent au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI/UNICTRAL)³⁴².

445. L'arbitrage est de plus en plus généralisé dans les contrats d'organisation internationale au point où on se demande s'il n'existe pas une obligation coutumière de recourir à l'arbitrage

³³⁹ Cour EDH, *Regent Company v. Ukraine* 3 avril 2000, §54, disponible en ligne sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-85681%22%7D>.

³⁴⁰ P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », in A-C. FAVRE-BULLE *et al.*, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 9, spé. n° 5 et s.

³⁴¹ N. VALTICOS, « Les contrats conclus par les organisations internationales avec les personnes privées, Rapport provisoire et projet de résolution », *Ann. IDI*, tome 57, 1977, p. 64.

³⁴² IOM Global Procurement and Supply Unit, *General Procurement Principles, Award Criteria and Processes for Good, Works, Services*, janvier 2016, Point 5.4.

dans les relations contractuelles³⁴³. Il faut rappeler que la constitution d'une norme coutumière requiert deux conditions : l'existence d'une pratique établie et le sentiment d'être lié par une règle de droit. La dernière condition, appelée encore *opinio juris* implique que :

*« non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »*³⁴⁴.

446. Malgré des spécificités propres à chaque organisation, l'arbitrage reste une pratique assez répandue. Toutefois, dans le cas des organisations internationales, la règle qui revêt un caractère obligatoire n'est pas l'obligation d'arbitrage, mais plutôt l'obligation générale de prévoir des modes de règlement des différends. L'article VIII de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies dispose que :

« L'organisation doit prévoir des modes de règlement appropriés pour les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie... ».

Cette disposition fait ressortir clairement l'objectif de la règle ; l'organisation internationale, tenue de respecter le droit au procès équitable, choisit l'arbitrage en tant que mode approprié de règlement des différends. La généralisation de la clause arbitrale dans les contrats est donc une pratique bien établie, mais ne constitue tout de même pas l'expression d'une règle obligatoire. Elle est simplement la mise en œuvre de l'obligation de prévoir des moyens de règlement des différends.

447. Le choix de l'arbitrage est plutôt un choix d'opportunité, un choix de préférence. L'absence de clause instituant l'arbitrage n'est pas vue comme une faute ou un manquement à une obligation coutumière dès lors qu'elle est remplacée par une autre voie de recours appropriée. D'ailleurs, les organisations internationales privilégient le plus souvent la voie de la négociation et de la conciliation pour éviter des frais de procédure qui peuvent être coûteux. Le mode amiable de règlement des différends est généralement inséré comme préalable à tout règlement arbitral des litiges. À titre d'exemple, la clause compromissoire insérée dans l'article 13 des conditions générales contractuelles applicables au BIPM dispose que :

*« Toute contestation relative à l'interprétation ou à l'exécution de la commande devra faire l'objet d'une tentative de règlement amiable par les parties. Si, dans un délai de quinze jours [...] l'autre partie n'a pas trouvé de solution amiable, la partie la plus diligente peut avoir recours à la procédure d'arbitrage »*³⁴⁵.

³⁴³ S. BELLIER, « À propos de la clause arbitrale dans le règlement des différends de l'organisation internationale », *op.cit.*, p. 462.

³⁴⁴ CIJ, *Plateau Continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, 20 février 1969, *Rec.*1969, p. 45.

³⁴⁵ Document disponible en ligne sur <https://www.bipm.org/fr/procurement>.

448. En définitive, dans un contexte de tension entre immunité de juridiction et droit d'accès au juge, où le droit applicable doit être recherché par un organe tiers, le choix de l'arbitrage présente des avantages en matière de réduction des risques et constitue une option qui parvient à concilier tant bien que mal des intérêts antagonistes. À l'instar des juridictions nationales, l'arbitre confronté à la désignation du droit applicable dispose de plusieurs méthodes.

Section II. Les méthodes de désignation du droit applicable par l'arbitre

449. La démarche de recherche du droit applicable par l'arbitre consiste à explorer les possibilités juridiques qui s'offrent à lui. Il n'existe donc pas de solution figée d'autant que la variété des réponses apportées par les organisations internationales sur la question et la rareté des sentences publiées ne favorisent pas l'adoption d'une solution uniforme. Tout de même, l'enjeu est toujours d'appliquer le droit qui sauvegarderait les intérêts des parties.

450. Dans le silence des parties quant au droit applicable, l'arbitre saisi peut être conduit dans un premier temps à prendre en considération le contenu du contrat dans le but de déterminer la volonté implicite des parties quant au droit applicable (Paragraphe 1). Dans un second temps, on pourrait aussi penser que le silence des parties traduit intrinsèquement une volonté stratégique de l'organisation internationale de détacher le contrat de l'ordre juridique interne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prise en compte du contenu du contrat dans la recherche du droit applicable au contrat

451. Lorsque les parties ne se sont pas prononcées sur le droit applicable au contrat, l'arbitre peut se servir d'indices après analyse du contrat pour arriver à déterminer le droit applicable.

452. Le premier indice discutable est la déduction du droit applicable de la clause attributive de juridiction (A). Le deuxième indice reste le contrat lui-même et sa spécificité — objet, domaine couvert — qui peuvent donner lieu à l'application des règles de conflits ou même des normes internes (B).

A. La relation entre le choix de l'organe arbitral et le droit applicable

453. Lorsque le contrat est silencieux quant au droit applicable, l'insertion d'une clause de règlement des différends prévoyant l'arbitrage peut être perçue comme impliquant indirectement le choix du droit applicable. Cette question se pose avec beaucoup plus d'importance dans le cadre d'une procédure devant un organisme ou une institution d'arbitrage. En effet, les institutions d'arbitrage ont généralement des procédures et règlements d'arbitrage préétablis qui laisseraient penser qu'elles opèrent dans un certain ordre juridique. Faut-il pour autant déduire de l'insertion d'une clause de règlement des différends prévoyant l'arbitrage le droit applicable ?

454. La doctrine est restée partagée à ce sujet. Certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une présomption de choix du droit applicable à travers l'insertion d'une clause attributive de juridiction. C'est le cas de Mann qui considère que la présomption devrait s'appliquer en vertu de la règle *qui elegit judicem elegit jus*³⁴⁶. Seyersted relève également qu'on peut présumer du choix des parties de se référer à un tribunal « international » pour le règlement des différends leur intention de se soumettre au droit international³⁴⁷. Pour Groschens au contraire, l'application du droit international par l'arbitre pourrait résulter du statut de l'organisation internationale et des immunités dont elle bénéficie. Tout de même, il considère que la prise en compte des immunités ne vise pas le fond du droit, mais plutôt la procédure. Il estime que les contrats passés par les organisations internationales empruntent les formes du droit privé et que le droit commun normalement applicable est en principe celui de l'État de siège³⁴⁸.

455. Dans le rapport de l'IDI de 1977, des organisations internationales ont également été interrogées au sujet de l'état de la pratique sur cette question. Là encore, certaines organisations comme la FAO, le CERN, le FMI ne retiennent pas de présomption absolue³⁴⁹. Aux Nations Unies, l'attribution de compétence à des organes arbitraux dument constitués pour le règlement des différends concernant des contrats n'a pas été considérée comme impliquant un choix quant au droit applicable³⁵⁰. L'OMS estime que lorsqu'il y a une référence à l'arbitrage de la CCI, avec choix du for, cela peut correspondre à un choix de la loi applicable. Certaines organisations ont adopté une position plutôt nuancée, estimant que le recours à l'arbitrage n'impliquait pas nécessairement le choix de la loi applicable³⁵¹.

³⁴⁶ F-A. MANN, *op.cit.*, p. 51.

³⁴⁷ F. SEYERSTED, *op.cit.*, p. 595.

³⁴⁸ J-C. GROSHENS, « Les marchés passés par les organisations internationales », *RDP*, 1956, pp. 764-765.

³⁴⁹ N. VALTICOS, *op.cit.*, p. 52.

³⁵⁰ Secrétariat des Nations Unies, « Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence Internationale de l'Energie Atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude complémentaire du Secrétariat », *op.cit.*, p. 160.

³⁵¹ N. VALTICOS, *op.cit.*, p. 52.

456. L'absence de réponse fixe et de position tranchée sur la question montre que la solution dépend des circonstances. Les organisations internationales ne se prononcent pas en faveur d'une présomption absolue de choix du droit applicable. Un lien automatique entre compétence et droit applicable susciterait la réticence des personnes privées à accepter la clause d'arbitrage international³⁵². Elle pourrait être vue comme un moyen déguisé de définir le droit applicable au contrat.

457. En réalité, l'on ne saurait parler de neutralité des organisations internationales sur la question. La clause d'arbitrage est un indice fort, un moyen qui non seulement permet de garantir l'indépendance de l'organisation internationale, mais contribue à détacher le contrat de l'ordre juridique interne. En s'abstenant de choisir le droit applicable au contrat, et de prévoir la compétence du tribunal arbitral, l'organisation internationale espère très certainement que l'arbitre effectue un choix négatif, en recherchant le droit applicable au fond en dehors de tout droit étatique.

458. Toutefois, la recherche du droit applicable ne reste pas limitée à cette présomption. La solution quant au droit applicable peut résulter de la lecture du contrat.

B. La prise en compte de la particularité du contrat

459. L'analyse objective du contrat silencieux quant au droit applicable peut découler sur plusieurs options pour l'arbitre. Dans ce contexte, l'application d'un droit national n'est pas exclue d'autant qu'il n'existe aucune règle fixe et préétablie qui encadre l'action de l'arbitre dans la détermination du droit applicable au contrat. Par exemple, dans la sentence *Lamarche c. Nations Unies* rendue le 14 janvier 1965 par la CCI à propos d'un contrat de fourniture de tomates entre la mission des Nations-Unies au Congo et une personne privée, l'arbitre, après avoir examiné le contrat, a relevé que le contrat de vente était soumis à la loi congolaise³⁵³.

460. Le droit national applicable peut être également dégagé grâce aux méthodes de conflit de lois. Tout de même, la recherche de la règle de conflit pose un problème majeur dès le départ. Pour mieux cerner la difficulté, le parallèle est fait avec la juridiction nationale. Lorsque le juge interne doit déterminer le droit applicable, il interroge la *lex fori*. Or, l'arbitre international n'a pas de for. Il ne peut donc s'appuyer sur aucun droit pour déterminer la règle de conflit

³⁵² *Ibid.*, p. 55.

³⁵³ Extraits cités dans N. VALTICOS, *op.cit.*, p. 54.

applicable³⁵⁴. En l'absence de for, la première proposition qui ressort logiquement est l'application de la règle de conflit du siège de l'arbitrage. C'est ce qui a été recommandé par le professeur Sauser-Hall dans son rapport à l'IDI³⁵⁵. L'article 15 de la résolution de l'IDI, qui résulte de ce rapport, indique que : « les règles de rattachement en vigueur dans l'État du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige ».

461. Cette solution s'appuie sur une conception juridictionnelle de l'arbitrage. Elle présente tout de même des lacunes juridiques qui ont été révélées par la doctrine. Le choix par l'arbitre de la règle de conflit du siège de l'arbitrage ne tient pas compte de la spécificité de l'arbitrage international. Il l'appréhende comme une procédure purement interne. Pourtant, le fait qu'un arbitrage international est « localisé » dans un État n'implique en aucune manière que le tribunal arbitral rende la justice au nom de cet État ou exerce la souveraineté de celui-ci. La localisation géographique du siège de l'arbitrage ne correspond toujours pas à la localisation juridique du contrat dès lors que l'on s'en tient à la fonction essentiellement privée de l'arbitrage international³⁵⁶.

462. En outre, la pratique permet de constater que le siège de l'arbitrage est généralement désigné sur une base de neutralité de telle sorte qu'il n'a pas de contact avec le litige et les parties. Dans certains cas, il peut arriver que le siège de l'arbitrage corresponde au siège de l'organisation internationale, mais ce choix est guidé par des besoins de commodité ou de simplicité. Cela ne suffit tout de même pas à établir de lien entre le contrat et le droit du siège de l'arbitre. C'est pourquoi le choix de la règle de conflit du siège de l'arbitrage dans le silence du contrat peut être uniquement pertinent dans la mesure où le lien entre le siège de l'arbitrage et le contrat est clairement établi. Dans un contexte où la préservation des privilèges de l'organisation internationale constitue un préalable incontournable, il serait difficile d'établir une présomption quasi automatique en faveur du droit de l'État du siège de l'arbitrage.

463. Une autre proposition a été d'appliquer, sauf indication contraire résultant de la volonté des parties, le droit du pays où le contrat a été conclu ou exécuté. Cette proposition a l'avantage de maintenir la proximité objective du contrat avec l'ordre interne du pays où il est exécuté. Nonobstant son statut particulier dans le contrat, l'organisation pourrait être disposée à se plier au choix de l'arbitre, notamment dans le cadre des contrats dits de faible importance³⁵⁷.

³⁵⁴ Voir F. RIGAUX : « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p. 251.

³⁵⁵ G. SAUSER-HALL, « L'arbitrage en droit international privé », *Rapport IDI, session d'Amsterdam*, Tome II, 1957, p. 396.

³⁵⁶ Voir en ce sens P. LALIVE, « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Rev. arb.*, 1976, n° 3, p. 170.

³⁵⁷ N. VALTICOS, *op.cit.*, p. 59.

464. En l'absence d'indicateurs expressément mentionnés dans le contrat, l'arbitre peut recourir à d'autres règles pour encadrer le contrat.

Paragraphe 2. Le choix par l'arbitre du droit applicable dans le silence du contrat

465. Dans le silence du contrat, l'arbitre peut appliquer les principes généraux du droit. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la procédure arbitrale est privilégiée par les organisations internationales (A). Pour des raisons de technicité liées à la nature du contrat, l'arbitre peut également appliquer les règles de droit commercial contenues dans la *lex mercatoria* (B).

A. L'application des principes généraux du droit

466. L'application des principes généraux du droit est très certainement la raison du silence de certains contrats quant au droit applicable. L'objectif pour les organisations internationales a toujours été de préserver leur indépendance et d'éviter autant que possible l'application d'un droit national dans leurs contrats. Dans une note produite par son service juridique, l'ONU relève que la pratique la plus récente au sein de l'organisation est d'éviter toute référence à un droit national et de rechercher le droit applicable dans le contrat lui-même ou à la lumière des principes généraux du droit. Elle présume que l'organe chargé de régler un différend à l'occasion du contrat appliquerait ces principes³⁵⁸.

467. L'absence de clause de droit applicable dans un contrat est donc une stratégie qui permet de s'éloigner des règles étatiques sans pour autant désigner un droit que pourrait réfuter le cocontractant. En l'absence de volonté clairement exprimée par les parties quant au droit applicable, l'arbitre désigné a plusieurs possibilités qui s'offrent à lui. Mais devant une situation si particulière impliquant une organisation internationale, il peut être plus disposé à appliquer les principes généraux pour des raisons de sécurité juridique et éviter dès le départ toute référence à un droit national en vue de préserver l'indépendance de l'organisation.

468. C'est très certainement ce à quoi s'attendent les organisations internationales lorsqu'elles demeurent silencieuses sur le droit applicable au contrat, laissant le soin à l'arbitre de trancher la question. Dans un arbitrage rendu le 29 juin 1972 à l'occasion d'un différend avec une entreprise privée, la FAO a soutenu que c'était intentionnellement que le contrat ne

³⁵⁸ United Nations, Office of Legal Affairs, *op.cit.*, pp. 161-165.

comportait pas de clause de compétence législative, car l'organisation considérait qu'un contrat de ce type devait être régi non pas par un système de droit interne particulier, mais par les principes de droit³⁵⁹.

469. Dans une autre affaire, l'arbitre s'est directement prononcé sur le droit applicable. Il a même appliqué les principes généraux alors que certains éléments objectifs le rapprochaient du droit étatique³⁶⁰. Dans cette affaire, la FAO avait conclu un contrat avec la société suisse BEVAC pour l'acheminement de produits en Inde. À la suite de la dégradation du matériel expédié, elle a saisi la CCI conformément à la clause compromissoire qui était insérée dans le contrat. Pour déterminer le droit applicable, l'arbitre désigné par la CCI s'appuie sur l'article 5 de la résolution d'Oslo de 1977 de l'IDI. Selon cette résolution :

« S'il n'est pas expressément indiqué dans le contrat, le droit à appliquer est, en cas de besoin et à moins que les parties n'en conviennent autrement à une étape ultérieure, déterminé par l'organe chargé de régler le différend, lequel essaie de déterminer l'intention tacite des parties ou, à défaut, applique des critères objectifs. »

Les matériaux défectueux avaient été fabriqués en Suisse, vendus par une société constituée conformément à la législation suisse et expédiés de Suisse sous la responsabilité du vendeur. La monnaie de paiement était le franc suisse. D'un point de vue objectif, tout portait à croire que le contrat avait des liens étroits avec la Suisse. Mais le tribunal a relevé que le caractère spécifique de l'organisation en tant qu'institution spécialisée des Nations Unies et les immunités de juridiction dont elle bénéficiait, rendaient complexe l'application directe d'un droit national. Le tribunal arbitral a donc accepté d'interpréter le contrat selon les principes généraux et d'appliquer le droit suisse de manière subsidiaire.

470. On le voit, la méthode adoptée par l'arbitre, bien que cumulative, est une construction juridique propre tenant compte de la particularité de l'organisation internationale. La méthode de détermination du droit applicable dégagée répond à coup sûr aux attentes des organisations internationales, dont le but est d'éloigner autant que possible le contrat de l'ordre interne.

471. Dans tous les cas, le choix de l'arbitrage et le silence quant au droit applicable révèlent la propension de l'organisation internationale à s'appuyer sur les principes généraux du droit. Le silence de la clause d'arbitrage quant au droit applicable au différend :

*« reflète une stratégie propre aux organisations qui vise à inciter le tribunal arbitral à rechercher la lex causae en dehors du droit étatique et ainsi à détacher l'arbitrage de la sphère étatique »*³⁶¹.

³⁵⁹ Sentence arbitrale, 29 juin 1972, *Balakhany (Tchad) Ltd. c. Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture*, AJNU, 1972, pp. 214-215.

³⁶⁰ Sentence CCI, 29 juillet 1986, *FAO c. Bevac company*, AJNU, 1986, p. 392.

³⁶¹ S. BELLIER, « À propos de la clause arbitrale dans le règlement des différends de l'organisation internationale », *op.cit.*, p. 468.

472. Il faut relever tout de même que l'application par l'arbitre des principes généraux en tant que droit proprement applicable au contrat peut paraître incomplète si l'on tient compte non seulement de la spécificité du contrat, mais de la variété des domaines qu'il peut couvrir. L'application des principes généraux constitue un point de départ, et son rôle en tant que soupape de sécurité quant au statut de l'organisation est indéniable. C'est la raison pour laquelle le contrat tient lieu de droit dans certaines organisations, mais les principes généraux peuvent s'appliquer à titre subsidiaire³⁶².

473. L'arbitre dispose d'autres ressources ; il peut avoir recours à des règles plus techniques comme celles constituant la *lex mercatoria*.

B. L'application de normes commerciales : l'exemple de la lex mercatoria

474. La notion de *lex mercatoria* cristallise un ensemble de règles objectives et anationales, destinées à encadrer le secteur commercial. La *lex mercatoria* constate simplement le droit spontané qui s'est créé à partir d'usages commerciaux³⁶³. Elle peut être définie comme :

*« un ensemble de normes du commerce international, qui, tout en ne constituant pas un système de droit complet de sorte à former le droit applicable, joue un rôle complémentaire au droit applicable, ou modérateur à celui-ci »*³⁶⁴.

Ainsi, la *lex mercatoria* désigne :

*« un ensemble de principes généraux et de règles coutumières spontanément élaborés dans le cadre du commerce international, sans référence particulière à un système national déterminé »*³⁶⁵.

475. Plusieurs règles et principes peuvent être identifiés comme faisant partie de la *lex mercatoria*. Ce sont entre autres des principes comme : l'équilibre des prestations réciproques, l'obligation de bonne foi en matière contractuelle³⁶⁶, le *standard of reasonableness*³⁶⁷ — la nécessité de se comporter de manière raisonnable — le principe *non concedit venire contra factum proprium*, c'est-à-dire l'obligation faite à une partie de ne pas se contredire au détriment d'autrui³⁶⁸, le principe *ex injuria [non oritur jus]* au terme duquel nul ne peut tirer avantage de son comportement illicite, l'exception d'inexécution, le droit pour le créancier d'une obligation

³⁶² Entretien réalisé avec M. Philippe VORREUX, directeur juridique au LEBM, le 26 avril 2023.

³⁶³ B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI*, 1979, p. 225.

³⁶⁴ J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I », *Rev. arb.*, 1990, p. 69.

³⁶⁵ B. MOREAU, E. GLUCKSMANN ; P. FENG, « Arbitrage international », *Rép. pr. civ.*, juin 2016, note 204.

³⁶⁶ P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », in *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 121.

³⁶⁷ G. WEISZBERG, *Le "raisonnable" en droit du commerce international*, Thèse Paris II, 2003, pp. 1-642.

³⁶⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 813.

non exécutée de mettre unilatéralement un terme au contrat, sans autre formalité qu'une simple notification, si l'inexécution en cause correspond à la violation d'une obligation significative³⁶⁹. On peut encore citer l'effet exonératoire de la force majeure, de sorte que celui qui n'exécute pas son obligation échappe à toute responsabilité s'il s'est heurté à un événement qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévenir ou empêcher³⁷⁰. C'est également le cas de la clause de *hardship*, qui correspond peu ou prou à la clause de sauvegarde en tant qu'instrument de protection contre les bouleversements économiques, mais aussi technologiques et éventuellement politiques³⁷¹.

476. À l'analyse, on peut constater que la *lex mercatoria* n'a pas l'étoffe et la consistance nécessaire pour former un corps de règles suffisantes pour régir le contrat. Mis à part les principes très généraux communs à tous les systèmes juridiques, chaque système juridique présente ses spécificités, ses nuances. Il serait aujourd'hui difficile de puiser des règles communes en matière commerciale à partir des multiples systèmes juridiques émanant de plusieurs États de sorte à en ressortir une loi spécifique et homogène³⁷². Pourtant l'application de telles normes n'est pour autant pas privée d'utilité et la fonction complémentaire de la *lex mercatoria* peut être tout de même essentielle au point d'encadrer juridiquement un contrat pour plusieurs raisons.

477. Raison logique tout d'abord qui part du postulat que la loi applicable ne peut pas couvrir tous les changements qui peuvent intervenir dans le secteur économique. Elle a donc recours au corpus de règles pratiques constituées d'usages et qui pourraient être adaptées aux diverses mutations.

478. L'autre raison est pratique et tient au réalisme des relations commerciales. Les opérations commerciales sont souvent rapides et les acteurs ont le besoin d'aller à l'essentiel lors de leur transaction. Lorsque la question du droit applicable se pose, les parties sont plus enclines à se référer aux usages et pratiques. La recherche de la loi matérielle classique peut s'avérer longue et finalement inutile au vu de l'objectif poursuivi dans le contrat. La *lex mercatoria* intervient au mieux pour éclairer, combler les lacunes, voire réduire l'impact lié aux spécificités des lois nationales, qui ne sont souvent pas adaptées aux transactions internationales³⁷³. Ces transactions internationales connaissent une évolution qualitative et

³⁶⁹ A. LAGERWALL, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 277.

³⁷⁰ P. KAHN, « Force majeure et contrats de longue durée », *JDI*, 1975, p. 468.

³⁷¹ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* » *JDI*, 1974, p. 794.

³⁷² J. MUSTILL, « The New *lex mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Arbitration International*, vol. 4, 1er avril 1988, p. 92.

³⁷³ A.F. LOWENFELD, « *Lex mercatoria*: An Arbitrator's view », *American Journal of International Arbitration*, vol. 6, 1990, p. 149.

deviennent de plus en plus institutionnalisées à travers la formation de corporations. La *lex mercatoria* participe à ce processus d'innovation en fournissant des règles objectives et adaptées au secteur. Pour toutes ces raisons, la *lex mercatoria* a une place de choix dans l'arbitrage international. Tout comme les principes généraux de droit, la *lex mercatoria* peut être considérée comme un point de départ dans la désignation par l'arbitre du droit applicable³⁷⁴.

479. Mais l'arbitre peut aller plus loin en choisissant d'appliquer directement la *lex mercatoria*³⁷⁵. Dans le cadre de contrats internationaux, les juges ont eu à se prononcer en faveur de l'application de la *lex mercatoria* par l'arbitre. Dans l'affaire *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Primary Coal*, le contrat litigieux était silencieux quant au droit applicable. L'arbitre désigné conformément à la clause compromissoire avait décidé d'appliquer la *lex mercatoria*. La partie défenderesse a alors formé un recours en annulation de la sentence au motif que la *lex mercatoria* était inappropriée pour trancher le différend.

480. La Cour a rejeté le pourvoi formé, constatant que l'arbitre avait examiné les différents critères de rattachement invoqués et qu'il avait souverainement estimé qu'aucun des liens envisageables n'était suffisant pour justifier une compétence législative précise. Il a jugé que la *lex mercatoria* était appropriée au contrat en tant que règle applicable³⁷⁶. Dans un autre arrêt rendu à propos de la même affaire, la Cour de cassation va clairement confirmer la positivité de la *lex mercatoria* en affirmant que :

« en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission »³⁷⁷.

481. La *lex mercatoria* connaît un succès auprès des arbitres internationaux de sorte qu'on pourrait déduire que le recours à l'arbitrage international traduit une volonté d'appliquer la *lex mercatoria* dès lors que l'affaire présente un caractère commercial. En effet, on a vu que le choix de l'arbitrage est lui-même une volonté des parties de se détacher de tout ordre interne étatique. À cet égard, la *lex mercatoria* répond à ce besoin d'éloignement puisqu'elle se réalise elle-même en dehors de tout droit étatique.

482. L'influence de la *lex mercatoria* ou des usages commerciaux est également identifiable dans les clauses contractuelles elles-mêmes. Il arrive que le contrat soit silencieux sur le droit applicable au fond, mais certaines obligations contractuelles sont exécutées conformément à ces normes. Le transport des biens à l'AIEA doit être effectué selon les normes INCOTERM³⁷⁸.

³⁷⁴ N. VALTICOS, *op.cit.*, p. 56.

³⁷⁵ E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, n° 81, 1983, p. 337.

³⁷⁶ Cass.Civ., 1^{ère}, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Primary Coal Inc*, 13 juillet 1989, note B. OPPETIT, *Rev. Crit. DIP*, 1990, p. 305.

³⁷⁷ *Ibid.*, p.113.

³⁷⁸ AIEA, *Conditions of good and services*, point 4.1.

Ces normes peuvent être définies comme un ensemble de dispositions codifiées par la CCI qui servent à définir les droits et devoirs des vendeurs et des acheteurs participant à des échanges internationaux ou nationaux. De même, l'emballage et le conditionnement des biens dans les contrats conclus par l'UPU doivent être réalisés selon les instructions stipulées dans le contrat ou selon « une norme commerciale courante »³⁷⁹. Ces indices peuvent conduire l'arbitre à désigner la *lex mercatoria* en tant que droit applicable au contrat dans le silence des parties.

483. En somme, il existe une pluralité de méthodes que l'arbitre peut utiliser pour déterminer le droit applicable au contrat. Au-delà des possibilités qui lui sont offertes, l'élément fondamental en la matière est qu'aucune règle ne s'impose à lui. L'arbitre dispose d'une grande liberté dans le choix du droit qu'il estime adéquat au contrat. Il pourrait sans doute se laisser guider par des éléments objectifs tirés du contrat. À cet égard, les règles de conflits ne sont que des indices qui permettent d'orienter l'arbitre dans son choix. La liberté de l'arbitre dans le choix du droit applicable est confirmée dans certains instruments internationaux. Par exemple, l'article 35 du règlement d'arbitrage CNUDCI indique clairement que : « *the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate* ». L'arbitre n'est donc pas limité dans son choix. Dans le cadre des contrats d'organisation internationale, l'arbitre peut être aiguillé par des règles de conflits étatiques, mais il peut également s'en détacher et se construire ses propres règles de conflit³⁸⁰.

Résumé du deuxième chapitre

484. L'arbitrage international a su s'adapter la spécificité du contrat d'organisation internationale. Dans la détermination du droit applicable aux contrats, ce mécanisme juridictionnel apparaît dans un premier temps comme un moyen de recours neutre à la disposition des parties. D'abord parce qu'il préserve les immunités des organisations internationales, mais ensuite parce qu'il est assorti de règlements et de procédures parallèles qui garantissent son efficacité.

485. Cependant, lorsqu'on se rapproche du cœur du sujet, à savoir la détermination du droit applicable dans le silence des parties, l'arbitrage international peut devenir cette fois-ci un outil de neutralisation de l'application de normes d'origine étatique. Le choix de la procédure d'arbitrage peut jouer un rôle déterminant en la matière. Mais là encore, il s'agit d'une présomption, tant la règle qui gouverne l'action de l'arbitre est la liberté.

³⁷⁹ UPU, *Conditions of good and services*, point 5.3.

³⁸⁰ Voir P. LALIVE, « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *RCADI*, vol. 120, 1967, p. 598.

Conclusion du deuxième titre

486. L'aspect procédural du droit des contrats d'organisation internationale n'est pas seulement utile pour régler les différends occasionnels qui peuvent survenir entre la personne privée et l'organisation internationale. Le rôle de l'organe juridictionnel peut intervenir pour déterminer le droit applicable à un contrat.

487. La « spécialité » du contrat, caractérisée par l'immunité dont bénéficie l'une des parties, limite fortement le champ d'action des juridictions internes. Cette limitation a des conséquences sur les probabilités d'application d'un droit d'origine étatique.

488. La complexité de la relation contractuelle oblige les parties à choisir une procédure plus neutre, dans laquelle l'arbitre désigné tiendra compte de certains éléments prédéterminés pour définir le droit applicable.

Conclusion de la première partie

489. La première partie de l'étude nous a conduit à explorer l'environnement juridique qui encadre les contrats passés par les organisations internationales à travers diverses possibilités qui s'offrent aux parties. Ce cadre est fait avant tout de règles de droit international privé qui occupent une place de choix compte tenu de la nature contractuelle de l'activité. Ces règles mises en œuvre peuvent déboucher — en fonction du contexte et des intérêts — sur l'application du droit national. Cependant, le régime juridique des contrats présente des particularités, dans la mesure où le droit applicable et même le contrat dans son ensemble doivent tenir compte du statut de l'organisation internationale, dont la préoccupation reste avant tout l'exercice de ses activités dans le strict respect de son indépendance et dans la préservation de ses privilèges et immunités. Cette solution atypique requiert que l'on élargisse le champ d'analyse. On observe des innovations dans la construction juridique, qui ouvrent la voie à l'application de normes non étatiques ou même l'intervention du droit international public.

490. Face aux enjeux du contrat, une tout autre approche pour les parties consisterait à ne pas directement choisir le droit applicable, mais plutôt laisser transparaître leurs intentions à travers le choix de l'organe tiers, chargé du règlement des différends, qui sera de ce fait investi du pouvoir de désigner le droit applicable. Là encore, la spécificité de la relation contractuelle se fait ressentir et le statut de l'organisation internationale impacte fortement l'efficacité d'un recours devant les juridictions étatiques.

491. L'arbitrage reste alors la seule alternative qui répond aux besoins des deux parties : besoin de sécurité juridique pour l'organisation internationale, et garantie d'accès à une juridiction pour la personne privée. Quant au choix concret du droit applicable, l'arbitre dispose de plusieurs possibilités. Tout de même, son éloignement structurel de l'ordre juridique national laisse transparaître une préférence pour des règles non étatiques.

492. Les différentes perspectives ainsi présentées ne sont pour autant pas figées. Les organisations internationales sont de plus en plus diversifiées et adaptent leur stratégie d'action en fonction de l'importance de leurs missions. Dans un cadre idéal où le droit applicable naît de la rencontre des volontés de parties, le terrain de la pratique permet de constater que la volonté de l'organisation internationale pourrait exercer une influence considérable dans l'encadrement juridique du contrat en général, et dans le choix du droit applicable en particulier.

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DE
L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LE CHOIX DU
DROIT APPLICABLE

493. La possibilité théorique pour les contrats d'organisation internationale d'être soumis à plusieurs droits n'altère pour autant pas le socle déterminant en la matière qui est l'autonomie de la volonté. En d'autres termes, si plusieurs droits ont vocation à s'appliquer au contrat, leur application définitive et concrète dépend avant tout de la volonté des parties. L'étude du droit applicable aux contrats requiert une analyse sur le concept de la volonté des parties et son influence, mais aussi, elle nécessite une analyse quant à son étendue et son rôle dans lesdits contrats.

494. Du point de vue pratique, les méthodes de détermination du droit applicable ne sont pas statiques et le choix du droit applicable est aussi le résultat de confrontations d'intérêts. Ces intérêts exercent une influence sur le droit applicable à deux niveaux. Dans la manifestation de la volonté, en tant que méthode de détermination du droit applicable, on observe un déséquilibre marqué par l'influence de l'organisation internationale (TITRE 1). Dans le processus contractuel, les organisations internationales semblent prendre de l'avance et arrivent à cristalliser leurs intérêts dans des procédures préétablies de passation de marchés.

495. L'autonomie de la volonté appliquée aux contrats d'organisation internationale ne résout pas la question de l'équilibre des volontés, de telle sorte que le choix du droit applicable est déterminé à partir de ces procédures, qui, de la phase précontractuelle à la conclusion du contrat, encadrent l'activité contractuelle des organisations internationales. Le recours aux procédures particulières de passations de marché réduit de plus en plus la marge de manœuvre des personnes privées dans la détermination du droit applicable (TITRE 2).

TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LA MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

496. De manière générale, l'autonomie de la volonté peut être définie comme :

*« le pouvoir reconnu par un ordre juridique à un ou plusieurs individus de créer des situations juridiques en son sein, situations qui, sans leur intervention et à défaut de ce pouvoir, soit n'existeraient pas, soit existeraient mais avec une configuration différente »*³⁸¹.

497. La notion d'autonomie de la volonté a connu de nombreuses évolutions qui ont contribué à son développement. Avant d'être consacrée en droit positif, cette notion reste avant tout une construction philosophique. L'approche philosophique considère la volonté comme vecteur logique et surtout moral de création des lois. Elle est tirée des œuvres de Kant, qui érige la volonté comme source unique de toute obligation juridique. Pour l'auteur, le principe de l'autonomie tend à agir « de telle sorte que la maxime de la volonté puisse valoir en même temps comme principe d'une législation universelle »³⁸².

498. Sur le plan juridique, la notion va connaître de nombreuses évolutions terminologiques, qui s'expliquent par l'orientation donnée par les auteurs à la notion en droit international. L'autonomie de la volonté va être véritablement consacrée par Weiss dans son *Traité élémentaire de droit international*³⁸³.

499. Ces généralités sur l'évolution d'un point de vue historique de la notion d'autonomie de la volonté ne seront pas approfondies dans le cadre de cette étude. Toutefois, il convient de se pencher dans un premier temps sur l'évolution et la construction du principe en droit international (CHAPITRE 1).

500. De manière plus spécifique, cette autonomie devrait se manifester dès la phase des négociations. Durant cette phase, certains outils précontractuels sont produits par les parties en vue du contrat à venir. Ces éléments constituent les premiers indices de l'expression de la volonté des parties. En fonction des intérêts en présence, ces outils peuvent influencer l'équilibre des négociations et le choix final du droit applicable (CHAPITRE 2).

³⁸¹ J-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p. 7.

³⁸² Voir M. FÆSSEL, « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, 2011, tome 414, p. 347.

³⁸³ Pour l'évolution historique de la notion d'autonomie de la volonté, voir V. RANOUIL, *Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

CHAPITRE 1 : L'ÉVOLUTION DU RÔLE DE LA VOLONTÉ EN DROIT INTERNATIONAL

501. La volonté des parties est considérée comme « facteur de rattachement de la loi applicable à des situations comportant des éléments d'extranéité »³⁸⁴. La finalité principale est de laisser aux parties le libre soin de déterminer l'orientation juridique qu'elles entendent donner à leur contrat.

502. Cette volonté créatrice de droit n'est pas exclusive : elle cohabite avec d'autres facteurs de rattachement du contrat à une loi — loi du lieu de conclusion du contrat, domicile ou siège des parties, nationalité des contractants, nature juridique des contractants. Dès lors, se pose la question de l'autorité de la loi d'autonomie face au droit qui découle de certains éléments objectifs du rapport de droit — le droit objectivement applicable. Autrement dit, le principe de l'autonomie de la volonté est-il absolu ou encadré par le droit objectivement applicable ?

503. La réponse à ces différentes interrogations permettra de mesurer le degré de liberté accordé aux parties et déterminer l'autorité de la règle face au droit objectivement applicable (Section 1). Par la suite, nous nous intéresserons à l'application concrète du principe aux contrats internationaux et surtout à son étendue (Section 2).

Section I. L'autonomie de la volonté face à l'autorité du droit objectivement applicable

504. L'application de la règle de l'autonomie de la volonté ne se limite pas uniquement à la question du choix du droit. Elle s'apprécie dans la formation du contrat (paragraphe 1) jusqu'à sa réglementation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prise en compte du droit objectivement applicable dans la formation du contrat

505. L'impact de la volonté des parties varie selon que l'on se trouve dans l'ordre juridique interne (A) ou international (B).

³⁸⁴ C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, p. 304

A. Une autonomie de la volonté restreinte pour les rapports juridiques internes

506. La volonté des parties est prise en compte dans l'ordre juridique des États, mais avec une portée fortement limitée. Ce faible impact s'apprécie durant tout le processus de construction du contrat, allant de sa formation à son exécution.

507. Dès la formation du contrat, la liberté individuelle est encadrée par un bon nombre de prérequis. La volonté en droit interne n'est pas autosuffisante pour encadrer le contrat et doit cohabiter avec des exigences légales. On les rencontre plus particulièrement dans les conditions de validité du contrat³⁸⁵.

508. En droit français par exemple, l'accord des parties est nécessaire lors de la formation du contrat. Cependant, il n'est pas suffisant pour assurer la validité du contrat. En effet, le droit français soumet le contrat à plusieurs conditions de validité. Ce sont entre autres des conditions liées à la capacité des parties, à l'objet du contrat³⁸⁶, sa licéité ou encore l'exigence d'une contrepartie à la faveur de celui-ci qui s'engage³⁸⁷. Des conditions de forme peuvent être aussi exigées. Par exemple, l'article 1172 du Code civil subordonne la validité des contrats solennels à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

509. Dans le même ordre d'idées, l'ordre public, qui vise à préserver l'intérêt général, mais également la protection des individus, n'est pas une limite isolée à la liberté contractuelle, mais conduit le processus contractuel en amont et en aval. Deux conséquences peuvent alors être tirées quant aux effets sur la volonté des parties.

510. Premièrement, l'encadrement législatif du contrat a pour effet de limiter la liberté contractuelle des parties. Cette liberté est consacrée à l'article 1102 du Code civil français, qui dispose que : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Toutefois cette liberté n'est pas absolue et reste encadrée par la loi. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 1102 dispose que : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

511. La notion d'ordre public, inscrite comme limite à la liberté contractuelle par l'article 1102 du Code civil, a connu une évolution. Au départ, cette notion était abordée sous

³⁸⁵ R. VANDER ELST, « L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge », in *Liber Amicorum Louis Fredericq*, Gent, story-scientia, 1965, p. 988.

³⁸⁶ art. 1163 C. civ. : « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

³⁸⁷ art. 1169 C. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

l'angle des valeurs fondamentales et morales d'un État. Par la suite, la conception d'ordre public a été élargie pour inclure une fonction économique et sociale. L'ordre public vise ainsi à protéger la partie la plus faible³⁸⁸. Sur cette base, le législateur n'hésite pas à intervenir dans certains contrats particuliers où les parties sont dans une situation inégalitaire — contrats de travail, contrats d'assurance.

512. Deuxièmement, l'intervention du législateur a pour conséquence de déconstruire la conception selon laquelle la force obligatoire du contrat découlerait de la volonté des parties. En réalité, l'autonomie n'est qu'accessoire, et le caractère obligatoire est plutôt tiré de la loi qui l'encadre. À titre d'exemple, l'article 1103 du Code civil français prévoit que « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Deux remarques peuvent être tirées de cet article.

513. Tout d'abord, le sens accordé à l'expression « tenir lieu de loi » n'a pas pour effet de comparer le contrat à une loi au sens organique. La comparaison est métaphorique, et ce dans le but de montrer la valeur que représente le contrat une fois formé : obligatoire, intangible et limitant la liberté des parties dans la modification des dispositions contractuellement établies³⁸⁹.

514. Ensuite, les contrats acquièrent leur force obligatoire dès lors qu'ils ont été formés conformément à la loi. Cela signifie qu'un contrat qui n'est lui-même pas conforme à la loi « ne pourrait exciper d'une quelconque force qui amènerait à son respect »³⁹⁰. L'autonomie des parties n'est dès lors plus qu'une simple condition créatrice du contrat, mais demeure insuffisante pour en assurer sa validité.

515. Toutefois, une autre lecture peut être apportée au rôle de la volonté. En effet, la loi interviendrait non pas pour limiter la volonté des parties, mais plutôt pour l'affiner. C'est l'idée selon laquelle l'intervention législative aboutit à une volonté plus réaliste et psychologiquement saine. Cela signifie que, lors de la formation du contrat, les parties acceptent intrinsèquement de passer au tamis leur volonté apparente pour en ressortir une volonté socialement admissible³⁹¹.

516. Parallèlement, on constate que l'interventionnisme étatique dans la formation du contrat a pour effet d'accroître les pouvoirs du juge. Au départ, ce dernier n'avait pas la capacité de

³⁸⁸ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil-les obligations*, 13^e éd., Dalloz, Paris, 2022, p. 43.

³⁸⁹ J-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1 du code civil », *RTD. Civ*, 2001, p. 265. L'article 1134 a été modifié par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016. L'ancienne version prévoyait que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Le premier alinéa a été renuméroté à l'article 1103 du Code civil.

³⁹⁰ A. LECOURT, *Fiches de droit des obligations : Rappels de cours et exercices corrigés*, Paris, Ellipses, 2019, p. 6.

³⁹¹ P. LOUIS-LUCAS, « L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1959, p. 474.

substituer sa propre volonté à celle des parties. Le principe de non-immixtion du juge dans le contrat était fortement établi. Cette position permettait alors d'éviter toute insécurité juridique. Le contrôle du juge était seulement un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire limité à l'interprétation du contrat au contentieux et non à une révision du contenu du contrat lui-même³⁹². Mais le rôle du juge a bien évolué. Toujours en droit français, les pouvoirs du juge ont été étendus en matière contractuelle. Par exemple, l'article 1195 du Code civil prévoit la révision judiciaire pour imprévision ; le contractant qui entend se prévaloir de cet article peut saisir le juge afin que ce dernier corrige le déséquilibre survenu ou mette fin au contrat. En matière de clause pénale, le juge peut également modifier le montant de la peine prévue en cas d'inexécution du contrat dans l'hypothèse où celle-ci paraîtrait excessive, et ce afin d'éviter les injustices manifestes³⁹³. Le juge peut aussi adapter le contrat dans l'hypothèse d'un bouleversement des circonstances économiques qui rendrait l'exécution du contrat impossible³⁹⁴.

517. Les nombreux cas d'intervention étatique et judiciaire dans le contrat ont pour conséquence d'établir une autonomie de la volonté en droit privé interne de plus en plus restreinte. La situation est bien différente en droit international privé, où la règle est beaucoup plus étendue.

B. Une autonomie plus étendue en droit international privé

518. Contrairement à ce qui prévaut dans l'ordre juridique interne, l'autonomie de la volonté a connu un essor considérable en droit international privé³⁹⁵. La règle est reconnue dans les codifications nationales à l'instar de l'article 116 de la loi suisse sur le droit international privé qui énonce clairement que « le contrat est régi par le droit choisi par les parties »³⁹⁶. Le code belge de droit international privé renvoie quant à la loi à la Convention de Rome de 1980 sur la

³⁹² L. AYNES, « Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? », *RDC*, 2016, n° 112z2, p. 14.

³⁹³ Art. 1231-5 C. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire [...] ».

³⁹⁴ Art. 1195 C. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant [...] A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

³⁹⁵ H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté, jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 255.

³⁹⁶ Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, disponible en ligne sur https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/20210101/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1988-1776_1776_1776-20210101-fr-pdf-a.pdf.

loi applicable aux obligations contractuelles³⁹⁷, qui elle-même prévoit l'autonomie de la volonté des parties³⁹⁸. L'autonomie de la volonté est aussi appliquée dans les domaines où il y a échange de volontés, notamment en matière d'obligation alimentaire³⁹⁹ ou successorale⁴⁰⁰.

519. Contrairement à ce qui prévaut dans l'ordre juridique interne, la volonté des parties intervient pleinement dans la construction du contrat. Lors de la formation du contrat international, les conditions de validité ne sont pas connues à l'avance et il revient aux parties de déterminer les règles relatives à la formation du contrat. La prise en compte de certains éléments de droit interne tels que l'ordre public est toujours d'actualité et n'est pas totalement écartée, seulement, ces limites ont un caractère exceptionnel et ne sont pas décisives dans la construction du contrat : la volonté des parties est déterminante. Ainsi « dès qu'un élément étranger s'insinue dans l'acte juridique, ce qui était impératif devient facultatif »⁴⁰¹.

520. Les raisons d'un tel volontarisme sont à retrouver dans les enjeux qui entourent bien souvent la conclusion de ces contrats. En droit interne, les individus entrent en contrat régulièrement pour des échanges de biens et services. Ces relations contractuelles sont strictement encadrées par l'État qui préétablit des instruments réglementaires ou commerciaux. Il en est tout autre en droit international où les contrats acquièrent une dimension stratégique du point de vue économique. Derrière les contrats, ce sont des intérêts économiques qui entrent en compétition. Cet environnement suscite alors la méfiance des parties vis-à-vis des règles étatiques. Les États sont eux-mêmes réticents à intervenir dans des situations « commerciales » qui sont fondées sur le libre-échange. C'est ce qui explique le recours aux règles de conflit, dont le but est de choisir la loi adaptée à une situation juridique présentant un rapport d'extranéité. En matière contractuelle, c'est la volonté qui va acquérir une dimension supplémentaire, puisqu'il revient aux parties d'établir leurs propres règles contractuelles⁴⁰².

521. Les organisations internationales n'échappent pas à ce constat. Leurs activités, y compris celles qui sont contractuelles, sont aussi guidées par la satisfaction de leurs intérêts. Leur volonté est sans doute de choisir le droit qui sied le plus à leurs prévisions, ou, à défaut de se défaire des contraintes d'un droit national.

522. Le principe d'autonomie acquiert tout son sens en droit international privé en ce qu'il répond aux attentes des parties. Il leur offre de la flexibilité, ce qui leur permet de modifier à

³⁹⁷ Article 98, Code de droit international privé belge, 16 juillet 2004, n° 2004-07-16/3.

³⁹⁸ Article 3, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

³⁹⁹ Article 8 du protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, conclu le 23 novembre 2007, qui est lui-même utilisé comme texte de référence par le Règlement CE, n° 4/2009 du 18 déc. 2008 en matière d'obligation alimentaire.

⁴⁰⁰ Article 21, Règlement n° 650/2012, du 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOUE*, 27 juillet 2012, L. 201/07.

⁴⁰¹ P. LOUIS-LUCAS, *op.cit.*, p. 480.

⁴⁰² J-M. JACQUET, *op.cit.*, p. 9.

tout moment la loi choisie. Ensuite, la loi d'autonomie répond aux exigences de sécurité juridique dans la mesure où la loi choisie au moment de la formation du contrat est celle qui est retenue même en cas de modification législative.

523. L'autonomie de la volonté est donc bien ancrée en droit international, raison pour laquelle elle est considérée par certains auteurs comme une norme coutumière, voire comme un fondement du droit international privé général⁴⁰³. L'intervention législative par le moyen de dispositions d'ordre public n'est pas écartée, mais celles-ci ne constituent pas un frein à l'importance de la volonté dans la construction du contrat en droit international.

524. Si l'autonomie de la volonté reste incontournable en droit international privé en tant que fondement d'élection du droit applicable, la prise en compte du droit objectivement applicable peut jouer un rôle décisif dans l'orientation du choix fait par les parties.

Paragraphe 2 : La prise en compte du droit objectivement applicable dans la réglementation du contrat

525. Deux écoles s'opposent quant à la prise en compte du droit objectivement applicable dans la réglementation des contrats : l'une confère aux parties le pouvoir de déterminer librement le droit qu'elles entendent appliquer au contrat. L'autre école adhère au contraire à l'idée d'une volonté « surveillée par la loi »⁴⁰⁴(A). Des solutions de conciliation ont tout de même pu être apportées par la doctrine et par certains instruments conventionnels (B).

A. Subjectivisme contre objectivisme

526. De prime abord, il convient de souligner qu'il n'y a pas de réelle opposition entre les deux positions doctrinales quant au caractère fondamental de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle et à la liberté qui est reconnue aux parties dans le choix du droit applicable à leur contrat. Les points de divergence interviennent plutôt dans la recherche de la loi propre au contrat, celle qui lui convient le mieux⁴⁰⁵.

⁴⁰³ C. KOHLER, *op.cit.*, p. 303.

⁴⁰⁴ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch.philo.droit*, 1957, p. 94.

⁴⁰⁵ J-M. JACQUET, *op.cit.*, p. 251.

527. La doctrine subjectiviste accorde une place exclusive à la volonté dans la réglementation du contrat⁴⁰⁶. Elle fait de la volonté « l'alpha et l'oméga du contrat »⁴⁰⁷. L'idée est que le contrat en lui-même peut être détaché de toute loi, fût-elle objectivement applicable. Le fondement de cette théorie réside dans la particularité du contrat lui-même, considéré comme un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de la volonté appelée à produire des effets de droit⁴⁰⁸ et qui aboutit toujours à la création d'une ou plusieurs normes juridiques individuelles⁴⁰⁹. Deux conséquences peuvent être tirées de l'application de cette théorie.

528. Premièrement, les parties sont libres de désigner n'importe quelle loi et peuvent de ce fait choisir une loi qui n'entretient aucun lien avec le contrat. Elles ont même la possibilité de choisir dans la loi, les dispositions qui s'appliqueraient au contrat et celles qui ne seraient pas applicables. La loi choisie est très généralement « contractualisée », c'est-à-dire que les dispositions sont incorporées au contrat⁴¹⁰. D'après cette conception :

*« les particuliers seraient admis à agir, dans le domaine susdit, en législateurs d'eux-mêmes : ils créeraient un système de règles d'intérêt privé qui arrive ainsi à coexister avec les lois édictées par l'autorité sociale dans l'intérêt public »*⁴¹¹.

529. Deuxièmement, les parties n'ont pas l'obligation de soumettre leur contrat à une loi déterminée. Elles peuvent décider de ne pas mentionner la loi applicable à leur contrat ou tout simplement choisir un droit non étatique : c'est la théorie du contrat sans loi⁴¹². Cette dernière possibilité dévoile les lacunes de la conception subjectiviste. La nécessité de prévoir une loi au contrat se fera ressentir en cas de différend sur un contrat silencieux quant au droit applicable.

530. La théorie dite objectiviste ne considère pas la volonté des parties comme moyen prééminent de détermination du droit applicable. Elle s'attache plutôt à la recherche *in concreto* de la loi applicable. Selon les partisans de cette théorie, il existe une loi objectivement applicable, la *lex contractus*. La volonté n'est plus toute puissante, elle est subordonnée et produit ses effets uniquement parce qu'une loi le permet. Les parties ne peuvent pas choisir n'importe quelle loi et la loi choisie doit correspondre aux éléments de localisation du contrat. La théorie objectiviste recherche la localisation du contrat à défaut de choix exprès⁴¹³. Elle vise ainsi une harmonie entre l'autonomie des parties et le droit objectivement applicable. Elle

⁴⁰⁶ Les principaux précurseurs de cette théorie sont Dumoulin, Foelix, et Laurent. Voir V. RANOUIL, *op.cit.*, p. 20.

⁴⁰⁷ M-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 169.

⁴⁰⁸ L. IZAC, « Volonté individuelle et acte juridique : Regard d'un privatiste sur le contrat », in M. NICOD (dir.), *De la volonté individuelle*, Toulouse, PUF, 2009, p. 193.

⁴⁰⁹ J-M. JACQUET, *op.cit.*, p. 66.

⁴¹⁰ M-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 170.

⁴¹¹ A. CURTI-GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, vol. 137, 1972, p. 209 ; L'auteur qualifie cette conception « d'autocratie contractuelle ».

⁴¹² A propos du contrat sans loi, la Cour de cassation a considéré que le choix par les parties de soumettre leur contrat international à un droit non étatique ne constitue pas un véritable choix de loi au sens du droit international privé ; Cass. Soc., *Ligue des États arabes*, *op.cit.*, p.376.

⁴¹³ J-M. JACQUET, *op.cit.*, p. 262.

équivaldrait à une vision libérale des rapports entre l'État dont les dispositions s'appliquent objectivement au contrat, et les individus. Sous cet angle, L'État est perçu comme octroyant une liberté aux parties afin de promouvoir les intérêts du commerce international tout en régulant cette liberté afin d'assurer la suprématie de l'intérêt général⁴¹⁴. Selon les tenants de cette théorie, il serait déraisonnable de se référer uniquement à la volonté des parties pour la désignation de la loi applicable sans identifier avant tout la loi qui confère un tel pouvoir à la volonté⁴¹⁵. Il serait tout aussi inapproprié que les parties échappent, à travers ce principe, aux dispositions impératives de la loi susceptible de s'appliquer⁴¹⁶. En effet, le droit privé d'un État contient des normes essentielles qui transcrivent ses propres valeurs en matière économique et sociale. Lorsque le droit d'un État entretient un rapport de proximité avec le contrat, il est indispensable que ses dispositions impératives s'appliquent, quelle que soit la nature du droit choisi. Une partie plus rigide de la doctrine objectiviste a même défendu que l'autonomie de la volonté n'existe pas et que les parties ont une simple liberté des conventions reconnue dans les limites fixées par la loi compétente⁴¹⁷.

531. D'un autre côté, le doyen Batiffol propose une solution plus neutre et efficace à travers sa théorie de la localisation objective⁴¹⁸. Il se rapproche de la théorie objectiviste, en ce qu'il est opposé à l'idée que les parties puissent choisir le droit applicable qui leur sied. Toutefois, il soutient au contraire que le contrat ne doit obéir qu'à une seule loi⁴¹⁹. Enfin, il accorde de l'importance à la volonté des parties dans l'orientation du contrat, mais la clause de choix insérée dans le contrat est perçue avec d'autres indices matériels — événements, échanges de paroles, rédaction d'un écrit, actes d'exécution — comme un élément de localisation du contrat⁴²⁰. La volonté des parties est un élément central qui permet au juge de choisir la loi applicable. L'auteur soutient que :

*« les parties localisent seulement leur contrat ; le juge en déduit la loi applicable. On peut parler en ce sens de loi d'autonomie tout en évitant l'expression trompeuse d'autonomie de la volonté »*⁴²¹.

⁴¹⁴ H. MUIR-WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in S. POILLOT-PERRUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un Code européen de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 84.

⁴¹⁵ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, 1923, p. 280.

⁴¹⁶ J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 42.

⁴¹⁷ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, vol.16, 1927, p. 57 ; P. LOUIS-LUCAS, *op.cit.*, p. 470.

⁴¹⁸ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938, pp. 1-516 ; voir aussi « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 41 et s. ; « La loi appropriée au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 1 et s.

⁴¹⁹ M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 172.

⁴²⁰ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 265.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 266.

Cela signifie que le juge ne serait pas tenu de suivre la loi choisie par les parties si cette loi n'a aucun rapport avec le contrat. Cette posture doit tout de même être nuancée, car l'auteur considère que le lien avec la loi choisie pourrait être simplement intellectuel⁴²². C'est la raison pour laquelle la théorie de la localisation objective doit être vue comme une tentative de conciliation qui n'édulcore pas en réalité l'importance de la volonté, mais qui tient seulement compte d'autres éléments objectifs qui entourent le contrat.

532. Ces positions doctrinales ont été systématisées à des degrés divers en droit positif.

B. Réception en droit positif

533. La position de la jurisprudence quant à l'étendue de la volonté a connu des variations jurisprudentielles (1). Néanmoins, certains instruments conventionnels ont développé des solutions qui permettent de combiner les deux positions (2).

1. Réception jurisprudentielle française

534. La jurisprudence a pendant longtemps rattaché le contrat soumis au lieu de conclusion pour la détermination du droit applicable⁴²³. Mais la volonté des parties va être prise en considération à travers deux étapes clés qui traduisent l'évolution de la jurisprudence en France.

535. Le premier arrêt a été rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *American Trading Company*⁴²⁴. Dans cette affaire, la société *American Company* avait assigné la société *Québec Steamship* pour avoir déchargé à Pointe-à-Pitre de la marchandise avariée. La société *Québec Steamship* souleva la clause d'irresponsabilité qui était insérée dans le contrat. La société requérante affirma au contraire que le contrat ayant été passé à New York, c'est la loi américaine qu'il fallait appliquer conformément à la règle *locus regit actum*. Cette loi déclarait nulle la clause d'irresponsabilité invoquée. La demande fut accueillie en première instance, mais rejetée en appel. Au moyen de son pourvoi, la société requérante souleva que l'arrêt attaqué violait la règle *locus regit actum* en ce que la décision attaquée avait déclaré la clause d'irresponsabilité valable alors que celle-ci était prohibée par la loi américaine, loi à laquelle les parties s'étaient expressément référées. Dans son attendu de principe, la Cour de cassation affirma que :

⁴²² *Ibid.*, p. 273.

⁴²³ Voir H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », in *Festschrift für Hans Lewald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 219 et s.

⁴²⁴ Cass.Civ., 1^{ère}, *American Trading Company*, *op.cit.*, p. 395.

« la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée, que si, entre personnes de nationalité différente la loi du lieu où le contrat est intervenu est, en principe, celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire ».

536. Cet arrêt consacre avec solennité le principe de l'autonomie de la volonté ; il se positionne surtout du côté du courant subjectiviste. En attribuant un rôle subsidiaire à la loi du lieu de conclusion du contrat, la Cour ne fait « qu'hypostasier la volonté, substituant celle-ci à une véritable règle de conflit de lois »⁴²⁵.

537. Le deuxième arrêt marquant l'évolution de la jurisprudence est l'affaire des *messageries maritimes*⁴²⁶. En juin 1927, la Société des Messageries Maritimes émet au Canada un emprunt obligataire. Selon les clauses du contrat, le paiement de ces titres devait être effectué en monnaie-or (clause-or). Le 10 avril 1937, une loi canadienne — *Gold Clause Act* — prohiba les clauses-or. La société canadienne s'appuya alors sur cette réforme pour déclarer que les titres devraient être désormais réglés en dollars-papier. Certains souscripteurs hollandais demandèrent alors le maintien du paiement en monnaie-or, soutenant que la nouvelle loi n'affectait pas le contenu de leur engagement contenu dans le contrat. Leur demande fut accueillie en première instance au motif que lors de la conclusion du contrat, les parties n'avaient eu l'intention de faire régir le paiement ni par la loi canadienne, ni par la loi néerlandaise, mais par la loi qui résultait de leur convention⁴²⁷. La décision fut confirmée en appel, où la Cour affirma :

*« [qu'] en matière de règlement international, la convention d'où résulte stipulation d'un paiement en or, fait la loi des parties [...] ni la loi hollandaise qui est celle du lieu où le paiement est demandé, ni la loi française qui est de la défenderesse, ne mettent obstacle au paiement tel que les parties l'ont prévu »*⁴²⁸.

538. L'affaire fut portée en cassation par la société défenderesse. Après avoir qualifié l'opération en question de contrat international, la Cour de cassation commença par rappeler que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État ». Le juge conclut que les parties s'étaient référées à la valeur-or du dollar canadien d'après la loi canadienne en vigueur au moment de la formation du contrat.

539. L'arrêt rendu par la Cour de cassation redonne la part belle au courant objectiviste en soulignant la nécessité de rattacher le contrat international à la loi d'un État. La Cour adhère à

⁴²⁵ J-M. JACQUET, « Contrats », *Rép. intern.*, 1998, §8.

⁴²⁶ Cass. civ., *État français c/Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 609, note H. Batiffol.

⁴²⁷ Tribunal de Seine, 16 novembre 1938, reproduit sous CA Paris, 24 avr. 1940, *S.1942.2.9*, note Niboyet.

⁴²⁸ CA Paris, 24 avril 1940, *S. 942.2.29*, note Niboyet.

la position de la CPJI qui avait affirmé que : « tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale »⁴²⁹.

540. Toutefois, cet arrêt présente des limites dans les conclusions que le juge tire lui-même à propos de du rattachement du contrat à une loi nationale. En effet, dans l'appréciation de la licéité de la clause-or, la Cour n'a pas tenu compte des dispositions d'ordre public du droit normalement applicable — le droit canadien — qui invalidait de telles clauses. Elle a plutôt eu recours aux dispositions d'ordre public français — du fait de la nationalité de la partie défenderesse — qui admettaient la validité des clauses-or⁴³⁰. Pour autant, les juges ne donnent pas l'impression de reléguer au second plan l'impact de la volonté des parties. Sur cette question précise, les juges semblent en réalité invoquer l'exception d'ordre public dans le but de masquer l'application d'une règle matérielle de droit international privé⁴³¹.

541. Face à ce clivage, la jurisprudence française a semblé être séduite par la théorie de la localisation objective élaborée par le doyen Batiffol. Par exemple, elle a considéré dans l'affaire *Nassar* qu'il appartient aux juges d'apprécier « souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable »⁴³².

542. En définitive, l'évolution de la jurisprudence n'a pas permis de dégager une réponse uniforme quant à l'autorité de la loi d'autonomie. Au contraire, lorsque les parties désignaient expressément la loi du contrat, la jurisprudence s'est toujours efforcée, semble-t-il, quelles que soient les expressions employées, de donner effet à leur volonté⁴³³. L'autonomie de la volonté se trouve également renforcée dans les instruments conventionnels.

2. Réception conventionnelle

543. Dans certaines conventions internationales, l'autonomie des parties ne semble souffrir d'aucune limitation et son rôle dans le choix de la loi applicable apparaît de plus en plus consolidé. Dans ses *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux* (Principes, Choix de la loi), La Conférence de La Haye de droit international privé suggère que « aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur

⁴²⁹ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, *op.cit.*, p. 41.

⁴³⁰ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, p. 150 et s.

⁴³¹ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 203.

⁴³² Cass. Civ., 1^{ère}, 29 juin 1971, 69-14-179, *JDI*, 1972, note P. Kahn ; voir aussi Cass. Civ 1^{ère}, 25 mars 1980, *Rev. crit. DIP*, 1980. 576, note H. Batiffol ; Cass. Civ., 22 juillet 1986, *Rev. crit. DIP*, 1988. 56, note H. Batiffol.

⁴³³ J-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 40.

transaction »⁴³⁴. Le principe de la liberté contractuelle est également reconnu plus largement par la convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Celle-ci autorise les parties à exclure l'application de la présente Convention ou à déroger à l'une de ses dispositions ou à en modifier les effets. Cette exclusion se produit par exemple si les parties choisissent la loi d'un État non contractant ou la loi nationale matérielle d'un État contractant comme loi applicable au contrat⁴³⁵.

544. Le règlement Rome I consacre le principe d'autonomie avec une particularité : en effet, l'article 3 commence par poser le principe de l'autonomie de la volonté, mais les dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable sont prises en compte. L'article 3 souligne que :

*« Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord »*⁴³⁶.

545. Au regard de ce qui précède, il convient de souligner que les instruments conventionnels ont finalement contribué à renforcer l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable. Les techniques utilisées pour canaliser cette liberté sont en réalité « la contrepartie du caractère quasiment illimité de cette liberté au regard de la provenance nationale de la loi choisie par rapport à la localisation géographique du contrat »⁴³⁷.

546. Les contrats entre les organisations internationales et les personnes privées s'inspirent de cette conception de l'autonomie en y introduisant tout de même certaines originalités.

Section II. L'étendue de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'organisation internationale

547. Les organisations internationales accordent une place de choix à l'autonomie de la volonté. Cette nécessité pour les parties de déterminer librement le droit applicable s'explique par l'intervention de nouveaux enjeux propres à la relation contractuelle (Paragraphe 1). Cette

⁴³⁴ Article 2.4, Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (Principes Choix de la loi), approuvé le 19 mars 2015.

⁴³⁵ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente de marchandises, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, note explicative, p. 38.

⁴³⁶ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 3.

⁴³⁷ H. MUIR-WATT, *op.cit.*, p. 80.

particularité justifie également l'adaptation de la règle dans les modalités de choix concret du droit applicable par les parties (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un contexte : la prise en compte des enjeux propres au contrat

548. La liberté contractuelle dans les contrats d'organisation internationale reste le socle pour la détermination du droit applicable. En dépit de considérations liées à la prise en compte du droit objectivement applicable, l'expression de la volonté des parties dans le choix du droit applicable est construite sur deux exigences : une exigence financière portée par l'importance économique du contrat (A), mais aussi et surtout un intérêt juridique stratégique lié au statut de l'organisation internationale et qui conduirait à éloigner autant que possible le contrat d'un droit national (B).

A. Enjeux économiques

549. La réalité économique du contrat peut être utilisée pour expliquer l'importance de la liberté contractuelle dans la construction du contrat. Là encore, un parallèle peut être fait avec la stratégie des États en la matière. En effet, les États sont appelés à développer leurs activités économiques même en dehors de leurs frontières — importations de matières premières, investissements, recherche de main-d'œuvre, etc. Pour cela, ils ont d'abord recours aux traités avec les autres États dont l'objet est d'encadrer leur coopération économique. La forme juridique du traité est donc le cadre adéquat qui traduit la volonté des parties et leur permet de remplir leurs objectifs⁴³⁸.

550. Cependant, la privatisation des relations économiques internationales entraîne un recul de l'emprise étatique sur le contrat dès lors que son emprise sur la réalité économique n'est plus effective⁴³⁹. Il en est de même en droit international privé où la volonté des parties vise à favoriser le développement des relations privées et des échanges économiques selon les prévisions des parties⁴⁴⁰.

⁴³⁸ M. CHEMILLIER-GENDRON, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 102.

⁴³⁹ N. JANSEN, R. MICHAELS, « Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization », *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2005, p. 867.

⁴⁴⁰ M. SALAH MOHAMED MAMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible », *RCADI*, vol. 315, 2005, p. 156.

551. La satisfaction des besoins du commerce international constitue alors la *ratio essendi* du principe de l'autonomie de la volonté⁴⁴¹. Ce principe a donc une dimension matérielle qui priorise le contenu concret de la loi et son aptitude à répondre aux attentes des parties. L'autonomie de la volonté permet aux parties de définir le droit adapté à leurs besoins sans tenir compte de la *lex contractus*⁴⁴². La loi d'autonomie répondrait ainsi à un besoin de sécurité et de prévisibilité qui implique que les parties puissent connaître a priori le droit applicable au contrat.

552. Cette posture correspond également à une conception économique du droit international privé. Elle s'appuierait sur l'évolution globale du monde des affaires et du contexte de globalisation qui en résulte⁴⁴³. Ce courant d'idées se positionne en faveur d'une privatisation plus étendue des rapports privés internationaux et se focalise sur le résultat, à savoir l'efficacité économique de ces rapports⁴⁴⁴. Les contrats ne sont pas en reste et :

« l'échange contractuel est l'acte qui, en connexité avec un grand nombre d'échanges voulus par tous les membres de la communauté, édifie le marché, à savoir, la machine qui pousse au niveau maximum la production, rationalise la mesure du profit, élimine les producteurs non efficaces »⁴⁴⁵.

La libéralisation progressive du marché entraînerait alors l'épanouissement transfrontière de l'autonomie⁴⁴⁶.

553. Les contrats d'organisation internationale s'inscrivent dans cette dynamique. En effet, les organisations internationales ont crû en nombre avec des missions de plus en plus diversifiées qui revêtent une dimension économique essentielle. Elles se sont dotées d'une autonomie financière et administrative qui leur octroie une liberté pour déterminer le droit applicable⁴⁴⁷. Cette liberté n'est pas absolue : les contrats tiennent compte de certaines exigences financières⁴⁴⁸.

554. Par exemple, certaines organisations internationales comme l'OCDE, l'OMS ou encore la Banque asiatique de développement, ont élaboré des standards de gestion financière autour du concept de *Value for Money*. Ce concept est un ensemble de principes directeurs d'utilisation des ressources financières axés autour d'un équilibre entre trois impératifs fondamentaux :

⁴⁴¹ J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op.cit.*, p. 27.

⁴⁴² C. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1989, p. 90.

⁴⁴³ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, vol. 307, 2005, p. 119.

⁴⁴⁴ M. WHINCOP et M. KEYES, « Putting the "Private" Back into Private International Law: Default Rules and the Proper Law of Contract », *Melbourne University Law Review*, 1997, vol. 21, p. 515; E. O'HARA et L. RIBSTEIN, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, p. 1151.

⁴⁴⁵ R. SACCO, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, vol. 59, n° 4, 2007, p. 746.

⁴⁴⁶ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op.cit.*, p. 120.

⁴⁴⁷ Entretien avec M. Menendez, directeur juridique de l'OEB le 28 août 2019.

⁴⁴⁸ J.-P. COLIN, M.-H. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 14.

économie, efficience, efficacité⁴⁴⁹. L'impératif économique vise une réduction des coûts des activités tout en maintenant la recherche de qualité. L'efficience recherche l'équilibre entre la productivité de l'institution et l'optimisation des ressources allouées. À travers l'efficacité — *effectiveness* — l'institution vérifie que le financement remplit l'objectif espéré. Plusieurs méthodes permettent d'apprécier le bien-fondé d'un financement ou d'une transaction à la lumière du *Value for Money*.

555. La première méthode est l'analyse coût-bénéfice qui se focalise sur la rentabilité d'un financement au regard de l'environnement économique. Pour cela, elle compare les coûts de mise en œuvre d'une mesure et les bénéfices que l'on en retirera. Si ces bénéfices sont supérieurs aux coûts, la mesure est dite rentable. L'évaluation repose sur sept étapes : la définition du périmètre d'étude ; la caractérisation de l'aléa ; le recensement des enjeux ; l'évaluation des dommages évités par le projet considéré ; l'évaluation des coûts de mise en œuvre de la mesure ; l'analyse des résultats ; l'évaluation de l'incertitude et de la sensibilité de l'analyse produite⁴⁵⁰.

556. La deuxième méthode est l'analyse coût-effectivité. Elle est utilisée lorsque le résultat recherché n'est pas pécuniairement envisageable ou approprié, notamment dans le secteur de la santé. L'évaluation tient alors compte d'une amélioration sur la qualité de vie — *quality-adjusted life years*⁴⁵¹.

557. Le standard du *Value for Money* intervient également en matière contractuelle. Certaines organisations internationales telles que la Banque Asiatique de Développement l'incluent dans tout le processus allant de la création à la passation de marchés. L'attribution d'un marché requiert une analyse sur les coûts et les risques liés à l'activité, y compris les risques légaux. Cela signifie que l'organisation vérifie que le cadre juridique local est propice et adapté au contrat⁴⁵².

558. L'analyse du droit applicable doit tenir compte de ce nouveau dynamisme qui positionne les organisations internationales comme de véritables acteurs du marché. Tenir compte de l'importance économique des contrats d'organisation internationale peut conduire à un infléchissement des règles classiques de droit international privé en matière contractuelle au profit d'un choix pragmatique du droit s'appuyant sur une autonomie plus étendue de la volonté des parties.

⁴⁴⁹ P. JACKSON, « Value for Money and International Development: Deconstructing Myths to Promote a more Constructive Discussion », 2012, disponible en ligne sur <https://www.oecd.org/dac/effectiveness/49652541.pdf>.

⁴⁵⁰ Ministère français de la transition écologique, *Analyse coût-bénéfice, annexe technique*, décembre 2010.

⁴⁵¹ European Union, « The Ressource for the Evaluation of Socio-Economic Development », septembre 2013, disponible sur https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/evaluations-guidance-documents/2013/evalsed-the-resource-for-the-evaluation-of-socio-economic-development-evaluation-guide_en

⁴⁵² Asian development Bank, *Value For Money, Guidance Note on Procurement*, décembre 2021, disponible en ligne sur <https://www.adb.org/sites/default/files/procurement-value-money.pdf>, p. 22.

559. La reconnaissance d'une autonomie plus vaste des parties poursuit également un objectif juridique stratégique : écarter autant que possible la loi objectivement applicable.

B. Écarter la loi objectivement applicable, sous réserve de limites

560. La mise à l'écart de la loi objectivement applicable ne saurait être réalisable que si les parties en ont la possibilité. Il faut pour cela que les parties aient une maîtrise sur le cadre légal, notamment le choix du droit applicable.

561. L'autonomie de la volonté peut remplir ce besoin ; ce qui apparaît au départ comme une règle de conflit se muerait peu à peu en un principe de liberté internationale des conventions. Sous cet angle d'analyse, l'autonomie de la volonté aurait pour effet de renforcer considérablement le pouvoir du consentement dans la construction du contrat de sorte à entraîner le recul du droit étatique⁴⁵³. Ce droit interviendrait à titre exceptionnel pour des considérations d'ordre public⁴⁵⁴.

562. Ce principe en lui-même pourrait produire des effets contestables et difficilement applicables devant le juge. Il reviendrait en effet à remettre en cause un autre principe tout aussi reconnu en droit international privé qui est le principe de la soumission des contrats internationaux au droit d'un État⁴⁵⁵. Néanmoins, cette règle ne doit pas être vue comme une norme limitée, mais plutôt comme un positionnement idéologique qui place l'autonomie comme étant le moyen pour les parties de choisir le droit qui leur convient⁴⁵⁶.

563. L'adhésion à cette interprétation révèle surtout le souhait pour les parties d'éloigner autant que possible leurs relations privées internationales de l'autorité du droit national lorsque ce droit est susceptible de compromettre le bon déroulement du contrat conformément aux attentes des parties. Comme le fait remarquer Jean-Michel Jacquet :

*« le pseudo principe de la liberté internationale des conventions est bien le signe d'une fuite devant le droit étatique. Ce droit serait inadapté aux rapports du commerce international en raison même de son origine : lié à l'État qui l'édicte, il coexiste avec d'autres systèmes étatiques, ce qui est un facteur d'incertitude ; conçu en fonction des rapports juridiques internes, il n'est toujours pas apte à résoudre les difficultés propres aux rapports internationaux »*⁴⁵⁷.

⁴⁵³ H. MASTIEPOL, « Le dépassement de l'État par la société civile », *Arch.philo.droit*, 1972, p. 333.

⁴⁵⁴ J-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 23.

⁴⁵⁵ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, *op.cit.*, p. 41.

⁴⁵⁶ C. COHEN, « Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé » *P.U.F, collection Droits*, 2017, n° 66, p. 223 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, Joly éditions, 1990, p. 23.

⁴⁵⁷ J-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 88.

564. En effet, l'inadaptation du droit national aux contrats commerciaux n'est pas liée *stricto sensu* à son incapacité à régir des relations commerciales privées. Elle est plutôt relative à son insuffisance à couvrir les diverses catégories de contrats internationaux qui transportent pour chacune d'entre elles des spécificités. Comme le souligne le même auteur, ces contrats sont « sans équivalent dans un droit interne quelconque »⁴⁵⁸.

565. Un raisonnement analogique peut être opéré pour ce qui concerne les contrats d'organisation internationale. Certes, ces contrats partagent dans certains cas une proximité géographique avec un ordre juridique interne — lieu de conclusion, nationalité de la partie privée contractante — mais le contrat peut matériellement couvrir des domaines qui pourraient présenter une complexité pour le droit national. La catégorie particulière du contrat d'organisation internationale est elle-même à cheval entre plusieurs ordres juridiques.

566. Compte tenu des missions rattachées à ces contrats, certaines organisations internationales préfèrent éviter autant que possible la référence à un droit national⁴⁵⁹. Bien plus, l'autonomie de la volonté leur laisse le choix quant aux modalités d'insertion du droit applicable dans le contrat.

Paragraphe 2 : Les effets de l'autonomie de la volonté sur l'insertion du droit applicable au contrat d'organisation internationale

567. La règle de l'autonomie de la volonté peut conduire à des originalités dans l'insertion formelle de la loi applicable dans le contrat (A). S'agissant du contenu du droit choisi, les parties restent libres d'adapter le contrat à leur volonté (B).

A. Adaptations quant aux modalités d'insertion formelle de la loi applicable

568. L'insertion formelle fait référence à la manière dont le droit applicable est mentionné dans le contrat. L'énoncé des clauses de droit applicable est déterminant quant à la consistance du droit qui est choisi. L'autonomie de la volonté se manifeste concrètement par une incorporation de la loi applicable au contrat. Dans ce contexte, deux hypothèses sont envisageables⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ *Ibid.* p. 123.

⁴⁵⁹ Entretien avec Monsieur P. VORREUX, directeur juridique au LEBM, le 26 avril 2023.

⁴⁶⁰ J-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 12e année, 1993-1995*, Paris, Pedone, 1996. p. 27.

569. La première hypothèse est celle d'une incorporation dite conflictuelle. À travers cette technique, la règle de conflit se dissout dans la loi incorporée pour devenir une véritable règle matérielle⁴⁶¹. La loi incorporée est, par l'effet de la volonté des parties, dépourvue de son impérativité. Elle ne vaut que « par son objet que la volonté des parties a pu faire le sien »⁴⁶².

570. L'une des conséquences de cette méthode est sans doute la mise à l'écart des dispositions impératives du droit incorporé dans le contrat. Dans l'affaire *American trading*, les parties avaient choisi d'appliquer la loi américaine au contrat. Les dispositions de ce droit prohibaient la clause d'exonération du transporteur qui était normalement prévue dans le contrat. Pourtant, la Cour de cassation a reconnu le caractère licite de cette clause. Pour justifier sa position, la Cour de cassation s'appuie sur la commune intention des parties ; selon elle :

*« il résulte de l'esprit et des termes de leur convention que, dans leur commune intention, elles n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie »*⁴⁶³.

Même si le contrat devait être exécuté sur le territoire français où la clause d'exonération était licite, on voit que l'interprétation du juge s'appuie sur la volonté exprimée par les parties dans le contrat. L'incorporation de la loi est par là même le moyen par lequel les parties :

*« résolvent en même temps la question de la substance de leurs droits et obligations et la question des conflits de loi de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en présence d'une telle incorporation une lex contractus à laquelle le contrat devrait se frotter sans dommage pour être efficace »*⁴⁶⁴.

571. On le voit, l'incorporation conflictuelle se rattache à un subjectivisme pur de la volonté. En l'état actuel du droit international privé, cette interprétation essentiellement jurisprudentielle est progressivement remplacée par une incorporation dite matérielle.

572. Contrairement à l'incorporation conflictuelle, l'incorporation matérielle consolide la règle de conflit en ce qu'elle lui permet de désigner le droit applicable. Cependant, le risque de basculer vers une incorporation conflictuelle est important puisque la règle de conflit en la matière est l'autonomie de la volonté. L'incorporation matérielle tient compte de la *lex contractus* tout en offrant aux parties la faculté de choisir le droit applicable en dehors de tout rattachement objectif⁴⁶⁵. Le principe d'autonomie est placé alors comme solution de principe et le rattachement objectif intervient en tant que règle supplétive⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *op.cit.*, p. 28.

⁴⁶² J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 24.

⁴⁶³ Cass.Civ., *American Trading Company*, *op.cit.*, p. 395.

⁴⁶⁴ P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 873.

⁴⁶⁵ V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 214.

⁴⁶⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 249, p. 238.

573. Une telle incorporation correspond aux prévisions du droit conventionnel en la matière. Par exemple, l'article 3.1 du Règlement Rome I consacre l'autonomie de la volonté et reconnaît la possibilité pour les parties d'incorporer le droit applicable à leur contrat. Cependant, le Règlement tient aussi compte du respect des dispositions impératives de la *lex contractus* lorsque celle-ci n'est pas choisie par les parties.

574. Quelles que soient leurs divergences, les deux systèmes d'incorporation ont des effets communs sur la loi incorporée au contrat. Premièrement, l'incorporation de la loi « contractualise » la loi. Cela signifie que la loi n'est plus envisagée comme un acte de puissance publique, mais comme une simple clause au même titre que les autres dispositions du contrat. Les dispositions de la loi d'autonomie :

*« perdent tout caractère irritant : elles sont susceptibles de dérogation partielle et on peut les écarter sans se référer explicitement à une législation étrangère par simple adoption d'une clause contraire »*⁴⁶⁷.

575. Deuxièmement, l'incorporation de la loi dans le contrat offre la possibilité aux parties de la cristalliser. C'est la loi, dans sa teneur au moment de la signature du contrat qui est prise en compte. La loi applicable demeure ainsi à l'abri des modifications législatives susceptibles d'affecter les prévisions des contractants. Ce procédé s'inspire du droit des contrats d'État qui permet l'insertion de clauses de stabilisation, qui ont pour effet de « geler » le droit applicable dans l'état où il se trouve au moment de la conclusion du contrat. Ces clauses permettent ainsi de protéger l'environnement juridique dans lequel les contrats sont conclus contre les aléas législatifs⁴⁶⁸.

576. On retrouve ces mêmes enjeux dans les contrats d'organisation internationale. Certaines organisations évitent une référence générale au droit applicable dans le contrat. Elles préfèrent figer le droit applicable par le moyen de l'incorporation des normes de la loi applicable⁴⁶⁹. Formellement, l'incorporation des normes se matérialise souvent par un « copier-coller » des normes applicables dans le contrat⁴⁷⁰.

577. Même si l'incorporation au contrat a pour objectif de figer le droit applicable, l'intention des organisations internationales est en réalité d'atténuer la soumission, même « psychologique » des activités de l'organisation internationale à un droit national, lorsque celui-ci s'applique au contrat.

⁴⁶⁷ J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le milieu du XX^e siècle*, Paris, Sirey, 1938, p. 537.

⁴⁶⁸ P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *op.cit.*, p. 305.

⁴⁶⁹ R. CEBE, « Le droit applicable aux contrats des organisations internationales avec les sociétés de droit privé », *RGDIP*, 2024, n° 2, p. 273.

⁴⁷⁰ Entretien avec P. VORREUX, directeur juridique du LBEM, le 26 avril 2023.

578. L'insertion matérielle du droit applicable peut également connaître des adaptations par la volonté des parties.

B. Adaptations quant au contenu du droit inséré

579. De prime abord, il convient de rappeler que tout droit — national ou international — a vocation à s'appliquer aux contrats d'organisation internationale⁴⁷¹. Au-delà de l'applicabilité des droits, c'est la volonté des parties qui concrétise leur insertion dans le contrat et confirme leur habilitation à couvrir le contrat. Les parties sont donc libres de choisir le droit qui correspond à leurs intérêts. Dès lors, il est concevable que cet intérêt ait des connexions avec plusieurs ordres juridiques : il est alors possible pour les parties de procéder à un « dépeçage » du contrat entre plusieurs lois.

580. Le dépeçage du contrat est ainsi perçu comme une variante de l'incorporation. En effet, l'incorporation est considérée comme un :

« succédané du dépeçage du contrat : au lieu d'être soumis à plusieurs lois, le contrat est soumis à une seule loi, mais, dans la mesure où les dispositions de celle-ci l'autorisent, le contrat se voit complété par les dispositions d'une autre loi qui s'appliquent avec valeur contractuelle »⁴⁷².

581. Le dépeçage du contrat est également prévu dans certains instruments majeurs en droit international privé. L'article 3, § 1 du règlement Rome I dispose que : « les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». L'article 7 de la résolution de l'IDI prévoit que « les parties peuvent choisir la loi applicable pour la totalité ou pour une ou plusieurs parties du contrat »⁴⁷³.

582. Il en ressort que le dépeçage du contrat n'est pas soumis à des conditions particulières. Le règlement Rome I autorise un choix partiel du droit applicable, mais il est tout aussi permis aux parties d'opérer un choix multiple du droit applicable⁴⁷⁴.

583. Toutefois, cette liberté reconnue aux parties ne saurait conduire à un choix multiple ou partiel du contrat à partir d'une division hasardeuse des obligations contenues dans le contrat. Le dépeçage du contrat exige de la cohérence d'un point de vue juridique⁴⁷⁵. Il serait illogique de soumettre à deux lois différentes, deux obligations qui apparaissent reliées entre elles et

⁴⁷¹ Voir *supra* note 52.

⁴⁷² J-M. JACQUET, « Contrats », *op.cit.*, n° 74.

⁴⁷³ Résolution de l'IDI, *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*, session de Bâle, 3 septembre 1991,

⁴⁷⁴ P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*, 1975, p. 649.

⁴⁷⁵ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 287.

complémentaires — obligation de payer le prix et obligation de fournir une prestation caractéristique⁴⁷⁶. Les obligations visées par le dépeçage doivent être facilement détachables les unes des autres. Sous l'angle des intérêts en présence, le dépeçage serait un moyen pour les parties de tenir à l'écart de leurs opérations les législations qui paraissent inopportunes⁴⁷⁷.

584. Dans le cadre des contrats d'organisation internationale, le dépeçage peut être effectué dans des termes généraux ou il peut viser certaines clauses spécifiques. Lorsque le dépeçage est général, la clause de loi applicable prévoit que le contrat sera régi par un droit particulier, qui sera complété par d'autres dispositions dans certaines circonstances. À titre d'exemple, la clause 34 des Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE est rédigée comme suit :

« On se référera à un droit substantiel spécifié dans le contrat : (a) lorsqu'une question n'est pas spécifiquement prévue par le contrat ou par les Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE ; ou (b) lorsqu'une disposition du contrat, ambiguë ou obscure, nécessite une interprétation et n'est pas spécifiquement couverte par les présentes Clauses et conditions générales ».

585. L'article 34 des conditions générales relatives aux contrats du CERN dispose également que :

« Les stipulations du Contrat sont interprétées selon l'intention qui a présidé à leur rédaction. Sans préjudice du statut d'organisation intergouvernementale du CERN, il y a lieu de se référer au droit positif suisse dans les cas où : un point n'est pas spécifiquement traité par le Contrat, ou une stipulation du Contrat est ambiguë ou obscure. La référence au droit positif suisse ne vaut que pour la question ou stipulation en cause, à l'exclusion des autres stipulations du Contrat ».

586. Ces clauses ont toutes les deux une particularité puisqu'elles prévoient que le contrat fait office lui-même de « droit applicable », la loi applicable y étant sans doute incorporée. Par la suite, elles se réfèrent à un droit substantiel spécifié — pour l'ASE — ou au droit suisse — pour le CERN — en tant que droit d'appui qui intervient dans certaines circonstances : disposition obscure, ambiguë ou non couverte par le contrat. Le dépeçage effectué répond certainement à un objectif de prévisibilité. Dans la mesure où le droit applicable n'est pas spécifié dans le contrat, on peut entrevoir des difficultés d'interprétation ou d'application de certaines clauses qui nécessitent alors l'intervention d'un droit spécifié. L'on pourrait également déduire de la lecture des clauses que l'intention des parties est aussi de conserver la maîtrise sur le contrat et n'autoriser l'application d'un droit national qu'en cas de nécessité.

587. Plus simple est le dépeçage qui est effectué à l'égard de certaines dispositions spécifiques du contrat qui peuvent en être logiquement détachables⁴⁷⁸, ou qui concernent une

⁴⁷⁶ J-M. JACQUET, « Contrats », *op.cit.*, n° 54.

⁴⁷⁷ P. de VAREILLE-SOMMIÈRES, S. LAVAL, *op.cit.*, p. 1006.

⁴⁷⁸ B. REMY, P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.*, p. 464.

prestation qui peut apparaître sensible pour l'exécution du contrat. Le premier cas concerne essentiellement les clauses de règlement des différends. L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est d'ailleurs généralement admise⁴⁷⁹. Ainsi, certaines organisations internationales comme la CPI ou encore l'Union Postale Universelle prévoient des clauses de règlements d'arbitrage soumis au règlement d'arbitrage CNDUCI⁴⁸⁰.

588. Dans le second cas, les parties prévoient le droit applicable pour certaines prestations particulières comme le transport des biens. Les normes INCOTERM de la CCI sont très souvent utilisées pour le transport et la livraison des biens⁴⁸¹. L'AIEA soumet toutes les étapes du transport des biens à son propre droit interne et à sa réglementation sur le transport du matériel radio actif — *Regulations for the Safe Transport of Radioactive Material*, 2012 Edition, SSR-6⁴⁸². Cette démarche peut s'expliquer par l'attention particulière portée à cette prestation eu égard aux missions assignées à l'organisation.

Résumé du premier chapitre

589. Les contrats d'organisation internationale s'inspirent des règles de droit international privé en consacrant le principe de l'autonomie de la volonté comme base pour le choix du droit applicable. Le rôle de la volonté dans la détermination du droit applicable a connu lui-même des évolutions en droit international privé, portées par les courants objectivistes ou subjectivistes, même si le clivage s'est amoindri avec l'entrée en vigueur d'instruments conventionnels en la matière.

590. Toutefois, les contrats d'organisation internationale semblent se démarquer de ces considérations théoriques pour s'attacher à la fonction concrète de la règle. La volonté reste le socle du contrat. Elle reflète l'importance économique du contrat et constitue un moyen d'expression et de prise en compte des intérêts en présence. Sur cette base, le droit applicable peut être intégré au contrat sous plusieurs aspects, l'essentiel étant sa conformité aux prévisions des parties.

591. Plus que le résultat, la volonté des parties s'intéresse au processus de détermination du droit applicable. Les intérêts commencent à s'exprimer dès la phase précontractuelle.

⁴⁷⁹ Voir J-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 11^e année, 1991-1993*, Paris, Pedone, 1994, p. 75 et s.

⁴⁸⁰ Conditions générales d'achat de la CPI, point 26 ; Conditions générales applicables aux contrats relatifs à la fourniture de biens et services de l'UPU, point 17.

⁴⁸¹ Clause 6 des conditions générales d'achat de l'OPCW ; Conditions générales applicables aux contrats relatifs à la fourniture de biens et services de l'UPU, point 5.

⁴⁸² Conditions générales d'achat de l'AIEA, point 4.

CHAPITRE 2 : L'IMPORTANCE DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE DANS LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE

592. La phase précontractuelle est l'occasion pour les parties au contrat de faire valoir leurs prétentions et mettre en avant leurs intérêts à l'occasion des négociations contractuelles. C'est une étape préalable à la signature du contrat au cours de laquelle les parties discutent des termes du contrat qu'elles souhaitent conclure. Les négociations précontractuelles constituent une « période de réflexion, qui permet de voir si l'entente peut ou non se faire, d'instaurer une relation de confiance, de s'accorder le temps nécessaire pour ajuster les termes du contrat »⁴⁸³. Ces négociations peuvent se dérouler de manière informelle, dans le cadre d'échanges oraux ou écrits — on parle alors de pourparlers — ou être formalisés dans des accords de principe ou avant-contrats⁴⁸⁴.

593. En principe, l'objectif des négociations doit être de parvenir à une juste conciliation des intérêts en présence qui déboucherait sur un contrat équilibré. Pourtant, en pratique, il peut en être tout autrement : parce que les contrats qu'elles signent sont en relation étroite avec l'exécution de leurs missions, les organisations internationales insèrent leur « volonté » contractuelle dans des instruments précontractuels préalablement rédigés tels que les conditions générales contractuelles ou les contrats types.

594. En l'absence de droit applicable à la phase précontractuelle, ces instruments ont une fonction d'encadrement de la phase des négociations (Section I). La portée de ces instruments précontractuels peut avoir des incidences sur la volonté « précontractuelle » de la partie privée de sorte à créer dès le départ un déséquilibre dans le futur contrat. Tout de même, il peut arriver que l'organisation internationale infléchisse sa position ou s'adapte aux circonstances particulières entourant la signature du contrat final (Section II).

Section I. Le rôle des conditions générales et des contrats types dans le choix du droit applicable

595. Les contrats types ou conditions générales interviennent à la phase précontractuelle et jouent un rôle déterminant au regard des objectifs qu'elles poursuivent (Paragraphe 1). Tout de même, Parce qu'elles constituent le premier instrument qui reflète la volonté et les intérêts des

⁴⁸³ A. REBORD, *L'essentiel du droit des obligations*, 3^{ème} éd., Paris, Ellipses, 2017, p. 21.

⁴⁸⁴ I. BEYNEIX, L-C. LEMMET, « La négociation des contrats », *RTD. Com*, 2016, p. 1.

parties, les conditions générales ont une importance stratégique qui détermine leur portée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les objectifs des conditions générales et des contrats types

596. Les conditions générales tout comme les contrats types visent principalement à standardiser ou harmoniser le processus contractuel (A). Derrière cet objectif, apparemment neutre, se cache une intention qui révèle une relation d'inégalité. Celle-ci débouche dans la plupart des cas vers l'établissement progressif de contrats d'adhésion. (B).

A. La standardisation du processus contractuel

597. De prime abord, les conditions générales et les contrats-types peuvent apparaître comme des notions voisines, mais elles ont tout de même des spécificités qui permettent de les distinguer.

598. On peut définir les conditions générales comme un ensemble de « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »⁴⁸⁵. Le contrat type est un :

*« modèle de contrat rédigé par un contractant dans le but de rationaliser le contenu de tous ceux qu'il s'apprête à conclure, mais, à la différence des conditions générales, sans qu'il envisage que ce contrat soit susceptible de modification »*⁴⁸⁶.

599. Ces deux documents se rapprochent par leur caractère abstrait et impersonnel⁴⁸⁷. En outre, ces instruments établissent une relation verticale dans laquelle l'un des contractants impose à l'avance ses conditions à son cocontractant. En droit interne, les conditions générales émanent généralement d'un contractant professionnel qui les communique à la partie cocontractante qui n'a pas cette qualité⁴⁸⁸. Elles déterminent le plus souvent les modalités d'exécution du futur contrat. Le contrat type constitue un ensemble plus compact et homogène matérialisant la représentation contractuelle de l'un des contractants. Il apparaît alors comme la forme la plus aboutie du contrat à venir. En dehors de ces spécificités, ces deux instruments

⁴⁸⁵ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Mélanges A. Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 622.

⁴⁸⁶ D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats-types », *J-CI Contrats-Distribution*, 2016, p. 2.

⁴⁸⁷ A. SEUBE, *op.cit.*, p. 629.

⁴⁸⁸ J-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Paris, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 205.

ont avant tout un rôle bénéfique à jouer dans l'encadrement juridique et l'uniformisation des procédures précontractuelles chez la partie qui les rédige.

600. Les missions de plus en plus variées des organisations internationales leur imposent de conclure divers contrats. Cette situation a pour conséquence l'accroissement de leur production contractuelle. Pour des raisons d'efficacité, il est convenable qu'elles aient recours pour certains secteurs d'activité à des instruments juridiques préétablis qui fluidifient la négociation des clauses et simplifient la conclusion des contrats. Les conditions générales et contrats types « permettent ainsi d'éviter la dispersion contractuelle par la standardisation, le "taylorisme" contractuel »⁴⁸⁹. Ces documents contractuels transcrivent ainsi une pratique généralement répandue⁴⁹⁰.

601. Par ailleurs, les conditions générales et les contrats types participent à la spécialisation des contrats de l'organisation. Celle-ci s'opère par l'adaptation du droit aux besoins et aux intérêts des parties. À cet égard, les conditions générales et les contrats types se greffent aux règles d'origine légale et peuvent dans certains cas se substituer à ces règles en fonction des besoins et des intérêts en présence⁴⁹¹.

602. En pratique, les conditions générales ou contrats type sont rédigées en fonction des besoins et de la politique contractuelle des organisations internationales. Elles peuvent être formulées de sorte à couvrir tous les contrats⁴⁹². Certaines organisations internationales rédigent également des conditions générales spécifiques à chaque prestation visée. On retrouve par exemple des conditions générales d'achat de biens, de fournitures et de service. C'est le cas de l'AIEA⁴⁹³ et de la FAO⁴⁹⁴.

603. Les organisations internationales sont également libres de déterminer le champ d'application des conditions générales qu'elles élaborent. Par exemple, l'ASE exclut de ses conditions générales les contrats de services généralement assurés par des opérateurs économiques locaux ou encore les contrats d'approvisionnement général qui n'ont pas d'incidence en termes de politique industrielle⁴⁹⁵. L'OEB a prévu quant à elle deux conditions

⁴⁸⁹ D. MAINGUY, *op.cit.*, p.3.

⁴⁹⁰ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, LGDJ, 1994, p. 336.

⁴⁹¹ V. FORTI, « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », *RIDC*, 2008, p.730 ; A. SEUBE, *op.cit.*, p. 622.

⁴⁹² Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2010, révisées le 29 juin 2015, ESA/REG/002, rév. 2.

⁴⁹³ AIEA, conditions générales relatives à la fourniture de biens, éditées en 2019, disponible en ligne https://www.iaea.org/sites/default/files/19/08/general_conditions_of_contract_for_provision_of_goods_aug2019.pdf ; conditions générales relatives à la fourniture de services, éditées en 2019, disponible en ligne sur https://www.iaea.org/sites/default/files/19/08/general_conditions_of_contract_for_provision_of_services_aug2019.pdf.

⁴⁹⁴ FAO, *General Terms and Conditions for Goods*, édités en 2015, disponible en ligne sur https://www.fao.org/fileadmin/user_upload/procurement/docs/FAO_General_Terms_and_Conditions_Goods_Aug_2013.pdf ; *General Terms and Conditions for Service*, édités en 2015, disponible en ligne sur https://www.fao.org/fileadmin/user_upload/procurement/docs/2015_April_FAO_General_TCs_SERVICES.pdf.

⁴⁹⁵ Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, *op.cit.*, Partie 1.

générales distinctes : pour les prestations de moindre montant et pour les appels à concurrence. Enfin, certaines organisations internationales comme l'ONUDI, l'OCDE, la CPI ou le FAO publient sur leur site internet des modèles détaillés de contrats types qui peuvent servir de base principale pour la signature du futur contrat.

604. Le pouvoir d'initiative et de conduite des négociations contractuelles à travers la rédaction de conditions générales et/ou de contrats types qui est implicitement reconnu aux organisations internationales peut avoir des conséquences sur la typologie des futurs contrats.

B. L'établissement progressif de contrats d'adhésion

605. La phase précontractuelle encadrée par les conditions générales et les contrats types peut aboutir à la signature de contrats d'adhésion entre les organisations internationales et les personnes privées dès lors que ces instruments précontractuels confirment le recul progressif de la volonté d'une partie dans le processus contractuel. La réalisation de cette hypothèse conduit à déterminer dans quelles mesures les conditions générales ou les contrats types pourraient avoir une incidence sur la qualification du contrat dès lors que ces instruments produisent un déséquilibre significatif entre les parties contractantes et réduisent considérablement les possibilités de négociation.

606. Pour répondre à cette question, il est important d'analyser les implications de la notion de contrat d'adhésion (1). À partir des critères de définition dégagés, on constatera alors que les conditions générales et les contrats types sont des instruments de renforcement du contrat d'adhésion et permettent d'accentuer finalement le déséquilibre des parties lors de la phase précontractuelle (2).

1. La notion de contrat d'adhésion

607. Les contrats d'adhésion ont été conceptualisés par la doctrine à la fin du XIX^e siècle pour qualifier la naissance et l'essor de nouveaux contrats durant la période d'industrialisation — contrat de travail, contrat de transport ferroviaire et maritime, contrat d'assurance, etc⁴⁹⁶. Plusieurs définitions ont alors été proposées. Raymond Saleilles définit les contrats d'adhésion comme des contrats dans lesquels :

« il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage

⁴⁹⁶ V. PICHON, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, Thèse, Lyon, 1909, p. 9.

déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »⁴⁹⁷.

Pour Berlioz le 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 [...] Ce qui est important n'est pas l'existence ou l'absence de cette possibilité de modification par l'adhérent. Ce qui importe est, d'une part, la volonté du stipulant d'une application générale, sans modifications majeures des conditions essentielles, d'autre part, la soumission de l'adhérent à une partie dont elle attend une prestation sans vouloir, ou pouvoir offrir, une participation à la rédaction et à l'exécution du contrat »⁴⁹⁸.

608. Certains critères communs semblent ainsi se dégager : détermination unilatérale du contenu contractuel et soumission à la partie contractante sans possibilité de négociation. Ces particularités ont naturellement pour conséquence de créer un déséquilibre et une inégalité de fait entre les parties.

609. Il est alors apparu nécessaire d'encadrer le régime des contrats d'adhésion afin de prévenir les risques liés à ces contrats et sanctionner certaines clauses abusives. En droit français, l'article 1110 du Code civil définit tout d'abord le contrat d'adhésion comme étant « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Par la suite, le législateur français va tirer les conséquences de cette définition en instaurant des mesures de protection à l'égard de la partie faible, c'est-à-dire celle à qui on impose des clauses durant les négociations. Il s'agit notamment de l'article 1190 du Code civil français qui consacre le principe d'interprétation *contra proferentem* du contrat. Ce principe signifie que, dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. En outre, l'article 1171 va consacrer la prohibition des clauses abusives :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

En droit canadien, on retrouve l'article 1379 du Code civil québécois qui définit le contrat d'adhésion comme un contrat dont :

« Les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ».

Tout comme en droit français, le législateur canadien a également prévu la règle d'interprétation *contra proferentem* et sanctionne les clauses abusives. Cependant, le législateur va plus loin en

⁴⁹⁷ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929, p. 229.

⁴⁹⁸ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1976, p. 27-30.

optant pour une démarche de transparence contractuelle dans le régime juridique des contrats d'adhésion et en sanctionnant les clauses illisibles ou incompréhensibles⁴⁹⁹.

2. *L'apport des conditions générales et des contrats types dans l'élaboration des contrats d'adhésion*

610. L'émergence de critères communs permet de dégager un régime juridique homogène des contrats d'adhésion. La présence de conditions générales ou de contrats-types peut contribuer à l'identification des contrats d'adhésion et faciliter leur qualification.

611. Un rapprochement peut être fait entre les conditions générales et les contrats d'adhésion. En effet, les deux notions partagent le même critère d'absence de négociabilité : les conditions générales sont rédigées unilatéralement par une partie et s'imposent au cocontractant⁵⁰⁰. La référence aux conditions générales a d'ailleurs été utilisée dans un premier temps par le législateur français pour définir le contrat d'adhésion. L'avant-projet de réforme du droit des obligations définissait le contrat d'adhésion comme : « celui dont les *conditions générales*, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »⁵⁰¹. Cette définition proposée a tout de même suscité des controverses⁵⁰². Elle a finalement été modifiée et la notion « ensemble de clauses » a été préférée à celle de « conditions générales ». Sans en être le critère exclusif, les conditions générales permettent tout de même d'entrevoir le régime juridique du contrat d'adhésion⁵⁰³.

612. Un autre exemple de droit national peut être pris avec le droit allemand. Le régime juridique des conditions générales est renforcé avec les articles 305 à 310 du Code civil allemand. En revanche, le droit allemand ne connaît pas la notion de contrat d'adhésion. L'intérêt est donc porté sur les conditions générales⁵⁰⁴. À travers cet exemple, on voit que le régime du contrat d'adhésion se dilue dans la notion plus large de conditions générales que

⁴⁹⁹ Article 1436, Code civil du Québec, adopté en 1991, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 ; voir également B. MOORE, « Le contrat d'adhésion en droit Québécois », in A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (dir.), *Le contrat d'adhésion*, colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (Université Paris 13), RDC, juin 2019, p. 126.

⁵⁰⁰ A. SEUBE, *op.cit.*, p. 622.

⁵⁰¹ Article 1102-5, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005. Nous soulignons.

⁵⁰² Voir O. DESHAYES, « La formation du contrat », *RDC hors-série*, 2016, p.28 ; M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la haute définition », in A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE (dir.), *op.cit.*, p. 114 : « la définition comportait de nombreuses faiblesses : que faire en présence de conditions particulières soustraites à la négociation ? Comment traiter un contrat non négociable sans conditions générales ? En présence de conditions générales en partie négociées, sommes-nous en présence d'un contrat de gré à gré, même si la définition de ce dernier exigeait que toutes les stipulations soient négociées ? Doit-on plutôt y voir un contrat d'adhésion, catégorie de droit commun ? Ou encore doit-on l'intégrer à une troisième catégorie sui generis ».

⁵⁰³ B. PETIT, « Contrats et obligations », *J-Cl*, 2016, n° 55.

⁵⁰⁴ Pour le régime juridique des conditions générales en droit allemand, voir G. MÄSCH, « Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand », in A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE (dir.), *op.cit.*, pp. 119-122.

l'article 305 du Code civil allemand définit comme des « conditions contractuelles formulées par avance pour une multitude de contrats que l'une des parties (stipulant) impose à l'autre lors de la conclusion du contrat ».

613. Le contrat type se rapproche quant à lui du contrat d'adhésion à condition qu'il soit rédigé par l'une des parties contractantes ou que celle-ci se l'approprie de telle sorte à en imposer les clauses à son cocontractant sans possibilité de modification⁵⁰⁵.

614. Aujourd'hui, certaines organisations internationales choisissent de conclure des contrats d'adhésion pour l'exécution de certaines missions. Au regard de ses caractéristiques, le contrat d'adhésion permet à ces organisations de mettre en avant leurs propres conditions générales contractuelles et constitue la forme la plus protectrice de leur indépendance. De même, le régime des contrats d'adhésion favorise la conclusion rapide de certains contrats répétitifs⁵⁰⁶. L'hypothèse contraire est tout de même envisageable et certaines organisations internationales excluent du champ d'application de leurs conditions générales les contrats qui ont une moindre importance stratégique. C'est le cas de l'ASE dont les conditions générales ne sont pas applicables aux contrats de services généralement assurés par des opérateurs économiques locaux — construction et entretien d'infrastructures ou contrats d'approvisionnement général — qui n'ont pas d'incidences en termes de politique industrielle⁵⁰⁷. Cette situation particulière est certainement liée aux objectifs rattachés à ces conditions générales par l'ASE au regard de ses missions particulières.

615. Les spécificités des conditions générales et des contrats types laissent présager de leur portée dans le contrat futur.

Paragraphe 2. La portée des instruments précontractuels dans la formation du contrat futur

616. Les implications qui accompagnent la mise en œuvre des instruments précontractuels précédemment étudiés conduisent à une inégalité de fait entre les parties contractantes (A). De ce fait, l'organisation internationale peut tirer profit de ce déséquilibre et faire valoir ses intérêts en insérant le droit qu'elle entend appliquer dans l'instrument précontractuel (B).

⁵⁰⁵ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 30, p. 1771 ; D. MAINGUY, *op.cit.*, p. 2.

⁵⁰⁶ D. MAINGUY, *op.cit.*, p. 2.

⁵⁰⁷ Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, Partie 1.

A. L'inégalité entre les parties contractantes

617. Le régime juridique des conditions générales et des contrats types permet à l'organisation internationale de prévoir au préalable, puis d'imposer un certain nombre d'obligations à la partie contractante privée. Ce mécanisme a pour conséquence d'accentuer le déséquilibre des obligations à la charge des parties.

618. Toutefois, il s'agit en réalité d'une inégalité de fait⁵⁰⁸. Du point de vue théorique, les conditions générales et les contrats types restent avant tout des outils précontractuels à la disposition de l'organisation internationale qui ne sauraient se substituer au contrat final. Ils constituent des :

*« normes de travail qui n'engagent que l'organisation vis-à-vis d'elle-même et fournissent au cocontractant l'instrument d'une meilleure connaissance des conditions de collaboration avec elle »*⁵⁰⁹.

619. Les conditions générales et contrats types n'acquièrent la force de clauses contractuelles obligatoires que par la volonté des parties de les insérer dans le contrat final. Ces documents peuvent être éventuellement complétés par des conditions particulières. Par exemple, les conditions générales applicables aux contrats passés par l'ASE prévoient que « certaines clauses et conditions particulières peuvent en outre être formulées ou invoquées dans un contrat »⁵¹⁰.

620. Deux problématiques majeures peuvent être dégagées à partir de ce constat. La première peut être présentée comme suit : malgré l'inégalité de fait entre les parties, la possibilité que la personne privée soumette des conditions générales durant les négociations n'est pas exclue. Se pose alors la question des solutions théoriques envisageables en cas de « conflits de conditions générales ». Le deuxième problème est plus pragmatique et concerne la marge de manœuvre offerte au cocontractant dans un contrat où les instruments précontractuels sont rédigés par l'organisation internationale.

1. Les solutions théoriques envisageables aux conflits de conditions générales

621. Il n'existe pas de solutions uniformes aux conflits entre conditions générales appelés encore *battle of forms*⁵¹¹. Les solutions apportées au problème répondent plutôt à la

⁵⁰⁸ A. SEUBE, *op.cit.*, p. 626.

⁵⁰⁹ J-P. COLIN, M-H SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 32.

⁵¹⁰ Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, *op.cit.*, Clause 1.

⁵¹¹ V. FORTI, *op.cit.*, p. 730 ; E. FERRANTE, « La *battle of forms* Nella Convenzione di Vienna : Una Recente Decisione del Tribunale Federale Tedesco », *Contrats et entreprises/l'Europe*, 2003, p. 486.

problématique plus large du consentement des parties au contrat et de la rencontre entre l'offre et l'acceptation et varient selon les ordres juridiques nationaux.

622. La première proposition de règlement du conflit est connue sous l'expression *Last Shot Rule* ou la règle du dernier tir. En cas de conflit, « le coup fatal est infligé par la partie qui mentionne en dernier l'application de ses propres conditions générales, lesquelles sont acceptées par l'autre »⁵¹². Cette solution conduit à retenir soit les conditions générales posées par l'acceptant, soit celles qui sont posées par l'offrant, dès lors qu'elles ne sont pas suivies de contrepropositions. Cette solution est appliquée en Italie⁵¹³ et dans certains pays de *Common Law* comme l'Écosse ou l'Afrique du Sud⁵¹⁴. Sur le plan conventionnel, l'article 19, § 2 de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises précise que :

623. « Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation ».

Cette règle est perçue par la doctrine comme une application de la *Last shot rule*⁵¹⁵.

624. La deuxième proposition est la règle de la *First Shot Rule* ; elle retient les conditions générales du premier offrant. Elle est entre autres consacrée par le nouveau Code civil néerlandais, dans le livre sixième, dont l'article 225, § 3 dispose que :

« Lorsque l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales différentes, le deuxième renvoi ne produit pas effet s'il ne comporte pas également le rejet exprès de l'application des conditions qui font l'objet du premier renvoi »⁵¹⁶.

625. La troisième tentative de résolution du conflit des conditions générales est plus conciliatrice. Elle vise à uniformiser les conditions générales et consiste à éliminer toutes les clauses contradictoires émises par les deux parties. On la retrouve à l'article 2.22 des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Cet article prévoit que :

« Lorsque les parties utilisent des clauses types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat ».

⁵¹² V. FORTI, *op.cit.*, p. 735.

⁵¹³ E. FERRANTE, *op.cit.*, p. 495.

⁵¹⁴ A. FORTE, « The Battle of Forms », in R. ZIMMERMANN (dir.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006, p. 109; A-T. von MEHREN, « The Battle of Forms: a comparative view », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38 n°2, p. 273.

⁵¹⁵ M-R. WILL, « Conflits entre conditions générales de vente », in *Les ventes internationales de marchandises, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires*, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, mars 1980, *Economica*, 1981, p. 109 ; J-C. KELSO, « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Contract Formation and the Battle of Forms », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1983, p. 529.

⁵¹⁶ Traduction officielle Sous les auspices du ministère de la Justice des Pays-Bas, au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

La solution est également appliquée en droit américain⁵¹⁷.

626. Au total, il n'y a pas de solution figée et plusieurs hypothèses restent envisageables. Il n'y a juridiquement aucun obstacle à la mise en œuvre des solutions dégagées dans le domaine des contrats d'organisation internationale. La phase précontractuelle doit être vue comme l'étape durant laquelle les futurs cocontractants formulent leurs prévisions et leurs attentes. Tout de même, la pratique révèle une tout autre réalité. Le conflit des conditions générales n'a presque jamais lieu. Dans certains cas, les parties prévoient des clauses qui évincent systématiquement des conditions générales contraires⁵¹⁸. Dans d'autres cas, les parties se résignent pour l'intérêt commun à conclure le contrat malgré la présence de conditions générales contradictoires⁵¹⁹. Dès lors, les marges de manœuvre offertes à la partie privée demeurent de plus en plus restreintes.

2. Les marges de manœuvre offertes à la partie privée par l'organisation internationale

627. La réalité pratique montre que les conditions générales et les contrats types ne sont plus seulement considérés comme des instruments de préparation du contrat, mais exercent une influence et un rôle déterminant pour sa conclusion finale. En effet, on constate que bon nombre d'organisations internationales conditionnent la conclusion du contrat à l'acceptation des conditions générales ou contrat type. À l'OIF, l'acquisition de biens, travaux et services se fait à l'aide de contrats types⁵²⁰. Les conditions générales du BIPM prévoient que : « l'acceptation des commandes émanant du Bureau des Poids et Mesures implique la reconnaissance de toutes les présentes conditions générales d'achat »⁵²¹. La CEB insère dans ses appels d'offres un projet de contrat dans le dossier de consultation⁵²². Les soumissionnaires doivent confirmer qu'ils acceptent les clauses contractuelles énoncées dans ce projet, en faisant l'une des deux déclarations suivantes en ce qui concerne les conditions générales : « toutes les dispositions du projet de contrat de la CEB sont acceptées, et nos propres conditions de vente ne sont pas applicables » ; ou :

« Toutes les dispositions du projet de contrat de la CEB sont acceptées comme base générale du contrat, et nos propres conditions de vente ne sont pas applicables.

⁵¹⁷ V. FORTI, *op.cit.*, p. 740.

⁵¹⁸ J-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op.cit.*, p. 224.

⁵¹⁹ V. FORTI, *op.cit.*, p. 731.

⁵²⁰ Directive n° Dir-04/2010 relative à l'acquisition de biens, travaux et services de l'Organisation internationale de la Francophonie, article 10.

⁵²¹ Disponible en ligne sur <https://www.bipm.org/fr/procurement>.

⁵²² Banque de développement du conseil de l'Europe, Appel d'offres public – contrat cadre n° 2018/04/ceb/itp/p/itp, 1er juin 2018.

Cependant, le nombre limité de modifications/ajouts suivants sont proposés à la CEB pour examen »⁵²³.

Même dans le cas où la Banque sélectionne une offre dans laquelle le soumissionnaire suggère des modifications, la sélection de cette offre par la CEB ne constitue pas une acceptation de ces modifications.

Les conditions générales d'achat de l'OMD disposent également que :

« La soumission d'une offre par le prestataire entraîne son acceptation des présentes conditions générales de l'OMD sans aucune réserve ; dans le cas contraire une telle offre sera rejetée comme non recevable »⁵²⁴.

Les conditions générales de l'UIT sont rédigées comme suit :

« Les présentes conditions générales excluent toutes conditions contractuelles émanant du fournisseur, incluses dans l'offre du fournisseur, dans les factures ou dans tout autre document »⁵²⁵.

628. Tout de même, des possibilités de négociations restent ouvertes. Il peut arriver que l'organisation internationale n'impose pas exclusivement ses conditions générales, mais décide dans certains cas de se référer à la volonté exprimée dans le contrat. C'est le cas de l'ASE dont « les clauses et conditions générales s'appliquent aux contrats passés par l'Agence sauf mention contraire dans le contrat concerné »⁵²⁶. L'OIAC applique dans un premier temps ses conditions générales au contrat. Dans un second temps, elle admet une dérogation à condition qu'il y ait accord mutuel écrit entre les parties⁵²⁷.

629. Dans certaines situations exceptionnelles, il peut arriver que l'organisation internationale accepte les conditions générales du cocontractant. C'est le cas de l'OEB, qui peut accepter les conditions contractuelles divergentes, complémentaires du cocontractant pour les contrats de moindre montant⁵²⁸. Cette possibilité est tout de même soumise à une exigence de forme — approbation écrite de l'organisation internationale⁵²⁹. L'OMD offre également des

⁵²³ Ibid.

⁵²⁴ <https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/about-us/wco-standard-terms-and-conditions/conditions-generales-fourniture-de-biens-et-services.pdf?db=web>.

⁵²⁵ Disponible en ligne sur <https://www.itu.int/en/procurement/Documents/General-Terms-and-Conditions-applicable-to-Purchase-Orders-French-version.pdf>.

⁵²⁶ Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, Clause 1.

⁵²⁷ OIAC, Conditions générales pour l'achat de biens disponibles sur : <https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/2022/02/General%20Terms%20and%20Conditions%20-%20Goods%20-%20Feb%202022.pdf>.

⁵²⁸ OEB, Conditions générales afférentes aux contrats de moindre montant, disponible en ligne sur https://link.epo.org/web/conditions_g%C3%A9n%C3%A9rales_applicables_aux_prestations_d%E2%80%99un_moinsdre_montant_10.2016_fr.pdf.

⁵²⁹ C'est une pratique tout de même exceptionnelle selon V. MENENDEZ, conseiller juridique à l'OEB, entretien du 28 août 2019.

possibilités de négociations des conditions générales pour l'achat de biens ou de services d'une valeur inférieure ou égale à 25 000 euros⁵³⁰.

630. À part ces situations, la tendance reste à l'adhésion du cocontractant aux dispositions précontractuelles rédigées par l'organisation internationale. De telles prévisions ne laissent finalement aucun choix à la personne privée qui souhaite contracter avec l'organisation internationale. Quant à la nature juridique du contrat futur, l'hypothèse de la mise en œuvre de contrats d'adhésion reste d'actualité. Les organisations internationales emploient généralement la formule *take it or leave it*⁵³¹ pour qualifier les contrats conclus. Elles semblent résolues à conduire les négociations conformément à leur propre philosophie contractuelle.

631. L'institution des contrats types témoigne également d'une volonté de maîtrise du processus contractuel. Dans une certaine mesure, les contrats types permettent de vulgariser la politique contractuelle de l'organisation internationale et facilitent l'application des procédures et des normes qui lui paraissent fondamentales⁵³².

632. L'appropriation par l'organisation internationale des instruments précontractuels lui donne la possibilité de prévoir le droit applicable en l'insérant dans lesdits documents.

B. L'insertion du droit applicable dans les instruments précontractuels

633. L'insertion du droit applicable dans les conditions générales ou les contrats types des organisations internationales est de plus en plus fréquente. L'autorité de ces instruments permet à l'organisation de pérenniser sa politique contractuelle et garantit le respect de certains principes, dont son indépendance.

634. Certaines organisations internationales mentionnent directement le droit applicable. C'est le cas des conditions générales d'achat du BIPM qui se réfèrent aux termes du contrat puis subsidiairement au droit français⁵³³. La CPI et la FAO appliquent les principes de droit international et précisent qu'elles ne sont soumises à aucun droit national⁵³⁴. Ces organisations internationales balisent le terrain dès le départ et s'éloignent d'une certaine manière du droit national.

⁵³⁰ Conditions générales disponibles en ligne sur <https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/about-us/wco-standard-terms-and-conditions/conditions-generales-fourriture-de-biens-et-services.pdf?db=web>.

⁵³¹ Expression employée par les agents des organisations internationales rencontrés – LBEM, UNIDO, AIE, OCDE.

⁵³² D. MAINGUY, *op.cit.*, p.14 ; J. KULHMANN, *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, Thèse, Paris I, 1987.

⁵³³ Point 13.1 des conditions générales du BIPM, disponible en ligne sur <https://www.bipm.org/fr/procurement>.

⁵³⁴ Point 26 des conditions générales de la CPI disponible en ligne sur https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/TermsAndConditionsGoods_FRA.pdf ; Point 17.2 des conditions générales de la FAO.

635. D'autres organisations internationales ne mentionnent pas explicitement le droit applicable dans leurs conditions générales. Ces conditions rappellent simplement que les parties s'engagent à exécuter leurs obligations conformément aux règles applicables au contrat. C'est le cas de l'AIEA qui précise dans ses conditions générales que : « *The Contractor shall perform its obligations under the Contract in accordance with applicable laws, norms, standards and regulations* »⁵³⁵.

636. Les contrats types peuvent également prévoir le droit applicable au contrat final. Par exemple, l'article I.11 d'un contrat-cadre de fourniture rédigé par l'UE prévoit l'application du droit de l'Union européenne complété par la loi luxembourgeoise⁵³⁶.

637. D'autres contrats types procèdent par renvoi aux conditions générales de l'organisation internationale. Si le droit applicable est inséré dans ces conditions générales, il peut donc être considéré comme le droit applicable au contrat. L'article 5.02 d'un contrat type de fournitures rédigé par l'ONUDI précise que :

« *Les parties au présent contrat conviennent de se considérer comme liées par les conditions générales des contrats de l'ONUDI dont un exemplaire est joint au présent Contrat en Annexe A et qui en font partie intégrante* »⁵³⁷.

638. Par leur caractère obligatoire et irréversible, les conditions générales et les contrats types intègrent progressivement le corpus du droit applicable au contrat. Ils contiennent des normes considérées comme essentielles pour l'organisation, qu'elle entend appliquer au contrat futur. Les conditions générales font partie du droit applicable dans tous les cas⁵³⁸. La question de la mention expresse du droit applicable devient alors une donnée secondaire qui permet d'évaluer la précision de certains instruments précontractuels et le niveau de rigueur des organisations internationales quant à l'orientation juridique de leurs contrats.

639. En définitive, les instruments précontractuels renforcent le déséquilibre dans la prise en compte des intérêts des parties contractantes. Tout de même, il peut arriver que dans certaines circonstances, l'organisation internationale infléchisse sa position dominante et se retrouve contrainte d'adapter sa position.

⁵³⁵ Conditions générales de l'AIEA, point 5.1.

⁵³⁶ Union Européenne, Direction des infrastructures et de la logistique, Projet de contrat-cadre de fournitures, appel d'offres n° INLO.AO-2012-017-LUX-UAGBI-02.

⁵³⁷ Contrat disponible en ligne sur <https://www.unido.org/sites/default/files/files/2019-10/AO1100131168-%20ANNEX%204%20-%20Contrat%20Type.pdf>.

⁵³⁸ Entretien avec V. MENENDEZ, conseiller juridique à l'OEB, le 28 août 2019.

Section II. La prise en compte de circonstances particulières au contrat

640. La volonté de l'organisation internationale est décisive dans la détermination du droit applicable. Toutefois, la spécificité du contrat lui permet d'attirer plusieurs ordres juridiques. Le contrat d'organisation internationale peut alors être préparé dans un environnement juridique particulier qui requiert dans certains cas un examen approfondi de la part des services juridiques de l'organisation internationale.

641. Ces circonstances peuvent être inhérentes au futur contrat (paragraphe 1). D'autres facteurs exogènes peuvent justifier un assouplissement de la position de l'organisation internationale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prise en compte des circonstances inhérentes au futur contrat

642. L'influence de l'organisation internationale dans les négociations précontractuelles peut être remise en cause au regard de certaines circonstances entourant la conclusion du contrat. Ces circonstances conduisent à tenir compte de la nature de l'opération et de la mission pour laquelle le contrat est conclu. Cette hypothèse concerne principalement les contrats d'organisation internationale conclus pour l'exécution d'une mission ou d'une activité financée par des personnes privées (A).

643. D'autres circonstances ont trait au cocontractant privé lui-même et à son influence dans le contrat. En effet, la position économique du cocontractant privé peut lui permettre de faire valoir ses prétentions et les imposer à l'organisation internationale durant la phase précontractuelle : c'est l'hypothèse des contrats conclus avec des multinationales ou des grands groupes (B).

A. Les contrats d'organisation internationale conclus pour l'exécution d'une mission financée par les personnes privées

644. À travers les financements qu'elles apportent aux organisations internationales, les personnes privées peuvent jouer un rôle essentiel dans leur fonctionnement. L'enjeu est plus que contractuel : les financements privés traduisent un véritable rapport de collaboration entre l'organisation internationale et la personne privée.

645. Sur le plan contractuel, l'exécution des missions ou projets financés par les personnes privées peut nécessiter la conclusion de contrats. L'intervention des « financiers privés » n'est

pas sans risques sur le fonctionnement de l'organisation internationale en général et sur l'orientation juridique des négociations précontractuelles en particulier (1). Dès lors, il est judicieux pour les organisations internationales de prévoir des mesures d'encadrement de ces financements de sorte à en tirer parti dans l'exercice de leurs missions, tout en préservant leur indépendance et leur intégrité : le Cadre de collaboration à l'OMS illustre parfaitement l'enjeu (2).

1. Les financements d'origine privée des organisations internationales : importance et risques

646. Les financements privés font partie de la catégorie plus globale des ressources des organisations internationales qu'il convient d'aborder (a) avant d'analyser les risques qui sont liés à de telles opérations (b).

a) Généralités sur les ressources des organisations internationales

647. Le financement est une question centrale dans l'activité des organisations internationales. Toute organisation a besoin de mobiliser des ressources pour développer ses activités et remplir sa mission. À ce titre, chaque organisation internationale établit sa propre politique financière en fonction de ses activités, ses missions et sa capacité à générer des ressources. Les règlements financiers mis en place permettent donc aux organisations de définir leurs propres règles en matière de gestion financière.

648. De manière générale, les ressources des organisations internationales peuvent être classées en deux grandes catégories : les contributions statutaires ou volontaires des États membres et les financements divers — financements privés, dons et legs. C'est le cas à l'OCDE⁵³⁹ et à l'OIF⁵⁴⁰.

649. Les contributions statutaires sont versées par les États membres sur la base d'un barème fixé par l'organisation internationale. À l'OMPI par exemple,

« Les contributions sont évaluées selon un système de classes et d'unités — par chaque État membre de l'OMPI et de toute union financée par des contributions, en fonction de la classe à laquelle l'État appartient aux fins du paiement des contributions »⁵⁴¹.

⁵³⁹ Règlement financier de l'OCDE, C (2008)92/REV1, entré en vigueur en décembre 2013, article 11.

⁵⁴⁰ Règlement financier de l'OIF, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2019, Article 5.

⁵⁴¹ Règlement financier et règlement d'exécution du règlement financier de l'OMPI, en vigueur au 1^{er} janvier 2023, article 2.3 disponible en ligne sur < https://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/fr/pdf/wipo_financial_regulations.pdf>.

650. Les contributions volontaires peuvent provenir des États membres ou des personnes privées. Elles peuvent également être ouvertes aux États non-membres⁵⁴².

651. À côté de ces catégories de ressources, certaines organisations internationales ont développé des capacités d'autofinancement à partir de ressources propres. Les ressources propres sont des ressources financières générées par les organisations internationales indépendamment de leurs États membres⁵⁴³. Ces fonds propres ont une part très importante dans le budget de certaines organisations internationales. C'est le cas de l'OMPI et de l'OEB qui perçoivent des taxes pour les services rendus en matière d'obtention ou de renouvellement de brevets⁵⁴⁴.

652. Les moyens financiers prévus par les textes ne correspondent pas à la réalité pratique du dérèglement financier observé chez les organisations internationales. L'insuffisance des contributions des États-membres dans la prise en charge des dépenses des organisations internationales ou encore la complexité de certaines procédures budgétaires internes sont à l'origine de ces dysfonctionnements⁵⁴⁵. Le contexte actuel marqué par des crises financières et sanitaires complète la liste des facteurs externes susceptibles d'impacter les finances des organisations internationales. Ces bouleversements ne sont pas que conjoncturels ; certaines organisations internationales rencontrent des difficultés structurelles internes. Bon nombre d'entre elles ont recours aux contributions volontaires ou aux financements privés. C'est le cas des organisations qui appartiennent à la famille des Nations-Unies.

653. Les contributions volontaires sont aujourd'hui indispensables pour l'équilibre budgétaire chez certaines organisations internationales. Par exemple, une étude de l'ONG *Global Policy Forum* menée sur treize organisations internationales appartenant au système des Nations Unies montre l'accroissement exponentiel des contributions volontaires, qu'elles soient étatiques ou privées. Celles-ci sont passées de 182 millions de dollars en 1971 à près de 4 milliards de dollars en 2017⁵⁴⁶. Les principaux Fonds et programmes des Nations-Unies comme le PNUD et le Programme Alimentaire Mondial sont financés en grande partie par les contributions volontaires⁵⁴⁷. Les financements d'origine privée sont de plus en plus importants

⁵⁴² Règlement financier et règles de gestion financière de l'Organisation des Nations Unies, Circulaire du Secrétaire général, 1^{er} juillet 2013, ST/SGB/2013/4, article 3.9.

⁵⁴³ G. BASTID BURDEAU, « Les finances des organisations internationales », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, op.cit., p. 582.

⁵⁴⁴ Règlement financier de l'OMPI, article 2.2 ; Réponse aux questions de Monsieur Vincent Menendez, conseiller juridique à l'OEB, le 14 septembre 2023.

⁵⁴⁵ Voir F. BIN, « Le problème du financement des organisations internationales : crise ou dérèglement financier durable ? in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert ORSONI*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 91.

⁵⁴⁶ [https://archive.globalpolicy.org/images/pdfs/images/pdfs/Voluntary Contributions UN Specialize Agencies Voluntary 1971-2017.pdf](https://archive.globalpolicy.org/images/pdfs/images/pdfs/Voluntary%20Contributions%20UN%20Specialize%20Agencies%20Voluntary%201971-2017.pdf)

⁵⁴⁷ Corps Commun d'Inspections des Nations Unies, *Les contributions volontaires dans le système des Nations Unies. Incidences sur l'exécution des programmes et les stratégies de mobilisation des ressources*, Rapport établi par M. YUSUF, J-L LARRABURE, C. TERZI, JIU/REP/2007/1, p. 3.

pour l'exécution des missions de certaines organisations internationales. Par exemple, en 2021, l'entreprise pharmaceutique *GlaxoSmithKline* a contribué à plus de 15 millions de dollars aux activités de l'OMS, destinées à financer l'amélioration des services d'accès à la santé dans certains pays⁵⁴⁸.

654. La place grandissante de ces financements peut générer des risques sur la bonne exécution des missions de l'organisation et surtout sur sa politique contractuelle.

b) Les risques liés aux financements privés

655. Le recours à d'autres moyens de financement non étatiques peut s'inscrire dans une dynamique de diversification des ressources pour les organisations internationales. Mais cette stratégie n'est pas sans risques.

656. Tout d'abord, les financements privés et autres contributions volontaires peuvent avoir une incidence sur l'exécution des programmes des organisations internationales. Cela concerne surtout les organisations dont les activités reposent essentiellement sur les financements externes⁵⁴⁹.

657. Cette trop grande dépendance est aussi un facteur de vulnérabilité financière de l'organisation. Lorsque les ressources des organisations internationales proviennent d'un nombre restreint de donateurs, les finances de ces organisations peuvent être sévèrement impactées en cas d'interruption du financement et la durabilité des actions entreprises peut être compromise⁵⁵⁰.

658. Enfin, certaines aides provenant des donateurs publics ou privés sont très souvent assorties de conditions⁵⁵¹. Ces conditions ajoutent une contrainte à l'exécution des programmes et remettent en question l'indépendance de l'organisation internationale⁵⁵². En matière contractuelle par exemple, le Conseil d'administration du PAM a établi une liste définissant certaines conditions imposées par les donateurs et leurs effets. Ainsi, lorsque le donateur exige que sa contribution serve à des achats dans un lieu précis, cela compromet la capacité du PAM à prendre ses décisions d'achat en fonction du prix et de considérations opérationnelles. Cela rend aussi plus difficile l'achat de quantités idoines pour les opérations, ce qui oblige le PAM

⁵⁴⁸ [https://open.who.int/2020-21/contributors/contributor?name=GlaxoSmithKline%20\(GSK\)](https://open.who.int/2020-21/contributors/contributor?name=GlaxoSmithKline%20(GSK)).

⁵⁴⁹ Corps Commun d'Inspections des Nations Unies, *op.cit.*, p. 6.

⁵⁵⁰ G. BASTID BURDEAU, *op.cit.*, p. 581; General Global Health Hub, « Non Paper on Strengthening WHO's Leading and Coordination Role in Global Health Emergencies and Improving IHR Implementation », 1er août 2020, disponible en ligne sur < <https://g2h2.org/wp-content/uploads/2020/08/Non-paper-1.pdf>>.

⁵⁵¹ Corps Commun d'Inspection des Nations Unies, *op.cit.*, p. 22.

⁵⁵² P. BODEAU-LIVINEC, « Organisation des Nations Unies : évolution de la situation financière-Développements récents », *RGDIP*, 2020, n° 2, p. 348.

à procéder à des achats multiples et peut causer des retards dans l'acheminement des vivres aux bénéficiaires. De même, lorsqu'un donateur verse une contribution pour une opération spéciale et décide des partenaires d'exécution et du montant qui doit leur être versé, ceci empêche le PAM de choisir des partenaires d'exécution qui pourraient être plus appropriés⁵⁵³.

659. Aux risques liés aux activités des organisations internationales, peuvent s'associer les risques quant à l'origine des donateurs. Il arrive que les organisations internationales reçoivent des fonds de la part d'entreprises dont l'activité et la renommée sont susceptibles d'entacher leur image. C'est le cas d'INTERPOL qui a reçu du cigarettier Philip Morris un total de 15 millions d'euros entre 2012 et 2015 aux fins de financer des projets liés aux contrefaçons ou à la sécurité environnementale⁵⁵⁴. La même organisation avait été pointée du doigt pour son partenariat avec la fondation *INTERPOL pour un monde sûr*. En effet, bien que juridiquement indépendante, la fondation avait pour objectif de « *financially support INTERPOL's missions and activities in order to enhance INTERPOL's capability for action* »⁵⁵⁵. La fondation a été remise en cause pour avoir parmi ses membres des personnalités visées pour des faits de malversations financières⁵⁵⁶. Même si INTERPOL a finalement mis fin à sa collaboration avec la fondation en novembre 2023⁵⁵⁷, de tels incidents ont sérieusement entaché la crédibilité d'une organisation dont la mission principale est la lutte contre la criminalité.

660. Finalement, la question du droit applicable aux contrats est engloutie dans la problématique plus globale de la gestion des risques liés aux financements d'origine privée. Dans l'hypothèse où les activités pour lesquelles les contrats sont signés ont obtenu un financement d'origine privée, on peut bien craindre que l'orientation du contrat se heurte à certains risques d'ordre juridique, voire réputationnel⁵⁵⁸. Dès lors, l'organisation internationale doit prendre des mesures dans le but de limiter l'impact des financements sur son indépendance et son intégrité.

⁵⁵³ Conseil d'administration du Programme Alimentaire Mondial, *Stratégie de mobilisation des ressources*, 4 septembre 2000, EB.3/2000/3-B, annexe III, disponible en ligne sur <https://executiveboard.wfp.org/document_download/WFP-0000034783>.

⁵⁵⁴ L. STANKIEWICZ, « Les ressources propres des organisations internationales : évolutions budgétaires et fiscales », in *Les finances des organisations internationales*, journée d'études organisée par la SFDI, sous la direction de A-T. NORODOM et F. BIN, Paris, Pedone, 2022, p. 101.

⁵⁵⁵ Cooperation Agreement Between The Interpol Foundation For A Safer World And INTERPOL, signé le 19 mars 2014, ressource en ligne sur <<https://www.interpol.int/fr/Our-partners/INTERPOL-Foundation-for-a-Safer-World>>, article 2.

⁵⁵⁶ <https://www.radiofrance.fr/franceculture/fondation-interpol-des-financements-prives-qui-interrogent-5989360>; <https://www.mediapart.fr/journal/international/020318/les-dessous-sulfureux-de-la-fondation-interpol?onglet=full>

⁵⁵⁷ <https://www.interpol.int/fr/Our-partners/INTERPOL-Foundation-for-a-Safer-World>.

⁵⁵⁸ J. NAVIER, *Approche juridique du financement des programmes onusiens*, Thèse, Université Paris Cité, 2023, p. 428.

2. La gestion des risques liés aux financements d'origine privée : exemple du Cadre de collaboration de l'OMS

661. Les organisations internationales déploient une série de mesures afin de limiter les risques liés aux financements d'origine privée. L'élaboration d'un véritable instrument encadrant les financements peut être bénéfique notamment pour les organisations internationales dont certaines activités sont financées par les personnes privées. L'OMS a établi un Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques, adopté le 28 mars 2016⁵⁵⁹.

662. Pour rappel, l'OMS est l'institution spécialisée de l'ONU pour la santé publique dont l'objectif est « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »⁵⁶⁰. À ce titre, l'organisation mène plusieurs activités d'assistance technique aux administrations gouvernementales ou encore de coopération en matière sanitaire⁵⁶¹. L'OMS collabore avec des organisations non gouvernementales, des fondations philanthropiques, des institutions universitaires et d'autres acteurs non étatiques. Plus de 800 centres collaborateurs apportent un soutien à l'OMS autour de questions comme les soins infirmiers, la santé au travail, les maladies transmissibles, la nutrition⁵⁶². L'OMS reste financée à 76 % par des contributions volontaires ; des acteurs non étatiques comme la fondation Bill & Melinda Gates figurent parmi les premiers contributeurs avec 9,46 % du budget⁵⁶³.

663. Le Cadre s'applique à toute collaboration avec des acteurs non étatiques à tous les niveaux de l'Organisation — ONG, entreprises du secteur privé, fondations philanthropiques et établissements universitaires. La collaboration envisagée dans le Cadre recouvre un ensemble d'interactions, dont le financement privé. Le volet « ressources » du Cadre comprend « les contributions financières ou des contributions en nature »⁵⁶⁴. Le Cadre de collaboration a donc pour objectif de :

*« mettre en place un cadre solide qui facilite la collaboration et serve aussi d'instrument pour recenser les risques, en les mettant en balance avec les avantages escomptés, tout en protégeant et préservant l'intégrité, la réputation et le mandat de santé publique de l'OMS »*⁵⁶⁵.

664. Ces risques sont énumérés dans le Cadre : conflits d'intérêts ; influence indue ou inopportune exercée par un acteur non étatique sur les travaux de l'OMS ou sur la définition de politiques, de normes et de critères ; collaboration servant avant tout les intérêts de l'acteur non

⁵⁵⁹ Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques, adopté dans la résolution WHA69-10 de l'Assemblée mondiale de la santé, le 28 mai 2016.

⁵⁶⁰ Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, adoptée le 7 avril 1948, article 1.

⁵⁶¹ *Ibid.*, article 2.

⁵⁶² Informations sur le site < <https://www.who.int/fr/about/collaboration> >.

⁵⁶³ Données disponibles sur le site de l'OMS < <https://open.who.int/2020-21/contributors/contributor> >.

⁵⁶⁴ Cadre de collaboration, paragraphe 17.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, paragraphe 2.

étatique concerné alors que l’OMS et la santé publique n’en retirent que des avantages limités ou nuls, etc⁵⁶⁶.

665. Le conflit d’intérêts semble être le risque majeur qui englobe les autres risques et qui compromet l’indépendance de l’organisation dans l’exercice de ses fonctions. Ce conflit d’intérêts institutionnel est défini dans le Cadre comme :

« Une situation où l’intérêt primaire de l’OMS tel que défini dans sa Constitution peut être indûment influencé par l’intérêt divergent d’un acteur non étatique d’une manière qui affecte ou peut être raisonnablement perçue comme affectant l’indépendance et l’objectivité des travaux de l’OMS »⁵⁶⁷.

666. Quant aux mesures concrètes de gestion des risques, le cadre prévoit des dispositions générales applicables à tous les acteurs non étatiques (a), qui sont complétées par des dispositions spécifiques à chaque acteur non étatique (b).

a) Les dispositions générales du Cadre

667. Les dispositions générales instaurées dans le Cadre mettent l’accent sur la prévention et la gestion des risques engendrés par la collaboration avec les acteurs non étatiques. L’objectif des actions entreprises n’est pas de parvenir à un risque zéro, mais la démarche de l’OMS est de collaborer avec les acteurs non étatiques à condition que :

« Les avantages en termes de contribution directe ou indirecte à la santé publique et à la réalisation du mandat de l’Organisation [...] l’emportent sur les éventuels risques résiduels [...] ainsi que sur le temps et les dépenses nécessaires à l’établissement et au maintien de la collaboration »⁵⁶⁸.

668. Pour ce faire, le Cadre prévoit trois étapes dans l’évaluation des risques. La première étape est l’évaluation initiale des risques⁵⁶⁹. Elle commence par un examen préalable de la collaboration envisagée dont le but est de déterminer si elle est conforme aux buts et principes de l’organisation. À cette occasion, l’unité technique peut consulter le registre OMS des acteurs non étatiques et demander à l’acteur non étatique de fournir les informations de base le concernant — nom, composition, statut juridique, objectif, structure de la gouvernance, composition des principaux organes de décision, actifs, revenus annuels et sources de financement, principales entités avec lesquelles l’acteur a des liens, adresse du site internet... Si la collaboration présente peu de risques après examen initial, l’unité technique peut moduler

⁵⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 24.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 36.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, paragraphe 27 et 28.

les prochaines étapes de la procédure et prendre une décision relative à la gestion des risques.

Dans le cas contraire, les autres étapes doivent être suivies.

669. La deuxième étape est la vérification diligente qui :

*« associe un examen des informations fournies par l'acteur non étatique à une recherche d'informations sur l'entité concernée provenant d'autres sources et à une analyse de l'ensemble des informations obtenues. Elle suppose un examen minutieux de différentes sources d'informations publiques, juridiques et commerciales, notamment : les médias ; les rapports d'analystes, répertoires et profils de sociétés que l'on trouve sur le site Web de l'entité ; et les sources publiques, juridiques et gouvernementales »*⁵⁷⁰.

Cette étape permet à l'organisation de procéder à un examen méticuleux de traçabilité de l'acteur non étatique. Au cours de cette étape, l'organisation internationale a la possibilité de refuser tout financement provenant d'entités dont les activités ont une incidence néfaste sur la santé humaine et ne sont pas conformes aux politiques, normes et critères de l'organisation — industries du tabac, armement⁵⁷¹.

670. La dernière étape est la décision de gestion des risques généralement prise par l'unité collaborant avec un acteur non étatique, sur la base d'une recommandation de l'unité spécialisée chargée de la vérification diligente et de l'évaluation des risques⁵⁷². À l'issue de la décision, le Secrétariat général peut recommander de collaborer, de poursuivre la collaboration, d'assortir la collaboration de mesures d'atténuation des risques, de ne pas collaborer ou de se retirer d'une collaboration existante ou prévue avec des acteurs non étatiques⁵⁷³. L'OMS veille au respect de ces différentes procédures⁵⁷⁴.

671. La procédure générale d'évaluation des risques est complétée par des dispositions propres à chaque collaboration.

b) Les dispositions spécifiques du Cadre

672. Ces dispositions spécifiques concernent les entités du secteur privé, les ONG, les fondations philanthropiques et les établissements universitaires. Elles posent des conditions de fond d'acceptation des contributions financières. Par exemple, outre la condition générale tenant au respect du mandat de l'organisation, le paragraphe 13 de la Politique et procédures de fonctionnement pour la collaboration entre l'OMS et les entités du secteur privé prévoit que :

« L'OMS ne peut solliciter ni accepter des contributions financières provenant d'entités du secteur privé qui ont elles-mêmes, ou par le biais de leurs filiales, un intérêt

⁵⁷⁰ *Ibid.*, paragraphe 30.

⁵⁷¹ *Ibid.*, paragraphe 44 et 45.

⁵⁷² *Ibid.*, paragraphe 34.

⁵⁷³ *Ibid.*, paragraphe 35.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 71.

commercial direct dans l'issue du projet auquel elles contribueraient, sauf si ce financement est approuvé et jugé conforme aux dispositions régissant les essais cliniques ou la mise au point de produits ».

673. Le paragraphe 14 contient une série de conditions détaillées d'acceptation des financements. L'une des plus pertinentes dispose que :

« L'acceptation de la contribution ne donne au contributeur aucune possibilité de formuler des avis sur la gestion ou la mise en œuvre des activités opérationnelles, de les influencer, d'y participer ou de les diriger ».

On retrouve cette limitation au paragraphe 11 de la Politique et procédures de fonctionnement pour la collaboration entre l'OMS et les fondations philanthropiques. À cette condition, l'OMS ajoute que l'acceptation de la contribution ne confère aucun privilège ou avantage au contributeur.

674. En dépit des efforts fournis pour un encadrement strict des contributions privées, la politique de gestion des risques n'est pas toujours appliquée avec rigueur, la recherche de financement étant fortement encouragée⁵⁷⁵. Par exemple, l'entreprise agrochimique Bayer AG fait partie des contributeurs privés de l'OMS avec environ 4 millions d'euros en 2021⁵⁷⁶. Pourtant, cette entreprise commercialise des herbicides à base de glyphosate⁵⁷⁷, substance considérée par l'Agence européenne des produits comme causant des lésions oculaires graves et toxiques pour la vie aquatique⁵⁷⁸. Cette substance a elle-même été classée par le Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) comme « *probably carcinogenic to humans* »⁵⁷⁹. L'organisation a également été soupçonnée d'avoir subi à de nombreuses reprises une influence induite notamment de la part d'entreprises de l'industrie pharmaceutique⁵⁸⁰.

675. Les financements d'origine privée ouvrent toujours la voie à des risques d'influence ou de conflit d'intérêts. Toutefois, lorsque sa situation financière n'est pas tributaire de ces financements et qu'elle parvient à diversifier ses ressources, l'organisation internationale peut encore préserver son intégrité et parvenir à une meilleure gestion des risques à travers une politique forte et transparente qui s'appuie sur ses buts et principes.

⁵⁷⁵ D. DREYSSÉ, « Les financements privés : l'exemple de l'OMS », in *Les finances des organisations internationales*, op.cit., p. 57.

⁵⁷⁶ Données disponibles sur <https://open.who.int/2020-21/contributors/contributor?name=Bayer%20AG>.

⁵⁷⁷ <https://www.bayer-agri.fr/produits/fiche/1325/>.

⁵⁷⁸ European chemical agency, *Opinion Proposing Harmonised Classification and Labelling at EU Level of Glyphosate (ISO) ; N-(Phosphonomethyl) Glycine*, adopté le 30 mai 2022, disponible en ligne <https://echa.europa.eu/documents/10162/5702e99d-d503-f154-226f-d8ab070ac47a>.

⁵⁷⁹ International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs Volume 112 : evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides*, 20 mars 2015, disponible en ligne sur <https://www.iarc.who.int/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf>

⁵⁸⁰ D. DREYSSÉ, op.cit., p. 65.

676. La question de l'équilibre contractuel se pose également lorsque le cocontractant privé se trouve lui-même dans une position économique dominante.

B. Les contrats entre les organisations internationales et les grands groupes privés

677. L'usage du terme « grands groupes » peut paraître trop imprécis du point de vue juridique. Toutefois, il permet d'identifier les entités privées cocontractantes dont la position économique peut entraîner un déséquilibre lors de la conclusion d'un contrat avec l'organisation internationale. Il s'agit notamment des grandes entreprises ou multinationales.

678. Le législateur français identifie les grands groupes comme les entreprises qui ont au moins 5 000 salariés ou celles qui ont plus de 1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires et plus de 2 milliards d'euros de bilan⁵⁸¹. Les organisations internationales se réfèrent plutôt aux multinationales et retiennent tantôt une définition structurelle, tantôt une approche fonctionnelle.

679. Selon l'approche structurelle, constitue une multinationale « un groupe de sociétés disposant d'implantations dans plusieurs États »⁵⁸². L'approche fonctionnelle met plutôt l'accent sur l'étendue et le déploiement des activités de l'entreprise multinationale. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales combinent les deux approches. Même si l'organisation n'apporte pas de définition précise de l'entreprise multinationale, elle tient compte de plusieurs critères. Ainsi :

*« la dimension internationale de la structure d'une entreprise ou de ses opérations, ainsi que sa forme commerciale, son objet ou ses activités, sont les facteurs principaux à prendre en considération. Ces entreprises sont présentes dans tous les secteurs de l'économie. Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières »*⁵⁸³.

Pour L'OIT, les entreprises multinationales :

*« comprennent des entreprises, que leur capital soit public, mixte ou privé, qui possèdent ou contrôlent la production, la distribution, les services et autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège »*⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Article 51 du décret d'application Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.

⁵⁸² Y. KERBRAT, « Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes, organisé par la SFDI, Paris, Pedone, 2017, p. 61.

⁵⁸³ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises*, Éditions OCDE, Paris, 8 juin 2023, p.13, disponible en ligne sur <https://doi.org/10.1787/0e8d35b5-fr>.

⁵⁸⁴ OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, adoptée en novembre 1977, §6.

L'IDI retient la même approche et définit les multinationales comme :

*« Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays »*⁵⁸⁵.

680. Tout comme les financements privés, la collaboration avec les multinationales peut être d'un grand apport pour les organisations internationales (1). Lorsqu'elles contractent avec les organisations internationales, leur impact économique ou technique peut rééquilibrer les forces durant les négociations (2).

1. La nécessité de collaborer avec les multinationales

681. Les contrats conclus entre les organisations internationales et ces entités nécessitent une attention particulière. En effet, ces entreprises « jouent un rôle prépondérant et croissant dans la production et les échanges internationaux et exercent de ce fait une influence économique, sociale et même politique »⁵⁸⁶. Les activités des entreprises multinationales :

*« peuvent aussi contribuer largement à la promotion du bien-être économique et social, à l'amélioration des niveaux de vie et à la satisfaction des besoins essentiels, à la création, directement ou indirectement, de possibilités d'emploi et à la jouissance des droits fondamentaux de l'homme, y compris la liberté syndicale, dans le monde entier »*⁵⁸⁷.

682. Cette situation a des conséquences sur le plan juridique. En effet, la position des multinationales leur permet d'exercer une influence dans la production des normes. Cette influence est très souvent indirecte ; c'est le cas lorsque la multinationale noue des partenariats avec l'organisation internationale pour l'exécution de ses missions. Par exemple, le partenariat entre Novartis et l'OMS lancé en 2001 a permis la production du *Coartem* dans le cadre de la lutte contre la malaria⁵⁸⁸. Ce partenariat peut également déboucher sur la création de normes spécifiques. Ainsi, l'initiative pour le diagnostic des maladies sexuellement transmissibles — IDMST 1990 — a été mise en place grâce à un partenariat entre l'OMS et la fondation Rockefeller. Par l'intermédiaire de cette initiative, le secteur public a pu recenser et classer la demande du marché et surmonter les difficultés pour développer les produits et pénétrer le marché⁵⁸⁹.

683. Les grands groupes ou multinationales peuvent également participer à la production des normes dans certains secteurs. Il arrive parfois que ces groupes apportent des ressources

⁵⁸⁵ Résolution de l'IDI sur les entreprises multinationales, Session d'Oslo, 1977, Article 1.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, Préambule.

⁵⁸⁷ OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, §1.

⁵⁸⁸ <https://www.who.int/news/item/23-05-2001-who-and-novartis-join-forces-to-combat-drug-resistant-malaria>.

⁵⁸⁹ M. NDOUR, « Les partenariats public-privé mondiaux pour la santé », *Idées pour le débat* n° 07, 2006, p. 13.

d'information qu'elles seules détiennent⁵⁹⁰. La plupart des normes générées n'ont pas un caractère contraignant. Toutefois, leur augmentation constante exerce à long terme une influence certaine sur le cadre de gouvernance des organisations internationales. À l'ONUDI par exemple, des multinationales comme Microsoft et Total ont apporté leur soutien à la plateforme de l'industrie verte lors de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable. À travers cette plateforme, l'ONUDI et le Programme des Nations Unies pour l'Environnement travaillent en concertation avec des entreprises à travers le monde afin de promouvoir les meilleures pratiques de l'industrie verte, dans le but de développer l'adoption de pratiques de production économe en ressources et moins polluante à la fois par les entreprises nouvelles et préexistantes dans le secteur de l'industrie manufacturière⁵⁹¹.

684. Par ailleurs, l'apport des multinationales peut sembler bien plus subtil. Elles opèrent par le biais d'organisations professionnelles qui participent à l'élaboration de normes sur le plan international. Par exemple, la CCI est reconnue pour « représenter les intérêts des entreprises multinationales en exerçant à leur profit une fonction de lobbying ou diplomatique auprès des organisations internationales »⁵⁹². Or, la CCI est considérée comme un acteur incontournable dans la production de normes en matière commerciale :

*« [elle] est particulièrement connue, depuis de longues années, pour des travaux qui ont rencontré un immense succès en codifiant des pratiques commerciales usuelles et en les systématisant de manière à mettre à la disposition des opérateurs du commerce international des outils juridiques, efficaces, clairs, faciles à insérer dans leurs accords contractuels »*⁵⁹³.

De plus, la CCI est bien représentée au sein de certaines organisations internationales. Elle a ainsi obtenu le statut de membre observateur au sein des Nations Unies⁵⁹⁴. À ce titre, elle peut assister aux travaux et réunions de l'Assemblée générale et émettre des propositions lors de l'élaboration des normes⁵⁹⁵. De même, la possibilité est offerte pour des organisations comme la CCI de participer au processus de production des normes à l'OMC. L'article V de l'accord instituant l'OMC prévoit que :

*« Le Conseil général pourra conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite »*⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ M. LASSALLE de SALINS, « Normes alimentaires mondiales, commerce international et entreprises agroalimentaires », in R. SÈVE (dir.), *L'entreprise multinationale dans tous ses états*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 224-228.

⁵⁹¹ ONUDI, *Partenariats d'entreprises de l'ONUDI. Partenariats pour la prospérité*, 2013, https://www.unido.org/sites/default/files/2014-01/UNIDO_BPP_French_2013_0.pdf.

⁵⁹² A. KAIROUANI, « Le pouvoir normatif des entreprises multinationales en droit international », *RIDE*, 2020, p. 262.

⁵⁹³ C. KESSEDJIAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 26.

⁵⁹⁴ Assemblée générale des Nations-Unies, Résolution A/RES/71/156 du 13 décembre 2016.

⁵⁹⁵ <https://iccwbo.org/news-publications/news/un-general-assembly-grants-observer-status-international-chamber-commerce-historic-decision/>.

⁵⁹⁶ Article V de l'accord instituant l'OMC du 1^{er} janvier 1995.

685. Au-delà du cadre juridique international, l'influence des grands groupes privés ne cesse de s'accroître et acquiert de plus en plus une dimension stratégique. En effet, compte tenu du contexte actuel — progrès technologique, évolution des besoins — certaines entreprises disposent aujourd'hui du savoir-faire et de la technologie qui les rend indispensables et renforce leur hégémonie. On pense bien évidemment aux GAFAM — acronyme bien connu pour désigner Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft. Ces entreprises réunissent à elles seules toute l'expertise nécessaire et exercent un quasi-monopole dans les secteurs économiques dominants : équipements informatiques et technologiques, réseau de télécommunication, gestion de données, commerce électronique, transport, intelligence artificielle... Ces entreprises ont réalisé des performances financières records au cours de ces dernières années. En 2023, Apple a publié un chiffre d'affaires trimestriel de 89,5 milliards de dollars grâce à la vente de ses appareils téléphoniques⁵⁹⁷. Sur l'année 2022, Amazon a réalisé un chiffre d'affaires de 514 milliards de dollars US. Pour l'année 2023, l'entreprise Microsoft a réalisé un chiffre d'affaires de plus de 211 milliards de dollars US⁵⁹⁸.

686. Ces entreprises ont une puissance économique qui n'a rien à envier aux États, lesquels commencent à reconnaître leur importance et le besoin d'établir un nouveau cadre de coopération⁵⁹⁹. Aujourd'hui, ces entreprises :

« exercent une influence indéniable sur l'évolution du monde [...] en s'appuyant sur leur réputation technologique et sur des formes de monopole qui les obligent à engager des actions importantes de lobbying auprès des pouvoirs publics »⁶⁰⁰.

687. Dans le domaine contractuel, le poids des multinationales peut cette fois-ci exercer une influence dès la phase des négociations.

2. L'influence des multinationales durant les négociations précontractuelles

688. Lorsque les multinationales s'engagent dans une relation contractuelle avec les organisations internationales, leur aura économique et financière leur octroie un important pouvoir de négociation. Face à cette problématique, certaines organisations internationales ont choisi de maintenir leur ligne de conduite en matière contractuelle. À l'OEB par exemple, il arrive que l'organisation conclue certains contrats avec des entreprises multinationales ou de

⁵⁹⁷ <https://www.apple.com/fr/newsroom/2023/11/apple-reports-fourth-quarter>.

⁵⁹⁸ <https://www.abcbourse.com/analyses/chiffres/MSFTu>.

⁵⁹⁹ Le Danemark a nommé un « ambassadeur numérique » auprès des GAFAM : https://www.lemonde.fr/big-browser/article/2017/02/07/le-danemark-va-envoyer-un-ambassadeur-numerique-au-pays-de-google-et-facebook_5076124_4832693.html.

⁶⁰⁰ J. FONTANEL, N. SUSHCHEVA, « La puissance des GAFAM : réalités, apports et dangers », *Annuaire français de relations internationales*, 2019, vol. 20, p. 202.

grande taille. Ces entreprises ne bénéficient cependant pas de facilités de négociation particulières. Elles sont soumises aux mêmes règles internes à l'organisation et aux mêmes critères d'évaluation de leur offre que les entreprises de plus petite taille ou locales⁶⁰¹.

689. D'autres organisations optent plutôt pour des solutions de prévisibilité et de réduction des risques. Au LEBM, il est arrivé que les entreprises comme Microsoft ou Facebook imposent leurs conditions durant les négociations. Dans ce cas, l'organisation peut accepter les termes du contrat, mais va chercher à évaluer les risques et les anticiper. Elle peut par exemple mettre en place des garanties procédurales — procédures arbitrales ou gel du droit applicable⁶⁰².

690. Dans cette situation, il peut être préconisé aux organisations internationales de prévoir des solutions de gestion de risques — conflit d'intérêts, influence indue — sans pour autant renoncer à leur indépendance. On peut admettre également une certaine flexibilité de la part de l'organisation internationale lorsque le contrat concerne une prestation courante sans importance stratégique pour ses missions. Par exemple, il ne serait pas nécessaire de prévoir des négociations lorsque l'organisation conclut un contrat pour l'achat de logiciels bureautiques avec Microsoft (*Microsoft 365*) ou encore pour la réservation de chambre d'hôtel ou de salles d'événements avec le groupe *Accor*. L'antériorité des rapports entre l'organisation internationale et l'entreprise multinationale et l'importance stratégique du contrat sont des éléments à prendre en compte dans l'orientation juridique du contrat.

691. Certains enjeux externes peuvent constituer des points d'attention dans la détermination du cadre normatif des contrats. Il s'agit notamment de l'enjeu de protection des données personnelles.

Paragraphe 2. Prise en compte des facteurs exogènes : exemple de l'enjeu de la protection des données personnelles

692. Les contrats d'organisation internationale n'échappent pas aux mutations juridiques générées par des facteurs politiques, économiques ou même technologiques⁶⁰³. Ces circonstances nécessitent la mise en place de nouvelles réglementations qui répondent aux contraintes créées. Celles-ci peuvent être externes : elles peuvent provenir d'un ordre juridique tiers. C'est le cas du Règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à

⁶⁰¹ Entretien avec M. Menendez, directeur juridique de l'OEB, le 14 septembre 2023.

⁶⁰² Entretien avec Monsieur P. Vorreux, directeur juridique au LEBM. Le degré de participation de l'entreprise multinationale dans l'activité de l'organisation peut modérer l'enjeu de la question du droit applicable en fonction de l'objet du contrat. Par exemple, lorsque l'organisation signe des contrats de subvention avec Facebook, la question du droit applicable devient alors secondaire.

⁶⁰³ S. BOURAOUI, S. BEN ACHOUR-DEROUCHE, S. BELAID, S. LAGHMANI, « Mutations des systèmes juridiques. Note pour une modélisation », *Droit et société*, n° 15, 1990, p. 154.

la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, encore appelé RGPD⁶⁰⁴.

693. Afin de situer le contexte, il faut relever que la question du traitement des données à caractère personnel devient un enjeu capital sur le plan économique accentué par le progrès technologique et la digitalisation croissante des moyens de vie. En effet,

« les données sont devenues une ressource essentielle pour la croissance économique, la création d'emploi et le progrès sociétal. L'analyse des données facilite l'optimisation des processus et des décisions, l'innovation et la prévision d'événements futurs »⁶⁰⁵.

Une étude du *Boston consulting group* montre que :

« the use of personal data will deliver an annual benefit of €330 billion by 2020 – bringing growth to an otherwise stagnant economy. For individuals, the value will be more than twice as large: €670 billion »⁶⁰⁶.

694. Cependant, le traitement de ces données peut porter atteinte à certains droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée, s'il n'est pas encadré. En France, c'est la loi « informatique et libertés »⁶⁰⁷ et son décret d'application du 29 mai 2019⁶⁰⁸ qui réglementent le traitement des données personnelles.

695. Le RGPD est actuellement l'instrument de référence sur le plan international en matière de protection des données. Ce texte établit une réglementation spécifique dans l'espace européen avec des retombées susceptibles de dépasser le simple cadre communautaire. Il est axé autour de trois objectifs :

« Renforcer les droits des personnes, responsabiliser les acteurs traitant des données, crédibiliser la régulation grâce à une coopération renforcée entre les autorités de protection des données »⁶⁰⁹.

696. Après avoir présenté le cadre juridique du RGPD (A), nous verrons comment les organisations ont intégré ce nouvel enjeu dans leur droit interne et comment ces normes s'appliquent en matière contractuelle (B).

⁶⁰⁴ 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).

⁶⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Créer une économie européenne fondée sur les données*, 10 janvier 2017, SWD (2017) 2 final.

⁶⁰⁶ Boston Consulting Group, *The Value Of Our Digital Identity*, Rapport rédigé par J. ROSE, O. REHSE, B. RÖBER, 20 novembre 2012, disponible en ligne sur <https://www.bcg.com/publications/2012/digital-economy-consumer-insight-value-of-our-digital-identity>.

⁶⁰⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et libertés, modifié par la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

⁶⁰⁸ Décret 2019 – 536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et libertés.

⁶⁰⁹ Bercy infos, « Le règlement général sur la protection des données (RGPD), mode d'emploi », disponible en ligne <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/reglement-general-protection-donnees-rgpd#>.

A. Présentation du cadre juridique du RGPD

697. Le RGPD est avant tout un instrument de protection des données à caractère personnel, droit reconnu par l'article 8 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 16 paragraphe 2 du TFUE. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs reconnu que :

« le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance »⁶¹⁰.

698. Le point 2 du préambule du Règlement dispose que :

« Les principes et les règles régissant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant devraient, quelle que soit la nationalité ou la résidence de ces personnes physiques, respecter leurs libertés et droits fondamentaux, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel. Le présent règlement 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 ».

699. Le Règlement délimite son champ d'application matériel et territorial. Il s'applique au :

« Traitement automatisé des données en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »⁶¹¹.

700. Le champ d'application territorial du règlement est à la fois intra et extra européen. L'article 3 du RGPD 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 ».

Dans ce cas particulier, c'est la localisation de l'établissement du responsable de traitement qui est pertinente pour que le RGPD s'applique. Cette disposition permet ainsi aux « géants de la Tech » tels que Yahoo ou Google d'être soumis au Règlement pour ce qui concerne l'activité de leurs établissements situés sur le territoire de l'UE⁶¹². Toutefois, lorsque le responsable du traitement n'a pas son établissement dans l'Union, le Règlement peut s'appliquer au traitement des données relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union si :

« 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

⁶¹⁰ Cour EDH, *Affaire S. et Harper c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 4 décembre 2008, n° 30562 et 30566, § 67.

⁶¹¹ RGPD, article 2.

⁶¹² F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, Paris, éd. Eyrolles, 2018, p. 56.

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 »⁶¹³.

Le règlement s'applique également :

*« 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 »*⁶¹⁴.

701. Par la suite, le RGPD prend le soin de définir certains mots-clés régulièrement employés. Ces définitions permettent certainement aux destinataires de mieux comprendre les termes techniques souvent utilisés dans le processus de traitement de données. Par exemple, les données à caractère personnel sont définies comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »⁶¹⁵. Les données personnelles doivent être interprétées plus largement, non pas comme des données qui identifient une personne, mais comme des données relatives à une personne identifiée⁶¹⁶. Ce sont par exemple la photo, le numéro de téléphone, l'adresse électronique, le profil de consommation ou encore l'adresse IP⁶¹⁷. Le traitement des données est également défini comme :

*« Toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués 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 »*⁶¹⁸.

Là encore, le traitement automatisé ne doit pas se confondre avec le traitement informatisé. Par exemple, l'envoi d'un e-mail n'est pas soumis aux règles du RGPD. Il s'agit d'une utilisation manuelle d'un ordinateur. En revanche, l'ajout d'une adresse mail dans une liste de diffusion dans le but de recevoir des « newsletter » peut être considéré comme un traitement de données et doit respecter les exigences du RGPD⁶¹⁹. Le responsable du traitement est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement »⁶²⁰.

702. Le RGPD contient plusieurs règles techniques et détaillées relatives au traitement des données dont l'analyse détaillée ne nous semble pas nécessaire dans le cadre de l'étude sur droit applicable aux contrats d'organisation internationale. Certains grands traits seront tout de même

⁶¹³ RGPD, article 3, paragraphe 2.

⁶¹⁴ *Ibid.*, article 3, paragraphe 3.

⁶¹⁵ *Ibid.*, article 4, paragraphe 1.

⁶¹⁶ F. MATTATIA, *op.cit.*, p. 52.

⁶¹⁷ Voir F. MATTATIA, *Manuel de survie du RGPD*, Paris, éd. Eyrolles, 2021, p. 13.

⁶¹⁸ RGPD, article 4, paragraphe 2.

⁶¹⁹ F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, *op.cit.*, p. 56.

⁶²⁰ RGPD, article 4, paragraphe 7.

abordés, notamment les huit principes pour le traitement des données et certains droits reconnus à la personne qui fait l'objet du traitement.

703. L'article 5 établit les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel. Ce sont entre autres : la licéité du traitement des données, la loyauté, la transparence, la limitation des finalités, la minimisation des données, l'exactitude des données.

704. À propos de la licéité, l'une des six conditions prévues par l'article 6 doit être remplie pour que le traitement soit considéré comme licite. Les conditions qui intéressent notre sujet sont relatives au consentement au traitement des données⁶²¹ ou à la nécessité du traitement pour l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou pour l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci⁶²².

705. Par ailleurs, le chapitre III du RGPD prévoit une série de droits pour la personne faisant l'objet du traitement. Celle-ci dispose d'un droit d'accès et d'information assez développés à propos des données à caractère personnel⁶²³. Le responsable du traitement doit fournir toute information et procéder à toute communication d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples. La personne qui fait l'objet du traitement dispose également d'un droit de rectification⁶²⁴, d'effacement ou d'oubli⁶²⁵ ou encore de portabilité des données⁶²⁶.

706. Enfin, le chapitre V contient des dispositions pertinentes quant au champ d'application *rationae loci* du Règlement. Il prévoit des règles relatives au transfert des données vers les pays tiers ou les organisations internationales. La circulation des données personnelles concerne aussi :

*« les transferts ultérieurs de données à caractère personnel au départ du pays tiers ou de l'organisation internationale vers un autre pays tiers ou à une autre organisation internationale »*⁶²⁷.

En effet, le transfert de données vers une organisation internationale n'a lieu qu'à la suite d'une décision d'adéquation de la Commission de l'Union. Selon l'article 45 du RGPD, la décision d'adéquation atteste que l'organisation internationale assure un niveau de protection adéquat. Pour cela, la Commission va analyser les règles internes en matière de protection des données, l'existence et le fonctionnement effectif d'une ou de plusieurs autorités de contrôle

⁶²¹ *Ibid.*, article 6, paragraphe 1.a : « le traitement n'est licite que si [...] la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ».

⁶²² *Ibid.*, article 6, paragraphe 1.b : « le traitement n'est licite que si [...] le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ».

⁶²³ *Ibid.*, article 12 à 15.

⁶²⁴ *Ibid.*, article 16.

⁶²⁵ *Ibid.*, article 18.

⁶²⁶ *Ibid.*, article 21.

⁶²⁷ *Ibid.*, article 44.

indépendantes auxquelles une organisation internationale est soumise, chargées d'assurer le respect des règles en matière de protection des données, ou encore les engagements internationaux pris par l'organisation internationale en la matière.

707. Le transfert des données personnelles vers une organisation internationale peut être autorisé sans décision d'adéquation à condition que l'organisation internationale « [ait] prévu des garanties appropriées et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives »⁶²⁸. Ces garanties sont remplies entre autres par « un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics »⁶²⁹ ou encore par des :

*« clauses contractuelles entre le responsable du traitement ou le sous-traitant et le responsable du traitement, le sous-traitant ou le destinataire des données à caractère personnel dans le pays tiers ou l'organisation internationale »*⁶³⁰.

708. Le RGPD se positionne comme un outil de référence en matière de protection de données à caractère personnel. Toutefois, certains facteurs vont pousser les organisations internationales à adopter leurs propres normes de protection des données. Ces règles s'appliquent également en matière contractuelle.

B. L'établissement par les organisations internationales de normes internes en matière de protection des données à caractère personnel

709. Le RGPD est applicable aux États membres de l'Union européenne⁶³¹. Toutefois, il peut avoir un effet indirect et s'appliquer aux organisations internationales. En effet, à travers certaines dispositions comme celles prévues dans le chapitre V, les organisations internationales doivent tenir compte du RGPD en instituant notamment des mécanismes de protection équivalente. L'enjeu de protection des données devient incontournable et présent dans tous les secteurs d'activité. L'un des objectifs du chapitre V est alors d'inciter les États tiers et les organisations internationales à prévoir des mesures solides et efficaces de protection des données à caractère personnel. Compte tenu du cadre de protection des données personnelles instauré par le RGPD, les organisations internationales qui souhaitent conclure des contrats ou développer des partenariats avec les personnes privées au sein de l'espace européen doivent installer un climat de confiance propice à toute relation d'affaire. Comme le souligne le Groupe de la Banque mondiale qui a plus de 15 000 clients et partenaires européens :

⁶²⁸ *Ibid.*, article 46, paragraphe 1.

⁶²⁹ *Ibid.*, article 46, paragraphe 2.a.

⁶³⁰ *Ibid.*, article 46, paragraphe 3.a.

⁶³¹ Article 288 TFUE.

« if the Bank Group cannot demonstrate to its clients and partners worldwide that it takes the protection of personal data seriously, its ability to do business with these counterparties is at risk [...]. Public perception that the Bank Group does not abide by or respect established privacy principles could result in a severe loss of public confidence »⁶³².

710. Pour ce faire, les organisations vont instituer leur propre réglementation en matière de protection des données personnelles. Ces outils juridiques leur permettent ainsi de ne pas être soumis aux normes européennes tout en prévoyant des mécanismes de protection équivalents, voire renforcés. Une exception peu habituelle peut être tout de même relevée : il s'agit de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature qui prévoit que « *The aim of this Policy is to a) comply with national and international data protection laws and regulations [...]* »⁶³³, puis rajoute que :

« *This Policy comprises the internationally accepted data protection principles without replacing the existing national laws. It supplements the national data protection laws. The relevant national law will take precedence in the event that it conflicts with this Policy, or it has stricter mandatory requirements than this Policy. In particular, the reporting requirements for data Processing under applicable national laws must be observed* »⁶³⁴.

À l'analyse, les dispositions de cette organisation en matière de protection de données revêtent un caractère complémentaire par rapport aux normes nationales des États membres. Celles-ci prévalent sur les règles internes de l'organisation internationale en cas de conflit. Or les règles de certains États-membres de l'Union sont alignées sur le RGPD. Le Règlement pourrait alors être indirectement appliqué en cas de conflit avec la Politique de l'UICN en matière de protection des données personnelles.

711. En dehors du cas exceptionnel de l'UICN, les organisations internationales ne sont pas tenues par les règles nationales ou internationales en matière de protection des données, mais offrent des garanties similaires à celles de l'Union⁶³⁵. Tout d'abord, on peut constater une similarité au niveau de la définition des mots clés. Par exemple, l'OCDE définit les données personnelles comme « *any information relating to an identified or identifiable individual* »⁶³⁶ et le traitement des données comme : « *any operation which is performed on Personal Data,*

⁶³² IFC Legal Affairs and Claims Group (MIGLC) *et al.*, *Managing Personal Data Responsibly: The World Bank Group Personal Data Privacy Policy*, 2 mai 2018.

⁶³³ *IUCN Data Protection Policy*, Version 2, Mars 2019, point 1.

⁶³⁴ *Ibid.*, point 2. Nous soulignons.

⁶³⁵ Entretien avec Monsieur Vincent Menendez, conseiller juridique à l'OEB, le 14 septembre 2023. Ces règles s'appliquent également aux fournisseurs et partenaires des organisations internationales ; voir, *OPCW Personal Data Policy*, 19 septembre 2022, AD/ADM/37, point 2 ; *IUCN Data Protection Policy*, version 2, Mars 2019, point 1.

⁶³⁶ OCDE, *Decision of The Secretary-General on the Protection of Individuals with regard to the Processing of their Personal Data*, 3 Mai 2019, article 2.

wholly or partly, by automated means »⁶³⁷. L'OIAC retient une définition beaucoup plus large du traitement des données. Le traitement inclut :

« *Any operation or set of operations performed in relation to personal data, by manual or automatic means, including but not limited to the collection, recording, copying, storage, use, access, retrieval, organisation, modification, dissemination, transfer, disclosure, erasure, or destruction* »⁶³⁸.

712. Ensuite, on observe des ressemblances au niveau des principes applicables au traitement des données ainsi qu'aux droits reconnus aux personnes faisant l'objet d'un traitement. Le traitement juste, légitime et transparent est ainsi reconnu dans les organisations du groupe de la Banque mondiale⁶³⁹, le Fonds international de développement agricole⁶⁴⁰ ou encore l'OIM⁶⁴¹. Le caractère nécessaire pour la conclusion et l'exécution d'un contrat est également reconnu par certaines organisations internationales comme l'OIAC⁶⁴².

713. Les normes des organisations internationales qui garantissent les droits des personnes dont les données font l'objet d'un traitement présentent également des ressemblances avec le RGPD. Le Secrétariat pour la Charte de l'Énergie reconnaît par exemple le droit d'information, d'accès et de rectification⁶⁴³. L'UICN reconnaît même le droit à « l'oubli » — *Right to be forgotten*⁶⁴⁴.

714. Enfin, certaines organisations internationales fournissent des efforts supplémentaires en instituant des organes chargés d'assurer le respect et l'application des règles en matière de protection des données personnelles. L'OCDE a prévu la nomination d'un *Data Protection Officer*. Ce dernier accomplit les missions suivantes :

- « a) *provide information and advice to Coordinators and, where applicable, Processors, regarding this Decision and any other relevant rules of the Organisation adopted for its implementation.*
- b) *promote awareness of Coordinators and staff members in relation to the protection of Personal Data and provide for their training in this respect.*
- c) *provide information and advice to individuals regarding all issues related to the Processing of their Personal Data and the exercise of their rights under this Decision and any other relevant rules of the Organisation adopted for its implementation.*
- d) *take measures to ensure compliance with this Decision and with other relevant rules of the Organisation adopted for its implementation.*
- e) *on his/her own initiative or on request, verify any Processing.*

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *OPCW Personal Data Policy*, point 5.h.

⁶³⁹ IFC Legal Affairs and Claims Group (MIGLC) *et al.*, *Managing Personal Data Responsibly: The World Bank Group Personal Data Privacy Policy*, section III.

⁶⁴⁰ *IFAD Personal Data Privacy Guidelines*, Novembre 2021, article 4.03.

⁶⁴¹ *IOM Data Protection Manual*, Genève, 2010, p. 25.

⁶⁴² *OPCW Personal Data Policy*, Point 8; *IUCN Data Protection Policy*, Point 3.1.3.

⁶⁴³ Secrétariat de la Charte de l'Énergie, *Manuel sur la protection des données*, CCDEC 2018, 14 novembre 2018, article 11 à 13.

⁶⁴⁴ *IUCN Data Protection Policy*, Point 4.4.

- f) decide on the temporary suspension of a Processing in case of high risks for the protection of Personal Data and immediately inform the Data Protection Commissioner of any such decision.
- g) provide the Data Protection Commissioner with i) his/her views on any individuals' claims alleging breach of this Decision or of any other relevant rules of the Organisation adopted for its implementation; ii) relevant documents and/or information on the claim, Personal Data and/or Processing concerned.
- h) cooperate with the Data Protection Commissioner and act as his/her contact point on issues relating to Processing.
- i) be consulted by the Data Protection Commissioner and provide him/her with any information and assistance required »⁶⁴⁵.

715. Les organisations internationales ont également mis en place des organes chargés de recevoir et traiter toutes les réclamations relatives au droit à la protection des données. Toujours à l'OCDE, le *Data Protection Commissioner* a pour rôle de :

*« Ensure and enforce the application of this Decision and any other relevant rules of the Organisation adopted for its implementation, in order both to protect the rights, freedoms and legitimate interests of individuals in relation to the Processing and to facilitate the free flow of Personal Data »*⁶⁴⁶.

De même, le CERN a également institué une commission pour la protection des données — *Data Protection Commission* — dans le but de recevoir les plaintes et mener les investigations nécessaires en cas de violation des règles de protection des données personnelles.

716. À travers des règles tout aussi sophistiquées et détaillées que le RGPD, les organisations internationales s'assurent d'intégrer le nouvel enjeu de protection des données personnelles dans leurs activités contractuelles.

Résumé du deuxième chapitre

717. Les contrats ne sont pas des instruments isolés du cadre juridique et du contexte général qui entourent les activités des organisations internationales. La préparation du contrat révèle la prise en compte de plusieurs facteurs qui orientent les parties quant au droit potentiellement applicable. Même si l'organisation internationale semble intervenir en tant que productrice de la plupart des instruments précontractuels, elle est amenée dans certains cas à adapter sa position ou à faire des concessions. Ces situations ont trait à l'enjeu économique du contrat ou à l'émergence de nouvelles réglementations juridiques.

⁶⁴⁵ OCDE *Decision of The Secretary-General on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Their Personal Data*, 3 Mai 2019, Article 7.4.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

Conclusion du titre premier

718. L'autonomie de la volonté est incontestablement le principe qui régit le choix du droit applicable à un contrat. Mais dans la pratique, cette liberté de choix ne correspond toujours pas à la prise en compte de tous les intérêts en présence. Le constat est que le choix du droit applicable tient nécessairement compte des intérêts de l'organisation internationale.

719. Mais le recours fréquent à plusieurs règles provenant d'ordres juridiques divers pour démontrer l'hégémonie de l'organisation internationale dans le contrat révèle l'instabilité qui perdure encore quant à l'orientation juridique précise à accorder à ce régime particulier des contrats.

720. Afin de pallier cette difficulté, la plupart des organisations internationales ont choisi de mettre en place des procédures particulières de passation de marchés. Ces instruments juridiques pourraient cette fois-ci puiser leur légitimité grâce à un concept émergent : le droit administratif global.

TITRE 2 : LE RECOURS AU CONCEPT DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL DANS L'INSTITUTION DES RÈGLEMENTS DE PASSATION DE MARCHÉS

721. D'un point de vue pratique, l'influence des organisations internationales sur le contrat se concrétise par la mise en place d'instruments juridiques qui encadrent les contrats. Ces procédures ont pour objectif d'établir des règles suffisamment précises pour superviser toutes les étapes de conclusion d'un marché par l'organisation internationale, de la sélection du cocontractant à la conclusion du contrat. La préférence pour le terme de « marchés » au détriment de contrat n'a pas pour intention de créer la confusion entre les deux termes. Elle est plutôt révélatrice de l'importance qui est accordée aux contrats et de la nécessité de les encadrer, à l'instar des marchés publics passés par les États⁶⁴⁷. Aussi, ces instruments ont-ils la particularité de faire ressortir une structuration et une hiérarchisation des rapports entre l'organisation internationale et les potentiels contractants privés.

722. Aujourd'hui, les règles et procédures de passation de marchés sont de plus en plus sollicitées afin de répondre aux besoins rattachés à l'évolution des missions des organisations internationales. Elles sont donc appelées à être plus efficaces, plus prévisibles et elles répondent surtout aux besoins de technicité liés à l'exécution du contrat.

723. Par ailleurs, l'édiction de règlements de passation par les organisations internationales répond également à un besoin actuel de prise en compte de nouveaux enjeux globaux. Ces enjeux qui peuvent être économiques, politiques ou même environnementaux, intègrent les missions des organisations internationales et nécessitent la mise en place de normes spéciales. Ces normes sont particulièrement abordées autour du concept de droit administratif global.

724. Il est donc important de s'intéresser aux contours juridiques de ce concept afin de comprendre son essence, sa construction et ses interactions avec les autres ordres juridiques (CHAPITRE 1). Par la suite, on verra que les normes développées par le droit administratif global peuvent constituer un nouveau moyen d'encadrement des contrats entre les organisations internationales et les personnes privées. (CHAPITRE 2).

⁶⁴⁷ M. AUDIT, « Les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les organisations internationales », *JDI*, 2008, n° 4, §4.

CHAPITRE 1 : LE CONCEPT DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

725. Le droit administratif global peut être présenté à juste titre comme un concept en ce qu'il n'est pas entendu uniquement comme une simple théorie, mais établit « une relation entre propositions, entre l'antécédent et le conséquent »⁶⁴⁸. Le concept ainsi perçu génère la norme qui est appelée à s'externaliser, c'est-à-dire à produire des conséquences⁶⁴⁹.

726. Le droit administratif global est d'abord et avant tout le fruit d'une réflexion doctrinale, un projet qui s'appuie sur certaines circonstances d'ordre juridique ou socio-politique (Section 1). De même, en dépit de quelques critiques qui peuvent lui être apportées, on verra que le droit administratif global présente un contenu original, déjà bien implanté dans le corpus de règles juridiques de certaines entités et qui peut être d'un apport dans l'encadrement juridique des contrats d'organisation internationale (Section 2).

Section I. Le projet du droit administratif global

727. Le droit administratif global est un projet normatif qui s'appuie sur un contexte socio politique particulier (Paragraphe 1). C'est également un droit « hybride » en ce qu'il tire sa source du droit administratif et du droit international sans pour autant perdre de son originalité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les fondements du droit administratif global

728. Le droit administratif global est avant tout une construction doctrinale. Dans le cadre de cette étude, nous nous contenterons de faire une présentation succincte des contours du concept sans pour autant entrer dans les détails sur sa portée ou aux débats qu'il est susceptible de susciter (A). Par ailleurs, le droit administratif global tire sa légitimité du contexte socio-politique de la globalisation (B).

⁶⁴⁸ D. PETKOVIC, « Le concept juridique à l'épreuve de l'interface langage-droit », *Grief, revue sur les mondes du droit*, 2023, n° 10/1, p. 89.

⁶⁴⁹ J-M. DENQUIN, *Les concepts juridiques- Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 442.

A. Les origines doctrinales du droit administratif global

729. Le projet du droit administratif global a été conceptualisé et développé par deux écoles doctrinales à savoir l'école américaine et l'école italienne.

1. L'école américaine

730. L'école américaine, appelée encore école de Manhattan est composée de plusieurs auteurs, notamment Benedict Kingsbury⁶⁵⁰. Ces auteurs sont regroupés autour du *Research Project on Global Administrative Law* de la *NYU School of Law Institute for International Law and Justice*, qui produit sur son site internet une documentation abondante sur la question⁶⁵¹. L'école américaine fournit un travail de recherche considérable autour de la thématique du droit administratif global. C'est la raison pour laquelle la conception du droit administratif global développée par l'école américaine est la plus répandue⁶⁵² et peut servir de référence dans la compréhension générale de la matière. Pour les besoins de cette étude, nous nous référerons aux travaux de Kingsbury publiés en 2005⁶⁵³.

731. Kingsbury va dans un premier temps poser le contexte qui a donné lieu à la création du droit administratif global appelé encore *Global Administrative Law*. L'auteur commence par constater l'apparition de nouveaux enjeux dans certains domaines tels que la sécurité, la protection de l'environnement, la propriété intellectuelle, l'échange de biens et de services etc. Ce contexte particulier n'est pas sans conséquences sur le plan juridique :

« *This situation has created an accountability deficit in the growing exercise of transnational regulatory power, which has begun to stimulate two different types of responses: first, the attempted extension of domestic administrative law to intergovernmental regulatory decisions that affect a nation; and second, the development of new mechanisms of administrative law at the global level to address decisions and rules made within the intergovernmental regimes* »⁶⁵⁴.

732. Le règlement de problématiques globales appelle à des réponses globales, qui ne peuvent pas être uniquement prises en charge à l'échelon étatique, mais nécessitent le

⁶⁵⁰ Voir B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n°3/4, 2005, pp. 15-61; C. HARLOW, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *EJIL*, 2006, pp. 197-214; B. KINGSBURY, « The Concept of Law in Global Administrative Law », *EJIL*, 2009, pp. 23-57.

⁶⁵¹ iilj.org/GAL.

⁶⁵² J. D'ASPREMONT, « Droit administratif global et droit international », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, p. 84.

⁶⁵³ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, pp. 15-61.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 16.

développement de nouvelles formes de coopération, impliquant plusieurs acteurs de nature différente — appelés entités globales — organisations internationales, individus organisations hybrides publiques-privées, administrations internes... Le droit administratif global organise l'action administrative des entités globales en ce qu'il est composé de :

« mécanismes, principes, pratiques et arrangements sociaux allant dans le même sens, qui promeuvent ou ont une incidence sur l'accountability, c'est — à dire l'obligation de rendre compte, 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 »⁶⁵⁵.

733. Le droit administratif global tel que conceptualisé par Kingsbury comprend deux catégories de règles. Il y a d'abord les règles concrètes d'administration qui organisent la régulation des rapports transnationaux. À côté de ces règles classiques, le droit administratif global couvre toutes les règles et procédures qui aident à assurer l'*accountability* de l'administration globale. L'auteur met l'accent sur les normes relatives à la transparence, à la participation aux procédures administratives, sur les principes de prise de décision rationnelle, et sur les mécanismes de recours⁶⁵⁶.

734. Au total, l'objectif du droit administratif global selon l'école de Manhattan est :

« [d'] analyser la manière dont des mécanismes, des règles, des procédés comparables au droit administratif sont utilisés pour la promotion de la transparence, de la participation et de l'imputabilité dans des structures hybrides [...] qui présentent comme caractéristique commune des responsabilités du type decision making »⁶⁵⁷.

735. Les travaux de l'école américaine peuvent être mis en perspective avec ceux de l'école italienne.

2. L'école italienne

736. L'école italienne a également contribué au développement des travaux de recherche autour du droit administratif global et certaines œuvres sont considérées comme étant à l'origine

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁵⁷ D. MOCKLE, « Le débat sur les principes et fondements du droit administratif global », *Les cahiers du droit*, vol. 53, mars 2012, p. 7.

du concept⁶⁵⁸. L'école italienne est conduite par Sabino Cassese qui est considéré comme l'un des auteurs les plus prolifiques en la matière⁶⁵⁹.

737. Le professeur Cassese constate l'existence d'un droit administratif global :

*« qui régit les actes et procédures de certaines entités internationales dont les fonctions sont typiquement administratives avec une organisation habilitée à imposer son autorité et qui prend des décisions de nature administrative applicable à d'autres sujets »*⁶⁶⁰.

738. À propos de la raison d'être du droit administratif global, l'auteur rejoint l'école de Manhattan et soutient lui aussi que les entités globales créent du droit administratif global dans certains domaines que l'État seul n'arrive pas à contrôler : « Il n'y a pas de domaine de l'action humaine dans lequel ne soit présente une forme quelconque de réglementation supranationale ou globale »⁶⁶¹.

739. Mais l'approche italienne est particulière en ce que qu'elle met l'accent sur l'aspect administratif du droit administratif global. Cassese note qu'il existe dans ce contexte de globalisation, des organes et des institutions qui présentent un caractère administratif au regard de leur physionomie et leurs fonctions. L'auteur relève que :

*« Ces organes et institutions présentent diverses caractéristiques originales parmi lesquelles certaines intéressent le droit administratif. Les administrations nationales sont en général présentées en leur sein, dans des comités réunissant les 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 »*⁶⁶².

740. Cassese ne semble pas établir une différence entre le droit administratif global et les droits administratifs nationaux. Bien au contraire, il perçoit une évolution des fonctions et du champ d'action du droit administratif à travers le concept de droit administratif global. En effet, il affirme que :

*« Le droit administratif se déplace en dehors de sa sphère naturelle, celle de l'État, dans un espace où on lui refusait une citoyenneté. Il se développe rapidement, en perdant son caractère embryonnaire initial et acquiert aussitôt un aspect particulier, qui le différencie du droit administratif de l'État. Mais dans l'ordre juridique global, contrairement à ce qui se produit dans l'ordre interne, le droit administratif n'a pas de base constitutionnelle. La charpente constitutionnelle qui soutient le droit administratif interne manque à l'espace global. Ici, il n'y a pas un gouvernement ou une autre institution supérieure, mais un ensemble de sous-gouvernements de secteur »*⁶⁶³.

⁶⁵⁸ S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 197 ; « Organizzazioni Internazionali e Soggetti Privati : verso un Diritto Amministrativo Globale ? », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol.55, 2005, p. 377. L'auteur est le premier à avoir proposé de reconnaître l'existence du droit administratif global.

⁶⁵⁹ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Rome, Laterza, 2003, pp. 1-198 ; « The Globalization of Law », *NYU.JILP*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 973-993 ; « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8 ; *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-246.

⁶⁶⁰ S. CASSESE, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8, § 10.

⁶⁶¹ *Ibid.*, §15.

⁶⁶² J-B. AUBY, « Droit administratif - Vous avez dit : droit administratif global ? », *DA*, n° 5, mai 2007, repère 5.

⁶⁶³ S. CASSESE « Le droit administratif global : une introduction », *op.cit.*, §50.

741. La différence entre les deux écoles se situe au niveau de la positivité du droit administratif global. Kingsbury n'émet pas d'avis tranché sur la reconnaissance du droit administratif global en tant que droit positif autonome ; en revanche, il considère tout de même le droit administratif global comme un facteur de changement du droit positif⁶⁶⁴. Cassese place plutôt le droit administratif global dans la continuité du droit administratif, mais aussi comme une « première phase d'universalisation de la pensée juridique »⁶⁶⁵.

742. En dépit de ces nuances conceptuelles, les deux écoles du droit administratif global font communément ressortir le facteur central à la base de sa création : la globalisation.

B. Le contexte sociopolitique : la globalisation

743. Le contexte de globalisation naît de l'évolution de la société, marquée par l'accélération des échanges économiques, le développement technologique, l'apparition de nouvelles problématiques en matière environnementale, politique ou économique. Ces enjeux supranationaux requièrent une réponse commune.

744. Toutefois, certains concepts autres que celui de la globalisation peuvent tout autant être employés pour qualifier ces évolutions aux contours trop larges et difficilement maîtrisables. On pense par exemple au concept de mondialisation ou de transnationalisation⁶⁶⁶. Il y'a donc lieu de d'analyser les raisons qui ont conduit au choix de la notion de globalisation dans la construction du droit administratif global (1). Sur le plan juridique, la globalisation génère également des normes de droit global qu'il convient de mettre en parallèle avec le droit administratif global (2).

1. Globalisation et mondialisation

745. Globalisation et mondialisation sont avant tout des notions de sociologie des relations internationales et peuvent se confondre d'un point de vue terminologique. D'ailleurs, la langue anglaise semble imbriquer les deux notions au sein du terme *Globalization* pour traduire

⁶⁶⁴ B. KINGSBURY, « The Concept of Law in Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 33.

⁶⁶⁵ E. FROMAGEAU, *La théorie des institutions du droit administratif global, Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 76.

⁶⁶⁶ M. MERLE, « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean Dupuy : Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, p. 223.

l'intensification des flux d'échanges de biens matériels et immatériels⁶⁶⁷. Mais la doctrine française préfère distinguer les deux notions afin d'en faire ressortir les nuances. En effet, la mondialisation désigne la :

*« prise de conscience du monde par le monde, avec une ouverture sans cesse plus grande des uns aux autres et des échanges de toutes natures [...] Mais quand bien même elle génère des interactions, des influences, voire des métissages, elle ne saurait aboutir à l'élimination de toutes les différences »*⁶⁶⁸.

746. La globalisation traduit plutôt un :

*« Niveau d'intégration et d'interconnexion qui est désormais atteint et qui se traduit par la perception empirique chez les individus, par-delà leurs attaches territoriales et leurs identités culturelles d'une appartenance à un monde global »*⁶⁶⁹.

Sur le plan juridique, la globalisation traduit :

*« une évolution dans le sens d'un brassage croissant, d'une interpénétration croissante des espaces normatifs [qui] affecte aussi bien les rapports verticaux entre droit international et systèmes juridiques nationaux que les rapports horizontaux entre ces derniers »*⁶⁷⁰.

747. Les résultats de la distinction francophone entre les deux concepts permettent de justifier le choix du phénomène de globalisation, en tant que réalité sociale de relations de plus en plus interdépendantes qui appellent à la mise en place de règles juridiques de droit global.

2. Globalisation et droit global

748. Le droit global est la résultante sur le plan juridique du phénomène de globalisation présenté plus haut. Ce droit est « envisagé d'un point de vue global, et non du point de vue d'un ordre juridique particulier, national, européen ou international »⁶⁷¹. Le droit global ne semble pas accorder une attention particulière à l'origine des normes. Mieux, la théorie du droit global vise en réalité à penser le droit au-delà de l'État⁶⁷². Le droit global est caractérisé par un *melting pot* de normes, « Un agrégat composite, un magma de normes venues d'horizons divers, les sources pouvant être publiques, privées ou mixtes »⁶⁷³. Il peut être ainsi défini comme un :

⁶⁶⁷ C. GHORRA-GOBIN, « Mondialisation et globalisation », *Geoconfluences*, décembre 2017, disponible en ligne sur <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/notion-a-la-une/mondialisation-globalisation>.

⁶⁶⁸ F. GUTMANN, « Mondialiser n'est pas globaliser », *Géoéconomie*, 2009/3, n° 50, p. 90.

⁶⁶⁹ M. ABÉLÈS, « Globalisation, suite ou fin ? », *Diogène*, 2020/3 n° 271-272, p. 12.

⁶⁷⁰ J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *Troisième session du séminaire « droit administratif comparé, Européen et global »*, 3 mai 2007, p. 9, disponible en ligne sur <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/content/seminaires-droit-public-compare-europeen-et-global.html>.

⁶⁷¹ B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in I. HACHEZ *et al.*, *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthémis, 2012, p. 179.

⁶⁷² L. HENNEBEL, « Penser le droit administratif global », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 78.

⁶⁷³ J-B. RACINE, « Approches du droit global », *JDI*, 2019, p. 670.

« Ensemble de 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 »⁶⁷⁴.

749. Par son champ d'étude, le droit global se rapproche du droit transnational. En effet, le droit transnational a pour objectif de s'appliquer aux situations juridiques par-delà les frontières de l'État⁶⁷⁵. Il est surtout le résultat de la déterritorialisation des règles juridiques applicables dans certains secteurs stratégiques tels que les contrats miniers ou pétroliers. Ces normes sont aussi appliquées dans un espace qui lui aussi se déterritorialise.

750. Droit global et droit transnational abordent les mêmes problématiques et ont pour objectif de répondre à des enjeux similaires. La première notion semble englober la seconde. Elle désigne :

« à la fois un nouveau droit — le droit transnational — et les nouvelles façons de le penser en sciences sociales. Cette expression exprime notre conscience renouvelée des transformations de l'économie et du droit qui se caractérisent par l'insertion des États Nations et de la société internationale dans un cadre plus complexe et plus divers que la simple mondialisation qui les englobe et les dépasse »⁶⁷⁶.

751. Finalement, le droit administratif global a l'avantage d'enrichir l'arsenal juridique des normes qui réglementent les manifestations de la globalisation. Il constitue un outil scientifique supplémentaire destiné à expliquer le développement de normes dans le cadre de la globalisation⁶⁷⁷.

752. Compte tenu des domaines qu'il entend couvrir et de la problématique de globalisation qui renforce sa légitimité, le droit administratif global tel que conçu n'est pour autant pas un outil juridique isolé, dépourvu de toutes connexions avec les autres règles juridiques. Son élaboration laisserait apparaître des liens avec le droit administratif et le droit international public.

Paragraphe 2. Droit administratif global, droit administratif et droit international public

753. L'une des particularités soulevées par les concepteurs du droit administratif global est que ce droit entend se démarquer du droit administratif et du droit international public⁶⁷⁸. Tout

⁶⁷⁴ R. MAUREL, *Les sources du droit administratif global*, Thèse, Université Clermont Auvergne, 2019, p. 30.

⁶⁷⁵ Ph. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2.

⁶⁷⁶ G. LHUILLIER, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2017, p. 8.

⁶⁷⁷ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 26.

⁶⁷⁸ D. MOCKLE, *op.cit.*, p. 11.

de même, l'analyse du droit administratif global laisse entrevoir un concept qui, malgré son originalité, entretient des rapports étroits avec le droit international public (A) et le droit administratif (B).

A. Droit administratif global et droit international public

754. De prime abord, il faut souligner que le droit administratif global n'est pas la première discipline à proposer des normes internationales à portée administrative. Le droit international administratif est déjà reconnu comme étant un « ensemble de règles et procédures relatives au fonctionnement des organisations internationales et à la fonction publique internationale »⁶⁷⁹.

755. Si les théoriciens du droit administratif global semblent unanimes sur la relation de complémentarité entre le droit administratif global et le droit international public, ils entendent faire ressortir l'originalité de la matière. En effet, par son champ d'étude et ses acteurs, le droit administratif global se veut être une matière innovante qui va bien au-delà du droit international public duquel il tire sa source.

756. Pour y parvenir, les auteurs du droit administratif global s'appuient sur une conception classique du droit international public en tant que droit des relations entre sujets classiques de droit international — États et organisations internationales. Dans le cas spécifique des organisations internationales, il est reproché au droit international public d'encadrer toutes les activités classiques des organisations internationales — charte constitutive, pouvoirs implicites et explicites, privilèges et immunités, relations avec le personnel — sans inclure dans son champ d'étude les nouvelles formes institutionnelles de coopération — organisations intergouvernementales informelles, organisations « hybrides ». Le droit administratif global pourrait alors remédier aux faiblesses du droit international public en incluant dans son champ d'analyse le cadre légal de ces relations complexifiées⁶⁸⁰. Le droit administratif global permettrait ainsi :

*« d'élargir le champ des organisations internationales observées en l'émancipant de l'interétatisme et en accueillant l'action normative d'organisations non étatiques exerçant une activité d'intérêt public »*⁶⁸¹.

757. Toutefois, la conception statocentrée du droit international public sur laquelle s'appuie les auteurs dans l'analyse comparative peut être critiquable dans la mesure où elle ne tient pas

⁶⁷⁹ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 17.

⁶⁸⁰ B. KINGSBURY, A. PELLET, « Views on the Development of a Global Administrative Law », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 16.

⁶⁸¹ L. DUBIN, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 112.

compte des évolutions du droit international public. Les sujets de droit international ne sont plus exclusivement les États et les organisations internationales. Les individus et les personnes privées sont destinataires de certaines règles de droit international, notamment en droit pénal, en droit de l'Homme ou encore en droit des investissements.

758. Tout de même, l'intérêt pour le droit administratif global n'est pas de se substituer au droit international public ou d'en faire une matière surannée, mais plutôt de trouver des solutions juridiques nouvelles face à l'évolution objective et la complexification des relations engendrées par la globalisation. Il est vrai que le contexte de la globalisation remet naturellement en question les canaux traditionnels d'élaboration des règles et normes internationales⁶⁸². Aujourd'hui, l'introduction de la globalisation dans les rapports n'est pas sans conséquence sur l'activité normative des acteurs, qui « passe de plus en plus par des instruments déformalisés qui ne rentrent plus dans les catégories traditionnelles des sources internationales »⁶⁸³. Le droit international public n'est dès lors pas inadapté à ces circonstances, mais nécessite d'être complété par d'autres règles. Le projet du droit administratif global répond à ce besoin de dynamisation normative. Il est fondé sur un critère non formel, mais met plutôt l'accent sur l'impact des normes⁶⁸⁴.

759. Sur le plan purement administratif, le droit administratif global a pour ambition de réguler l'évolution de l'action administrative des sujets de droit international, notamment les organisations internationales. Kingsbury va identifier cinq situations pratiques dans lesquelles le droit administratif global est un prolongement bénéfique du droit international : la gestion de crise, les droits de l'Homme — sur ce point, le droit administratif global peut permettre aux organisations internationales de s'adapter aux nouvelles exigences en matière de protection des droits de l'homme — notamment les droits reconnus aux parties tierces en relation avec l'organisation internationale à travers un partenariat ou un contrat, les missions sur le terrain des organisations internationales, les partenariats publics-privés, les autres instruments des organisations internationales en dehors des traités — la *Soft Law*⁶⁸⁵. Il constate par la suite que le droit international administratif :

*« has on the whole (with exceptions) not been highly effective in providing a deep structure for the operational or administrative-type activities of international organizations »*⁶⁸⁶.

⁶⁸² L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEDHI, *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 33.

⁶⁸³ J. D'ASPREMONT, « Droit administratif global et droit international », *op.cit.*, p. 85.

⁶⁸⁴ B. KINGSBURY, « The Concept of Law in Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 25.

⁶⁸⁵ B. KINGSBURY, L. CASINI, « Global administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *IOLR*, 2009, pp. 321-323.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 329.

760. La multiplication des organisations internationales et l'élargissement de leur champ d'action pourraient expliquer certainement l'inadaptation des normes de droit international administratif. Le même auteur note que :

*« Proliferation of IOs has been accompanied not only by increased differentiation in types of IOs, but also by growing complexity of many regimes, due to increased density of norms and mandates, interactions with other IOs and with non-IO actors, and the simple increase in the number of states participating in IOs Networks of IOs acting together have in some cases gone beyond inter-agency co-ordination and cooperation, to the development of new institutional models »*⁶⁸⁷.

761. Parmi ces nouvelles formes de coopération, on retrouve les contrats entre les organisations internationales et les personnes privées et plus particulièrement les partenariats public-privé⁶⁸⁸. L'apport du droit administratif global dans la régulation administrative de ces activités est de proposer un noyau de règles : transparence, *due process*, mécanisme de révision des décisions, *accountability*⁶⁸⁹.

762. Au total, droit international et droit administratif global entretiennent des rapports étroits dans divers secteurs. En intervenant dans l'activité de certains sujets de droit international comme les organisations internationales, le droit administratif global entend apporter de nouveaux mécanismes juridiques pour répondre à l'évolution constante des rapports. Ce droit n'aurait pas vocation à pallier les faiblesses du droit international public, mais le contexte de globalisation est une aubaine pour le développement et l'autonomisation progressive de la matière vis-à-vis du droit international⁶⁹⁰.

763. Un rapprochement peut être également établi entre le droit administratif global et le droit administratif.

B. Les rapports entre le droit administratif global et le droit administratif

764. Tout comme le droit international, les droits administratifs nationaux contiennent des règles appelées à encadrer des situations présentant un élément d'extranéité. À cet effet, le droit administratif international est considéré comme la branche du droit administratif qui permet l'extension des normes administratives d'un État à l'égard de ses ressortissants qui ne sont pas

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 330.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 331.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 333.

⁶⁹⁰ L. DUBIN, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 98.

sur son territoire⁶⁹¹. Il s'agit donc d'un droit interne par sa nature, mais international par son objet⁶⁹².

765. Là encore, le phénomène de globalisation des rapports n'est pas sans effet sur l'évolution des pratiques administratives. Cette évolution est aussi marquée par l'émergence d'organismes non gouvernementaux du type administratif qui remplissent des fonctions administratives : organismes hybrides comme la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), institutions privées exerçant des fonctions de régulation comme l'*International Standardisation Organization* (ISO). Dans ces circonstances, « le droit administratif devient trop étroit et toute analogie avec les droits administratifs nationaux ne serait plus vraiment possible »⁶⁹³.

766. L'étude comparative peut se heurter à un obstacle supplémentaire relatif à l'existence non pas d'un droit administratif, mais de plusieurs droits administratifs nationaux. Au niveau européen, la doctrine a pu dégager quatre groupes de droits administratifs : le « groupe français » (France, Pays-Bas, Belgique, Italie, Grèce), le groupe allemand (Allemagne, Autriche, Suisse, Pologne), le groupe « mi-français, mi-allemand » (Espagne, Portugal, Suède, Finlande) et le groupe britannique (Grande-Bretagne, Irlande, Danemark, Norvège)⁶⁹⁴. Le droit administratif des États-Unis est considéré comme un groupe à part entière :

*« caractérisé à la fois par l'importance d'une constitution écrite, et d'une procédure administrative codifiée pour l'administration fédérale, ainsi que par la compétence des tribunaux de droit commun à l'égard de l'action de l'administration »*⁶⁹⁵.

767. Chaque groupe adopte sa propre conception et sa propre définition du droit administratif. Il se pose alors le problème de l'identification du droit administratif de référence dans le cadre de l'étude comparative. L'analogie entre le droit administratif global et les droits administratifs nationaux peut s'avérer bien trop complexe et contreproductive. Il est donc préférable de s'appuyer sur les caractères communs aux droits administratifs.

768. Le droit administratif est avant tout un droit d'allocation et de vérification des compétences. Il est également un droit de l'action administrative, un corpus de procédés administratifs qui s'articulent autour de quatre grands types d'actes : les actes fixant des règles de comportement, les actes déterminant les allocations de droit, les actes institutionnels et les

⁶⁹¹ K. NEUMEYER, « Le droit administratif international », *RGDIP*, 1911, p. 494.

⁶⁹² C. BORIES, « Rapport introductif : Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : Tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 28.

⁶⁹³ D MOCKLE, *op.cit.*, p. 7.

⁶⁹⁴ Voir M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, collection Thémis, 2007 pp. 1-362.

⁶⁹⁵ J. ZILLER, « L'usage du qualificatif de droit administratif en droit comparé » in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, p.131.

actes sanctionneurs⁶⁹⁶. L'articulation entre le droit administratif et le droit administratif global doit être analysée au regard de l'action administrative et des fonctions à caractère administratif des organes du droit administratif global, telles qu'on les retrouve dans la plupart des systèmes administratifs nationaux. Sous cet angle, des points communs peuvent être observés entre le droit administratif global et le droit administratif.

769. De plus, les organes du droit administratif global exercent aussi des fonctions administratives à travers le phénomène de régulation. Ce phénomène est considéré comme une activité d'administration au regard de deux critères⁶⁹⁷. Le premier critère est le but de l'activité. En effet, les organes du droit administratif global serviraient un but que l'on pourrait assimiler au but d'intérêt général en droit administratif ; en droit administratif global, il est fait référence par exemple à certaines notions comme le « bien public mondial »⁶⁹⁸. Le deuxième critère renvoie à la nature de l'activité. Les activités de régulation sont des :

*« Routinized activities that are neither the making of general laws through high-level textual enactments (akin to legislation or treaties), nor episodic dispute settlement (akin to formal legal adjudication). Within those parameters, administration includes the making of general non-treaty rules by administrative bodies (administrative rulemaking), decision-making by certain entities that affects identifiable actors or interests, and administrative adjudication of the situation of other actors or the weight to accord to a specific interest »*⁶⁹⁹.

770. Au total, une grande part de la gouvernance globale peut être comprise et analysée en tant qu'action administrative : création de règles, jugements administratifs tranchant entre des intérêts opposés et autres formes de décisions et de gestion réglementaire ou administrative⁷⁰⁰.

771. Par ailleurs, les organes administratifs nationaux connaissent aussi des évolutions qui présentent les mêmes caractères que les entités administratives globales. On y trouve les mêmes complexités d'ordre structurel marquées par l'enchevêtrement des structures, la juxtaposition d'entités technocratiques, ainsi que le recours fréquent au modèle de l'agence plus ou moins indépendante, comme moyen à la fois d'isoler le pouvoir d'expertise et d'éviter certains conflits d'intérêts⁷⁰¹.

772. De plus, les droits administratifs nationaux regorgent de bon nombre de concepts reconnus pour traiter des questions comme le contrôle des décisions, le respect de l'état de droit,

⁶⁹⁶ F. ROLIN, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp.119-124.

⁶⁹⁷ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 46.

⁶⁹⁸ G. SHAFFER, « International Law and Global Public Goods in a Legal pluralist World », *EJIL*, 2012, vol. 23, n°3, p. 688.

⁶⁹⁹ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *EPIL*, vol. 4, 2012, § 13.

⁷⁰⁰ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 17.

⁷⁰¹ J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 4.

l'accès à l'information publique, ou l'évaluation de l'action publique⁷⁰². De ce fait, le droit administratif constitue une source d'inspiration pour le droit administratif global, dont l'objet n'est pas axé sur le contenu des règles substantielles, mais plutôt sur l'application de principes, règles de procédure, mécanismes de recours, existants ou possibles, et autres mécanismes liés à la transparence, la participation, la prise de décision rationnelle.

773. Cependant, malgré l'étroitesse des liens et l'existence de similitudes fonctionnelles entre le droit administratif global et le droit administratif, des points de démarcation peuvent être identifiés entre les deux matières. La première limite du raisonnement analogique part du constat que certaines administrations globales comme les organisations internationales ne peuvent pas être reconnues comme des organes administratifs à part entière du point de vue de l'exercice de l'autorité publique. Cela tient à la difficulté « à identifier de manière incontestable au niveau international les éléments présents au niveau de l'État, à savoir les activités constitutionnelles et législatives »⁷⁰³. Sur le plan interne, l'activité administrative et l'activité législative d'un État sont bien distinctes et l'élaboration des normes est considérée comme un élément de l'activité législative. Dans le cadre du droit administratif global, les actions administratives et législatives sont imbriquées par l'élaboration de normes qui ne sont de surcroît, pas édictées sous la forme de traités, mais plutôt de simples actes unilatéraux adoptés par les organes subsidiaires⁷⁰⁴.

774. En outre, du point de vue constitutionnel, contrairement au droit administratif interne, on peut également relever que le droit administratif global n'a pas de couverture constitutionnelle. Il n'existe pas d'entités supérieures, mais plutôt un ensemble de sous gouvernements de secteur⁷⁰⁵. Ce défaut d'assise constitutionnelle priverait le droit administratif global d'une légitimité démocratique. Toutefois, certains concepteurs du droit administratif global mettent en avant l'émergence d'une constitution globale composée de garanties en terme protection des droits de l'Homme, qui sont de plus en plus institutionnalisées⁷⁰⁶.

775. Une troisième différence peut être observée à propos des pouvoirs reconnus aux organes administratifs. En effet, le droit administratif interne est construit autour d'un noyau d'administration, de commandement et de contrôle — *Command-and-control administration*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 98.

⁷⁰⁴ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 17.

⁷⁰⁵ S. CASSESE « Le droit administratif global : une introduction », *op.cit.*, §50.

⁷⁰⁶ S. CASSESE, « Constitutionalisme national et global », in S. CASSESE, P. COSSALTER, *Au-delà de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 231.

— de règles et décisions contraignant les acteurs privés⁷⁰⁷ qui n'existe pas en droit administratif global. En effet:

*« global administration consists mostly of administrative bodies with the power to make recommendations but not binding rules, or of regulatory networks other intergovernmental cooperative arrangements with informal decision-making procedures »*⁷⁰⁸.

776. Enfin, une nuance peut également être relevée cette fois au niveau de la nature des organes administratifs. Dans les droits administratifs nationaux, ce sont les décisions prises par des corps représentatifs qui prévalent, tandis que les décisions en droit administratif global sont généralement prises par des comités indépendants, souvent composés d'États, d'entités infra étatiques ou de personnes privées sur la base de critères scientifiques, et de négociations conclues par accords⁷⁰⁹.

777. Tout de même, les points de divergence relevés ne sont pas suffisants pour établir une démarcation nette entre le droit administratif global et le droit administratif. Au contraire, la quantité des facteurs de rapprochements entre ces deux matières montre qu'il y a plutôt une continuité et non pas une rupture⁷¹⁰. Le droit administratif global vient proposer une lecture évolutive de la régulation des rapports, qui remet en question les canons traditionnels d'analyse et de démarcation entre droit international public et droit administratif⁷¹¹. L'émergence du droit administratif global correspond plutôt « à l'évolution du droit international public et du droit administratif dans le contexte d'un rapprochement réciproque »⁷¹².

778. Devrait-on pour autant reconnaître l'existence d'un espace administratif global distinct ? Pour Kingsbury, certaines circonstances appellent à la reconnaissance d'un espace administratif global, distinct à la fois de l'espace des relations interétatiques, gouverné par le droit international, et de l'espace réglementaire national gouverné par le droit administratif national, mais qui comprend des éléments de chacune de ces deux sphères⁷¹³.

779. Le contenu que propose le droit administratif global pourrait contribuer à encadrer les contrats d'organisation internationale.

⁷⁰⁷ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 53.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ S. CASSESE « Le droit administratif global : une introduction », *op.cit.*, §11.

⁷¹⁰ *Ibid.*, §41.

⁷¹¹ J-B ; AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 6.

⁷¹² D. MOCKLE, *op.cit.*, p. 45.

⁷¹³ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 26.

Section II. L'apport matériel du droit administratif global aux contrats d'organisation internationale

780. Le droit administratif global est une discipline récente et émergente dont le contenu peut enrichir le corpus des règles applicables aux contrats d'organisation internationale. Pour cela, il convient de procéder à l'identification des modes de formation de ce droit (Paragraphe 1) avant d'analyser leur contenu (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'identification des modes de formation du droit administratif global

781. L'une des caractéristiques premières du droit administratif global dégagées par la doctrine est son absence de formalisme (A). Tout de même, cette position a nettement évolué et certains auteurs ont même proposé une classification des sources (B).

A. Le rejet initial du formalisme

782. La doctrine du droit administratif global s'est montrée réticente quant à l'établissement d'une théorie des sources du droit administratif global. En effet, le droit administratif global contient des normes et pratiques éparses et disséminées de telle sorte qu'il est difficile d'identifier un corpus de règles précises. Le formalisme tel qu'adopté en droit international public⁷¹⁴ n'est pas retenu comme méthode d'identification en droit administratif global⁷¹⁵. Le droit administratif global est composé aussi bien de normes du droit international que de règles et standards émis par des entités publiques ou privées. Il s'appuie surtout sur la "pratique normative" définie comme un ensemble de « mesures prises par les institutions administratives globales qui ne rentrent dans aucune des catégories formelles utilisées en droit international public »⁷¹⁶.

783. Cette "pratique normative" diffère de la coutume car elle est dépourvue d'*opinio juris*, c'est-à-dire que les auteurs de cette pratique n'ont pas la conviction de se soumettre à une obligation juridique. Pour autant, cette pratique n'est pas privée de juridicité. En effet, il existe des pratiques développées dans un souci d'efficacité et de pragmatisme, élaborées pour

⁷¹⁴ Article 38 du statut de la CIJ : « La Cour [...] applique : a) les conventions internationales [...] b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit, c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, d) sous réserve de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

⁷¹⁵ J. D'ASPREMONT, *Formation and The Sources of International Law-A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 12.

⁷¹⁶ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 49.

répondre à certaines problématiques spécifiques — en matière environnementale, commerciale ou bancaire — et dont le cadre institutionnel suffit à en asseoir la légitimité et la légalité⁷¹⁷. La pratique normative coexiste avec une pratique institutionnelle qui renvoie à la façon d’agir des institutions du droit administratif global⁷¹⁸. Les pratiques les plus répandues concernent généralement les principes de bonne gouvernance « dont les points cardinaux sont le respect de l’état de droit, la transparence, la participation et l’*accountability* »⁷¹⁹.

784. Ainsi la pratique normative est-elle considérée comme une source fondamentale du droit administratif global. Elle marque le développement d’un *ius gentium* qui — contrairement au *ius inter gentes* qui est construit sur la base d’accords entre États — englobe des normes émergeant parmi une grande variété d’acteurs et dans des cadres très divers⁷²⁰. Ce *ius gentium* se présente en droit administratif global sous la forme d’un principe de *publicness*, qui peut être défini comme: « *the claim made for law that is 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* »⁷²¹.

785. Cela signifie que les normes issues de la pratique acquièrent leur obligatorité à travers leur impact sur la société. La règle de *publicness* « sert alors de marqueur afin de déterminer si une règle donnée possède le caractère de règle de groupe, et dit ainsi être soutenue par la pression sociale de ce groupe »⁷²². Ainsi, la capacité des normes à servir l’intérêt commun est évaluée à travers le respect de certains principes empruntés aux droits publics nationaux comme l’état de droit — *rule of law* — les droits de l’Homme⁷²³.

786. La complexité dans l’étude des sources du droit administratif global tend à s’atténuer. Le constat est que ces normes sont de plus codifiées ou formalisées dans certains documents de références, rapports, code de conduite... cette évolution progressive vers le formalisme ouvre la voie à des propositions doctrinales de classification des sources.

⁷¹⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Qu’est-ce que la pratique en droit international ? », in SFDI, *La pratique et le droit international : Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004, p. 22.

⁷¹⁸ B. KINGSBURY, « Introduction: Global Administrative Law in the Institutional Practice of Global Regulatory Governance », *The World Bank Legal Review*, 2011, p. 20.

⁷¹⁹ R. MAUREL, *op.cit.*, pp. 117-129.

⁷²⁰ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 30.

⁷²¹ B. KINGSBURY, « The Concept of Law in Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 6.

⁷²² E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 106.

⁷²³ B. KINGSBURY, « The Concept of Law in Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 12.

B. Propositions doctrinales de classification des sources

787. D'un point de vue doctrinal, il se dégage une tendance à l'utilisation du formalisme pour analyser l'évolution du droit administratif global. Kingsbury va lui-même dégager une liste de cinq possibles sources du droit administratif global ⁷²⁴ : le droit international public — et plus particulièrement les traités internationaux — le *ius gentium* ; le droit administratif international ; les droits administratifs nationaux. Dans sa thèse consacrée à l'étude des sources du droit administratif global, Raphaël Maurel propose une typologie précise des sources formelles du droit administratif global ⁷²⁵. L'auteur suggère qu'il « est possible d'identifier les modes de formations du droit administratif global et d'en proposer une présentation cohérente et ordonnée » ⁷²⁶. À partir d'une méthode inductive — on observe une régularité et on induit la règle ⁷²⁷ — mais aussi d'une démonstration par l'exemple et sauf preuve du contraire, l'auteur identifie des sources unilatérales (1) et des sources plurilatérales (2).

1. Les sources unilatérales du droit administratif global

788. Les sources unilatérales désignent « les modes de formation imputables à un unique sujet de droit, cette qualité étant appréciée au sein de l'ordre juridique de référence pertinent » ⁷²⁸. Les sources unilatérales du droit administratif global ne sont pas déterminées sur une base organique contrairement au droit international public qui distingue les actes unilatéraux des États de ceux des organisations internationales. L'auteur se penche plutôt sur les destinataires des normes formées unilatéralement. Il relève deux types de sources : les sources à vocation interne (1) et les sources à vocation externe (2).

a) Les sources à vocation interne

789. Il y a formation unilatérale interne du droit administratif global lorsque l'entité globale crée la norme et entend se l'appliquer à elle-même ou à ses organes subsidiaires. Les sources à vocation interne sont « *techniquement hermétiques* » ⁷²⁹, et ne nécessitent l'intervention juridique d'aucune entité autre que celle qui crée la norme. L'entité globale agit de la sorte :

⁷²⁴ B. KINGSBURY, M. DONALDSON, « Global Administrative Law », *op.cit.*, notes 20 à 25.

⁷²⁵ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 71 ; L'auteur opère une distinction entre sources formelles et sources matérielles. La source formelle renvoie à l'origine de la règle et la source matérielle à son mode de formation. Il finit par retenir une conception large des sources formelles pour désigner les techniques et processus permettant à une norme donnée d'intégrer le droit positif et d'être intégrée comme telle.

⁷²⁶ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 69.

⁷²⁷ C. SANTULLI, *Le statut de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 33.

⁷²⁸ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 82.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 85.

« 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 »⁷³⁰.

790. Les normes de droit administratif global sont diverses et sont composées entre autres de normes en matière de protection de l'environnement, de protection des consommateurs ou encore de lutte contre la corruption. À titre d'illustration, les organisations internationales peuvent mobiliser leurs compétences implicites pour créer des normes ou des organes de droit administratif global. C'est le cas du panel d'inspection de la Banque mondiale, qui est un mécanisme de dépôt de plainte indépendant créé par deux résolutions de la BIRD et de l'Agence Internationale de Développement ⁷³¹ et destiné aux personnes qui estiment qu'un projet financé par la Banque mondiale leur a été, ou pourrait leur être préjudiciable ⁷³².

791. La mobilisation des compétences implicites de l'organisation internationale a l'avantage de lui offrir de la flexibilité dans la création des normes du droit administratif global. Elle permettrait également aux organisations internationales de créer des organes subsidiaires sans pour autant modifier les statuts de l'organisation ⁷³³. Une telle possibilité pourrait être étendue au domaine contractuel par la création de mécanismes de recours équivalents.

b) Les sources à vocation externe

792. Les sources dites externes du droit administratif global contiennent des normes émanant d'une entité extérieure à l'entité qui est destinataire de la norme. En effet, l'entité réceptrice est extérieure et se voit imposer — pas nécessairement par voie de contrainte — une norme par l'entité émettrice ⁷³⁴. Cette norme a nécessairement besoin d'être reçue en vue de produire des effets juridiques. L'auteur relève deux types de réception : une réception verticale et une réception horizontale.

793. La réception verticale suppose l'existence d'un lien juridique de type sujet/assujetti. Il s'agit alors essentiellement d'une relation dans laquelle l'émetteur de la norme est un État ou une organisation internationale ⁷³⁵. Sur le plan étatique, l'État peut créer des normes de droit administratif global à vocation externe par le biais de lois ou règlements. L'auteur ne manque pas de citer des exemples en matière d'investissement, avec l'article 8 du Code burkinabé des investissements qui conditionne les investissements au respect des dispositions en matière de

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁷³¹ Résolution BIRD 93-10, Sec M93-988; Résolution AID 93-6, Sec M93-313.

⁷³² https://www.inspectionpanel.org/sites/default/files/language_pages/IPN_Brochure_French.pdf.

⁷³³ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 99.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 143.

politique économique et sociale, de santé et de salubrité publique, de sauvegarde de l'environnement. Ainsi l'État contrôle le respect de ses dispositions en soumettant les investissements à un régime d'autorisation préalable du ministre de l'Industrie⁷³⁶.

794. Par ailleurs, certaines dispositions législatives incluant des normes de droit administratif global peuvent s'appliquer par-delà les frontières de l'État. C'est le cas de la 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, appelée encore loi Sapin 2. Cette loi, dont les dispositions sont intégrées aux articles 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal, contient des mécanismes de lutte contre la corruption à destination des entreprises, notamment l'élaboration d'un code de conduite intégré au règlement intérieur ou encore l'établissement de procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques⁷³⁷. L'article 21 de la loi Sapin 2 prévoit que :

« Dans le cas où les infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidante habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi française est applicable en toutes circonstances, par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et l'article 113-8 n'est pas applicable ».

795. Dans le cas des organisations internationales, la relation sujet/assujetti se justifie à l'égard des États et concerne les actes des organisations internationales qui s'adressent directement aux États membres de l'organisation et aux personnes physiques et morales qui relèvent de leur compétence⁷³⁸. À ce titre, l'auteur considère par exemple que le RGPD constitue :

*« l'une des sources principales du droit administratif global en matière de protection de l'utilisateur d'internet tant par son contenu que du fait de son champ d'application quasi universel »*⁷³⁹.

796. La réception horizontale ou matérielle suppose l'absence de lien juridique avec le destinataire de la règle. Dans ce cas de figure, l'entité créatrice émet une norme qui n'est pas initialement destinée à l'entité réceptrice, mais cette dernière finit par recevoir la norme par le moyen d'une pression juridique émanant d'un ordre juridique tiers⁷⁴⁰. C'est le cas de l'*International Accounting Standards Board* (IASB) qui est un organe indépendant composé d'experts et dont le rôle est de proposer des standards en matière comptable. Les normes émanant de cette entité sont reprises par les États ou les institutions internationales, dont

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 149.

⁷³⁷ 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.

⁷³⁸ M. FORTEAU, « Organisations internationales », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op.cit.*, p. 262.

⁷³⁹ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 161.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 180.

l'UE⁷⁴¹. Toutefois, le Règlement européen sur l'application des normes comptables internationales⁷⁴² prévoit que les normes élaborées par l'IASB font l'objet d'une procédure de contrôle⁷⁴³ sous la supervision d'un organe spécialement créé en la matière, l'*European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG)⁷⁴⁴. En matière de sources du droit administratif global, le mécanisme est expliqué par Raphaël Maurel comme suit :

*« 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 est interne à l'Union européenne, il a bien pour destinataire direct l'IASB »*⁷⁴⁵.

797. Les sources du droit administratif global peuvent ensuite être plurilatérales.

2. Les sources plurilatérales du droit administratif global

798. Les sources plurilatérales regroupent les normes qui ont été adoptées à la suite de discussions ou de négociations et qui ont abouti sur un accord⁷⁴⁶ (a). Elles peuvent être également formalisées dans des instruments non négociés (b).

a) La formalisation du droit administratif global par un instrument négocié

799. L'auteur relève plusieurs formes d'instruments négociés qui peuvent contenir des normes de droit administratif global. Il y a entre autres les traités qui créent et organisent le fonctionnement des entités globales. Ces traités sont plutôt rares et même lorsqu'ils créent des entités globales, ils ne contiennent que peu de normes de droit administratif global. L'auteur cite quelques exemples relatifs aux contrôles internes de légalité dans certaines organisations comme la CJUE ou INTERPOL⁷⁴⁷. Cette rareté des normes dans les traités se justifie par le fait que les États parties n'estiment pas utile de procéder à une révision — souvent rigide — du traité fondateur dès lors que les sources unilatérales peuvent prévoir des normes de droit administratif global⁷⁴⁸. Toutefois, on assiste aujourd'hui à la multiplication de conventions dont

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² 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, L243/1 modifié par le Règlement (CE) n° 297/2008 sur l'application des normes comptables internationales en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, 9 avril 2008, L97/62.

⁷⁴³ 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, L320/1.

⁷⁴⁵ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 185.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 217.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 220.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 221.

l'objet est la régulation de phénomènes globaux en matière environnementale ou en matière de lutte contre la corruption⁷⁴⁹.

800. Les normes de droit administratif global peuvent être également insérées dans un traité qui est étranger au droit administratif global. C'est le cas lorsque des normes de transparence ou des normes en matière environnementale sont insérées dans les accords bilatéraux ou multilatéraux d'investissement⁷⁵⁰. De même, les normes de droit administratif global peuvent être inscrites dans un accord non reconnu comme source de droit international. L'auteur cite l'exemple des « *accords écrits mixtes* »⁷⁵¹ qui incluent les contrats entre organisations internationales et personnes privées, les partenariats entre entités globales privées et entités publiques, etc.

b) La formalisation du droit administratif global par un instrument non négocié

801. La production de normes dans un instrument non négocié fait référence à la notion de contrat d'adhésion. Ces accords d'adhésion peuvent être bilatéraux dans un premier temps, c'est-à-dire conclus entre les entités globales et leurs partenaires. L'auteur cite le cas des « codes fournisseurs » qui ont pour objectif d'imposer aux fournisseurs et sous-traitants un certain nombre d'exigences comme le respect de certaines normes de droit administratif global en matière environnementale. Ces codes sont intégrés dans un document distinct ou sont directement joints au contrat⁷⁵².

802. Les instruments peuvent aussi être plurilatéraux. Il s'agit d'accords entre les entités globales privées et une ou plusieurs entités publiques⁷⁵³. L'auteur cite l'exemple particulier des contrats ville-hôte du Comité international olympique (CIO). Ces contrats présentent les caractères de contrats d'adhésion dans la mesure où les villes qui présentent leurs candidatures doivent s'engager à signer le contrat sans réserve ni amendements⁷⁵⁴. Mais ces contrats contiennent aussi des normes de droit administratif global comme la transparence, la bonne gouvernance, la responsabilité ou encore le respect de l'environnement⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 222.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 231.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 244.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 260.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 264.

⁷⁵⁴ CIO, Procédure de candidature aux Jeux Olympiques d'hiver 2026, septembre 2017, disponible en ligne sur : <https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/Games/Winter-Games/Games-2026-Winter-Olympic-Games/Candidature-Process-Olympic-Winter-Games-2026-FRE.pdf>.

⁷⁵⁵ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 266.

803. Les travaux menés par Raphaël Maurel, dont certains aspects ont été abordés dans le cadre de cette étude, ont le mérite de proposer une structuration des normes du droit administratif global, perçu par la doctrine comme un domaine réfractaire à toute formalisation. Les efforts de classification mettent en lumière l'émergence de nouvelles formes de régulation ainsi que le développement d'un droit administratif global dont le contenu est appelé à répondre aux enjeux de globalisation.

Paragraphe 2. Le contenu des normes du droit administratif global

804. Le contenu du droit administratif global se résume bien dans la définition ci-après apportée par Fromageau :

« Le droit administratif global se donne pour but d'analyser un ensemble de mécanismes, règles et procédés comparables aux droits administratifs nationaux utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation (accountability), au sein d'une structure hybride (Global administrative space) composée aussi bien d'organisations internationales que d'acteurs non étatiques »⁷⁵⁶.

805. Cette définition montre la spécificité des normes, qui indépendamment de leur contenu, sont orientées vers la satisfaction d'un intérêt global. Pour une meilleure compréhension des règles du droit administratif global, il peut être procédé là encore à une classification des normes selon leur objectif. Le droit administratif global est ainsi composé de normes substantielles ou fonctionnelles qui encadrent l'activité des entités globales (A). Le droit administratif global contient également des normes procédurales qui protègent l'administré (B).

A. Les normes fonctionnelles du droit administratif global

806. De prime abord, les normes fonctionnelles du droit administratif global incluent les règles et décisions prises par les organes du droit administratif global⁷⁵⁷. Bien que spécifiques à chaque domaine de régulation globale, ces règles contiennent des points communs qui permettent de les identifier. Il s'agit de « modèles standardisés et connectés entre eux de manière forte et étendue si bien qu'ils constituent un domaine embryonnaire de droit administratif global »⁷⁵⁸. Par exemple, on retrouve plusieurs exemples de normes de droit

⁷⁵⁶ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 1.

⁷⁵⁷ T. PERROUD, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », in R. BISMUTH, *La standardisation internationale privée*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 201.

⁷⁵⁸ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 17.

administratif global en matière de mécanisme de lutte contre la fraude et de corruption dans certaines institutions internationales comme la Banque Mondiale⁷⁵⁹ ou la BAD⁷⁶⁰.

807. Mais en réalité, il serait improductif à ce stade de l'identification des normes fonctionnelles du droit administratif global, de dresser une typologie des règles de droit administratif global en fonction de leur contenu concret. L'aspect fonctionnel des règles du droit administratif global met plutôt l'accent sur l'environnement juridique de la norme et sur fonction légitimatrice⁷⁶¹. La préoccupation du droit administratif global est :

« d'examiner dans quelle mesure et de quelle manière, les organes administratifs globaux sont contraints au respect des principes de l'état de droit, si quelque chose les y contraint »⁷⁶².

Les objectifs fonctionnels des normes du droit administratif global se résument donc dans la notion d'*accountability* des entités globales.

808. La notion d'*accountability* puise ses racines dans le management public et désigne tous les mécanismes de contrôle de la bonne gouvernance. Elle a acquis au fur et à mesure une dimension juridique plus large au point d'être considérée comme un critère de bonne gouvernance dans certaines entités globales, notamment les organisations internationales⁷⁶³.

809. L'*accountability* est définie par Kingbury comme : « *a mechanism to control power of a public body by calling it to account* »⁷⁶⁴. En effet, l'une des critiques apportées à l'activité des entités globales reste l'absence ou la faiblesse d'un droit de regard sur les activités des entités globales — *accountability deficit*⁷⁶⁵. En effet, ces entités sont :

« autant qu'il est possible éloignées du regard des citoyens, des acteurs privés ordinaires — autres que ceux qui, parfois, se trouvent impliqués dans leur fonctionnement — : ils le sont en tous les cas davantage que les organes administratifs nationaux »⁷⁶⁶.

810. Or, les normes de ces entités affectent directement ou indirectement la vie des destinataires. L'*accountability* répond alors au besoin d'imposer des règles qui respectent les intérêts des citoyens et qui impliquent que l'entité globale : « *provide explanations or justifications to another act regarding his/her actions and that the second actor could reward*

⁷⁵⁹ Directive passation des marchés financés par les prêts de la BIRD, et les crédits de l'AID, mai 2004.

⁷⁶⁰ Directives pour la prévention et la lutte contre la corruption et la fraude dans les opérations du groupe de la Banque, février 2004.

⁷⁶¹ R. MAUREL, *op.cit.*, p. 266.

⁷⁶² J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 4.

⁷⁶³ D. MOCKLE, *op.cit.*, p. 23.

⁷⁶⁴ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 45.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁶⁶ J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 6.

or punish the first based on his/her performance »⁷⁶⁷. L'*accountability* permet alors de maintenir et d'assurer la cohésion et le bon fonctionnement d'un ordre institutionnel qui est justifié indépendamment⁷⁶⁸. L'*accountability* n'a pas uniquement pour objet d'établir un régime de responsabilité à l'égard des entités globales, mais ce principe :

« *provide a way for organizations and individuals to take responsibility for developing policies and procedures, for shaping missions and values, and for assessing performance in relation to goals* »⁷⁶⁹.

811. L'exigence d'*accountability* est axée autour de trois éléments : un ensemble de standards au regard desquels une entité doit rendre des comptes ; un mécanisme qui favorise la relation entre l'entité *accountable* et celui qui demande des comptes ; un mécanisme de sanction en cas de non-respect des standards par l'entité *accountable*⁷⁷⁰. L'exigence d'*accountability* met en évidence certains principes comme le principe de transparence, qui implique entre autres des politiques en matière d'accès à l'information. À cet effet, certaines organisations internationales comme l'OMS⁷⁷¹ ou le PNUD⁷⁷² ont élaboré des *Disclosure Policies* qui encadrent la divulgation d'informations tout en préservant le caractère confidentiel de certaines informations.

Le principe de participation fait également partie des principes garantissant l'*accountability* des organisations internationales : les acteurs globaux prennent des mesures pour associer les acteurs de la société civile ou des particuliers des normes à leurs activités par le biais d'invitations à des conventions ou sommets⁷⁷³ ou par l'attribution du statut d'observateurs à des organisations non gouvernementales⁷⁷⁴ en tant qu'observateurs. Par exemple, à L'ONUSIDA, les ONG peuvent prendre part aux délibérations de son organe de pilotage, le Conseil de coordination du Programme (CCP), sur les questions qui les intéressent particulièrement. Ils peuvent avoir accès aux documents de base du CCP et peuvent soumettre des mémoires au directeur général, lequel décidera de la nature et de l'ampleur de leur diffusion. Les observateurs souhaitant proposer des points de décision ou introduire de nouveaux points à l'ordre du jour doivent le faire par l'entremise des membres du Conseil ou des participants au

⁷⁶⁷ D. ASSAF, « Conceptualizing the Use of Public-Private Partnership as a Regulatory Arrangement in Critical Information Infrastructure Protection », in G. FENNER ZINKERNAGEL (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, New-York, Cambridge University Press, 2009, p. 73.

⁷⁶⁸ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 43.

⁷⁶⁹ S. BURALL, C. NELIGAN, « The Accountability of International Organizations », *Global Public Policy Institute Research Paper Series* n°2, 2005, p. 6.

⁷⁷⁰ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 64.

⁷⁷¹ https://www.who.int/docs/default-source/documents/about-us/infodisclosurepolicy.pdf?sfvrsn=c1520275_10.

⁷⁷² <https://www.undp.org/accountability/transparency/information-disclosure-policy>.

⁷⁷³ <https://www.un.org/fr/conferences/environment/johannesburg2002>.

Conseil⁷⁷⁵. Le principe apparaît dès lors comme : « *une forme de consécration conceptuelle de l'intérêt des entités privées à la participation* »⁷⁷⁶

812. Le principe de transparence implique aussi que l'organisation mette en place des organes permettant d'évaluer leurs actions. À ce sujet, on peut encore citer le Panel d'inspection de la Banque mondiale qui permet aux populations affectées d'adresser des réclamations pour limiter les externalités négatives des projets financés par la Banque Mondiale, notamment sur l'environnement⁷⁷⁷.

813. Le principe l'*accountability* introduit de nouveaux objectifs qui permettent d'associer les personnes privées qui sont impactées par les actes pris par les entités globales, soit en raison du rapport juridique direct entre les actes concernés et les personnes privées, soit en raison de leur vulnérabilité.

B. Les normes procédurales du droit administratif global

814. L'*accountability* des organes du droit administratif global se prolonge au niveau procédural à travers l'élaboration de normes :

*« assurant la protection des droits des sujets directs de la réglementation exercée par les opérateurs globaux, qu'ils soient États, individus, entreprises ou ONG ainsi que ceux des tierces parties »*⁷⁷⁸.

815. Kingsbury identifie certains grands principes comme le droit au recours, la motivation des décisions et d'autres principes substantiels tels que la proportionnalité, l'adéquation des moyens aux fins, la non-utilisation des moyens inutilement restrictifs et le respect des attentes légitimes⁷⁷⁹.

816. En rééquilibrant la relation entre l'administration et les administrés, les normes procédurales du droit administratif global instaurent la justice dans l'administration et consolident le dialogue entre l'administration globale et les administrés⁷⁸⁰. L'effectivité de ces principes doit être garantie par l'institution de véritables organes administratifs chargés spécialement de les mettre en œuvre. Comme l'indique Sabino Cassese:

« an administrative system is not complete without a mechanism for judicial review. In the global space, on one hand, there exist veritable administrative courts; on the other,

⁷⁷⁵ <https://www.unaids.org/fr/whoweare/pcb>.

⁷⁷⁶ V. NDIOR, La participation d'entités privées aux activités des institutions internationales, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2013, p. 93

⁷⁷⁷ https://www.inspectionpanel.org/sites/default/files/language_pages/IPN_Brochure_French.pdf.

⁷⁷⁸ E. FROMAGEAU, *op.cit.*, p. 101.

⁷⁷⁹ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWARD, « The Emergence of Global Administrative Law », *op.cit.*, p. 37.

⁷⁸⁰ S. CASSESE, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 43.

*however, there are numerous quasi-judicial bodies. The latter have more limited powers, but wider functions »*⁷⁸¹.

817. Certaines entités globales ont prévu des mécanismes qui, indépendamment de leur appellation, exercent une fonction judiciaire ou quasi judiciaire — l'Organe de règlement des différends de l'OMC, le Tribunal international du droit de la mer, le CIRDI, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, ou encore le Panel d'inspection de la Banque mondiale.

818. L'intérêt du droit administratif global est d'asseoir la légitimité de ces organes et d'encourager les acteurs du droit administratif global qui n'ont pas encore franchi ce cap à mettre en place de tels mécanismes de révisions des décisions. La multiplication des normes et d'organes chargés de leur mise en application est aussi une illustration de l'institutionnalisation et de son efficacité sur le terrain de la pratique⁷⁸².

Résumé du chapitre premier

819. La théorie du droit administratif global est un projet ambitieux pensé par ses auteurs pour s'adapter à l'évolution du contexte actuel marqué par une forte globalisation des rapports. Même si la matière reste controversée et n'est pas reconnue comme une discipline à part entière, à l'instar du droit administratif et du droit international public⁷⁸³, Elle a le mérite de proposer des solutions innovantes qui transcendent les ordres juridiques préexistants et qui répondent au mieux aux enjeux actuels. Au vu de sa particularité, le droit administratif global devrait davantage se diversifier. Comme le souligne Jean-Bernard Auby :

*« Il lui reste sans doute à rentrer davantage en connexion avec les autres aspects. Parce que la globalisation juridique est un mouvement en quelque sorte circulaire, en quelque sorte tous azimuts, et que l'on n'en perce bien les secrets que si l'on se persuade qu'elle a son siège aussi bien dans le « petit » marché public qu'une commune française ou italienne passe avec un fournisseur japonais de matériel informatique que dans les grandes décisions que prend l'Organe de règlement des différends de l'OMC ou le Comité de Bâle »*⁷⁸⁴.

820. A cet égard, les marchés passés par les organisations internationales constituent certainement le prochain chantier du droit administratif global⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² S. CASSESE « Le droit administratif global : une introduction », *op.cit.*, § 47.

⁷⁸³ Voir J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 7; La description apportée par Sabino Cassese montre la difficulté à situer le droit administratif global : « *it 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* »; voir S. CASSESE, « Global Administrative Law: The State of Art », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, p. 466.

⁷⁸⁴ J-B. AUBY, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », *op.cit.*, p. 9.

⁷⁸⁵ N. BONUCCI, « L'OCDE et le droit administratif global », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 309.

CHAPITRE 2. LE RÔLE DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL DANS L'ENCADREMENT DES MARCHÉS PASSÉS PAR LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

821. Les marchés passés par les organisations internationales dans l'accomplissement de leurs missions s'inscrivent dans un contexte qui correspond aux enjeux globaux rattachés à l'étude du droit administratif global. Les organisations internationales, considérées désormais comme entités administratives globales, ont de plus en plus recours aux marchés pour l'acquisition de biens ou de services. En guise d'illustration, le montant total des marchés passés par la FAO a plus que doublé entre 2015 et 2022, passant de 317 millions de dollars à 719,94 millions de dollars. À l'OMS, le volume des marchés est passé de près de 708,694 millions d'euros en 2014 à 1,63 milliard de dollars en 2022⁷⁸⁶.

822. Les règlements de passation de marchés sont des outils qui organisent les rapports contractuels entre les organisations internationales et les personnes privées à travers la régulation de toutes les étapes de la procédure. Pour ce faire, ils prévoient généralement trois phases : la définition du besoin, la sélection du contractant — à travers une procédure d'appel d'offres et la mise en concurrence des candidats — et la conclusion du contrat proprement dite. Ces procédures sont généralement appliquées par les organisations internationales. On peut citer l'exemple de la CEB⁷⁸⁷ ou encore d'INTERPOL⁷⁸⁸.

823. Par ailleurs, la pratique des organisations internationales conduit à distinguer deux types de marchés selon le type d'exécution — direct ou indirect. Dans les marchés à exécution directe, l'organisation internationale supervise toutes les étapes de passation du marché jusqu'à la conclusion du contrat final. En revanche, les marchés à exécution indirecte se caractérisent par une relation triangulaire qui peut être décrite de la manière suivante : l'organisation internationale signe un contrat A avec une personne publique pour l'exécution d'un autre marché B avec une autre personne privée C. On retrouve ce genre de prestations dans le cadre des opérations de maintien de la paix avec la *letter of assist*, qui est un contrat entre l'ONU et les États contributeurs en vue de l'achat de biens ou de fournitures nécessaires pour les opérations de maintien de la paix — équipements, transports des contingents, etc⁷⁸⁹. Les marchés à exécution indirecte sont aussi récurrents chez les institutions financières

⁷⁸⁶ *Annual Statistical Report on United Nations Procurement*, 2022, disponible en ligne sur https://www.ungm.org/Shared/KnowledgeCenter/Pages/asr_report.

⁷⁸⁷ Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB, septembre 2023.

⁷⁸⁸ INTERPOL, *Procurement Manual, Rules and Procedures*, juillet 2015.

⁷⁸⁹ <https://peacekeeping.un.org/en/deployment-and-reimbursement>.

internationales comme la BAD, la CEB, ou la Banque mondiale, et se matérialisent par la signature de contrats de financement ou par des contrats de projets. Les organisations internationales prévoient des règlements spécifiques pour ce genre de marchés qui tiennent compte de l'intervention de l'administration publique⁷⁹⁰. Les contrats à exécution indirecte sont caractérisés par une relation tripartite, dans laquelle l'État apporte une couverture à la personne privée sous forme d'un engagement au titre de caution solidaire⁷⁹¹. Cette intervention a l'avantage de restaurer l'équilibre contractuel entre l'organisation internationale et la personne privée. C'est la raison pour laquelle la présente étude sera limitée aux marchés à exécution directe qui restent bipartites et sans intervention d'une entité tierce.

824. Les normes de droit administratif global intègrent le droit interne des organisations internationales à travers l'exigence d'*accountability* à laquelle elles se conforment (Section préliminaire). Par ailleurs, de leur conception à leur réalisation, les contrats d'organisation internationale sont marqués dans la pratique par la prédominance des intérêts de l'organisation internationale, intérêts formalisés dans les règlements de passation de marchés. Toutefois, ces règlements de passation peuvent avoir une double fonction, en ce qu'ils prévoiraient des normes ou principes de régulation des rapports, qui peuvent être aussi qualifiés de normes de droit administratif global (Section I). Enfin, l'intégration des normes de droit administratif global en matière d'*accountability* dans les procédures de passation de marchés a aussi pour rôle de protéger les intérêts de la personne privée cocontractante à travers l'instauration de mécanismes de recours précontractuels. (Section II).

Section préliminaire. Le point de départ : l'*accountability* des organisations internationales

825. L'accroissement des missions des organisations internationales ainsi que l'évolution de leurs modes de financement les conduisent à mettre en place des politiques en matière d'*accountability* afin d'assurer leur crédibilité et installer un climat de confiance avec tous les acteurs qui interviennent dans l'exécution de leurs missions. Ces politiques couvrent dans un premier temps le fonctionnement général des organisations internationales (A), mais on assiste à une éclosion de règles spéciales en matière contractuelle (B).

⁷⁹⁰ Directives pour la passation des marchés de biens, travaux et services pour les projets financés par la CEB, septembre 2023 ; Politique de passation des marchés pour les opérations financées par le groupe de la BAD.

⁷⁹¹ J. SALMON, *op.cit.*, p. 636.

A. Le développement des politiques générales en matière d'*accountability*

826. Plusieurs organisations internationales ont commencé à établir leur propre mécanisme d'*accountability*, qui fait désormais partie des principes de référence dans l'exécution de leurs missions.

Le secrétariat général des Nations unies définit l'*accountability* comme :

« Le principe selon lequel l'Organisation et ses fonctionnaires doivent répondre, sous réserve des contraintes extérieures et de la disponibilité des ressources nécessaires, de l'obtention de résultats précis, attendus d'eux après que la responsabilité leur en a été confiée sans ambiguïté et selon des modalités transparentes. Il s'agit d'atteindre les objectifs et d'obtenir les résultats fixés par les mandats, de rendre compte avec objectivité et exactitude des résultats de l'action, de gérer des fonds et de se conduire à tous égards conformément aux règles, règlements et normes, et cela suppose aussi l'existence d'un système de récompenses et de sanctions bien défini »⁷⁹².

827. Concrètement, les actions des organisations internationales doivent être axées autour du triptyque des éléments constitutifs du principe d'*accountability* : un ensemble de standards au regard desquels une entité doit rendre des comptes, un mécanisme capable de mettre en relation, d'une part, l'entité *accountable* et, d'autre part, celui qui est éligible à demander des comptes et la capacité du mécanisme à prévoir des conséquences du non-respect des standards pertinents par l'entité *accountable*⁷⁹³.

828. Le mécanisme d'*accountability* s'intéresse à l'efficacité des missions et remet en question leur aptitude à tenir compte de nouveaux enjeux globaux et à adapter leurs politiques. C'est la raison pour laquelle il est même perçu comme une alternative efficace au régime de la responsabilité en droit international, régime dont la rigidité et la forte formalisation paraissent inadaptées pour encadrer certaines questions, notamment celles qui sont liées à la protection de l'environnement⁷⁹⁴.

829. La politique d'*accountability* des organisations internationales couvre divers domaines d'activité des organisations internationales. À la FAO, le mécanisme d'*accountability* est axé autour d'une véritable politique de transparence. En effet, le site web de l'organisation contient une page dédiée uniquement à la question⁷⁹⁵. L'organisation y publie toutes les informations

⁷⁹²AGNU, *Élaboration d'un système d'application du principe de responsabilité pour le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*, Rapport du Secrétaire général, 64^{ème} session, 29 janvier 2010, A/64/640, §10.

⁷⁹³ R-W. GRANT, R-O. KEOHANE, « Accountability and Abuses of Power in World Politics », *American Politics Sciences Review*, 2005, vol. 99, p. 29.

⁷⁹⁴ P-M. DUPUY, « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement », in M. PRIEUR (dir.), *Les hommes et l'environnement, en hommage à A. Kiss*, Paris, Frison Roche, 1998, p. 269 ; V. RICHARD, « L'*accountability* comme alternative à la responsabilité ? Réflexions en droit international de l'environnement », in E. VERGÈS (dir.), *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?* Paris, LexisNexis, 2011, pp. 523-541.

⁷⁹⁵ <https://www.fao.org/transparency/en>.

relatives aux projets qu'elle entreprend avec tous les détails sur le montant, le lieu, les partenaires... le portail contient également des informations annuelles sur le montant des contributions volontaires versées par les États membres de l'organisation. Le site révèle que l'organisation internationale mène plusieurs actions d'évaluation des activités, projets, programmes, stratégies et politiques et fournit des informations basées sur des preuves crédibles, fiables et utiles pour une incorporation en temps voulu dans les processus de prise de décisions. Les programmes et activités de la FAO font également l'objet d'un audit interne confié au Bureau d'Inspection générale — *Office of the Inspector General* — dont les missions sont les suivantes :

- « 1. *The mission of the Office of the Inspector General (OIG) is to provide oversight of FAO's programmes and operations through internal audit and investigation. OIG and the Office of Evaluation (OED) together provide FAO with comprehensive independent internal oversight coverage.*
2. *OIG is responsible for evaluating and contributing to the improvement of the Organization's governance, risk management and control processes. OIG provides the Director-General, and the functions and programmes audited with independent, objective assurance and consulting services designed to add value and improve FAO operations.*
3. *OIG is responsible for investigating allegations of misconduct involving FAO personnel and allegations of sanctionable actions involving third parties. OIG informs the Director General and Senior Management of lessons learned and promotes policies and activities that enhance the integrity of FAO operations »*⁷⁹⁶.

Les missions d'audit couvrent plusieurs domaines comme la protection contre le harcèlement, la fraude, la corruption ou encore la préservation de l'environnement. L'inspecteur général publie des rapports annuels qui sont également accessibles en ligne.

830. La Banque asiatique de développement s'est également dotée d'un *Accountability Mechanism Policy*⁷⁹⁷ dont la mesure phare est la création d'un *Compliance Review Panel*. Cet organe de révision des décisions a pour rôle de :

- « *Provide a forum for people affected by ADB-assisted projects to appeal to an independent body for matters relating to ADB's compliance with its operational policies and procedures »*⁷⁹⁸.

Le mécanisme de révision des décisions contient deux phases :

- « (i) *a consultation phase, consisting of a special project facilitator (SPF) to respond to specific problems of people affected by ADB-assisted projects through a range of informal and flexible methods.*
- (ii) *a compliance review phase, consisting of a Compliance Review Panel (CRP) to investigate alleged violations of ADB's operational policies and procedures that have resulted, or are likely to result, in direct and material harm to project affected people »*⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Charter of the Office of the Inspector General, <https://www.fao.org/aud/48639/en/>.

⁷⁹⁷ Asian Development Bank, *Accountability Mechanism Policy*, 2012.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, point 6.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

831. Comme on peut le voir, l'exigence d'*accountability* est bien implantée dans les politiques des organisations internationales. Ces dernières ne se contentent pas de simples déclarations de principe, mais élaborent des réglementations techniques avec des procédures très détaillées chargées de répondre aux enjeux globaux. L'institution d'organes de contrôle internes et externes montre encore une fois leur engagement à aligner leur gouvernance sur les normes émergentes du droit administratif global comme la transparence, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement.

832. Toutefois, si les politiques des organisations internationales en matière d'*accountability* sont de plus en plus généralisées, les réglementations spécifiques en matière contractuelle se mettent en place de manière progressive.

B. Le développement progressif des réglementations spéciales d'*accountability* en matière contractuelle

833. Si les personnes privées sont désormais destinataires des dispositions internes des organisations internationales en matière d'*accountability*, il n'y a d'un point de vue formel que très peu d'instruments qui s'intéressent spécifiquement à la matière contractuelle. En réalité, L'*accountability* en matière contractuelle n'est traitée qu'indirectement par les organisations internationales qui incorporent plutôt les standards en matière d'*accountability* dans les documents contractuels. Par exemple, les Conditions générales contractuelles de l'OMPI contiennent des clauses de protection contre les conflits d'intérêts. Le point 17 prévoit que :

« Le Contractant atteste qu'il n'a proposé ni ne proposera, à aucun représentant, responsable, fonctionnaire, employé ou autre agent de l'OMPI, un quelconque avantage direct ou indirect découlant de l'exécution ou de l'attribution du Contrat ou s'y rapportant ».

L'OAS prévoit des dispositions similaires⁸⁰⁰.

834. Des procédures d'audit peuvent être diligentées par les organisations internationales lors de l'exécution du contrat. Toujours à l'OMPI, il est ainsi prévu que :

« Les factures acquittées par l'OMPI peuvent faire l'objet d'une vérification après paiement pendant une période de trois ans suivant l'expiration du Contrat. Le Contractant est tenu de rembourser à l'OMPI les montants dont les audits établissent qu'ils ont été payés d'une manière non conforme aux termes du Contrat. L'OMPI peut également, pendant la même période, effectuer des enquêtes portant sur tout aspect du Contrat ou de son attribution. Le contractant s'engage à coopérer pleinement à de tels audits ou enquêtes. Dans le cadre de cette coopération, le Contractant doit notamment

⁸⁰⁰ *Procurement Contract Rules of the General Secretariat of American States*, Juillet 2000, Chapitre IV.

permettre l'accès à ses locaux, registres, membres du personnel, agents et conseillers associés au contrat conclu avec l'OMPI »⁸⁰¹.

835. Au total, l'intégration de ces standards dans les documents contractuels n'est que le reflet de la position des organisations internationales en matière d'*accountability*. Toutefois, l'efficacité recherchée dans l'établissement de telles normes devrait pouvoir conduire les organisations internationales à prévoir des instruments spécifiques qui contiennent de véritables obligations en matière d'*accountability*, accompagnées éventuellement de mécanismes de sanctions qui aboutiraient par exemple à mettre un fournisseur sur la liste noire⁸⁰². À cet égard, la Banque Mondiale et la BAD peuvent servir de référence pour avoir établi des codes de conduite dédiés uniquement aux contrats.

836. La Banque Mondiale a établi un *Vendor Code of Conduct* dont le champ d'application est le suivant :

« Sets out the minimum standards expected from the World Bank ("WB") vendors ("Vendors") and is part of the WB vendor integrity policies. Vendors should consider this Code as applicable to their entire supply chain, and, at a minimum, shall also require their next-tier suppliers to acknowledge and implement the Code or a substantially equivalent code, which must be shared with the WB. Failure to comply with the provisions of this Code may preclude Vendors from being eligible for a contract award and may result in a contract being terminated »⁸⁰³.

Il s'agit d'un véritable outil juridique obligatoire qui couvre les étapes de la préparation à l'exécution du contrat. De plus, ce code introduit un mécanisme de sanctions en cas de non-respect de la part du cocontractant. Ce dernier peut voir sa candidature être rejetée ou son contrat résilié. On retrouve dans ce code toutes les dispositions pertinentes en matière de droit administratif global comme la lutte contre la corruption⁸⁰⁴ ou les droits de l'Homme⁸⁰⁵. On constate aussi que la Banque s'aligne et fait référence à certains standards techniques connus. Par exemple, en matière environnementale, le code de conduite prévoit que :

« Vendors will utilize, in carrying out the work, information technology products that meet high standards of energy-efficiency and resource responsibility, which at a minimum, meet EPEAT Silver (or equivalent) specifications. Vendors are encouraged to dispose of information technology equipment in a manner meeting both data privacy and environmental responsibility requirements. All recycling of electronic equipment should be done in accordance with the eStewards (or equivalent) standard »⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ OMPI, Conditions générales applicables aux contrats de fourniture de biens et de services, point 19.

⁸⁰² A. TREBILCOCK, « Droit administratif global et OIT », in C. BORIES (dir.), *op.cit.*, p. 304.

⁸⁰³ World Bank Group, *Vendor Code of Conduct*, août 2023, point 1.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, point 2.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, point 3.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, point 5.

Le code de conduite constitue l'assise normative des contrats en matière d'*accountability*. Il est incorporé dans les conditions générales contractuelles de l'organisation et les cocontractants ont l'obligation de s'y conformer⁸⁰⁷.

837. La BAD a également établi un code de conduite qui a pour objet d'énoncer les principes fondamentaux de conduite attendus de tous les fournisseurs, prestataires de services et fournisseurs potentiels qui sont enregistrés auprès de la Banque ou avec lesquels elle entretient des rapports commerciaux⁸⁰⁸. Les normes de droit administratif global sont diverses : santé et sécurité au travail⁸⁰⁹, conduite éthique⁸¹⁰, responsabilité environnementale⁸¹¹. Le code met en place un ensemble d'obligations réciproques que les parties sont tenues d'appliquer. Le cocontractant s'engage entre autres, à agir de bonne foi, préserver la confidentialité et la sécurité de l'information, prendre les mesures appropriées pour gérer les conflits d'intérêts, faire preuve de transparence, assurer la probité et l'intégrité des membres de son personnel travaillant sur les contrats avec la Banque, se soumettre à l'audit, etc⁸¹². En retour, la Banque s'engage à remplir avec soin ses obligations contractuelles, effectuer tous les paiements dus dans les meilleurs délais, communiquer ses politiques et toute la documentation nécessaire pour que le cocontractant s'acquitte de ses obligations dès que possible⁸¹³. Les dispositions restent similaires avec celles de la Banque mondiale pour ce qui concerne les sanctions en cas de non-respect du code⁸¹⁴. Enfin, la BAD incite les parties à aller au-delà des normes du code de conduite et à appliquer les meilleures pratiques internationales et celles applicables dans ce secteur d'activité⁸¹⁵.

838. Les organisations internationales innovent et adaptent leurs politiques contractuelles aux enjeux actuels. C'est le cas des Politiques d'achats durables initiées par certaines organisations internationales comme l'OEB⁸¹⁶ — politique entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024 — ou la BAD⁸¹⁷. Ces instruments intègrent les nouveaux enjeux en matière de développement durable dans leur nouvelle politique. Ces exigences garantissent que les fournisseurs des organisations concernées prennent en compte les pratiques de travail, réduisent leur impact sur l'environnement, contribuent à l'engagement communautaire, respectent le principe de l'égalité

⁸⁰⁷ World Bank group, *Purchase Order General Terms and Conditions Goods and Services*, 2023, point 13.a.

⁸⁰⁸ Division des achats institutionnels de la Banque Africaine de Développement, *Code de Conduite des prestataires de service, fournisseurs, et contractants de la Banque Africaine de développement*, novembre 2018.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, point 4.1.

⁸¹⁰ *Ibid.*, point 6.

⁸¹¹ *Ibid.*, point 5.

⁸¹² *Ibid.*, points 7 à 14.

⁸¹³ *Ibid.*, point 14.

⁸¹⁴ *Ibid.*, point 2.2.

⁸¹⁵ *Ibid.*, point 14.

⁸¹⁶ <https://www.epo.org/fr/about-us/tenders/sustainable-procurement-policy>.

⁸¹⁷ BAD, *Sustainable Procurement Buyers and Suppliers Guide for Corporate Procurement*, disponible en ligne sur : https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Procurement/Corporate-Procurement/Sustainable_Procurement_Buyers_and_Suppliers_Guide_for_Corporate_Procurement.pdf.

de traitement et de l'égalité entre les hommes et les femmes et utilisent des pratiques d'exploitation éthiques.

839. Le contenu que propose le droit administratif global pourrait contribuer à encadrer les marchés passés par les organisations internationales.

Section 1. L'apport du droit administratif global dans la régulation des marchés passés par les organisations internationales

840. Le besoin de régulation des procédures de passation de marchés des organisations internationales par des normes de droit administratif global se justifie au regard de la particularité des contrats. Ces contrats contiennent des clauses qu'on peut qualifier de « clauses exorbitantes » (Paragraphe 1) dont l'effet peut être atténué par l'insertion de normes de droit administratif global dans les règlements de passation de marchés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le facteur de régulation : l'existence de « clauses exorbitantes » dans les contrats entre l'organisation internationale et la personne privée.

841. Les contrats conclus par les organisations internationales présentent des similitudes avec les contrats passés par l'administration publique. D'ailleurs, l'étude des marchés passés par les organisations internationales ou les entités supranationales part d'un vaste mouvement de « transnationalisation » et s'inspire des normes administratives nationales en la matière⁸¹⁸. L'expression « clauses exorbitantes » est même une expression empruntée au droit administratif français (A). Tout de même, ces clauses ne sont pas identiques ; on observe des particularités dans les clauses exorbitantes présentes dans les contrats d'organisation internationale (B).

A. L'origine administrative des clauses exorbitantes

842. Tout comme les personnes privées, il est admis qu'une administration publique puisse conclure un contrat avec une personne privée en vue de répondre à un besoin. La notion de

⁸¹⁸ Voir M. AUDIT, W. SCHILL, *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 23 ; S. ARROWSMITH, A. DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 1998, p. 35 ; E. CLERC, « La mondialisation des marchés publics : bilan et perspectives de l'Accord OMC sur les marchés publics », in D. BATSELE (dir.), *Les marchés publics à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 141.

« clauses exorbitantes » est issue du droit français des contrats administratifs. Elle n'est pas qu'une caractéristique parmi tant d'autres du contrat administratif ; elle en constitue surtout l'élément d'identification principal. En effet, dès le début du XXe siècle, la jurisprudence va l'ériger comme étant une composante de la notion de contrat administratif. Dans l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, le Conseil d'État a mis en évidence pour la première fois le critère de la clause exorbitante :

*« Quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et, pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif »*⁸¹⁹.

Dans cette affaire, le Conseil d'État reconnaît aussi que l'administration pouvait, tout en agissant dans l'intérêt d'un service public, contracter dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et être soumise aux mêmes règles et aux mêmes juridictions. Néanmoins, la présence de clauses exorbitantes de droit commun est le critère de démarcation entre le contrat administratif et le contrat de droit commun. Ces clauses sont définies comme les :

*« clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »*⁸²⁰.

Ainsi, les clauses exorbitantes sont « créatrices d'inégalité, en conférant à la personne publique une position de supériorité par rapport au cocontractant »⁸²¹.

843. Le critère de la présence de clauses exorbitantes s'est élargi au profit du critère de régime exorbitant du contrat administratif⁸²². Par exemple, ont été considérés comme administratifs :

*« les contrats par lesquels EDF achetait aux producteurs autonomes d'électricité le courant produit par leurs installations, ces contrats étant conclus obligatoirement et leur contentieux donnant lieu à une intervention préalable du ministre »*⁸²³.

844. La liste des clauses considérées comme exorbitantes n'est pas exhaustive, et la jurisprudence procède à leur identification au cas par cas. On retrouve par exemple les clauses qui renvoient à un cahier des clauses administratives générales⁸²⁴, certaines clauses de contrôle — contrôle sur les résultats financiers⁸²⁵, sur l'ensemble de la comptabilité⁸²⁶ ou le personnel

⁸¹⁹ CE, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, 31 juillet 1912, *Lebon* 909, concl. Blum.

⁸²⁰ CE, *Sieur Stein*, 20 octobre 1950, Req. n° 98459, *Lebon*, p. 505.

⁸²¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 552.

⁸²² Tribunal des Conflits, *AXA France IARD*, 13 octobre 2014, n° 3963.

⁸²³ CE, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, 19 janvier 1973, *Lebon* 48.

⁸²⁴ CE, *GIP carte du professionnel de santé*, 3 juin 2009, Req. n° 319103, *JCP Adm.* 2009. Actu. 746.

⁸²⁵ Tribunal des Conflits, *Société nouvelle d'exploitation des plages*, 20 avril 1959, Req. n° 1688, *Lebon* 866.

⁸²⁶ CE, 19 novembre 2010, *ONF*, Req. n° 331837, *AJDA*, 2011. 281, note J.-D. DREYFUS.

du cocontractant⁸²⁷. Le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat fait également partie des clauses exorbitantes qui ont été déterminées par la jurisprudence⁸²⁸. Tout de même, la présence d'une clause de résiliation unilatérale dans un contrat ne suffit pas pour le qualifier comme administratif. En effet, les clauses de résiliation sont aussi reconnues au profit des parties dans certains contrats de droit commun comme les contrats de communication électronique⁸²⁹ ou les contrats d'assurance⁸³⁰. L'intervention du critère d'intérêt général est pertinente dans la qualification du contrat administratif en ce qu'elle constitue l'élément additionnel de légitimation de la résiliation unilatérale. En effet, une clause exorbitante de droit commun pourra permettre à un contrat d'être qualifié d'administratif si et seulement si cette clause vise à prendre en compte l'intérêt général⁸³¹.

845. On retrouve certaines clauses assimilables à des clauses exorbitantes dans la réglementation des marchés passés par les organisations internationales.

B. L'existence de clauses exorbitantes dans les contrats d'organisation internationale

846. Tout comme en droit administratif français, les clauses exorbitantes dans les contrats d'organisation internationale résident dans la supériorité des préoccupations d'intérêt public international sur la force du lien contractuel⁸³². On les identifie aussi bien à la phase précontractuelle que dans l'exécution du contrat final.

847. Les clauses exorbitantes lors de la phase précontractuelle sont des clauses qui vont permettre à l'administration de déterminer unilatéralement les conditions de formation du futur contrat. Ce cas de figure renvoie aux conditions générales qui ont été abordées au cours des développements précédents⁸³³. Il s'agit plus particulièrement des clauses inscrites dans ces conditions qui prévoient que l'acceptation du contrat emporte l'acceptation automatique des conditions générales. Ces conditions générales sont généralement définies unilatéralement par

⁸²⁷ CAA Lyon, *M. Fureland*, 6 mai 2004, Req. n° 03LY00645, *AJDA*, 2004. 1837.

⁸²⁸ CE, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, 26 février 1965, req. n° 65549.

⁸²⁹ Code de la Consommation, Article L224-34 : « *Le consommateur peut résilier le contrat, sans aucun frais, en cas d'écart significatif, permanent ou fréquent, entre les performances réelles d'un service de communications électroniques, autre qu'un service d'accès à l'internet, et les performances mentionnées dans le contrat* ».

⁸³⁰ Code des assurances, Article L113-12 : « *La durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police. Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance* ».

⁸³¹ F. BENCHENDIKH, *Droit de la commande publique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 29.

⁸³² J-P. COLIN, M. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privée », *op.cit.*, p. 20.

⁸³³ Voir *Supra* note 628.

l'organisation internationale et la marge de négociation dépend de certains facteurs qui ont été déjà analysés⁸³⁴.

848. De même, on peut considérer comme exorbitantes les clauses qui consacrent l'immunité des organisations internationales. D'un point de vue de l'équilibre entre les parties, il s'agit d'une spécificité qu'on ne retrouve pas dans les marchés passés par les administrations nationales.⁸³⁵

849. La liste des clauses exorbitantes insérées dans les contrats n'est pas exhaustive. Tout de même, certaines clauses sont régulièrement prévues dans la plupart des contrats. Il s'agit des clauses qui attribuent un certain pouvoir de direction et de contrôle à l'organisation internationale (1) et les clauses de résiliation unilatérale du contrat (2).

1. Les clauses exorbitantes de direction et de contrôle

850. Les organisations internationales peuvent exercer un pouvoir de direction et de contrôle unilatéral sur le contrat dans plusieurs cas de figure.

851. Premièrement, les organisations internationales dont les missions couvrent un domaine sensible peuvent diriger et contrôler les contrats qui contiendraient certains risques sur la sécurité de l'organisation ou des populations. C'est le cas du CERN, organisation opérant dans le domaine de la recherche nucléaire, qui a élaboré un accord tripartite sur le droit applicable aux entreprises intervenant sur les sites du CERN⁸³⁶. Cet accord est destiné à toute personne intervenant ou susceptible d'intervenir sur les sites du CERN,⁸³⁷ y compris les contractants privés qui effectuent des travaux ou exécutent des prestations de service sur le site du CERN. À travers cet accord, le CERN se réserve notamment le droit de contrôler l'accès à l'entrée du site et pose des conditions supplémentaires comme l'obligation de suivre une formation de sensibilisation à la sécurité⁸³⁸. L'accès à certaines installations considérées comme sensibles requiert également des autorisations spécifiques.

852. En matière de sécurité, le CERN établit ses propres règles de sécurité en fonction de ses besoins de fonctionnement. Par exemple, avant que son personnel professionnellement exposé puisse intervenir dans des zones règlementées du CERN, le contractant doit démontrer qu'il a obtenu des autorités compétentes du pays dans lequel il est établi, les autorisations nécessaires

⁸³⁴ Voir *Supra* note 628.

⁸³⁵ E. MORLINO, *Procurement by International Organizations: A Global Administrative Law Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2018, p. 226.

⁸³⁶ CERN, *Travailler sur le site du CERN*, EDMS n° 1155899, rev.10.0, 2023.

⁸³⁷ Les sites comprennent : site de Meyrin (situé en partie en Suisse et en partie en France) et le site de Prévessin (situé entièrement en France), les installations (en surface et sous-terraines) liées aux accélérateurs et expériences du CERN, ainsi que les ateliers, laboratoires et bâtiments tertiaires.

⁸³⁸ CERN, *Travailler sur le site du CERN*, *op.cit.*, point 2.2.

à cet effet, ainsi qu'une autorisation délivrée par les autorités suisses compétentes, si le droit suisse est applicable. De même, avant le début de l'exécution du contrat, le contractant doit désigner un expert tel que défini par la Directive du Conseil 2013/59/EURATOM du 5 décembre 2013 et en communiquer les coordonnées au CERN. En France, l'expert est nommé « *personne compétente en radioprotection* » (PCR) ; en Suisse, il s'agit de « *l'expert en radioprotection* » (RPE)⁸³⁹.

853. De telles clauses sont reconnues au vu de la particularité de l'organisation, dont les activités — recherche nucléaire — peuvent présenter un risque pour la sécurité des parties, mais aussi des tiers au contrat — l'État du siège et ses populations. L'intérêt commun de sécurité justifie le recours par l'organisation internationale à des règles particulières qui dérogent aux principes communs du droit des contrats entre personnes privées⁸⁴⁰.

854. Deuxièmement, les organisations internationales peuvent exercer un pouvoir de direction sur les modalités d'exécution du contrat par la personne privée. C'est le cas particulier en matière de sous-traitance. De manière générale, la partie privée cocontractante est autorisée à recourir à la sous-traitance pour l'exécution du contrat. Mais une telle aptitude n'est pas sans risque pour l'exécution du contrat si elle n'est pas assortie de conditions. En effet, la phase de sélection du cocontractant principal obéit à une série de vérifications méticuleuses sur son aptitude à exécuter le contrat, sa solvabilité financière, ses performances enregistrées lors de précédents contrats signés, etc. Le recours sans condition à la sous-traitance pourrait biaiser toute la procédure de vérification initiale et compromettre l'effectivité et l'efficacité dans l'exécution du contrat principal. L'organisation internationale pourrait se retrouver à collaborer avec une personne privée dont les activités peuvent apparaître incompatibles avec ses missions⁸⁴¹.

855. Afin de prévenir ce risque, les organisations exercent un pouvoir de direction et de contrôle en insérant dans le contrat des clauses qui régulent la sous-traitance. C'est le cas du BIPM qui précise que :

« *Toute sous-traitance, qu'elle soit partielle ou totale, est soumise à l'accord préalable écrit du BIPM. En cas de sous-traitance, le prestataire reste responsable envers le BIPM de l'exécution totale de la commande* »⁸⁴².

Le régime de la sous-traitance est plus détaillé dans les conditions générales d'achat de l'ASE. D'abord, les contrats de sous-traitance sont, sauf autorisation de l'Agence, tous ceux qui sont

⁸³⁹ *Ibid.*, point 3.13.

⁸⁴⁰ J-P. COLIN, M. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées » *op.cit.*, p. 22.

⁸⁴¹ Voir E. MORLINO, *op.cit.*, p. 226.

⁸⁴² Conditions générales d'achat du BIPM, point. 4

prévus dans le contrat⁸⁴³. Ensuite, le cocontractant peut être chargé par l'organisation de sélectionner les sous-traitants. Mais cette sélection est aussi soumise à l'approbation de l'Agence⁸⁴⁴. Le cocontractant est responsable du contrat de sous-traitance qu'il passe. Enfin, la clause 10.4 des conditions générales dispose que :

« Sauf dérogation autorisée par l'Agence, les clauses des contrats de sous-traitance sauvegardent les droits détenus par l'Agence aux termes du contrat. Les clauses des contrats de sous-traitance énoncent également les droits et obligations de chaque sous-traitant en fonction du domaine de responsabilité qui lui est propre ».

Cette clause introduit un élément supplémentaire qui permet de préserver les intérêts du contrat et limite davantage la responsabilité de l'organisation internationale.

856. Les conditions générales contractuelles d'achat de biens à l'OIAC vont plus loin dans les pouvoirs reconnus à l'organisation internationale en matière de contrat de sous-traitance. Elles soumettent la signature d'un contrat de sous-traitance à une autorisation préalable de l'organisation internationale qui est aussi :

*« entitled, in its sole discretion, to review the qualifications of any subcontractors and to reject any proposed subcontractor that the Organisation reasonably considers is not qualified to perform the obligations under the Contract »*⁸⁴⁵.

L'organisation a aussi la possibilité de mettre fin au contrat de sous-traitance à tout moment et sans justifications. En effet :

*« Any such rejection or request for removal shall not, in and of itself, entitle the Contractor to claim any delays in the performance, or to assert any excuses for the non-performance, of any of its obligations under the Contract, and the Contractor shall be solely responsible for all services and obligations performed by its subcontractors »*⁸⁴⁶.

Enfin, le sous-traitant n'est lui-même pas autorisé — sauf accord écrit de l'organisation — à « sous-traiter » le contrat de sous-traitance⁸⁴⁷.

857. Sont tout aussi significatives les clauses de résiliation du contrat.

2. Le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat

858. Les clauses relatives à la résiliation unilatérale du contrat font partie des clauses de rupture du contrat qui sont rarement négociables et qui révèlent une asymétrie entre les pouvoirs

⁸⁴³ Clauses et conditions générales relatives aux contrats de l'ASE, ESA/REG/002, rév. 2, 2015, clause 10.1.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, clause 10.2.

⁸⁴⁵ OPCW, *General Terms and Conditions of Contract - Contracts for The Provision of Goods*, annexe A, point 4.1.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, point 4.2.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, point 4.4.

reconnus aux organisations internationales et les droits garantis au cocontractant privé⁸⁴⁸. Le pouvoir de résiliation unilatérale reste reconnu même s'il est encadré par les organisations internationales. Au regard de la pratique observée chez plusieurs organisations internationales comme la FAO, l'OMPI ou encore l'UIT, deux modalités de résiliation unilatérale peuvent être dégagées : la résiliation unilatérale motivée (a) et la résiliation unilatérale pour des raisons de commodité (b).

a) *Résiliation unilatérale motivée*

859. Il faut noter que certains cas de résiliation unilatérale sont reconnus aussi bien à l'organisation internationale qu'au cocontractant privé. Par exemple, les conditions générales de l'OMPI prévoient que : « l'une ou l'autre partie peut résilier par écrit tout ou partie du Contrat avec effet immédiat [...] »⁸⁴⁹. Les motifs de résiliation unilatérale tiennent généralement à la mauvaise exécution d'une obligation. Les conditions générales de l'OMPI autorisent la résiliation du contrat :

*« si l'autre partie manque de façon substantielle aux obligations du Contrat et que, bien qu'il lui ait été accordé un délai approprié pour remédier à ce manquement, elle ne s'est pas exécutée dans le délai fixé »*⁸⁵⁰.

860. Les conditions générales de la FAO prévoient une liste détaillée et exhaustive des motifs de résiliations :

« 13.2.2 repeated and/or serious non compliance with laws and regulations related to social contribution, safety measures, pollution, prevention of injuries in the work place; 13.2.3 serious contractual breaches compromising the normal performance of the services under this Contract.

13.2.4 transfer to third parties, either directly or indirectly through an intermediary, of all or part of the rights and obligations pertaining to the services under this Contract, except for subcontracts duly authorized by FAO;

13.2.5 gross negligence.

13.2.6 unjustified delay in the execution of the services, so as to substantially prejudice the achievement of FAO's objectives under this Contract.

*13.2.7 default in the submission of the performance bond as required, if applicable »*⁸⁵¹.

861. À l'analyse, l'initiative de la résiliation unilatérale motivée est loin d'être partagée entre l'organisation internationale et le cocontractant. Il s'agit en effet de pouvoirs de résiliation-sanction reconnus à l'organisation en cas de non-respect par le cocontractant de ses obligations

⁸⁴⁸ E. MORLINO, *op.cit.*, p. 227.

⁸⁴⁹ OMPI, Conditions générales applicables aux contrats de fourniture de biens et de services, point 23.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, point 23.

⁸⁵¹ FAO, *General Terms and Conditions for Goods*, point 13.

contractuelles⁸⁵². D'ailleurs, dans les conditions générales de l'OMPI, le délai accordé au contractant pour remédier à son manquement peut être écarté lorsque :

*« l'exécution n'est plus utile à l'OMPI du fait du manquement ; ou il ressort clairement du Contrat que l'OMPI escomptait que les obligations seraient exécutées à un moment précis ou avant ce moment, ce qui fait du temps un facteur essentiel »*⁸⁵³.

Cette clause est plus orientée vers la protection des attentes et des intérêts de l'organisation internationale et vise indirectement à sanctionner la personne privée en cas de manquement.

b) Résiliation unilatérale pour des raisons de commodités

862. La résiliation unilatérale pour des raisons de commodité est beaucoup moins protectrice pour la personne privée, car elle est réservée uniquement à l'organisation internationale. La clause de résiliation unilatérale pour les contrats conclus à la FAO prévoit que l'organisation :

*« may terminate the Contract at any time by providing written notice to the Contractor in any case in which the mandate of FAO applicable to the performance of the Contract or the funding of FAO applicable to the Contract is curtailed or terminated, whether in whole or in part »*⁸⁵⁴.

863. La clause ainsi rédigée ne pose pas de conditions, mais permet de constater que le pouvoir de résiliation unilatérale reconnu à l'organisation internationale est intimement lié à l'exercice de ses missions et à l'exécution de ses fonctions. D'ailleurs, dans certaines organisations internationales comme l'UIT, les conditions générales rédigées dans des termes identiques précisent que : « sauf disposition contraire du Contrat, l'UIT peut le résilier sans avoir à motiver sa décision [...] »⁸⁵⁵.

864. Les clauses de résiliation unilatérale pour commodité peuvent compromettre la stabilité du contrat, et leur caractère imprévisible et discrétionnaire pourrait détériorer le climat de confiance avec la partie contractante. Certaines conditions formelles, notamment l'exigence d'un préavis écrit — qui varie de trente à soixante jours en fonction des organisations internationales — ne sont que peu efficaces pour rétablir l'équilibre des intérêts des parties contractantes. Certaines organisations internationales comme l'OMPI ne prévoient pas d'indemnisation, mais se contentent de rémunérer le contractant au prorata pour les biens délivrés ou le travail effectué à sa satisfaction⁸⁵⁶.

⁸⁵² J-P. COLIN, M. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 22.

⁸⁵³ OMPI, Conditions générales applicables aux contrats de fourniture de biens et de services, point 23.

⁸⁵⁴ FAO, *General Terms and Conditions for Goods*, point 13.

⁸⁵⁵ UIT, Conditions applicables aux contrats pour la fourniture de bien et de services, point 21.2.

⁸⁵⁶ OMPI, Conditions générales applicables aux contrats de fourniture de biens et de services, point 23.

865. Au regard de ce qui précède, il faut souligner que les prérogatives qui sont reconnues aux organisations internationales s'inspirent essentiellement des systèmes administratifs nationaux, mais avec des adaptations qui tiennent compte de l'intérêt fonctionnel des organisations internationales. Cette situation n'est pas sans conséquence quant à la nature de ces contrats, qui « s'administrativisent »⁸⁵⁷ de plus en plus par le biais de procédures de passation de marchés avec une réglementation précise et bien souvent trop rigide pour la partie privée. Dès lors, il appartient à l'organisation internationale de préserver son intégrité et sa crédibilité vis-à-vis de ses partenaires à travers l'institution de procédures de passation de marchés régulières et transparentes. Les normes de droit administratif global permettent de réaliser cet objectif.

Paragraphe 2. La prise en compte des principes de droit administratif global dans les règlements de passation de marchés

866. Les règlements de passation de marchés ont pour fonction de formaliser la procédure contractuelle et restent alignés sur la satisfaction des besoins de l'organisation internationale. Les normes de droit administratif global interviennent durant les étapes précédant la conclusion du contrat. Leur formulation peut varier en fonction de la complexité du marché et des besoins répertoriés par l'organisation. Tout de même, deux grands principes se dégagent de l'analyse des documents contractuels : la transparence (A) et l'égalité à travers l'instauration d'un principe de compétition entre les soumissionnaires (B). Ces principes peuvent englober eux-mêmes des sous-principes.

A. Les principes renvoyant à la transparence dans la procédure

867. Durant la phase préparatoire du contrat, l'objectif de transparence peut être rempli selon plusieurs modalités qui ont trait à l'accessibilité des documents contractuels et des décisions (1), et au devoir d'information des soumissionnaires (2).

1. L'accessibilité des documents contractuels

868. Dès le départ, l'organisation internationale doit garantir un accès plus large aux outils réglementaires en matière de passation de marchés. Cette politique d'accessibilité est

⁸⁵⁷ E. MORLINO, *op.cit.*, p. 209.

importante, car elle permet aux potentiels cocontractants de connaître à l'avance les règles et procédures que l'organisation entend appliquer. De telles mesures de transparence peuvent conduire à lever les craintes chez la personne privée qui souhaite explorer de nouvelles opportunités commerciales et qui s'intéresse aux marchés des organisations internationales. Elle sait désormais à quoi s'attendre et les règles connues à l'avance lui permettent de mieux se préparer sur le plan technique afin de soumettre sa candidature pour un marché qui l'intéresse. Cette politique de vulgarisation des procédures de passation de marchés est reconnue et appliquée dans certaines organisations internationales. En effet, l'ONU reconnaît que :

*« It is good practice to publish consolidated procurement plans, for example on the organization's website or the duty station's website. This provides advance information to the outside world of upcoming procurement activities and advances the key principle of transparency in procurement. It may also be useful to share consolidated procurement plans with other UN agencies in order to identify areas of common procurement »*⁸⁵⁸.

869. Cet objectif peut être satisfait par la simple publication en ligne des documents pertinents en la matière ou la transmission sur demande de la part des potentiels candidats aux marchés. Mais la première solution est plus simple et efficace compte tenu du développement des nouvelles technologies. Certaines organisations remplissent cet objectif en prévoyant sur leur site internet une rubrique consacrée à la politique en matière d'achats. Cette section contient des documents explicatifs sur les procédures de passation de marché de l'organisation. À titre illustratif, on pourrait citer la CEB — Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB⁸⁵⁹ — la CPI — Procédures de fonctionnement standard applicables aux achats⁸⁶⁰ — ou l'UA — Manuel des achats de l'Union africaine⁸⁶¹.

870. D'autres organisations internationales comme la FAO ou le PAM restent réfractaires à publier leur Politique en matière de passation de marchés. On peut penser que cette réticence à s'explique par le souci de préserver les intérêts des organisations internationales qui sont variables selon les organisations internationales et qui de ce fait n'impliquent pas les mêmes enjeux⁸⁶².

⁸⁵⁸ United Nations, *United Nations Procurement Practitioner's Handbook*, 2017, point 5.1.

⁸⁵⁹ https://coebank.org/documents/1424/2023_Directives_passation_marches_de_services_biens_travaux_pour_la_CEB.pdf.

⁸⁶⁰ https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/47013F54-B8D0-4FAB-B5A2-245126860A88/281550/PRO_SOP_Fra.pdf.

⁸⁶¹ <https://au.int/fr/documents/20170130/manuel-des-achats-de-lunion-africaine-version-20-juillet-2016>.

⁸⁶² E. MORLINO, *op.cit.*, p. 164.

2. Le devoir d'information à l'égard des soumissionnaires

871. Le devoir d'information passe aussi par la publication de toutes les informations relatives au marché spécifique qui doit être conclu. En effet, avant la phase de mise en concurrence, l'organisation internationale doit pouvoir communiquer son besoin en publiant ses appels d'offre qui contiennent le descriptif technique et détaillent les besoins et les conditions de candidature. Par exemple, le Manuel d'achat de l'UA prévoit que :

« Les dossiers d'appel d'offres doivent être publiés et distribués simultanément à tous les fournisseurs qui ont exprimé leur intérêt à participer à un processus d'appel d'offres par poste, service de courrier, fax, ou e-mail. Ils doivent également être mis à la disposition, sur demande, de tous les fournisseurs intéressés »⁸⁶³.

La CEB limite la publication des appels d'offre aux marchés d'un montant supérieur ou égal à 215 000 € (à 400 000 € pour les travaux)⁸⁶⁴.

872. Tout comme les documents généraux contractuels, les appels d'offre peuvent être publiés sur le site internet des organisations internationales. C'est le cas de l'Organisation africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)⁸⁶⁵, l'OAS⁸⁶⁶ ou encore de la Banque Asiatique de Développement⁸⁶⁷.

873. En outre, la politique de transparence d'une organisation internationale vis-à-vis des futurs contractants peut être évaluée à travers la publication des décisions d'attribution. À la CEB, les soumissionnaires sélectionnés sont informés au moins dix jours avant la signature du contrat (délai de suspension) dans le cadre d'un appel d'offres public⁸⁶⁸. À l'OTAN, les décisions d'attribution obéissent à une procédure particulière :

« Contract awards with a value of Financial Level C and above shall be published periodically on the pertinent NSPA electronic information system, mentioning the purpose of the contract, the contractor's name and country of origin and where appropriate the total amount of the contract. This procedure will not apply to classified contracts or when the customer has stipulated that publication is not wanted »⁸⁶⁹.

La publication des décisions d'attribution à l'OTAN est donc soumise en partie à une confidentialité limitée du fait de la nature du contrat ou même de la volonté des parties. À l'ASE, la publication des décisions d'attribution est laissée à la discrétion de l'Agence et limitée à certaines informations : le titre et la référence de l'appel d'offre, le nom du soumissionnaire

⁸⁶³ Manuel des achats de l'Union Africaine, version 2.0, 2016, point 5.2.

⁸⁶⁴ Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB, 2023, point 4.1.2.

⁸⁶⁵ <http://www.oapi.int/index.php/fr/component/k2/item/304-appels-d-offres>.

⁸⁶⁶ <https://www.oas.org/OASpage/bid/default.asp>.

⁸⁶⁷ <https://www.adb.org/projects/tenders>.

⁸⁶⁸ Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB, 2023, point 5.5.

⁸⁶⁹ NSPO Agency Supervisory Board, *Nato Support and Procurement Organisation (Nspo) Regulation n°. 4200*, Annex AC/338-D (2024)0031 (INV), 2023, point 10.

qui a obtenu le marché, le montant du marché attribué, à moins que la publication d'une telle information ne compromette les intérêts économiques du futur cocontractant. Le cas échéant, celui-ci est avisé avant la publication des informations⁸⁷⁰.

874. Certaines organisations comme L'OIF ont fait le choix de ne pas publier les décisions d'attribution de marchés. En effet, il faut souligner que cette organisation a rédigé en amont sa Politique en matière de transparence et d'accès aux informations⁸⁷¹. Elle garantit de manière générale l'accès à certaines informations relatives à l'organisation, aux programmations et au budget. Cependant, le point 3 de ce document prévoit des restrictions, notamment en ce qui concerne : « des informations concernant les délibérations et communications internes des organes de gouvernance de l'OIF, des jurys de sélection ou de la commission des marchés »⁸⁷².

875. De manière générale, les organisations internationales ont intégré les objectifs en matière d'accès aux informations dans leurs procédures avec en y insérant certaines originalités ou restrictions tenant à la spécificité du contrat ou des missions de l'organisation. Afin de garantir une meilleure transparence des procédures, ces mesures peuvent être accompagnées de normes assurant une concurrence effective entre les soumissionnaires.

B. Le principe d'égalité : l'instauration des normes de mise en concurrence entre les soumissionnaires

876. Les normes de mise en concurrence interviennent généralement lors de la deuxième phase de sélection des soumissionnaires. Elles visent à organiser une concurrence internationale entre les fournisseurs tout en préservant l'intérêt de l'organisation internationale⁸⁷³. Les organisations internationales adhèrent en général à cette exigence de non-discrimination. La CPI affirme par exemple :

« La Cour souscrit aux principes fondamentaux de la concurrence et du traitement égal des soumissionnaires, tels qu'exposés à la règle financière 110.15. Les principes de concurrence véritable et équitable permettent à la Cour d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix en invitant un certain nombre de soumissionnaires qualifiés à participer aux appels à la concurrence. Le respect du principe d'équité veut que la Cour n'exerce aucune préférence ni discrimination à l'égard d'un soumissionnaire au détriment ou à l'avantage d'un autre »⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ ESA Procurement Regulations and related Implementing Instructions, ESA/REG/001, rev. 5, 2019, article 45.

⁸⁷¹ Conseil permanent de la Francophonie, Politique de consolidation de la transparence de l'Organisation internationale de la Francophonie, 105^{ème} session, 7 octobre 2018.

⁸⁷² Ibid., point 3.g.

⁸⁷³ J-C. GROSHENS, *op.cit.*, p. 749.

⁸⁷⁴ CPI, Procédures de fonctionnement standard applicables aux achats, point 3.1.

877. L'évaluation des garanties offertes par l'organisation internationale dépend alors de plusieurs facteurs : le choix de la procédure (1) et la provenance géographique des candidats (2).

1. La mise en concurrence et le choix de la procédure

878. Si l'organisation doit offrir des garanties de transparence au cocontractant, elle reste libre de déterminer le choix de la procédure applicable à ses marchés. Ce pouvoir discrétionnaire est dicté par des intérêts d'ordre financier, fonctionnel ou par un souci premier de qualité⁸⁷⁵. De ces exigences dépendent le choix de la procédure de passation de marchés et l'adaptation des règles de mise en concurrence. Les marchés peuvent alors être passés à l'issue d'une procédure ouverte à la concurrence ou une procédure restreinte.

879. Dans certaines organisations internationales, la procédure ouverte reste le principe et la procédure restreinte l'exception. À l'ASE par exemple, l'article 13 du règlement de passation de marchés spécifie clairement que : « *open competitive tender shall be the normal procedure for the placing of contracts* ». Cet article précise une liste de cas dans lesquels l'Agence peut recourir à la procédure restreinte. Ces raisons tiennent généralement à l'efficacité de la procédure :

*« Procurements which have no industrial policy implications where the time and cost required to examine and evaluate a large number of tenders would be disproportionate to the value of the supplies or services to be procured »*⁸⁷⁶.

Elles sont aussi liées au domaine sensible couvert par l'objet du marché :

*« Supplies or services classified secret or whose performance must be accompanied by special security measures in accordance with the Agency's regulations in force or when the protection of the essential interest of the Agency so requires »*⁸⁷⁷.

880. D'autres organisations internationales appliquent l'une ou l'autre des procédures, ou les deux procédures à la fois. À la BAD, tous les marchés d'acquisition de biens, services, biens immobiliers ou travaux dont la valeur est estimée à plus de 50 000 UC⁸⁷⁸ sont soumis à un appel d'offres ouvert. Toutefois, un processus d'appel d'offres restreint peut être approuvé dans les cas suivants :

« a) lorsque les biens, services, biens immobiliers ou travaux ne sont disponibles qu'après d'un nombre restreint de fournisseurs ou lorsqu'un nombre restreint de

⁸⁷⁵ J-P. COLIN, M. SINKONDO, « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *op.cit.*, p. 15.

⁸⁷⁶ ESA, *Procurement Regulations and related Implementing Instructions*, ESA/REG/001, rev. 5, 2019, article 13.b.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, article 13.e.

⁸⁷⁸ Les marchés à BAD tout comme le budget sont libellés en Unité de compte – UC. 1 UC équivaut à 1,20 €, <https://www.afdb.org/fr/documents/september-2024-exchange-rates>.

fournisseurs détiennent des droits exclusifs concernant les biens, services, biens immobiliers ou travaux et qu'aucune alternative ni substitut raisonnable n'existe ou ne peut être raisonnablement obtenu ;

b) lorsque la Banque, après avoir acquis des biens ou services connexes fabriqués ou autrement créés avec des normes et des spécifications particulières, détermine que seul un nombre restreint de fournisseurs peuvent fournir des biens ou services connexes additionnels qui peuvent répondre aux normes et spécifications requises pour assurer la compatibilité avec les biens ou services existants ; en tenant compte de l'efficacité de l'acquisition initiale à répondre aux besoins de la Banque, de la taille de l'acquisition projetée par rapport à l'acquisition initiale, du caractère raisonnable du prix et de l'inadéquation entre les solutions alternatives et les biens ou services en question ;

c) lorsque les propositions recueillies à la suite d'une demande de soumissions sont inadéquates ou qu'un processus d'acquisition n'a pas été concluant, tel que défini dans le Manuel d'acquisitions institutionnelles, et que la Banque détermine que seul un nombre restreint de fournisseurs peuvent fournir les biens, services, biens immobiliers ou travaux exigés, sans modifier la définition du besoin »⁸⁷⁹.

De la même manière :

« Tous les marchés d'acquisition de biens, services, biens immobiliers ou travaux dont la valeur estimative est comprise entre 10 000 et 50 000 UC sont attribués dans le cadre d'un processus d'appel d'offres restreint, et, le cas échéant, à l'issue d'un processus d'appel d'offres ouvert reposant sur le principe d'un bon rapport coût-efficacité et tenant compte de la situation du marché »⁸⁸⁰.

881. Sur la base de ces critères, les organisations internationales prévoient la participation d'un nombre minimum de fournisseurs qu'elles peuvent consulter — trois fournisseurs minimum et huit fournisseurs maximum à la BAD⁸⁸¹, trois fournisseurs minimums à INTERPOL⁸⁸².

882. Par ailleurs, les organisations internationales peuvent passer des marchés sans mise en concurrence préalable si la nature des activités et leurs intérêts l'imposent. Par exemple, INTERPOL utilise la procédure restreinte afin de simplifier les transactions d'un faible montant⁸⁸³. Dans ce cas, les organisations internationales préfèrent contacter et négocier avec un fournisseur directement connu.

883. Les organisations internationales essaient également de concilier les exigences d'égalité avec les enjeux liés au contrat dans les critères de sélection géographique des fournisseurs.

⁸⁷⁹ Directive présidentielle n° 05/2013 émise le 17 septembre 2013 telle que modifiée par la Directive présidentielle n° 03/2015 émise le 9 novembre 2015 concernant les règles régissant les activités d'acquisition institutionnelles de la Banque Africaine de Développement, point 16.2.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, point 16.3.

⁸⁸¹ *Ibid.*, point 4.4.2.a.

⁸⁸² INTERPOL, *Procurement Manual-Rules and Procedures*, version 2.0, 15 juillet 2015, point 7.4.

⁸⁸³ *Ibid.*, point 9.1.

2. Mise en concurrence et provenance géographique des soumissionnaires

884. La prise en compte du critère de provenance géographique vise à assurer une plus grande ouverture des offres ainsi qu'un traitement égal entre les soumissionnaires. Le critère fondé sur la nationalité qu'on retrouve dans le cadre des marchés passés par les administrations nationales est inopérant en l'espèce⁸⁸⁴. Tout de même, les intérêts propres à chaque organisation internationale peuvent conduire à des aménagements spéciaux. Trois cas de figure se dégagent de la pratique des organisations internationales.

885. Le premier cas concerne les organisations internationales dont les marchés sont ouverts à tous les candidats indépendamment de leur origine géographique. C'est l'interprétation qui se dégage du règlement de passation de marché de la CEB qui ne contient aucune référence quant à l'origine géographique des fournisseurs, mais se contente d'affirmer que : « la Banque ouvre les offres en toute transparence et traite les soumissionnaires de manière égale et juste »⁸⁸⁵. En revanche, les organisations comme l'UA retiennent une approche neutre dans le cas d'un appel d'offres ouvert. En effet :

*« Les processus d'achats peuvent être publiés au niveau de la communauté internationale des fournisseurs par le biais du site Internet de l'UA et d'autres plates-formes de publication applicables. Le but de la compétition internationale est de fournir à tous les fournisseurs une chance égale de soumissionner pour les biens, travaux ou services requis »*⁸⁸⁶.

La compétition internationale reste donc le principe, mais l'organisation peut restreindre la procédure au niveau local ou régional :

*« i) Lorsque, pour déterminer le coût total, il est avantageux d'obtenir les biens, services ou travaux au niveau local ;
ii) Si les exigences sont dans une situation géographique ou avec un délai de livraison qui peut ne pas être d'intérêt pour les fournisseurs internationaux ;
iii) Lorsqu'il a été déterminé que l'obtention des biens, services ou travaux au niveau local a un impact positif sur le développement local durable ;
iv) Lorsqu'un contrat avec une entreprise locale réduit l'impact environnemental ou accroît l'appropriation nationale ;
v) Si une connaissance approfondie de la région est nécessaire »*⁸⁸⁷.

886. Dans le deuxième cas de figure, la restriction géographique est le principe et l'ouverture l'exception. Les organisations internationales peuvent alors décider de restreindre des marchés aux seuls candidats issus des États membres. C'est le cas à la BAD qui prévoit que :

« Les biens, services, biens immobiliers et travaux acquis par la Banque doivent être produits dans un pays membre et fournis par des contractants originaires d'un Pays

⁸⁸⁴ J-C. GROSHENS, *op.cit.*, p. 749.

⁸⁸⁵ Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB, 2023, point 4.4.6.

⁸⁸⁶ Manuel des achats de l'Union Africaine, point 4.4.1.1.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, point 4.4.1.2.

membre, tels que décrits aux paragraphes 3.2 et 3.3, à moins qu'une dérogation aux dispositions de l'article 17 (1) (d) de l'Accord portant création de la Banque n'ait été accordée par le Conseil d'administration »⁸⁸⁸.

C'est aussi le cas de l'OTAN qui limite ses contrats aux entreprises qui sont situées dans l'un des États membres de l'OTAN⁸⁸⁹. Toutefois, les contrats peuvent être ouverts aux entreprises basées dans un État non-membre de l'OTAN :

« 4.5.2.1 where those Nations are Member Nations of a NSPO Programme or participate in a NSPO Support Partnership, for requirements of that Programme or Support Partnership.

4.5.2.2 in those cases where the only known available source of a materiel or service is located in a non-NATO Nation [...] »⁸⁹⁰.

887. Comme on peut le voir, des intérêts liés au domaine d'activité de l'organisation, les enjeux pratiques du contrat ou les simples raisons de commodité peuvent justifier le positionnement des organisations internationales en faveur d'une préférence régionale.

888. La dernière situation s'appuie sur un critère de justice économique qui est fondé sur un principe de répartition géographique équitable. Applicable dans la plupart des organisations internationales du système des Nations Unies, ce principe a pour objectif spécifique d'orienter les marchés de sorte à générer des opportunités d'affaires avantageuses pour les fournisseurs en provenance des pays en voie de développement⁸⁹¹.

889. Au total, les règlements de passation de marchés symbolisent l'emprise des organisations internationales sur toutes les phases de la procédure de passation de marchés. Tout de même, l'insertion de normes de droit administratif global a pour effet de démystifier le régime applicable aux contrats auprès des personnes privées par le moyen de procédures claires et transparentes.

890. Au-delà de ces principes protecteurs pour la personne privée, la politique contractuelle des organisations internationales devrait évoluer dans le sens d'une meilleure effectivité des normes d'*accountability*, laquelle implique aussi que la personne privée demande des comptes à l'organisation internationale lorsqu'elle constate un manquement à ses obligations contractuelles en matière de droit administratif global. Cette exigence ne peut être satisfaite que par la création de mécanismes précontractuels efficaces. Elle se concrétise par la mise en place de mécanismes de recours précontractuel.

⁸⁸⁸ Directive présidentielle n° 05/2013 émise le 17 septembre 2013, point 3.1.

⁸⁸⁹ NSPO Agency Supervisory Board, *Nato Support and Procurement Organisation (Nspo) Regulation* n°. 4200, Annex AC/338-D (2024)0031 (INV), 2023, point 4.5.1.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, point 4.5.2.

⁸⁹¹ E. MORLINO, *op.cit.*, p. 129.

Section 2. L'effectivité de *l'accountability* en matière contractuelle : l'instauration des mécanismes de recours précontractuel

891. *L'accountability* va inciter les organisations internationales à innover dans la création de mécanismes spéciaux de recours précontractuel (Paragraphe 1). Certaines organisations se distinguent par la mise en place d'outils robustes en matière de recours précontractuel : c'est le cas des institutions de l'UE et des organisations régionales européennes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'originalité des procédures de recours précontractuel

892. Les organisations internationales prennent de plus en plus conscience de la nécessité d'établir des mécanismes de recours précontractuel afin de pallier le déséquilibre contractuel qui naît de l'édiction unilatérale des règlements de passation de marchés (A). Afin de répondre à ce besoin, les organisations internationales mettent en place des procédures qu'on pourrait classer en fonction des organes compétents pour recevoir les plaintes. On peut donc distinguer les procédures exclusivement internes (B), qui sont traitées par un organe de l'organisation internationale, des mécanismes mixtes qui prévoient à la fois l'intervention d'un organe de l'organisation internationale, mais aussi un organe tiers (C).

A. Le besoin de généralisation des recours précontractuels

893. Les voies de recours précontractuel devraient permettre aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue et qui s'estiment lésés de saisir un organe juridictionnel ou non afin d'obtenir, le cas échéant, la révision de la décision. Ce genre de recours existe déjà dans les systèmes administratifs nationaux. En France, le référé contractuel permet au candidat qui s'estime lésé de saisir le juge du référé contractuel en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui gouvernent la passation de certains contrats⁸⁹². Le juge dispose alors de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner la reprise de la procédure ou enjoindre à l'administration de modifier le contenu du contrat⁸⁹³. Il dispose également d'un pouvoir d'annulation de la procédure en partie⁸⁹⁴ — manquement se rapportant

⁸⁹² Code de Justice administrative, articles L 551-1 à L 551-12.

⁸⁹³ *Ibid.*, article L 551-6.

⁸⁹⁴ CE, *Caisse des écoles de la Commune de Six-Fours-les-Plages*, 23 mars 2012, n° 355439.

à la seule phase de sélection des offres — ou dans sa totalité en cas de manquement concernant l'élaboration même des offres⁸⁹⁵. En Belgique, une telle compétence est partagée entre la section du contentieux administratif du Conseil d'État et le juge judiciaire⁸⁹⁶. Sur le plan interne, les recours précontractuels permettent de rectifier les défauts du contrat en cours de conclusion et constituent un moyen pour les soumissionnaires qui ont effectué des financements conséquents de soulever un manquement dès la phase procédurale⁸⁹⁷. Dans le cadre des marchés passés par les organisations internationales, deux facteurs peuvent justifier le besoin de prévoir des recours précontractuels.

894. D'abord, il est évident que la phase précontractuelle est menée par l'organisation internationale et reste avant tout l'expression de son pouvoir normatif. À ce titre, elle peut déterminer de manière discrétionnaire les orientations à donner au futur contrat, y compris en matière procédurale. De ce fait, la phase précontractuelle constitue le seul cadre qui lui permet d'élaborer des procédures qu'elle estime adéquates pour encadrer les marchés. Toutefois, ce pouvoir d'auto-organisation implique en vertu de l'exigence d'*accountability* que l'organisation internationale fasse preuve de transparence dans ces procédures, mais offre également des voies de recours aux parties affectées qui se sentent lésées. Il faut souligner que l'une des exigences en matière d'*accountability* est de prévoir un mécanisme capable de mettre en relation, d'une part, l'entité *accountable* et, d'autre part, celui qui est éligible à demander des comptes. Ainsi donc, l'édiction des voies de recours précontractuel est un moyen de jauger la portée des documents de passation de marchés⁸⁹⁸. Le droit au recours précontractuel est d'ailleurs reconnu dans plusieurs textes internationaux — comme l'Accord sur les marchés publics de L'OMC⁸⁹⁹ — et considéré comme un principe général du droit des marchés publics⁹⁰⁰.

895. La deuxième raison de la nécessité de prévoir des recours précontractuels résulte de l'inefficacité du recours classique au juge national. Ce type de recours peut se heurter à l'immunité des organisations internationales. De même, contrairement aux pouvoirs du juge administratif national, les règlements de passation de marchés relèvent du droit interne des organisations internationales et ne s'appliquent pas aux États, sauf dispositions expresses leur

⁸⁹⁵ CE, *SNBTP*, 18 mai 2021, n° 448618.

⁸⁹⁶ Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, articles 14 et 23.

⁸⁹⁷ Voir S. LAGUIMINA, E. PHILIPPE, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », *AJDA*, 2000, p. 283.

⁸⁹⁸ M. AUDIT, « Les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les organisations internationales », *op.cit.*, §13.

⁸⁹⁹ Accord sur les marchés publics de l'OMC, amendé le 30 mars 2012, article XVIII.

⁹⁰⁰ Voir L. FOLLIOT-LALLIOT, « Entreprises et organisations internationales : quels mécanismes de recours précontractuels lors de l'attribution de marchés publics par les organisations internationales ? », Étude réalisée pour l'ASE par le CRDP (Centre de Recherche en Droit public) et le CEDIN, Université Paris-Ouest-Nanterre, 2008.

ayant conféré une valeur normative⁹⁰¹. Dès lors, le juge interne ne dispose d'aucun fondement pour connaître de litiges résultant d'actes qui ne relèvent pas de sa compétence. Dans l'hypothèse où il serait compétent, se poserait inmanquablement la question de l'exécution de la décision juridictionnelle.

896. Les enjeux ont évolué et les standards de transparence et d'*accountability* sont introduits au rang de priorités dans les politiques des organisations internationales y compris en matière contractuelle. Dès lors, le devoir de rendre compte aux particuliers affectés doit être pris dans sa globalité et couvrir tout le processus contractuel, de la phase précontractuelle jusqu'à son exécution⁹⁰². Pourtant, certaines organisations internationales sont encore réticentes à instaurer de telles mesures. La plupart du temps, ces organisations se contentent de motiver leur décision de non-attribution. En effet, l'obligation de motiver les décisions encore appelée *reason giving* est reconnue comme étant un moyen de garantir la transparence dans l'action administrative en ce qu'elle permet aux personnes lésées de connaître les motifs légaux du refus de leur candidature⁹⁰³. C'est le cas à l'OEB où les candidats peuvent être informés, lorsqu'ils en font la demande par écrit, des motifs pour lesquels leur demande d'invitation à concourir ou leur offre n'a pas abouti⁹⁰⁴. Les raisons d'une telle politique minimaliste sont d'ordre pratique et tiennent au fait que l'organisation n'a jamais été confrontée à une contestation des règles applicables aux procédures d'appel d'offres⁹⁰⁵. Là encore, l'obligation de motivation des décisions n'est pas systématique et reste une option pour certaines organisations internationales. Par exemple, à l'OMS, « *Debriefings to unsuccessful bidders are not routinely conducted, but are considered in case of high value procurement* »⁹⁰⁶. Certaines organisations internationales comme la FAO ne reconnaissent qu'une simple obligation d'information à l'égard des soumissionnaires non retenus⁹⁰⁷.

897. Tout ceci explique l'édiction de voies de recours précontractuelles qui peuvent être exclusivement internes à l'organisation internationale.

⁹⁰¹ M. AUDIT, « Les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les organisations internationales », *op.cit.*, §30.

⁹⁰² E. MORLINO, *op.cit.*, p. 291.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 179.

⁹⁰⁴ <https://www.epo.org/fr/about-us/tenders/doing-business-with-the-epo>.

⁹⁰⁵ Entretien avec Monsieur V. MENENDEZ, du service juridique de l'OEB, le 14 septembre 2023.

⁹⁰⁶ <https://www.who.int/about/accountability/procurement/principles-and-processes>.

⁹⁰⁷ FAO Manuel, section 502, point 502.16.16.

B. Les mécanismes exclusivement internes à l'organisation internationale

898. Dans les mécanismes internes, les recours précontractuels sont portés devant un organe de l'organisation internationale. En fonction des organisations internationales, la procédure peut se dérouler en une (1) ou deux phases (2).

1. Les procédures uniques de recours précontractuel

899. Les procédures uniques prévoient généralement la compétence d'un seul organe d'examen des recours et n'offrent pas la possibilité de réviser la décision rendue devant un autre organe. Deux procédures peuvent être citées à titre d'illustration : les recours précontractuels à l'UA et à l'OMD.

900. À l'UA, les soumissionnaires sont autorisés à déposer des plaintes écrites à n'importe quelle étape du processus d'appel d'offres. Ces recours sont examinés par l'organe chargé de traiter les plaintes. Dès la réception de la réclamation, cet organe doit immédiatement suspendre le processus contractuel et veiller à ce que le soumissionnaire ou la partie prenante ait l'occasion de présenter son cas et de recevoir une explication des décisions prises dans la période de sept jours civils après réception de sa plainte. Si l'attribution du marché a été faite de manière incorrecte en raison de défaillances internes au sein de l'UA dans le suivi des procédures établies, le Comité chargé de traiter les plaintes recommande aux fonctionnaires de l'UA de prendre des mesures disciplinaires, et détermine les actions spécifiques nécessaires pour régler la plainte et l'attribution des contrats⁹⁰⁸.

901. À l'OMD:

*« Any tenderer who has participated in a call for tenders and feels he/she has been wronged may bring a complaint before the Review Committee if he/she has first submitted a request for information to the Head of Central Services »*⁹⁰⁹.

Le soumissionnaire non retenu doit tout de même respecter certaines conditions de forme. Il doit d'abord envoyer une demande d'information au *Head of Central Service*. Ensuite, il doit soumettre sa plainte à un autre organe — *Head of Administration and Personnel* — par courrier avec accusé de réception dans un délai de cinq jours après la réponse du *Head of Central Services* à sa demande d'information⁹¹⁰. En réalité, le *Review Committee* reste l'organe chargé de traiter la plainte, mais celle-ci doit être préalablement déposée auprès du *Head of*

⁹⁰⁸ Manuel des achats de l'Union Africaine, version 2.0, 2016, point 6.3.

⁹⁰⁹ OMD, *Procedure and Principles for the Acquisition of Goods and Services, Annex 6 to Financial Rules*, point 7.b.

⁹¹⁰ *Ibid.*

Administration and Personnel. Les décisions du *Review Committee* sont définitives et insusceptibles de recours.

2. *Les procédures en deux étapes*

902. Les voies de recours précontractuel peuvent être, à l'instar des systèmes administratifs nationaux, gracieuses et hiérarchiques.

903. Le recours gracieux est porté généralement devant l'organe qui a passé le marché. À l'OTAN, le recours est porté devant le *NSPA Procurement Officer* qui a quatorze jours — *the Amicable Settlement Period* — à partir de la date de la réclamation :

« *for a debriefing by the NSPA Procurement Officer with the subject matter expert technical evaluators, when so requested by the claimant and for discussions leading to resolution of the claim* »⁹¹¹.

À la BAD, la contestation doit être adressée à l'attention du Directeur du département des services généraux et des achats⁹¹².

904. Les recours hiérarchiques sont portés soit devant le supérieur hiérarchique de l'organe qui a passé le marché, soit devant un organe spécialement institué pour traiter les recours précontractuels. Des organisations internationales comme l'UNESCO appliquent la première méthode. En effet, les fournisseurs qui ont le sentiment d'avoir été traités injustement dans le cadre de la consultation, de l'évaluation, ou de l'attribution d'un contrat peuvent adresser une réclamation à l'Unité contractante compétente de l'UNESCO (Secteur/Bureau/Institut/Bureau hors Siège), mentionnée dans les documents de sollicitation. Si le réclamant est insatisfait de la réponse fournie par l'Unité contractante de l'UNESCO, il peut s'adresser à la directrice financière (CFO), qui peut à son tour solliciter tous les éclaircissements nécessaires auprès des fonctionnaires de l'UNESCO responsables et de l'Office des affaires juridiques. Si la réclamation comporte des accusations de faute commise par le personnel de l'UNESCO ou d'acte de corruption ou de fraude, elle doit être transmise directement au Service d'évaluation et d'audit afin qu'il l'examine conformément à ses propres procédures⁹¹³.

905. L'OTAN a choisi la deuxième option en confiant l'examen en deuxième ressort au *Dispute Resolution Committee*⁹¹⁴. Ce mécanisme peut être plus rassurant pour la personne privée, car l'organe n'a pas d'intérêt direct dans le marché, mais possède plutôt au vu de sa

⁹¹¹ OTAN, *NSPA Procurement Operating Instruction*, 29 septembre 2023, OI- 4200-01 (Rev.5), point 10-11.3.

⁹¹² BAD, Directives n° 05/2013 relatives aux procédures de contestation de l'attribution des marchés, septembre 2015, point 6.

⁹¹³ <https://www.unesco.org/fr/procurement>.

⁹¹⁴ OTAN, *NSPA Procurement Operating Instruction*, *op.cit.*, point 10-11.3.

composition, des qualités techniques pour apprécier avec un regard d'expert les éventuelles failles de la procédure. À l'OTAN par exemple le *Dispute Resolution Committee*:

« *is chaired by the Competition Advocate and composed of senior contracting and technical staff from the NSPA who are not involved in the disputed procurement action [...] The decision of the Committee shall be final, binding and no appeal shall be allowed* »⁹¹⁵.

906. Certaines organisations vont plus loin et offrent la possibilité aux soumissionnaires de saisir un organe externe à l'organisation internationale.

C. Les mécanismes mixtes (internes et externes)

907. Il s'agit des mécanismes de recours précontractuels qui prévoient la saisine d'un organe arbitral qui intervient en tant qu'« organe d'appel » en cas de réponse insatisfaisante de la part de l'organisation internationale. On les trouve par exemple à l'OIF et à l'OIAC.

908. À l'OIF, la plainte doit être adressée en premier ressort à l'unité administrative responsable des achats qui la transmet par la suite à la direction de l'administration des finances et au conseil juridique⁹¹⁶. En cas de réponse insatisfaisante pour la partie privée :

« *Tout différend né au sujet de l'attribution d'un marché qui n'a pas pu être réglé par voie de négociation est, à moins que les parties n'en conviennent autrement, soumis à la requête de l'une d'entre elles, à un tribunal arbitral composé de trois membres, l'un désigné par l'OIF, l'autre désigné par le soumissionnaire, et le troisième qui préside le tribunal d'un commun accord par les deux autres. Les arbitres appliquent le droit de l'OIF à l'exécution de toute législation nationale. La décision est exécutoire, de plein droit et n'est susceptible d'aucun recours* »⁹¹⁷.

909. L'intervention d'un organe arbitral et surtout la prise en compte de la partie privée dans le choix des membres du tribunal arbitral ont pour avantage de rééquilibrer les intérêts des parties et d'apporter plus de transparence à la procédure.

910. À l'OIAC, les conditions de recours à la procédure arbitrale sont limitées et présentent quelques originalités⁹¹⁸. Les recours sont organisés en plusieurs étapes et le choix de la suite de la procédure dépend donc de l'objet de la plainte. La première étape consiste pour le soumissionnaire lésé à adresser une demande d'information *au Head of Procurement* « *with respect to the evaluation procedure other than a clarification concerning the content of the*

⁹¹⁵ *Ibid.*, point 10-11.3.1.

⁹¹⁶ Directive n° Dir-04/2010 relative à l'acquisition des biens, travaux et services de l'Organisation Internationale de la Francophonie, article 11.1.

⁹¹⁷ *Ibid.*, article 11.3.

⁹¹⁸ OPCW, *General Instructions for Bidders*, point 6.

Solicitation documents »⁹¹⁹. Après la réponse du *Head of Procurement* et si le requérant reste insatisfait, il peut soumettre sa requête au *OPCW Principal Financial Officer*⁹²⁰. Dès réception de la plainte, l'Organe peut :

« *Decide to recommend the following procedures to the OPCW Director – General:*

(f) If the Protest concerns issues related to alleged cases of unsatisfactory conduct of staff members, the OPCW Director-General may assign two senior officers (referred to as the “Investigation Panel”) to conduct an investigation in accordance with the applicable OPCW Regulations, Rules and Directives.

(g) If the Protest concerns any matter other than issues addressed under paragraphs 5(c) and 5(f) above in respect of the award of Contract, the protest shall be reviewed by an independent review committee, established by the OPCW Director-General, composed of three members chosen by the Director-General, serving in their individual capacity »⁹²¹.

La procédure précontractuelle interne est elle-même subdivisée en plusieurs phases et les organes de décision varient en fonction de l'objet de la requête : le directeur général, assisté par un panel d'investigation, pour les litiges résultant d'une conduite insatisfaisante d'un membre du personnel ; un comité indépendant de révision — *Independent Review Committee* — établi par le directeur général pour toutes les contestations autres que celles adressées suite à une réponse insatisfaisante du *Head of Procurement* et les requêtes liées à la conduite d'un membre du personnel.

911. De même, le recours à l'arbitrage n'est offert que pour les contestations portées devant le comité indépendant de révision et seulement en cas d'échec des négociations⁹²². Par ailleurs, le mécanisme arbitral précontractuel prévu par l'OIAC se réfère au mécanisme arbitral tel que décrit dans les conditions générales d'achats de biens ou de services de l'organisation⁹²³. Une telle approche est aussi intéressante, car elle aligne les recours précontractuels au même niveau que les modes de règlement de différend contractuel. On peut y voir une manière pour l'organisation de considérer l'importance du recours précontractuel et de prévoir un niveau de protection équivalent à ce qui est attribué à un cocontractant.

912. À cet égard, les institutions européennes se démarquent dans le processus de renforcement des recours précontractuels.

⁹¹⁹ *Ibid.*, point 6.a.

⁹²⁰ *Ibid.*, point 6.d.

⁹²¹ *Ibid.*, point 6.f à g.

⁹²² *Ibid.*, point 6.h.

⁹²³ *Ibid.*, point 6.h.

Paragraphe 2. Le développement de mécanismes robustes : l'exemple des institutions de l'Union européenne et des organisations régionales européennes

913. Les mécanismes de recours précontractuel se développent et présentent de plus en plus des singularités qui peuvent renforcer leur performance. Les institutions de l'UE sont un exemple en matière de juridictionnalisation des recours précontractuels. En effet, le droit de l'UE offre — en amont et en dehors du cadre réglementaire propre à chaque institution — des voies de recours précontractuel aux soumissionnaires ⁹²⁴(A). De même, certaines organisations régionales se distinguent par la mise en place de mécanismes de recours efficaces et transparents : c'est le cas de l'ASE (B).

A. Les voies de recours précontractuel offertes en amont : l'exemple des institutions de l'Union européenne

914. Si les institutions de l'UE restent libres en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, de déterminer le droit applicable aux contrats passés avec les personnes privées, il n'en demeure pas moins que leurs activités sont soumises au droit de l'UE. De plus, il a été admis que certaines règles du droit de l'Union s'appliquent aux contrats entre les institutions internationales et les particuliers, notamment en matière de non-discrimination et de transparence⁹²⁵. Sur cette base, le droit de l'Union prévoit des voies de recours qui peuvent être utilisées sous certaines conditions par les soumissionnaires non retenus dans le cadre de passation de marchés avec des institutions européennes.

915. La première voie possible est le recours au médiateur européen — l'Ombudsman. En effet, l'article 228 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que :

« Un médiateur européen, élu par le Parlement européen, est habilité à recevoir les plaintes émanant de tout citoyen de l'Union ou de toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre et relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou organismes de l'Union, à l'exclusion de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles. Il instruit ces plaintes et fait rapport à leur sujet. Conformément à sa mission, le médiateur procède aux enquêtes qu'il estime justifiées, soit de sa propre initiative, soit sur la base des plaintes qui lui ont été présentées directement ou par l'intermédiaire d'un membre du Parlement européen, sauf si les faits allégués font ou ont fait l'objet d'une procédure juridictionnelle. Dans les cas où le médiateur a constaté un cas de mauvaise administration, il saisit l'institution, organe ou organisme concerné, qui dispose d'un délai de trois mois pour lui faire tenir son avis. Le médiateur transmet ensuite un rapport au Parlement européen et à l'institution,

⁹²⁴ Pour un panorama sur les institutions concernées, voir https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies_fr.

⁹²⁵ D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration de l'Union européenne », in J-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 230.

organe ou organisme concerné. La personne dont émane la plainte est informée du résultat de ces enquêtes ».

916. La compétence du médiateur européen est donc limitée aux recours émanant de personnes physiques ou morales résidant ou ayant leur siège dans un État membre. Elle crée de ce fait une situation à la fois de discrimination et de dissuasion vis-à-vis des soumissionnaires qui n'ont pas leur siège dans un État membre⁹²⁶.

917. Les actions de l'Ombudsman sont diverses et variées et sont axées autour des questions de bonne administration et de transparence. Les rapports de l'Ombudsman sont généralement des recommandations ou des évaluations. Ils n'ont pas de caractère obligatoire, mais ils peuvent tout de même être considérés comme une alternative intéressante au recours juridictionnel. En matière précontractuelle, le médiateur a rendu tout récemment un rapport à la suite d'une plainte concernant des problèmes techniques dans le cadre d'une procédure de recrutement d'un candidat⁹²⁷. Il a estimé que l'institution concernée — l'Office européen de sélection du personnel (EPSO) avait fait preuve de mauvaise administration dans la manière dont il a traité la plainte relative à des problèmes techniques rencontrés par un candidat lors de tests à distance. Le médiateur a par la suite suggéré que l'EPSO devrait entamer un dialogue avec le plaignant en vue de trouver une solution appropriée et équitable.

918. L'autre mécanisme — cette fois-ci juridictionnel — est consacré par l'article 263 TFUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers [...] Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premiers et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est la destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesure d'exécution ».

919. Le TFUE donne la possibilité aux personnes privées de saisir la CJUE pour tout préjudice résultant d'actes émanant des organes de l'Union et dont elles sont les destinataires. Les recours en annulation de décision d'attribution de marchés entrent dans le champ d'application de cet article. Dans une récente affaire — *Inivos Ltd et Inivos BV c. Commission européenne* — deux requérants, des entreprises établies à Londres et à Rotterdam, n'avaient pas pu participer à une procédure de passation de marchés lancée par la Commission

⁹²⁶ E. MORLINO, *op.cit.*, p. 342.

⁹²⁷ Décision sur la manière dont l'Office européen de sélection du personnel (EPSO) a traité une plainte concernant des problèmes techniques dans le cadre d'une procédure de sélection (EPSO/AST/155/22 – Assistants dans le domaine de la sécurité opérationnelle), affaire 413/2023/MAG, 8 juillet 2024.

européenne, celle-ci ayant décidé de recourir à la procédure négociée sans publication préalable. Ces entreprises ont alors saisi la CJUE sur le fondement de l'article 263 TFUE afin d'obtenir entre autres l'annulation de la décision de la Commission européenne de recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché pour l'acquisition de robots de désinfection, de la décision d'attribuer ce marché ainsi que de la décision de conclure les contrats-cadres avec deux opérateurs et de déclarer nuls et non avenus ces contrats-cadres⁹²⁸. À cette occasion, la Cour va apporter des précisions quant à certaines conditions de recevabilité de la requête fondée sur l'article 263. En effet, la Cour considère que :

*« seul l'acte par lequel son auteur détermine sa position de façon non équivoque et définitive, dans une forme permettant d'en identifier la nature, constitue une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation [...] Plus particulièrement, lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale »*⁹²⁹.

920. Quant à la qualité pour agir qui conduit à déterminer si les requérants sont concernés directement et individuellement par la décision, la Cour pose certains prérequis. En effet, l'appréciation de l'impact direct de la décision doit satisfaire deux conditions cumulatives : il faut que :

*« la mesure produise directement des effets sur la situation juridique de cette personne et, d'autre part, qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires chargés de la mettre en œuvre, cette mise en œuvre ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires »*⁹³⁰.

921. S'agissant de la question de savoir si les requérantes sont individuellement concernées par la décision d'attribution attaquée, la Cour estime que les destinataires d'une décision ne sont individuellement concernés que si :

*« cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire »*⁹³¹.

922. Pour finir, la Cour va préciser le caractère strictement précontractuel des recours qui doivent être formés sur le fondement de l'article 263 en matière de décision d'attribution de marchés. Répondant à la requête en annulation de la décision de la Commission de conclure les contrats-cadres litigieux et à les déclarer nuls et non avenus, la Cour rappelle :

⁹²⁸ CJUE, *Inivos Ltd et Inivos BV c. Commission européenne*, 21 février 2024, affaire T-38/21.

⁹²⁹ *Ibid.*, §23-24.

⁹³⁰ *Ibid.*, §60.

⁹³¹ *Ibid.*, §68.

« qu'il est de jurisprudence constante que des conclusions tendant à l'annulation, dans le cadre de l'article 263 TFUE, d'actes adoptés par les institutions dans un cadre purement contractuel, dont ils sont indissociables, sont irrecevables »⁹³².

Elle en déduit que :

« la signature des contrats-cadres est, par définition, inhérente au processus contractuel, sans que puisse être, à cet égard, identifiée, en l'espèce, une décision détachable dudit processus et, d'autre part, que lesdits contrats-cadres produisent et épuisent tous leurs effets dans le cadre de la relation contractuelle qui unit les parties en cause aux contrats, à l'égard desquels les requérantes sont des tiers »⁹³³.

Une telle position est compréhensible dans la mesure où la Cour n'entend pas intervenir dans les questions purement contractuelles dont le règlement des différends devrait résulter des termes du contrat. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour peut déclarer nul et non avenu l'acte contesté dès lors que le recours est fondé, mais peut indiquer, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs⁹³⁴.

923. L'innovation dans l'institution de voies de recours est également perceptible chez certaines organisations régionales comme l'ASE.

B. Des mécanismes de recours de plus en plus transparents : l'exemple de l'ASE

924. L'Agence spatiale européenne a été créée en 1975 et comprend vingt-deux États membres. L'organisation a pour mission d'assurer et de développer, à des fins exclusivement pacifiques, la coopération entre États européens dans les domaines de la recherche et de la technologie spatiales⁹³⁵.

925. La procédure de passation de marchés est régie par le Règlement de l'ASE relatif aux approvisionnements et instructions d'application associées⁹³⁶. Ce règlement de passation de marchés consacre sa partie VI aux voies de recours précontractuel. L'objectif de la procédure de réexamen est de garantir un véritable recours effectif à la phase précontractuelle pour tout opérateur économique ayant manifesté un intérêt direct pour un approvisionnement de l'Agence et alléguant une perte potentielle due à un manquement présumé de l'Agence aux procédures

⁹³² *Ibid.*, §83.

⁹³³ *Ibid.*, §84.

⁹³⁴ Article 246 TFUE.

⁹³⁵ Convention de l'ASE et règlement intérieur du personnel, SP-1337/FR, novembre 2019, article II.

⁹³⁶ Règlement de l'ASE relatif aux approvisionnements et Instructions d'application associées, 10 juillet 2019, ESA/REG/001, rév. 5.

prescrites dans le Règlement⁹³⁷. Tout comme en droit de l'UE, cette procédure ne diffère pas l'entrée en vigueur de tout contrat qui résulterait du processus d'approvisionnement⁹³⁸.

926. Le mécanisme de recours précontractuel à l'ASE est original en ce qu'il prévoit une procédure à trois étapes.

1. Le réexamen par le Chef du Département des approvisionnements

927. Lorsqu'il est saisi, le chef du département des approvisionnements doit rendre une décision, qu'il communique par écrit à la partie requérante dans un délai de dix jours calendaires à compter de la réception du recours. Il doit motiver sa décision et préciser les mesures correctives à prendre si le recours est reconnu, fondé en tout ou partie⁹³⁹. La décision du chef du département des approvisionnements est définitive, sauf si la partie requérante fait appel⁹⁴⁰. Dans ce cas, le recours doit être déposé par écrit au médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles dans les cinq jours calendaires qui suivent la réception de la décision⁹⁴¹.

2. Le réexamen par le médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles

928. Le médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles et son suppléant sont nommés par le Conseil sur proposition du directeur général pour un mandat de trois ans renouvelable une seule fois⁹⁴². La composition de cet organe présente certaines qualités en termes d'indépendance et d'expertise. En effet, l'article 52.3 du Règlement dispose que :

« Le médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles et son suppléant sont indépendants dans l'exercice de leurs fonctions et ne peuvent solliciter ni recevoir d'instruction de quiconque. Sont choisies des personnalités éminentes disposant d'une expérience et de compétences particulières en ce qui concerne l'industrie spatiale européenne et les approvisionnements ».

929. De même, le médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles et son suppléant ne font pas partie du personnel de l'Agence ni des délégations des États membres, des États membres associés ou des États coopérants⁹⁴³.

930. Les fonctions du médiateur sont triples ; d'abord, le médiateur peut connaître des recours en manquement aux procédures d'attribution de marchés résultant d'actes ou de

⁹³⁷ *Ibid.*, article 48.

⁹³⁸ *Ibid.*, article 49.

⁹³⁹ *Ibid.*, article 51.4.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, article 51.6.

⁹⁴¹ *Ibid.*, article 51.7.

⁹⁴² *Ibid.*, article 52.1.

⁹⁴³ *Ibid.*, article 52.5.

décisions du chef du département des approvisionnements⁹⁴⁴. Ensuite, il peut être saisi par la partie requérante si le chef du département des approvisionnements ne rend pas sa décision dans les délais prescrits⁹⁴⁵. Enfin, le médiateur est compétent pour recevoir les recours formés en appel contre la décision du chef du département des approvisionnements, rendue en premier ressort⁹⁴⁶.

931. En ce qui concerne le troisième chef de compétence, le médiateur émet une recommandation motivée qui peut soit confirmer la décision initiale prise par le chef du département des approvisionnements, soit préciser les mesures correctives à prendre par l'Agence lorsqu'il est préconisé de reconnaître le recours comme fondé en tout ou partie⁹⁴⁷. Le réexamen par le médiateur est donc une forme de procédure d'appel amiable à mi-chemin entre la procédure en premier ressort et la troisième étape de la procédure.

932. Par la suite, le chef du département des approvisionnements rend une nouvelle décision, qu'il communique par écrit au médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles et à la partie requérante dans les dix jours calendaires qui suivent la réception de la recommandation⁹⁴⁸. Cette décision est également définitive sauf appel devant la Commission de recours en matière d'approvisionnements.

3. *Le réexamen par la Commission de recours en matière d'approvisionnements*

933. La Commission de recours — *Procurement Review Board* — est mise en place par le directeur général. En termes d'indépendance vis-à-vis de l'organisation et de savoir-faire de ses membres, la commission présente les mêmes garanties que le médiateur. En effet :

*« La Commission de recours en matière d'approvisionnements se compose de six membres extérieurs à l'Agence, disposant d'une expérience juridique et pratique confirmée des marchés publics ; les membres de la Commission de recours en matière d'approvisionnements ne font pas partie des délégations des États membres, des États membres associés ou des États coopérants »*⁹⁴⁹.

934. La Commission de recours ne traite que des recours contre les décisions en deuxième ressort du chef du département des approvisionnements après avis du médiateur⁹⁵⁰. La procédure de réexamen par la Commission de recours présente des originalités en ce qui concerne le respect du contradictoire. En effet, le règlement prévoit que :

⁹⁴⁴ *Ibid.*, article 51.2.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, article 51.5.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, article 51.7.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, article 53.3.b.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, article 53.4.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, article 54.2.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, article 55.1.

« Les délibérations de la Commission de recours en matière d'approvisionnements doivent être organisées de manière à ce que :

a) les parties prenantes au réexamen puissent être entendues avant qu'une décision ne soit prise ;

b) les parties prenantes au réexamen puissent être représentées et accompagnées ;

c) les parties prenantes au réexamen aient accès à l'ensemble des délibérations ;

d) les délibérations puissent être publiques »⁹⁵¹.

935. La commission prend sa décision dans un délai de quinze jours calendaires suivant le dépôt du recours et celle-ci est définitive et contraignante pour les parties⁹⁵². Enfin, lorsqu'elle constate un manquement par l'Agence aux procédures prescrites par le règlement, la commission accorde au soumissionnaire une indemnité limitée à 120 000 euros⁹⁵³.

936. L'analyse du Règlement de passation de marchés de l'ASE révèle un modèle sophistiqué en matière de recours précontractuel qui atteste de la prise en compte des intérêts des parties dès la phase précontractuelle et du souci d'offrir des procédures transparentes et disponibles. La Commission de recours rend régulièrement des décisions qui sont accessibles sur son site internet⁹⁵⁴.

937. Finalement, la formalisation des procédures de recours précontractuel apporte un avantage supplémentaire qui renforce l'*accountability* des organisations internationales. Cependant, l'efficacité de ces voies de recours dépendra certainement de l'aptitude des organes ou juridictions à déceler les failles de la procédure soulevées par les parties. Cela requiert que les organes établis aient une interprétation moins stricte des règlements de passation de marchés, ce qui n'est pas le cas au regard du nombre de recours rejetés. Par exemple, sur les trente-cinq recours portés devant la commission de recours de la CEB, vingt d'entre eux ont été rejetés⁹⁵⁵.

938. Toutefois, le point commun à la plupart des mécanismes de recours étudiés reste le règlement amiable « en interne » de la procédure. C'est certainement la raison pour laquelle certaines organisations n'ont pas expressément prévu de modèle de recours précontractuel, mais n'en sont pas moins réceptives, du moins sur le plan informel. Quoi qu'il en soit, une procédure précontractuelle préétablie et connue des parties est gage de transparence et renforce l'*accountability* des organisations internationales.

⁹⁵¹ *Ibid.*, article 55.4.

⁹⁵² *Ibid.*, article 55.5.

⁹⁵³ Règlement de l'ASE relatif aux approvisionnements et Instructions d'application associées, article 57.

⁹⁵⁴ Voir par exemple, Procurement Review Board ("PRB") for the European Space Agency, Decision for case 06/2022, *Aquanauta Vs European Space Agency*, 7 juillet 2022.

⁹⁵⁵ European Court of Auditors, *The EU Institutions Can Do More to Facilitate Access to Their Public Procurement*, Special Report, 2016, § 80.

Résumé du deuxième chapitre

939. Dans le domaine contractuel, les organisations internationales ne perdent pas de vue l'objectif fonctionnel lié à la conclusion des contrats et sont de ce fait appelées à instaurer des procédures de passation de marchés qui posent les règles du jeu contractuel. Devant cette « administrativisation » significative des rapports contractuels, le droit administratif global est porteur de solutions pour la partie privée en introduisant de nouvelles exigences sur lesquelles les organisations internationales sont tenues de s'aligner. Les principes de transparence et de non-discrimination sont redynamisés par un principe d'*accountability* qui est aujourd'hui au cœur des objectifs des organisations internationales. En pratique, l'*accountability* permet de mettre à l'épreuve les politiques contractuelles des organisations non pas d'un point de vue stratégique, mais sous l'angle des mesures de protection offertes aux cocontractants privés. À cet égard, le recours précontractuel est le mécanisme idéal qui reflète la disposition de l'organisation internationale à garantir une relation contractuelle transparente.

Conclusion du deuxième titre

940. Le droit administratif global est encore un droit en construction, mais reste un projet intéressant qui répond à un besoin d'efficacité juridique et d'adaptabilité aux nouveaux enjeux globaux. Sa flexibilité lui permet d'être considéré comme une alternative au droit international public classique, dont la capacité à régir les contrats d'organisation internationale est souvent mise en cause ; au droit international privé à travers le principe d'autonomie de la volonté qui peut être adapté eu égard à la nature des parties et par la prise en compte prioritaire des intérêts de l'organisation internationale ; aux droits nationaux qui sont souvent perçus comme une potentielle menace à l'autonomie des organisations internationales et à leurs immunités.

941. Sur le terrain contractuel, ce droit s'introduit à travers des principes, standards ou codes de conduite qui couvrent des domaines divers et variés. Ces nouvelles exigences renforcent la capacité des organisations internationales à répondre aux nouveaux enjeux globaux. Elles renforcent aussi leur crédibilité dans leurs relations avec les personnes privées, y compris dans le domaine contractuel.

Conclusion de la deuxième partie

942. En dépit des considérations théoriques, le droit applicable aux contrats trouve avant tout son fondement dans la volonté des parties. Ce principe pourtant bien ancré dans divers ordres juridiques et reconnu par les organisations internationales finit par céder le pas à une confrontation inévitable de volontés.

943. Derrière la volonté des parties se cache une divergence d'intérêts que chaque partie essaie d'imposer à l'autre. Mais l'intérêt de l'organisation internationale est bien souvent prépondérant ; elle passe des contrats pour assurer ses missions dont elle a seule la maîtrise. À travers la production de normes contractuelles en amont, elle finit dans bien des cas par imposer sa volonté.

944. Pour autant, cette réalité ne prive pas la personne privée de tout moyen d'action. En dehors des cas où l'organisation internationale n'est pas économiquement bâtie pour imposer ses conditions à la personne privée ou des cas où elle tire un grand intérêt fonctionnel à entretenir une relation contractuelle équilibrée — un partenariat — la personne privée peut s'appuyer sur le développement de normes émergentes s'alignant elles-mêmes sur des priorités nouvelles.

945. Les règles de droit administratif global et les principes qu'elles transportent conduisent les administrations internationales à adapter leurs normes de sorte à répondre aux nouveaux enjeux globaux. Les intérêts de la personne privée — recherche de profit économique, sécurité juridique — trouvent un écho favorable sous le prisme des règles de droit administratif global en matière contractuelle. Même si l'organisation internationale mène les débats, sa politique intègre désormais des mécanismes qui permettent d'atteindre un certain rééquilibrage des intérêts.

CONCLUSION GÉNÉRALE

946. Les résultats de l'étude sur le droit applicable aux contrats d'organisation internationale ont permis de relever que les parties peuvent s'appuyer sur une offre juridique variée, dans laquelle les possibilités de choix restent très larges et comportent chacune des avantages en fonction des intérêts poursuivis.

947. L'analyse des droits potentiellement applicables, sur la base de l'autonomie de la volonté et de l'égalité des parties, se heurte très tôt à l'obstacle du statut de l'organisation internationale et des privilèges qui en découlent. Les premières frictions naissent de ce déséquilibre et se caractérisent en amont, par une abstention volontaire de mentionner le droit applicable, et en aval, par un litige contractuel débouchant sur la saisine d'un organe juridictionnel. La question du choix du droit applicable laisse temporairement place à l'enjeu du choix de l'organe juridictionnel capable de désigner un droit qui est à même de desservir les intérêts des parties. À cet égard, l'arbitrage semble recueillir l'assentiment des deux parties.

948. Par ailleurs, l'approche théorique neutre qui prend appui sur l'autonomie de la volonté ne correspond souvent pas à la réalité. Fortes de leur personnalité, les organisations internationales déploient en amont des normes et procédures taillées à la mesure de leurs objectifs et de leur fonction. L'offre juridique se spécialise à travers l'édiction des procédures de passation de marchés. Dès lors, l'enjeu principal devient la protection des intérêts du cocontractant. L'insertion des normes de droit administratif global, considérée comme une discipline juridique émergente, entend répondre à l'évolution de la société et permet de garantir la transparence de la politique contractuelle de l'organisation internationale et renforcer sa crédibilité vis-à-vis de son cocontractant.

949. Finalement, le droit applicable aux contrats est plutôt le résultat d'une concession des intérêts que d'une conciliation des intérêts. Pour autant, l'intérêt dominant de l'organisation internationale ne doit pas être automatiquement perçu comme hostile à celui de la personne privée. L'objectif fonctionnel des contrats d'organisation internationale n'est toujours pas en opposition avec les intérêts de la personne privée dès lors que cette dernière a une connaissance claire de la politique contractuelle de son cocontractant et dispose d'une certaine marge de négociation. L'enjeu de sécurité juridique au profit de la personne privée peut être satisfait par la création d'un « droit spécial des contrats d'organisation internationale » accessible et prévisible. Toutefois, malgré la ressemblance entre les normes contractuelles, ce projet paraît difficilement envisageable dans la pratique au regard de la spécificité de chaque organisation internationale.

BIBLIOGRAPHIE

I. *DOCTRINE*

A. Manuels et Ouvrages généraux

ANCEL (M.), DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.), *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Paris, Sirey, 2019, 814 p.

ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2006, 814 p.

AUBY (J-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Traité de droit administratif européen*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, 1118 p.

AUDIT (B.), *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2013, 1140 p.

AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2018, 1214 p.

BASTID (S.), *Droit international public, le droit des organisations internationales*, Paris, Les cours de droit, 1970, 550 p.

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, tome I, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, 656 p.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 20^e éd., Paris, LGDJ, 2023, 784 p.

BENCHENDIKH (F.), *Droit de la commande publique*, Paris, Dalloz, 2019, 448 p.

BERNHARDT (R.) (dir.), *Encyclopedia of public international law*, vol.1, Amsterdam, Elsevier, 1992, 5919 p.

CARREAU (D.), MARELLA (F.), *Droit international*, 13^e éd., Paris, Pedone, 2022, 812 p.

CHAHINAIS (C.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), MAYER (L.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 37^e éd., Paris, Dalloz, 2024, 2100 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome I, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 1440 p.

CLAVEL (S.), *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz hypercours, 2021, 696 p.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 13^e éd., Paris, LGDJ/précis Domat, 2019, 896 p.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., Paris, PUF, 2024, 1112 p.

DAVID (E.), *Droit des organisations internationales*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, 832 p.

DE VAREILLE-SOMMIERES (P.), LAVAL (S.), *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2023, 1100 p.

DE VELASCO VALLEJO (M.), *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, 919 p.

DUPUY (R.-J.) (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1988, 967 p.

DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2022, 1100 p.

FAVOREU (L.) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2021, 720 p.

FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2022, 1200 p.

FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 1225 p.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit processuel, droit commun et comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, précis Dalloz, 2023, 1196 p.

LAGRANGE (E.), SOREL (J.-M.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1248 p.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), de VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013, 1000 p.

MAYER (P.), HEUZÉ (V.), REMY (B.), *Droit international privé*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2019, 800 p.

NIBOYET (M.-L.), GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2020, 768 p.

PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, 1923, 960 p.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (P.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil-les obligations*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2022, 1800 p.

TERRÉ (F.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2024, 922 p.

VIGNAL (T.), *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2021, 556 p.

B. Monographies

ARROWSMITH (S.), DAVIES (A.), *Public Procurement: Global Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 1998, 304 p.

AUDIT (M.), SCHILL (W.), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 972 p.

BATIFFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938, 516 p.

BATTIFOL (H.), *Problèmes des contrats privés internationaux*, Paris, Cours de l'Institut des hautes études internationales, 1962, 182 p.

BATTINI (S.), *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2003, 286 p.

BELLIER (S.), *Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales*, Paris, L'harmattan, 2011, 574 p.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1976, 222 p.

BISMUTH (R.), *La standardisation internationale privée*, Bruxelles, Larcier, 2014, 248 p.

BOWETT (D-W.), *The Law of International Institutions*, Londres, Steven and Son, 1982, 382 p.

CARREAU (D.), *Le Fonds monétaire International*, Paris, Pedone, 2009, 200 p.

CARREAU (D.), SHAW (M-I.), *La dette extérieure*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 818 p.

CASSESE (S.), *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, 136 p.

CASSESE (S.), *Lo Spazio Giuridico Globale*, Rome, Laterza, 2003, 198 p.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.), *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, 382 p.

COSNARD (M.), *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, 478 p.

DENQUIN (J-M.), *Les concepts juridiques- Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, 457 p.

DONNEDIEU DE VABRES (J.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le milieu du XX^e siècle*, Paris, Sirey, 1938, 781 p.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996, 452 p.

FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, 582 p.

FERRY (C.), *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1989, 354 p.

FROMAGEAU (E.), *La théorie des institutions du droit administratif global, Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 290 p.

FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, Paris, collection Thémis, 2007, 362 p.

GLAVINIS (P.), *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, LGDJ, 1992, 271 p.

HART (H-A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Presses de l'université Saint Louis, 2^e éd., 1976, 344 p.

HEUZÉ (V.), *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, Joly éditions, 1990, 392 p.

JACQUET (M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica 1983, 342 p.

JENKS (C-W.), *The Proper Law of International Organizations*, Londres, Steven and Son, 1963, 282 p.

JESSUP (Ph.), *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, 113 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Traduit par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

KESSEDJIAN (C.), *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, 190 p.

LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, Paris, LGDJ, 1994, 428 p.

LAGARDE (P.), *Le droit international privé, esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, 840 p.

LAGARDE (P.), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, 254 p.

LAGERWALL (A.), *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 634 p.

LALIVE (J-F.), *Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 222 p.

LECOURT (A.), *Fiches de droit des obligations : rappels de cours et exercices corrigés*, Paris, Ellipses, 2019, 466 p.

LHUILIER (G.), *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2017, 522 p.

LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, LGDJ, 2004, 362 p.

MATTATIA (F.), *Manuel de survie du RGPD*, Paris, Eyrolles, 2021, 160 p.

MATTATIA (F.), *RGPD et droit des données personnelles*, Paris, Eyrolles, 2018, 280 p.

MORLINO (E.), *Procurement by International Organizations: A Global Administrative Law Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2018, 524 p.

- POMMIER (C.), *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, 394 p.
- RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 151 p.
- REBORD (A.), *L'essentiel du droit des obligations*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2017, 192 p.
- REINISCH (A.), *International Organizations before National Courts*, New York, Cambridge University Press, 2000, 520 p.
- REMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme de loi de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, 466 p.
- SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929, 421 p.
- SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2^e éd. 2015, 638 p.
- SANTULLI (C.), *Le statut de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.
- THEVENOT-WERNER (A-M.), *Le droit des agents internationaux à un recours effectif : vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, 1405 p.
- WEBER (M.), *Sociologie du droit*, Traduction de Jacques Grosclaude, Paris, PUF, 2013, 316 p.
- WEIL (P.), *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, Droit des espaces, Droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, 423 p.

C. Ouvrages collectifs, Mélanges et Actes de colloques

- ALBERT (J-L.) (dir.), *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux, Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert ORSONI*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, 568 p.
- ANCEL (B.) *et al.*, *Le droit international privé, esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, 888 p.
- ANCEL (M.) *et al.*, *Mélanges A. Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, 681 p.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, *La bonne foi*, tome XLIII, Paris, Litec, 1994, 585 p.
- BASTID (S.) *et al.*, *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 348 p.

BISMUTH (R.) (dir.), *La standardisation internationale privée*, Bruxelles, Larcier, 2014, 248 p.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, 230 p.

COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Droit international privé* Paris, Pedone, 1994, 282 p.

DOMINICE (C.), PATRY (R.), REYMOND (C.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing and Lichtenhahn, 1993, 777 p.

DUBIN (L.), BODEAU-LIVINEC (P.), ITEN (J-L.), TOMKIEWICZ (V.), *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes, organisé par la SFDI*, Paris, Pedone, 2017, 521 p.

DUPUY (R-J.) (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Leiden, Nijhoff, 1988, 1008 p.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.) (dir.), *Le contrat d'adhésion*, Colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (université paris 13), *RDC*, 2019, n° 2, p. 103.

FAVRE-BULLE (A-C.) *et al.*, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 170 p.

GROS (A.) *et al.*, *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, 582 p.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, 32^e éd., Paris, Dalloz, 2024, 1200 p.

GUYON (Y.) (dir.), *Les ventes internationales de marchandises, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires*, Aix-en-Provence, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1980, Paris, Economica, 1981, 457 p.

HAFNER (G.) *et al.*, *Liber amicorum profesor ignaz seidl-hohenveldern*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 900 p.

HEUZÉ (V.), LIBCHABER (R.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, 932 p.

HOUIN (R.) *et al.*, *LiberAmicorum Louis Fredericq*, Gent, story-scientia, 1965, 1199 p.

KOKKINI-IATRIDOU (D.) (dir.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction-ou-le principe de proximité, « 14^e congrès international de droit comparé » de l'Académie internationale de droit comparé*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 332 p.

LAGRANGE (E.) SOREL (J-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1248 p.

MAKARCZYK (J.) (dir.), *Theory of International Law at the threshold of the 21st century-Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, The Hague, 1996, 1008 p.

MONACO (R.) *et al.*, *Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne, Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, 498 p.

MOURRE (A.) *et al.*, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 170 p.

MOUSSERON (M.), GUIBAL (M.), MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, Paris, Francis Lefebvre, 2001, 380 p.

NICOD (M.) (dir.), *De la volonté individuelle*, Toulouse, PUF, 2010, 203 p.

NORODOM (A-T.), BIN (F.) (dir.), *Les finances des organisations internationales, journée d'études organisée par la SFDI*, Paris, Pedone, 2022, 272 p.

PLANTEY (A.), LORIOT (F.), *Fonction publique internationale*, Paris, CNRS éditions, 2016, 497 p.

POILLOT-PERRUZZETTO (S.) (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un Code européen de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009, 198 p.

RUYS (T.), ANGELET (N.), FERRO (L.) (éds.), *The Cambridge Handbook of immunities and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2019, 720 p.

SAROOSHI (D.) (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2014, 702 p.

SEVE (R.) (dir.), *L'entreprise multinationale dans tous ses états*, Paris, Dalloz, 2013, 488 p.

SCHERMERS (H.), BLOKKER (N.), *International Institutional Law*, 5^e éd., Leiden, Brill/Nijhoff, 2011, 1276 p.

WOLFRUM (R.) (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 2013, 12836 p.

ZEPOS (P.), Von CAEMMERER (E.), *Festschrift für Pan. J. Zépos*, vol.2, Athènes, Ch. Katsikalis 1973, 679 p.

ZIMMERMANN (R.), MACQUEEN (H.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, 400 p.

D. Thèses publiées ou en cours de publication

BURIANA (M-E.), *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, Thèse soutenue le 25 mai 2016, Université de Bordeaux, 726 p.

KULHMANN (J.), *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, Thèse soutenue en 1987, Université Paris I, 785 p.

MAUREL (R.), *Les sources du droit administratif global*, Thèse soutenue le 2 décembre 2019, Université Clermont Auvergne, 749 p.

NDIOR (V.), *La participation d'entités privées aux activités des institutions internationales*, Thèse soutenue le 10 décembre 2013, Université de Cergy-Pontoise, 2013, p. 93

NAVIER (J.), *Approche juridique du financement des programmes onusiens*, Thèse soutenue le 27 novembre 2023, Université Paris Cité, 2023, 555 p.

PICHON (V.), *Des contrats d'adhésion, leur interprétation et leur nature*, Thèse soutenue à Lyon, 1909, 204 p.

RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse soutenue le 24 mai 2005, Université d'Auvergne–Clermont-Ferrand I, 340 p.

WEIL (E.), *L'obligation de règlement des différends à la charge des organisations internationales*, Thèse soutenue le 7 décembre 2021, Cergy-Paris Université, 493 p.

WEISZBERG (G.), *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, Thèse soutenue le 7 novembre 2003, Université Panthéon-Assas, 520 p.

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A. Articles de périodiques

ABÉLÈS (M.), « Globalisation, suite ou fin ? », *Diogène*, 2020, n° 271-272, pp. 10-30.

AUBY (B.), « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », 2007, *chaire*, <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf>.

AUDIT (M.) « Les marchés de travaux, de fourniture et de service passés par les organisations internationales », *JDI*, 2008, n° 4, pp. 941-962.

AYNES (L.), « Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? », *RDC*, 2016, n° 112z2, p. 14 et s.

BASTID (S.), « L'arbitrage international », *JCI*, 1961, fasc., pp. 245-249.

BATIFFOL (H.), « Contrats et conventions », *Rép. intern*, n° 9, p.564 et s.

BATTINI (S.), « Organizzazioni Internazionali e Soggetti Privati : verso un Diritto Amministrativo Globale ? », *Rivista trimestrale del diritto pubblico*, vol. 55, 2005, pp. 359-388.

BELLEY (J-G.), « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1988, pp ; 281-300.

BELLIER (S.), « A propos de la clause arbitrale dans le règlement des différends de l'organisation internationale », *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 445-468.

- BEYNEIX (I.), LEMMET (L-C.), « La négociation des contrats », *RTD.Com*, 2016, p. 1 et s.
- BODEAU-LIVINEC (P.), « Organisation des Nations Unies : évolution de la situation financière-Développements récents », *RGDIP*, 2020, n° 2, pp. 345-349.
- BOURAOUI (S.), BEN ACHOUR-DEROUCHE (S.), BELAID (S.), LAGHMANI (S.), « Mutations des systèmes juridiques. Note pour une modélisation », *Droit et société*, n° 15, 1990, pp. 153-159.
- BURALL (S.), NELIGAN (C.), « The Accountability of International Organizations », *Global Public Policy Institute Research Paper Series* n°2, 2005, pp. 1-23.
- BUREAU (D.), « Application immédiate de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975(acte III) : le test du lien de rattachement sérieux avec la France », *Rev. Crit. DIP*, 2017, n° 4, pp. 542-549.
- CAHIER (Ph.), « Le droit interne des organisations internationales », *RGDIP*, 1963, pp. 563-602.
- CASSESE (A.), « L'immunité de juridiction civile des organisations internationales dans la jurisprudence italienne » *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 556-566.
- CASSESE (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, n° 5, mai 2007, étude 8, pp. 17-26.
- CASSESE (S.), « The Globalization of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n°4, 2005, pp. 973-993.
- CEBE (R.), « Le droit applicable aux contrats des organisations internationales avec les sociétés de droit privé », *RGDIP*, 2024, n° 2, pp. 269-285.
- CHAZAL (J-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1 du code civil », *RTD. Civ*, 2001, p.265 et s.
- COHEN (C.), « Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé » *PUF, collection Droits*, 2017, n° 66, p. 211-226.
- COLIN (J-P.), SINKONDO (M.), « Les relations contractuelles des organisations internationales avec les personnes privées », *RDIC*, 1992, pp. 7-43.
- CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère » *RIDC*, n° 2, 2004, pp. 363-390.
- CUNIBERTI (G.), « Compétence pour ordonner la mainlevée d'une saisie conservatoire transfrontière », *Rev. Crit. DIP*, 2021/1, n° 1, pp. 157-30.
- De VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, pp. 207-290.
- DELAUME (G.), « The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: a Restatement and Forecast », *AJIL*, 1962, vol.56, n° 1, pp. 63-87.
- DESHAYES (O.), « La formation du contrat », *RDC hors-série*, 2016, pp. 21-30.

DOMINICÉ (C.), « Observations sur le contentieux des organisations internationales avec les personnes privées », *AFDI*, 1999, pp. 623-648.

FERRANTE (E.), « La battle of forms Nella Convenzione di Vienna: Una Recente Decisione del Tribunale Federale Tedesco », *Contrats et entreprises/l'Europe*, 2003, pp. 485-511.

FLAUSS (J.-F.), « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *RSDIE*, 2000, vol. 10, pp. 299-324.

FOCSANEANU (L.), « Le droit interne de l'organisation des nations unies », *AFDI*, vol.3, 1957, pp. 315-349.

FOESSEL (M.) « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Etudes*, 2011, Tome 412, pp. 341-351.

FONTANEL (J.), SUSHCHEVA (N.), « La puissance des GAFAM : réalités, apports et dangers », *Annuaire français de relations internationales*, 2019, vol. 20, pp. 199-222.

FORTI (V.), « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », *RIDC*, 2008, pp. 729-760.

FRANCESCAKIS (Ph.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, pp. 1-18.

FRANCQ (S.), « Le principe de proximité en tant que clause d'exception et règle subsidiaire », *Répertoire de droit Européen/loi applicable aux obligations contractuelles, matière civiles et commerciales*, 2013, pp. 1-210.

FRANCQ (S.), « Règlement Rome I-obligations contractuelles », *Rép.intern.*, 2016, pp. 41-69.

GHORRA-GOBIN (C.), « Mondialisation et globalisation », *Geoconfluences*, décembre 2017, <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/notion-a-la-une/mondialisation-globalisation>.

GIULIANO (M.), LAGARDE (P.), « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JOCE*, 31 octobre 1980, N° C 282/1, pp. 1-50.

GOLDMAN (B.), « La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI*, 1979, p. 1 et s.

GRANT (R-W.), KEOHANE (R-O.), « Accountability and Abuses of Power in World Politics », *American Politics Sciences Review*, 2005, vol. 99, pp. 29-43.

GROSHENS (J-C.), « Les marchés publics passés par les organisations internationales », *RDP*, 1956, pp. 741-769.

GROSSE (L.), « L'accord de siège de 2008 entre la France et INTERPOL », *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 615-628.

GUTMANN (F.), « Mondialiser n'est pas globaliser », *géoéconomie*, 2009/3, n° 50, pp. 89-92.

HALPERIN (J-L.), « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la théorie internationaliste du XIXe siècle », *PUF, collection « Droits »*, n° 33, 2001/1, pp. 41-52.

HANNOTIN (G.), « Fiscalité - Les fonctionnaires internationaux face aux contributions sociales- Libres propos », *la Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 15 Avril 2019, pp. 385-386.

HARLOW (C.), « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *EJIL*, 2006, pp. 197-214.

HEAD (J.), « Evolution of the Governing Law for Loan Agreements of the World Bank and other Multilateral Development Banks », *AJIL*, 1996, pp. 214-234.

JACQUET (J-M.), « Contrats », *Rép. intern.*, 1998, p.1 et s.

JACQUET (J-M.), BENTOLILA (D.), « Contrat d'État », *JDI*, 2018, n° 27.

JANSEN (N.), MICHAELS (R.), «Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization», *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2005, pp. 843-890.

JENNINGS (R.), « State contracts in international law », *BYIL*, vol. 156, 1961, pp.156-182.

KAHN (P.), « Force majeure et contrats de longue durée », *JDI*, 1975, p.468 et s.

KAHN (P.), « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n° 4, Octobre-décembre 1981. pp. 951-986.

KAIROUANI (A.), « le pouvoir normatif des entreprises multinationales en droit international », *RIDE*, 2020, pp. 253-295.

KELSO (C.), « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1983, pp. 529-556.

KINGSBURY (B.), « The Concept of Law in Global Administrative Law », *EJIL*, 2009, pp. 23-57.

KINGSBURY (B.), CASINI (L.), « Global administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *IOLR*, 2009, pp. 321-323.

KINGSBURY (B.), KRISCH (N.), STEWARD (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n°3/4, 2005, pp.15-61.

KNAPP (B.), « Questions juridiques relatives à la construction d'immeubles par les organisations internationales », *ASDI*, 1979, pp. 51-80.

KUNZ (J.), « Privileges and Immunities of International Organizations », *AJIL*, vol. 41, 1947, pp. 828-868.

LAGARDE (P.), « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*, 1975, pp. 649-677.

LAGARDE (P.), « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 247-349.

LAGERWALL (A.), LOUWETTE (A.), « La reconnaissance par le juge belge d'une immunité à un État ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal ? », *Revue de droit commercial belge*, 2014, pp. 30-51.

LAGUIMINA (S.), PHILIPPE (E.), « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », *AJDA*, 2000, pp. 283-289.

LALIVE (P.), « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Revue de l'arbitrage*, 1976, n° 3, pp. 155-185.

LARGER (D-P.), « L'affaire Klarsfeld devant les tribunaux français », *AFDI*, vol. 14, 1968, pp. 369-376.

LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *PUF, collection « Droits »*, n° 33, 2001/1, pp. 19-40.

LOQUIN (E.), « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, n° 81, 1983, pp. 293-354.

LOWENFELD (A.), « *Lex mercatoria* : An Arbitrator's View », *AJIL*, vol. 6, 1990, pp. 133-150.

MAINGUY (D.), « Conditions générales de vente et contrats-types », *JCl. Contrats-distribution.*, 2016, fasc. n° 60.

MANN (F.A.) « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons », *BYIL*, vol. 34, 1959, pp. 34-57.

MAUPAIN (F.), « Clandestins ou privilégiés ? Les fonctionnaires internationaux en poste à Genève et domiciliés en France et la ratification de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 635-644.

MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, 1986, pp. 5-78.

Mc NAIR (A.), « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *BYIL*, 1957, pp.1-19.

MEHREN Von (A-T.), « The Battle of Forms: A Comparative View, *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38 n°2, pp. 265-298.

MELIN (F.), « Règles de conflit de lois : un nouveau critère d'impérativité », *Dalloz actualité*, 2021, p. 1 et s.

MEYER (D.), « Les contrats de fourniture de bien et de services dans le cadre de opérations de maintien de la paix », *AFDI*, 1996, pp. 79-117.

MILLER (A.), « United Nations Experts on Mission and their Privileges and immunities », *IOLR*, 2007, pp. 11- 56.

- MOCKLE (D.), « Le débat sur les principes et fondements du droit administratif global », *Les cahiers du droit*, vol. 53, mars 2012, pp. 3-48.
- MOREAU (B.), GLUCKSMANN (E.), FENG (P.), « Arbitrage international », *Rép. pr. civ.*, 2016, pp. 1-380.
- MUSTILL (J.), « The New *Lex mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Arbitration International*, vol. 4, Issue 2, 1988, pp. 149-183.
- NDOUR (M.), « Les partenariats public-privé mondiaux pour la santé », *Idées pour le débat* n° 07, 2006, pp. 1-38.
- NEUMEYER (K.), « Le droit administratif international », *RGDIP*, 1911, pp. 492-499.
- O'HARA (E.), RIBSTEIN (L.), « From Politics to Efficiency in Choice of Law », *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, pp. 1151-1232.
- OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI*, 1974, pp. 794-814.
- ORLEAN (A.), FAVEREAU (O.), EMARD-DUVERNAY (F.), SALAIS (R.), THEVENOT (L.), DUPUIS (J.-P.), « L'économie des conventions : introduction liminaire », *Revue économique*, 1989, vol. 40, n° 2, pp. 141-146.
- PAULSSON (J.), « La *Lex Mercatoria* dans l'Arbitrage C.C.I », *Rev. arb.*, 1990, pp. 55-100.
- PESQUEUX (Y.), « Contrat, contrat social et contrat psychologique », *HAL-Open science*, 2020, fhalshs 02910764, pp. 1-22.
- PETIT (B.), « Contrats et obligations », *J-Cl*, 2016, n° 55.
- PETKOVIC (D.), « Le concept juridique à l'épreuve de l'interface langage-droit », *Grief, revue sur les mondes du droit*, 2023, n° 10/1, pp. 87-91.
- RAWSKI (F.), « To Waive or not to Waive Immunity and Accountability in UN Peacekeeping Operations », *Connecticut Journal of International Law*, 18/1, 2002, p. 164 et s.
- RACINE (J.-B.), « Approches du droit global », *JDI*, 2019, n° 6, p. 670 et s.
- REINISCH (A.), WEBER (U.), « In the Shadow of Waite and Kennedy: The jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement », *IOLR*, vol. 1, 2004, pp. 59-110.
- REUTER (P.), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *RBDI*, 1980, vol. 1, pp. 165-186.
- REJET (T.), « Les critères du contrat d'adhésion », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 30, pp. 1771-1779.
- REYNAUD (P.-M.), « Le recours précontractuel au sein des marchés publics des organisations internationales- le cas de l'Agence spatiale européenne », *RGDIP*, 2012, pp. 655-666.

RITTER (J-P.) « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp. 427-468.

RUZIÉ (D.), « Le statut des consultants de l'O.C.D.E. (à propos de la décision de la Commission de recours de l'O.C.D.E. du 24 novembre 1970) », *AFDI*, vol.16, 1970. pp. 429-445.

RYNGAERT (C.), « The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends », *IOLR*, vol. 7, 2009, pp. 121-148.

SACCO (R.), « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, vol. 59, n° 4, 2007, pp. 743-760.

SALMON (G.), « Les contrats de la BIRD », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp.635-642.

SHAFFER (G.), « International Law and Global Public Goods in a Legal pluralist World », *EJIL*, vol. 23, n° 3, 2012, pp. 670-693.

SINKONDO (M.), « Le rôle de la volonté de l'organisation internationale dans la détermination du droit applicable aux contrats conclus avec les personnes privées », *RDIC*, 1997, n° 4, pp. 367-393.

TIGROUDJA (H.), « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un Tribunal », *RTDH*, 2000, p. 78 et s.

TRIKI (S.), « Le principe de sécurité juridique en droit international privé », *JDI*, n° 4, octobre 2017.

VERHOEVEN (J.), « Droit international des contrats et droit des gens », *RBDI*, 1979, vol. 1, pp. 215-218.

VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch.philo.droit*, 1957, pp. 87-98.

WHINCOP (M.), KEYES (M.), «Putting the "Private" Back into Private International Law: Default Rules and the Proper Law of Contract», *Melbourne University Law Review*, vol. 21, 1997, pp. 516-542.

WICKREMASINGHE (C.), « The Immunity of International Organizations in the United Kingdom », *IOLR*, 2013, pp. 434-445.

WYLER (E.), « De quelques problèmes juridiques liés aux contrats des organisations », *RGDIP*, vol. 116, n° 3, 2012, pp. 635-654.

B. Contributions à des ouvrages collectifs

ANCEL (J-P.), « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 11^e année, 1991-1993*, Paris, Pedone, 1994, pp. 75-119.

ASSAF (D.), « Conceptualizing the Use of Public-Private Partnership as a Regulatory Arrangement in Critical Information Infrastructure Protection », in G. FENNER ZINKERNAGEL (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, New-York, Cambridge University Press, 2009, pp. 35-61.

BASTID BURDEAU (G.), « Les finances des organisations internationales », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL, *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 565-599.

BATIFFOL (H.), « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », in *Festschrift für Hans Lewald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 219 et s.

BATIFFOL (H.), « La loi appropriée au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 1 et s.

BATIFFOL (H.), « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, t.1, pp. 39-58.

M. BETTATI, « Création et personnalité juridique des organisations internationales », in R-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 33-61.

BIN (F.), « Le problème du financement des organisations internationales : crise ou dérèglement financier durable ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert ORSONI*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, pp. 85-99.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEDHI, *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 19-40.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », in SFDI, *La pratique et le droit international : Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004, pp. 13-47.

BONUCCI (N.), « L'OCDE et le droit administratif global », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 307-317.

BROUSSEAU (E.), « Théorie des contrats, coordination interentreprises et frontières de la firme », in P. GARROUSTE (dir.), *Les frontières de la firme*, Paris, Economica, 1997, pp. 29-60.

BURDEAU (G.), « Les organisations internationales, entre gestion publique et gestion privée », in *Theory of International Law at the threshold of the 21st century- Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, La Haye, 1996, pp. 611-624.

CAHIER (Ph.), « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in R-J. DUPUY, *Manuel sur les organisations internationales*, Leiden, Nijhoff, 1988, pp ; 237- 257.

CASSESE (S.), « Constitutionnalisme national et global », in S. CASSESE, P. COSSALTER, *Au-delà de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 223-230.

- CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-9.
- CLERC (E.), « La mondialisation des marchés publics : bilan et perspectives de l'Accord OMC sur les marchés publics », in D. BATSELE (dir.), *Les marchés publics à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.141 et s.
- D'ASPREMONT (J.), « Droit administratif global et droit international », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 83-95.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 869-885.
- DOMINCE (C.), « Observations sur la personnalité juridique de droit interne des organisations internationales », in G. HAFNER *et al.*, *Liber amicorum Profesor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp.85-96.
- DREYSSÉ (D.), « Les financements privés : l'exemple de l'OMS », in T. NORODOM et F. BIN (dir.), *Les finances des organisations internationales, journée d'études organisée par la SFDI*, Paris, Pedone, 2022, p.57 et s.
- DUBIN (L.), « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 95-117.
- DUPUY (P-M.), « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement », in M. PRIEUR, *Les hommes et l'environnement, en hommage à A. Kiss*, Paris, Frison Roche, 1998, pp. 269-282.
- FORTE (A.), « The Battle of Forms », in R. ZIMMERMANN (dir.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, pp. 98-122.
- FORTEAU (M.), « Organisations internationales et sources du droit », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 257-287.
- FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source du droit global ? », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2012, pp. 179-210.
- GAUDEMET-TALLON (H.) « L'autonomie de la volonté, jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 255-272.
- GESLIN (A.), « Les agents des organisations internationales », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL, *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 520-558.
- HENNEBEL (L.), « Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 69-83.

IZAC (L.), « Volonté individuelle et acte juridique : Regard d'un privatiste sur le contrat », in M. NICOD, *De la volonté individuelle*, Toulouse, PUF, 2009, pp. 193-203.

JACQUET (J-M.), « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 12e année, 1993-1995*, Paris, Pedone, 1996, pp. 23-47.

JOURDAIN (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat », in *La bonne foi, travaux de l'association Henri Capitant*, tome XLIII, Paris, Litec, 1994 p. 121 et s.

KERBRAT (Y.), « Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international », in *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes, organisé par la SFDI*, Paris, Pedone, 2017, pp. 57-73.

KESSEDJIAN (C.), « Le principe de proximité, vingt ans après », in, *Le droit international privé, esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 507-521.

KINGSBURY (B.), DONALDSON (M.), « Global Administrative Law », in R. WOLFRUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, New York, Oxford University Press, 2013 pp. 1-58.

KINGSBURY (B.), PELLET (A.), « Views on the Development of a Global Administrative Law », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 11-25.

LAGRANGE (E.), « La catégorie "organisation internationale" », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 35-71.

LAMBERT (P.), « L'arbitrage et l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », in A-C. FAVRE-BULLE *et al.*, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, collection Droit et justice, n° 31, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-23.

LASSALLE de SALINS (M.), « Normes alimentaires mondiales, commerce international et entreprises agroalimentaires », in R. SÈVE (dir.), *L'entreprise multinationale dans tous ses états*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 224-228.

LOUIS-LUCAS (P.), « L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1959, pp. 469-490.

MARTIN (J-C.), « La personnalité juridique interne de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE, J-M. SOREL, *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 465-489.

MÄSCH (G.), « Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand » in *Le contrat d'adhésion, Colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (université Paris 13)*, sous la direction de A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, *Revue des contrats*, juin 2019, pp. 119-122.

MEKKI (M.), « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la haute définition », in *Le contrat d'adhésion, colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (université Paris 13)*, sous la direction de A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, *Revue des contrats*, juin 2019, pp. 112-118.

MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean Dupuy : Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, pp. 223-231.

MONACO (R.) « Observations sur les contrats conclus par des organisations internationales », in *Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne, mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, pp. 85-99.

MONACO (R.), « Les capacités de droit privé des organisations internationales », in *Festschrift für Pan. J. Zépos*, vol.2, 1973, p. 483 et s.

MOORE (B.), « Le contrat d'adhésion en droit Québécois », in *Le contrat d'adhésion, colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (université paris 13)*, sous la direction d'A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, RDC, juin 2019, pp. 123-127.

MUIR-WATT (H.), « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in S. POILLOT-PERRUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un Code européen de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 77-93.

NAMOUNTOUGOU (M.A.), « La renonciation des organisations internationales à leurs immunités », in D. SAROOSHI (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, Martinus Nijhoff, La Haye, 2014, pp. 493-523.

PERROUD (T.), « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 199-218.

PLUYETTE (G.), « La désignation d'un arbitre par le juge d'appui », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, 2015, LGDJ, pp. 711-725.

REINISCH (A.), « Contracts between international organizations and private law persons », in R. WOLFRUM, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp.754-758.

RICHARD (V.), « *L'accountability* comme alternative à la responsabilité ? Réflexions en droit international de l'environnement », in E. VERGÈS (dir.), *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?* Paris, LexisNexis, 2011, pp. 523-541.

RITLENG (D.), « Les contrats de l'administration communautaire », in J-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2022, pp. 147-170.

ROLIN (F.), « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 119-124.

SCHNEIDER (V.M.), « International organisations and Private Persons: the Case for a Direct Application of International Law », in C. DOMINCE, R. PATRY, C. REYMOND, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, éd. Helbing and Lichtenhahn, 1993, pp. 345-359.

SEUBE (A.), « Les conditions générales des contrats », in *Mélanges A. JAUFFRET*, Aix-en-Provence, *Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, 1974, pp. 621-633.

STANKIEWICZ (L.), « Les ressources propres des organisations internationales : évolutions budgétaires et fiscales », in *Les finances des organisations internationales, journée d'études organisée par la SFDI*, sous la direction de A-T. NORODOM et F. BIN, Paris, Pedone, 2022, pp. 179-201.

TREBILCOCK (A.), « La pertinence du droit administratif global et l'Organisation Internationale du Travail (OIT) », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, pp. 295-307.

VAN HECKE (G.), « Contracts Between International Organizations and Private Law persons », in R. BERNHARDT, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, 1984, pp.52-54.

VANDER ELST (R.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge », in *LiberAmicorum Louis Fredericq*, Gent, story-scientia, 1965, pp. 977-997.

VIRALLY (M.), « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 277-300.

WEIL (P.), « Droit international et contrats d'État », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 302-328.

WILL (M-R.), « Conflits entre conditions générales de vente », in *Les ventes internationales de marchandises, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, mars 1980*, Paris, Economica, 1981, pp. 99-109.

ZILLER (J.), « L'usage du qualificatif de droit administratif en droit comparé », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global, Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012, p.131.

C. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

BALLADORE PALLIERI (G.), « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI*, vol. 127, 1970, pp. 1-37.

BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973, pp. 79-146.

CURTI-GIALDINO (A.), « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, vol. 137, 1972, pp. 751-938.

DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *RCADI*, vol. 52, 1935, p. 369-439.

DOMINICÉ (C.), « L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales », *RCADI*, vol. 187, 1984, pp. 157-234.

JANTERA-JAREBORG (M.), « Foreign Law in National Courts: a comparative perspective », *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181- 386.

KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, pp. 292-474.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1987, pp. 13-237.

LALIVE (P.), « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *RCADI*, vol. 120, 1967, pp. 568-714.

LALIVE (J-F.), « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *RCADI*, vol. 181, 1983, pp. 21-273.

LALIVE (J-F.), « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 209-393.

LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 209-377.

MONIN (Y.), « L'État de droit : émergence d'un principe de droit international », *RCADI*, vol. 254, 1995, pp. 21-447.

MUIR WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, vol. 307, 2005, pp. 39-356.

NIBOYET (J-P.), « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, vol. 16, 1927, pp. 1-114.

RANJEVA (R.), « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, vol. 270, 1997, pp. 9-105.

RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 19-391.

RIGO SUREDA (A.), « The Law Applicable to the Activities of International Development Banks », *RCADI*, vol. 308, 2004, pp. 25-249.

SALAH MOHAMED MAMOUD (M.), « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible », *RCADI*, vol. 315, 2005, pp. 151-259.

SERENI (A.P.), « International Economic Institutions and the Municipal Law of States », *RCADI*, vol. 96, 1959, pp. 131-233.

SEYERSTED (F.), « Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties », *RCADI*, vol. 122, 1967, pp. 427-703.

SINCLAIR (I.), « The Law of Sovereign Immunity, Recent Developments », *RCADI*, vol. 167, 1980, pp. 119-282.

TAMMES (AJP.), « Decisions of International Organs as a Source of International Law », *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 263-361.

TUNKIN (G.), « International law in the International System », *RCADI*, vol. 147, 1975, pp. 1-218.

III. JURISPRUDENCE

A. Juridictions françaises

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co. c. Quebec Steamship Co.*, *Rev. crit.*, 1911, p. 395.

Conseil d'État, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Req. n° 30701, *Lebon* 909, concl. Léon BLUM.

Conseil d'État, 20 octobre 1950, *Sieur Stein*, Req. n° 98459.

Tribunal des Conflits, 20 avril 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages*, Req. n° 1688, *Lebon* 866.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 62.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 708, note Henri BATIFFOL.

Conseil d'État, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, req. n° 65549.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 29 juin 1971, n° 69-14-179.

Conseil d'État, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Req. n° 82338, *Lebon* 48.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 25 mars 1980, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 576, note Henri BATIFFOL.

Cour d'appel de Toulouse, 26 octobre 1982, *JDI*, 1984, pp. 603-609, note Hervé SYNDET.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 22 juillet 1986, *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 56, note Henri BATIFFOL.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, *Bull. civ.* I, n° 278.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 18 octobre 1988, *Schule*, *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 368.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 22 octobre 1991, *Compania valenciana de cementos c. société primera coal inc.*, n° 89-21.528.

Cour de cassation, 3^{ème} Ch. Civ., 17 juillet 1997, n° 95-20.064.

Cour d'appel de Paris, 19 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, pp. 319-324, note Charles JARROSSON.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 26 mai 1999, *Société Mutuelle du Mans*, *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 707, note Horatia MUIR WATT.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 19 octobre 1999, n° 97-17.650.

Cour de cassation, 3^{ème} Ch. Civ., 6 décembre 2000, n° 99-13.429.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 20 février 2001, *Cubic defense system c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. Crit. DIP*, 2002, p.124, note Christophe SERAGLINI.

Cour de cassation, Ch. Soc., 5 juin 2001, n° 98-44.996.

Cour d'appel de Paris, 7 octobre 2003, *Rev. crit. DIP*, 2004, pp. 409-422, note Mathias AUDIT.

Cour administrative d'appel de Lyon, 6 mai 2004, *M. Fureland*, Req. n° 03LY00645, *AJDA*, 2004, p.1837.

Cour de cassation, Ch. Soc., 25 janvier 2005, n° 04-41-012, *Bull.*, 2005, n° 16, p.13.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 23 janvier 2007, n° 04-10.897.

Cour de cassation, Ch. Soc., 11 février 2009, *Mme De Beaugrenier c/UNESCO*, n° 07-44.240.

Conseil d'État, 3 juin 2009, *GIP carte du professionnel de santé*, Req. n° 319103, *JCP Adm.*, 2009. Actu. 746.

Conseil d'État, 19 novembre 2010, *ONF*, Req. n° 331837, *AJDA*, 2011, p. 281, note Jean-David DREYFUS.

Conseil d'État, 23 mars 2012, *Caisse des écoles de la Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 355439.

Tribunal des Conflits, 13 octobre 2014, *AXA France IARD*, n° 3963.

Cour de cassation, Ch. Com., 20 avril 2017, n° 15-16.922.

Cour de cassation, Ch. Soc., 14 septembre 2017, n° 15-26-737.

Cour de cassation, Ch. Soc., 13 janvier 2021, *Ligue des États Arabes*, n° 9-17.157.

Cour de cassation, Ch. Com., 31 mars 2021, n° 19-16-214.

Conseil d'État, 18 mai 2021, *SNBTP*, n° 448618.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 26 mai 2021, *SAS Mienta France et a. c/Sté Groupe SEB-Moulinex et a.*, n° 19-15-102.

Cour de cassation, Ch. Com., 25 janvier 2023, n° 20-12-811.

B. Juridictions étrangères

1. Allemagne

Cour fédérale Allemande (*Bundesgerichtshof*), 22 septembre 1971, *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 621, obs. Ernst MEZGER.

2. Danemark

Court of Second Instance for the Eastern Circuit, (*Østre Landsret*), *The Investment- & Finance Company of 11 January 1984 Ltd. v. UNICEF*, 26 août 1999, *ILDC* 64.

3. Etats-Unis

City Court of New Rochelle, 8 novembre 1946, *Westchester County v. ranollo*, *AJIL*, 1947, vol. 41, p. 690.

District Court, Eastern District of New York, 4 juillet 1987, *US Boimah v. United Nations General Assembly*, *Federal Supplement*, n° 664, p. 71.

US Court of Appeals, 9 octobre 1998, *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335.

US Court of Appeals, 3rd Circuit, 6 août 2010, *OSS Nokalva, Inc. v. European Space Agency*, n° 09-3601.

US Supreme Court, 27 février 2019, *Jam et al v International Finance Corporation*, n° 17-1011.

US District Court, Southern District of New York, 5 avril 2021, *Plaintiffs against the World Health Organization*, n°20-CV 3124, document 40.

4. Italie

Tribunal di Firenze, 2 janvier 1954, *Mazzanti c. HAFSE*, *Rivista di diritto Internazionale*, vol. 38, 1955, p. 354.

Corte di Cassazione, 14 juin 1954, *Branno c. Ministero della Difesa*, *Il Foro Italiano*, 1955, vol. 78, n°, p. 516.

Corte di Appello di Firenze, 4 août 1955, *Giustizia civile*, 1955, section 436, p. 461.

Tribunale di Roma, 12 juin 1965, *Marré c. Unidroit*, *RDIPP*, 1966, p. 149.

Pretore di Roma, *Porru c. FAO*, 25 juin 1969, *RDIPP*, 1971, p. 130.

Corte di Cassazione, 11 avril 1975, *CIME c. Di Banella Schirone*, *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p. 575.

Corte di Cassazione, 18 octobre 1982, *FAO c. INPDAL*, *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 187.

5. Royaume-Uni

House of Lords, 07 juillet 1983, *Amin Rasheed Shipping Co v Kuwait Insurance Co*, consulté en ligne sur <https://vlex.co.uk/vid/amin-rasheed-shipping-corporation-792641865>.

C. Jurisprudence internationale

1. CPJI

Affaire des concessions Mavromatis en Palestine, arrêt du 30 Août 1924, série A, n° 2.

Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt du 12 juillet 1929, Rec. 1929, n°20/21, p. 74.

Zone franche de la Haute Savoie et du pays de GEX, ordonnance du 19 Août 1929, Série A, n° 22.

2. CIJ

Affaire des Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 178.

Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, p. 3.

Affaire Barcelona traction, Light, and Power Company, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970, p. 6.

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177.

Affaire du Passage sur le grand belt, ordonnance du 29 juillet 1991, Rec. 1991, p. 12.

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État lors d'un conflit armé, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996, p. 66.

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif du 29 avril 1999, Rec. 1999, p. 62.

3. CJUE

1^{ère} Ch., 26 février 2015, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Gérard de Ruyter*, Affaire C-623/13.

1^{ère} Ch., 7 mai 2020, *LG e.a. c. Rina SpA et Ente Registro Italiano Navale*, Affaire C-641/18.

1^{ère} Ch., 3 septembre 2020, *Supreme c. SHAPE*, Affaire C-189/19.

1^{ère} Ch., 21 février 2024, *Inivos Ltd et Inivos BV c. Commission européenne*, Affaire T-38/21.

4. Cour européenne des droits de l'Homme

Waite and Kennedy c. Allemagne, Arrêt du 18 février 1999, Req. n° 26083/94.

Kudla c. Pologne, Arrêt du 26 octobre 2000, Req. n° 0210/96.

Gasparini c. Italie et Belgique, décision sur la recevabilité 4 mars 2003, Req. n° 10750/03.

Affaire S. et Harper c. Royaume-Uni, Arrêt du 4 décembre 2008, Req. n° 30562 et 30566

Stichting mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas, décision sur la recevabilité du 11 juin 2013, Req. n° 65542/12.

5. Sentences arbitrales

Balakhany (Tchad) Limited c. Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Sentence rendue le 29 juin 1972, *AJNU*, 1972, p. 215.

Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya, Sentence rendue le 19 janvier 1977.

Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Sentence rendue le 12 avril 1977.

Agip c/ Gouvernement de la République populaire du Congo, Sentence rendue le 30 novembre 1979, *Rev. crit. DIP*, 1982, p. 92, obs. Henri. BATIFFOL.

Affaire FAO c. Bevac company, Sentence CCI du 29 juillet 1986, *AJNU*, 1986, p. 392.

IV. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A. Conventions internationales

Acte constitutif de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, du 16 octobre 1945, *Ann. CDI*, 1969, vol. II, p. 25.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, du 13 février 1946, entrée en vigueur le 14 septembre 1946, *Recueil des Traités*, vol. 90, p. 327.

Accord entre l'ONU et les États-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, du 26 juin 1947, entrée en vigueur le 21 novembre 1947, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol.11, p.11.

Accord portant création de la Banque africaine de développement, du 4 août 1963, entrée en vigueur le 10 septembre 1964, disponible à l'adresse suivante :

<https://www.afdb.org/fr/documents/accord-portant-creation-de-la-banque-africaine-de-developpement-edition-2016>.

Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, signée à Stockholm le 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979, disponible sur le site internet de l'OMPI.

Accord entre le Gouvernement de la république française et le Bureau international des poids et mesures, relatif au siège du Bureau international des poids et mesures et à ses privilèges et immunités sur le territoire français, du 25 avril 1969, modifié par *l'accord entre le Comité international des poids et mesures et le Gouvernement de la république française* du 7 juin 2005, disponible à l'adresse suivante : <https://www.bipm.org/documents/20126/44107685/headquarters-agreement-EN.pdf/da12a585-8f3e-098c-044e-d02973384c9f>.

Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'Union internationale des télécommunications pour régler le statut juridique de cette organisation en Suisse, du 22 juillet 1971, disponible à l'adresse suivante : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1971/1452_1449_1449/fr.

Convention portant création d'une Agence spatiale européenne, du 30 mai 1975, entrée en vigueur le 30 octobre 1980, *SP-1337/FR*, novembre 2019.

Accord portant création du Fonds international de développement agricole, du 13 juin 1976, entrée en vigueur le 30 novembre 1977, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1457, p. 372.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente de marchandises, du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf>.

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=FR).

Accord de siège entre le Gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, les 4 et 9 octobre 1990, entré en vigueur le 20 février 1992, *E101905 - CTS 1992 n°7*.

Accord de Marrakech instituant l'OMC, du 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm.

Accord de siège entre l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) et le Royaume des Pays-Bas, du 29 Avril 1997, *C-I/DEC.59*.

Accord portant création de l'Organisation internationale pour le développement des pêches en Europe orientale et centrale (Eurofish), du 23 mai 2000, entré en vigueur le 12 octobre 2001, disponible à l'adresse suivante : <https://faolex.fao.org/treaty/docs/tre000049F.pdf>.

Accord de siège entre la France et l'Organisation européenne de télécommunications par satellite (EUTELSAT), du 15 mai 2001, disponible à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000001860427.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n°. 38544.

Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, du 9 septembre 2002, entrée en vigueur le 22 juillet 2004, ICC-ASP/1/3.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, du 13 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, disponible à l'adresse suivante : <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF>.

Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale de police criminelle-Interpol relatif au siège de l'organisation sur le territoire français, les 14 et 24 avril 2008, disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000021026616>.

Accord sur les marchés publics de l'OMC, amendé le 30 mars 2012, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.pdf.

B. Actes unilatéraux des organisations internationales

Agence internationale de l'énergie atomique

Conditions générales de contrat relatives à la fourniture de biens et de service, modifiées en aout 2019, disponible sur le site internet de l'AIEA.

Agence spatiale européenne

Clauses et conditions générales relatives aux contrats, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2010, révisées le 29 juin 2015, ESA/REG/002, rév. 2.

Règlement relatif aux approvisionnements et Instructions d'application associées, 10 juillet 2019, ESA/REG/00.

Banque africaine de développement

Directives pour la prévention et la lutte contre la corruption et la fraude dans les opérations du groupe de la Banque, février 2004, disponible sur le site internet de la BAD.

Conditions générales applicables aux accords de prêt, de garantie et de dons, février 2009, disponible sur le site internet de la BAD.

Politique de passation des marchés pour les opérations financées par le groupe de la BAD, 14 octobre 2015, disponible sur le site internet de la BAD.

Code de Conduite des prestataires de service, fournisseurs, et contractants de la Banque Africaine de développement, novembre 2018, disponible sur le site internet de la BAD.

Directive présidentielle n° 05/2013 concernant les règles régissant les activités d'acquisition institutionnelles de la Banque Africaine de Développement, émise le 17 septembre 2013 et modifiée par la *Directive présidentielle n° 03/2015* du 9 novembre 2015.

Banque asiatique de développement

Accountability Mechanism Policy, 24 février 2012, disponible sur le site internet de la Banque.

Value For Money, Guidance Note on Procurement, décembre 2021, disponible sur le site internet de la Banque.

Bureau international des poids et mesures

Conditions générales d'achat, disponible sur le site internet du BIPM.

Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale

« Panel d'inspection de la Banque mondiale », Résolution n°IBRD 93-10, Résolution n°IDA 93-6, du 22 septembre 1993, disponible sur le site internet de la Banque mondiale.

Directive passation des marchés finances par les prêts de la BIRD, et les crédits de l'AID, éditée en janvier 1995, mise à jour mai en janvier 1999, disponible sur le site internet de la Banque mondiale.

Directives n° 05/2013 relatives aux procédures de contestation de l'attribution des marchés, septembre 2015, disponible en ligne sur :
https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Procurement/Corporate-Procurement/Award_Protest_Procedure_-_FAQ__FR.pdf.

Banque de développement du Conseil de l'Europe (CEB)

Directives relatives à la passation de marchés de services, biens et travaux pour le propre compte de la CEB, septembre 2023, disponible sur le site internet de la CEB.

Centre Européen pour la recherche nucléaire (CERN)

Conditions générales des contrats, 14 mars 2018, CERN/FC/6211-II/.

Travailler sur le site du CERN, 19 mai 2023, EDMS n° 1155899, rev.10.0, 2023.

Cour pénale internationale

Procédures de fonctionnement standard applicables aux achats, 3 novembre 2004, disponible sur le site internet de la CPI.

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)

Conditions générales pour la fourniture de biens, avril 2015, disponible sur le site internet de la FAO.

Fonds international de développement agricole (IFAD)

Personal Data Privacy Guidelines, Novembre 2021, disponible sur le site internet de l'IFAD.

INTERPOL

Procurement Manual, Rules and Procedures, juillet 2015, disponible sur le site internet de INTERPOL.

Organisation des États américains (OAS)

Procurement Contract Rules of the General Secretariat of American States, juillet 2000, disponible sur le site internet de l'OAS.

Organisation de coopération et de développement économiques

Règlement financier, décembre 2013, C(2008)92/REV1, disponible sur le site internet de l'OCDE.

Decision of The Secretary-General on the Protection of Individuals with regard to the Processing of their Personal Data, 28 octobre 2022, Annex III to the Staff Regulation.

Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, 8 juin 2023, disponible en ligne sur :

<https://doi.org/10.1787/0e8d35b5-fr>

Organisation pour l'interdiction des armes chimiques

Conditions générales d'achat, février 2020, disponible sur le site internet de l'OIAC.

Personal Data Policy, 19 septembre 2022, AD/ADM/37.

Organisation internationale de la francophonie

Directive n° Dir-04/2010 relative à l'acquisition de biens, travaux et services de l'Organisation internationale de la Francophonie, entrée en vigueur le 18 mars 2010, modifiée le 1er janvier 2015, disponible sur le site internet de l'OIF.

Conseil permanent de la Francophonie, « Politique de consolidation de la transparence de l'Organisation internationale de la Francophonie », 105^{ème} session, 7 octobre 2018, disponible sur le site internet de l'OIF.

Règlement financier, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2019, disponible sur le site internet de l'OIF.

Organisation internationale pour les migrations

General Procurement principles, Award Criteria and Processes for Procurement of Goods, Works and Services, juin 2016, disponible sur le site internet de l'OIM.

Organisation internationale du travail

Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée en novembre 1977, disponible sur le site internet de l'OIT.

Organisation mondiale des douanes

Conditions générales pour la fourniture de biens et/ou services, 1^{er} juillet 2011, disponible sur le site internet de l'OMD.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Règlement financier et règlement d'exécution du règlement financier, en vigueur au 1^{er} janvier 2023, disponible sur le site internet de Règlement financier de l'OMPI.

Organisation mondiale de la santé

Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques, Résolution WHA69-10 de l'Assemblée mondiale de la santé, adoptée le 28 mai 2016.

ONU

Secrétariat général des Nations Unies, « Modèle d'accord sur le statut des forces », 9 octobre 1990, A/45/594§ 44.

Règlement financier et règles de gestion financière de l'Organisation des Nations Unies, circulaire du secrétaire général, 1^{er} juillet 2013, ST/SGB/2013/4.

« Octroi du statut d'observateur auprès de l'Assemblée générale à la Chambre de commerce internationale », Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 13 décembre 2016, A/RES/71/156.

Circulaire du Secrétaire général, « Lutte contre la discrimination, le harcèlement, y compris le harcèlement sexuel, et l'abus d'autorité », 10 septembre 2019, ST/SGB/2018/8.

OTAN

NSPO Agency Supervisory Board, *Nato Support and Procurement Organisation (Nspo) Regulation n°. 4200*, juillet 2023, Annex AC/338-D (2024)0031 (INV), 2023.

NSPA Procurement Operating Instruction, 29 septembre 2023, OI- 4200-01 (Rev.5).

Union internationale des Télécommunications

Conditions générales applicables aux contrats pour la fourniture des biens et services, octobre 2015, disponible sur le site internet de l'Union Internationale des Télécommunications.

UNESCO

Règlement financier, édition 2022, disponible sur le site internet de l'UNESCO.

Union africaine

Manuel d'achat de l'Union Africaine, juillet 2016, disponible sur le site internet de l'Organisation.

Union européenne

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 modifié par le Règlement (CE) n° 297/2008 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° 593/2008 du Parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOUE*, 4 septembre 2008, L177/6.

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, L320/1.

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, L119/1.

Union internationale pour la conservation de la nature

IUCN Data Protection Policy, mars 2019, version 2, disponible sur le site internet de l'Organisation.

Union postale universelle

Conditions générales applicables aux contrats relatifs à la fourniture de biens et services, août 2019, disponible sur le site internet de l'UPU.

C. Rapports et études

Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges

et immunités : Étude préparée par le Secrétariat, 8 mars, 5 mai et 23 mai 1967, *Ann. CDI*, 1967, vol. II, pp. 168-332.

United Nations, Office of legal affairs, « Selected legal opinions of the secretariat of the United Nations and related intergovernmental organizations », 1976, *AJNU*, 1976, pp. 159- 239.

Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude complémentaire du Secrétariat, 27 mai, 27 juin et 28 juillet 1985, *Ann.CDI*, 1985, vol. II, pp. 156-222.

Commission de droit international, « Deuxième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales », rapport présenté par L. GONZÁLEZ, document A/CN.4/391 et Add.1, *Ann. CDI*, 1989, vol.2, p.144.

Conseil d'administration du Programme Alimentaire Mondial, *Stratégie de mobilisation des ressources*, 4 septembre 2000, *EB.3/2000/3-B, annexe III*, disponible en ligne sur <https://executiveboard.wfp.org/document_download/WFP-0000034783>.

Projet de principes de base devant régir l'accord de siège à négocier entre la Cour et le pays hôte, Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (suite), 26 avril 2002, *PCNICC/2002/1/Add.1*.

Corps Commun d'Inspections des Nations Unies, « Les contributions volontaires dans le système des Nations Unies. Incidences sur l'exécution des programmes et les stratégies de mobilisation des ressources » Rapport établi par M. YUSUF, J-L LARRABURE, C. TERZI, 2007, *JIU/REP/2007/1*.

Secrétariat général des Nations Unies, « Pratiques liées à l'échange d'information entre l'Organisation des Nations Unies et les autorités nationales chargées de veiller au respect de la loi, ainsi qu'au renvoi d'affaires présumées être de caractère pénal mettant en cause des membres du personnel, des fonctionnaires ou des experts en mission des Nations Unies », Rapport du 25 août 2008, *A/63/331*.

Élaboration d'un système d'application du principe de responsabilité pour le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, Rapport du Secrétaire général, 64^{ème} session, 29 janvier 2010, *A/64/640*.

IOM Data Protection Manual, Genève, 2010, disponible sur le site internet de l'OIM.

Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à L'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10, § 87), *Ann. CDI.*, vol. II, Partie 2, 2011, p. 38.

ONUDI, « Partenariats d'entreprises de l'ONUDI. Partenariats pour la prospérité », 2013, disponible en ligne sur : https://www.unido.org/sites/default/files/2014-01/UNIDO_BPP_French_2013_0.pdf.

Union européenne, *Evalsed, The Ressource for the Evaluation of Socio-Economic Development*, septembre 2013, disponible en ligne sur : https://ec.europa.eu/regional_policy/information-sources/publications/evaluations-guidance-documents/2013/evalsed-the-resource-for-the-evaluation-of-socio-economic-development-evaluation-guide_en.

Conférence de La Haye de droit international privé, « Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », 19 mars 2015, disponible en ligne sur <https://assets.hcch.net/docs/db74fd9d-502a-4f16-a563-973a89118074.pdf>.

European Court of Auditors, « The EU Institutions Can Do More to Facilitate Access to Their Public Procurement », 2016, *Special Report n° 17/2016*.

Corps Commun d'Inspections des Nations Unies, « Les partenariats entre les systèmes des Nations unies et le secteur privé dans le contexte du programme de développement durable à l'horizon 2030 », Rapport établi par P. DUMITRIU, 2017, *JIU/REP/2017/8*.

Manuel du praticien des achats des Nations Unies, publié par le Réseau achats du Comité de haut niveau sur la gestion des Nations Unies, octobre 2017, disponible en ligne sur <https://www.ungm.org/Shared/KnowledgeCenter/Pages/PPH2>.

Créer une économie européenne fondée sur les données, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 10 janvier 2017, *SWD (2017) 2 final*.

Secrétariat de la Charte de l'Energie, « Manuel sur la protection des données », 14 novembre 2018, *CCDEC 2018*.

Rapport du secrétaire général sur les dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les atteintes sexuelles, 15 février 2022, A/76/702.

United Nations Office for Project Services, « Annual Statistical Report on United Nations Procurement, 2022 », 28-31 août 2023, *DP/OPS/2023*.

Union Européenne, Direction des infrastructures et de la logistique, « Projet de contrat-cadre de fournitures, appel d'offres n° INLO.AO-2012-017-LUX-UAGBI-02, Mobilier de bureau », 2013, disponible en ligne sur <https://www.europarl.europa.eu/tenders/2013/20130718-inlo-02/CNT-FR.pdf>.

CPI, « Modèle de contrat pour les intermédiaires », mars 2014, disponible en ligne sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/MCI-Fra.pdf>.

Banque de développement du conseil de l'Europe, Appel d'offres public – contrat cadre n°2018/04/ceb/itp/p/itp, 1er juin 2018, disponible en ligne sur https://coebank.org/documents/687/2018_04_CEB_ITP_P_ITP_CRM_WORKFLOW.pdf.

D. Autres documents juridiques

Institut de droit international, « les contrats conclus par les organisations internationales avec les personnes privées », rapport présenté par N. VALTICOS, session d'Oslo, 1977, *Ann. IDI*, 1977, vol. 57, tome I, pp. 132-191.

Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États, Résolution de l'Institut de droit international, session de Bâle, 2 septembre 2001, disponible en ligne sur : https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_03_fr.pdf.

International Law Association, « Accountability of International Organizations: Third Report Consolidated, Revised and Enlarged version of Recommended Rules and Practices ("RRP-S") », Conférence de New Delhi, Janvier 2002, disponible en ligne sur: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-new-delhi-2002-12.

Cooperation Agreement Between the Interpol Foundation for a Safer World And INTERPOL, signé le 19 mars 2014, disponible en ligne sur: <https://www.interpol.int/fr/Nos-partenaires/INTERPOL-Foundation-for-a-Safer-World>.

General Global Health Hub, « Non-Paper on Strengthening WHO's Leading and Coordination Role in Global Health Emergencies and Improving IHR Implementation », 1er août 2020, disponible en ligne sur : <https://g2h2.org/wp-content/uploads/2020/08/Non-paper-1.pdf>.

Mission permanente de la Suisse auprès de l'office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève, privilèges et immunités, « Questions fréquemment posées », disponible en ligne sur <https://www.eda.admin.ch/missions/mission-onu-geneve/fr/home/manuel-application-regime/faq-privileges-et-immunites.html>.

V. *LEGISLATIONS NATIONALES*

France

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.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et libertés, modifiée par la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

Code civil 2025, 20 juin 2025.,

Code de la Consommation 2025, 22 août 2024.

Code des assurances, Code de la mutualité 2024, 25 avril 2024.

Code de Justice administrative- Code des juridictions financières 2025, 5 septembre 2024.

Code de l'organisation judiciaire 2025, 11 septembre 2024.

Belgique

Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Canada

Code civil, adopté en 1991, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

Etats-Unis

International Organizations Immunities Act, adopté le 29 décembre 1945, par le 79ème Congrès des Etats-Unis, 28 USC § 288.

Foreign Sovereign Immunities Act, adopté le 21 octobre 1976, 28 USC, § 161.

Suisse

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'État-hôte, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	V
LISTE DES ABBREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	VII
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
Section 1. Délimitation du champ de l'étude.....	2
I. L'originalité du rapport : la présence de l'organisation internationale ...	3
A. La notion d'organisation internationale.....	3
B. La personnalité juridique de l'organisation internationale : élément de complexification du contrat.....	5
II. L'identification des contrats d'organisation internationale	8
A. Distinction rationae personae	9
B. Distinction rationae materiae.....	9
Section 2. L'objet de l'étude.....	11
A. Problématique de l'étude.....	11
B. Annonce du plan.....	11
 PARTIE I : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES CONTRATS	
D'ORGANISATION INTERNATIONALE.....	13
 TITRE 1 : L'OFFRE JURIDIQUE APPLICABLE AUX CONTRATS	
D'ORGANISATION INTERNATIONALE.....	15
 CHAPITRE 1 : L'APPLICABILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	
AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE	16
Section I. Une applicabilité contestée : exposé du débat doctrinal.....	16
Paragraphe 1. La thèse de l'application autonome du droit international public aux contrats d'organisation internationale	17
A. Applicabilité théorique du droit international public aux contrats d'organisation internationale.....	17
B. Diversité d'interprétation quant au contenu du droit applicable	19
Paragraphe 2. La thèse de l'inadéquation du droit international public aux contrats entre les organisations et les personnes privées.....	21
A. L'inadaptation des règles de droit international public aux contrats passés avec les personnes privées	21

B. L'application du droit international public dans une « moindre mesure ».....	23
Section II. L'intervention du droit international public dans les contrats d'organisation internationale.	
Paragraphe 1. L'apport du droit des contrats d'État.....	25
A. L'internationalisation des contrats d'État.....	27
1. <i>Les propositions doctrinales d'internationalisation</i>	27
2. <i>Apport jurisprudentiel</i>	30
B. La portée du processus d'internationalisation : l'application accessoire du droit international public aux contrats d'organisation internationale.....	32
Paragraphe 2. La nécessité d'application du droit international public pour la préservation des intérêts des parties	34
A. L'intervention indirecte des règles de droit international public à travers les clauses de protection du contractant	34
B. L'application du droit international public comme moyen de protection des missions de l'organisation internationale	37
CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DU DROIT OBJECTIVEMENT APPLICABLE AUX CONTRATS D'ORGANISATION INTERNATIONALE 41	
Section I. Droit national et droit interne de l'organisation internationale : opportunités d'application	
Paragraphe 1. Le choix d'un droit national selon des critères de proximité	42
A. La portée du principe de proximité en droit international privé contractuel.	43
B. Le pragmatisme du critère de proximité dans le choix du droit applicable : d'un principe de proximité à une solution de « simplicité »	48
Paragraphe 2. L'importance du droit interne de l'organisation internationale dans l'encadrement juridique des contrats d'organisation internationale	51
A. La reconnaissance d'un ordre juridique des organisations internationales	52
B. L'autonomie de l'ordre juridique des organisations internationales.	55
1. <i>L'inopposabilité de l'ordre interne des États membres aux organisations internationales</i>	56
2. <i>L'autonomie vis-à-vis du droit international</i>	57

Section II. La concurrence entre le droit national et le droit interne de l'organisation internationale	60
Paragraphe 1. L'application du droit national par le biais des lois d'application immédiate	61
A. Emprunt des méthodes de droit international privé : le mécanisme des lois d'application immédiate	61
B. L'identification des règles d'application immédiate : importance de l'objectif de la loi visée	62
Paragraphe 2. Droit national et droit interne des organisations internationales : hypothèses de complémentarité	65
A. Coopération dans certaines normes de protection en matière pénale	66
B. La question de la coopération en matière administrative et fiscale ...	69
1. <i>Coopération administrative</i>	69
2. <i>Coopération fiscale</i>	71
TITRE 2 : LA DÉSIGNATION DU DROIT APPLICABLE PAR UN ORGANE TIERS	77
CHAPITRE 1 : L'IMPOSSIBLE DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE EN CAS DE RECOURS UNILATERAL AU JUGE NATIONAL PAR LA PERSONNE PRIVÉE	79
<i>Section préliminaire. Généralités sur les immunités de juridiction des organisations internationales</i>	80
A. Les sources des immunités de juridiction des organisations internationales	81
1. <i>Les sources conventionnelles des immunités de juridiction des organisations internationales</i>	81
2. <i>Les sources internes des immunités de juridiction des organisations internationales</i>	82
B. La nécessité fonctionnelle des immunités de juridiction des organisations internationales	84
<i>Section I. L'impact des immunités de juridiction des organisations internationales sur le processus de désignation du droit applicable par le juge national</i>	86
Paragraphe 1. L'impact des immunités de juridiction sur le plan procédural	86
A. Le gel de la compétence du juge national	86

B. L'influence « psychologique » des immunités de juridiction dans la détermination du droit applicable	89
Paragraphe 2 : La levée des obstacles à la détermination du droit applicable par le juge national	92
A. Limitations établies dans l'ordre interne des États	92
B. Limitations émanant des organisations internationales	98
1. <i>Renonciation explicite</i>	98
2. <i>Hypothèses de renonciation implicite</i>	101
<i>Section II. Les méthodes de détermination du droit applicable par le juge national.</i>	102
Paragraphe 1. La mise en œuvre des règles de conflit	103
A. Considérations préalables	103
1. <i>La qualification du contrat d'organisation internationale</i>	103
2. <i>L'application d'office de la règle de conflit</i>	105
B. Le recours aux règles d'origine conventionnelle.....	106
Paragraphe 2. La recherche du droit applicable en dehors de toute règle de conflit.....	107
A. La prise en compte de l'ordre juridique du for	107
B. La prise en compte de la particularité du contrat	109
CHAPITRE 2 : LA PRÉFÉRENCE POUR L'ARBITRAGE DANS LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE	112
<i>Section I. L'arbitrage, solution de prévention contre le risque de déni de justice</i>	113
Paragraphe 1. Le droit d'accès à un juge, une garantie fondamentale	113
A. Généralités : La consécration du droit d'accès à un juge	113
1. <i>Le droit d'accès au juge dans le droit interne</i>	114
2. <i>Le droit d'accès au juge dans le droit international</i>	114
B. Immunité de juridiction des organisations internationales et respect du droit d'accès au juge.....	116
Paragraphe 2. Les avantages de la procédure arbitrale.....	119
A. L'adaptation de l'arbitrage au regard du statut de l'organisation internationale	119
B. L'efficacité de la procédure arbitrale dans le respect du droit à un recours effectif.....	122
<i>Section II. Les méthodes de désignation du droit applicable par l'arbitre .</i> 125	

Paragraphe 1. La prise en compte du contenu du contrat dans la recherche du droit applicable au contrat	125
A. La relation entre le choix de l'organe arbitral et le droit applicable	126
B. La prise en compte de la particularité du contrat	127
Paragraphe 2. Le choix par l'arbitre du droit applicable dans le silence du contrat.....	129
A. L'application des principes généraux du droit	129
B. L'application de normes commerciales : l'exemple de la lex mercatoria.....	131
 <i>PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE</i>	
<i>137</i>	
 TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DANS LA MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES	
139	
 CHAPITRE 1 : L'ÉVOLUTION DU RÔLE DE LA VOLONTÉ EN DROIT INTERNATIONAL.....	
140	
 <i>Section I. L'autonomie de la volonté face à l'autorité du droit objectivement applicable</i>	
<i>140</i>	
Paragraphe 1. La prise en compte du droit objectivement applicable dans la formation du contrat	140
A. Une autonomie de la volonté restreinte pour les rapports juridiques internes.....	141
B. Une autonomie plus étendue en droit international privé.....	143
Paragraphe 2 : La prise en compte du droit objectivement applicable dans la réglementation du contrat.....	145
A. Subjectivisme contre objectivisme	145
B. Réception en droit positif	148
1. Réception jurisprudentielle française.....	148
2. Réception conventionnelle	150
 <i>Section II. L'étendue de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'organisation internationale</i>	
<i>151</i>	
Paragraphe 1. Un contexte : la prise en compte des enjeux propres au contrat.....	152
A. Enjeux économiques.....	152
B. Écarter la loi objectivement applicable, sous réserve de limites	155

Paragraphe 2 : Les effets de l'autonomie de la volonté sur l'insertion du droit applicable au contrat d'organisation internationale	156
A. Adaptations quant aux modalités d'insertion formelle de la loi applicable... ..	156
B. Adaptations quant au contenu du droit inséré	159
CHAPITRE 2 : L'IMPORTANCE DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE DANS LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE	162
<i>Section I. Le rôle des conditions générales et des contrats types dans le choix du droit applicable.....</i>	<i>162</i>
Paragraphe 1. Les objectifs des conditions générales et des contrats types	163
A. La standardisation du processus contractuel	163
B. L'établissement progressif de contrats d'adhésion.....	165
1. La notion de contrat d'adhésion.....	165
2. L'apport des conditions générales et des contrats types dans l'élaboration des contrats d'adhésion.....	167
Paragraphe 2. La portée des instruments précontractuels dans la formation du contrat futur	168
A. L'inégalité entre les parties contractantes	169
1. Les solutions théoriques envisageables aux conflits de conditions générales.....	169
2. Les marges de manœuvre offertes à la partie privée par l'organisation internationale	171
B. L'insertion du droit applicable dans les instruments précontractuels....	173
<i>Section II. La prise en compte de circonstances particulières au contrat... ..</i>	<i>175</i>
Paragraphe 1. La prise en compte des circonstances inhérentes au futur contrat.....	175
A. Les contrats d'organisation internationale conclus pour l'exécution d'une mission financée par les personnes privées.....	175
1. Les financements d'origine privée des organisations internationales : importance et risques.....	176
a) Généralités sur les ressources des organisations internationales....	176
b) Les risques liés aux financements privés.....	178

2. <i>La gestion des risques liés aux financements d'origine privée :</i> <i>exemple du Cadre de collaboration de l'OMS</i>	180
a) Les dispositions générales du Cadre.....	181
b) Les dispositions spécifiques du Cadre	182
B. Les contrats entre les organisations internationales et les grands groupes privés	184
1. <i>La nécessité de collaborer avec les multinationales</i>	185
2. <i>L'influence des multinationales durant les négociations</i> <i>précontractuelles</i>	187
Paragraphe 2. Prise en compte des facteurs exogènes : exemple de l'enjeu de la protection des données personnelles	188
A. Présentation du cadre juridique du RGPD.....	190
B. L'établissement par les organisations internationales de normes internes en matière de protection des données à caractère personnel	193

TITRE 2 : LE RECOURS AU CONCEPT DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL DANS L'INSTITUTION DES RÈGLEMENTS DE PASSATION DE MARCHÉS 198

CHAPITRE 1 : LE CONCEPT DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL ____ 199

Section I. Le projet du droit administratif global..... 199

Paragraphe 1. Les fondements du droit administratif global.....	199
A. Les origines doctrinales du droit administratif global	200
1. <i>L'école américaine</i>	200
2. <i>L'école italienne</i>	201
B. Le contexte sociopolitique : la globalisation	203
1. <i>Globalisation et mondialisation</i>	203
2. <i>Globalisation et droit global</i>	204
Paragraphe 2. Droit administratif global, droit administratif et droit international public.....	205
A. Droit administratif global et droit international public.....	206
B. Les rapports entre le droit administratif global et le droit administratif..	208

Section II. L'apport matériel du droit administratif global aux contrats d'organisation internationale 213

Paragraphe 1. L'identification des modes de formation du droit administratif global.....	213
---	-----

A. Le rejet initial du formalisme	213
B. Propositions doctrinales de classification des sources	215
1. <i>Les sources unilatérales du droit administratif global</i>	215
a) Les sources à vocation interne	215
b) Les sources à vocation externe	216
2. <i>Les sources plurilatérales du droit administratif global</i>	218
a) La formalisation du droit administratif global par un instrument négocié.....	218
b) La formalisation du droit administratif global par un instrument non négocié	219
Paragraphe 2. Le contenu des normes du droit administratif global	220
A. Les normes fonctionnelles du droit administratif global	220
B. Les normes procédurales du droit administratif global	223
CHAPITRE 2. LE RÔLE DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL DANS L'ENCADREMENT DES MARCHÉS PASSÉS PAR LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	225
<i>Section préliminaire. Le point de départ : l'accountability des organisations internationales</i>	226
A. Le développement des politiques générales en matière d'accountability	227
B. Le développement progressif des réglementations spéciales d'accountability en matière contractuelle	229
<i>Section 1. L'apport du droit administratif global dans la régulation des marchés passés par les organisations internationales</i>	232
Paragraphe 1. Le facteur de régulation : l'existence de « clauses exorbitantes » dans les contrats entre l'organisation internationale et la personne privée.....	232
A. L'origine administrative des clauses exorbitantes	232
B. L'existence de clauses exorbitantes dans les contrats d'organisation internationale	234
1. <i>Les clauses exorbitantes de direction et de contrôle</i>	235
2. <i>Le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat</i>	237
a) Résiliation unilatérale motivée	238
b) Résiliation unilatérale pour des raisons de commodités.....	239

Paragraphe 2. La prise en compte des principes de droit administratif global dans les règlements de passation de marchés	240
A. Les principes renvoyant à la transparence dans la procédure.....	240
1. <i>L'accessibilité des documents contractuels</i>	240
2. <i>Le devoir d'information à l'égard des soumissionnaires</i>	242
B. Le principe d'égalité : l'instauration des normes de mise en concurrence entre les soumissionnaires	243
1. <i>La mise en concurrence et le choix de la procédure</i>	244
2. <i>Mise en concurrence et provenance géographique des soumissionnaires</i>	246
<i>Section 2. L'effectivité de l'accountability en matière contractuelle : l'instauration des mécanismes de recours précontractuel</i>	248
Paragraphe 1. L'originalité des procédures de recours précontractuel.....	248
A. Le besoin de généralisation des recours précontractuels.....	248
B. Les mécanismes exclusivement internes à l'organisation internationale	251
1. <i>Les procédures uniques de recours précontractuel</i>	251
2. <i>Les procédures en deux étapes</i>	252
C. Les mécanismes mixtes (internes et externes)	253
Paragraphe 2. Le développement de mécanismes robustes : l'exemple des institutions de l'Union européenne et des organisations régionales européennes .	255
A. Les voies de recours précontractuel offertes en amont : l'exemple des institutions de l'Union européenne	255
B. Des mécanismes de recours de plus en plus transparents : l'exemple de l'ASE.....	258
1. <i>Le réexamen par le Chef du Département des approvisionnements</i>	259
2. <i>Le réexamen par le médiateur de l'Agence chargé des questions industrielles</i>	259
3. <i>Le réexamen par la Commission de recours en matière d'approvisionnements</i>	260
CONCLUSION GÉNÉRALE	264
BIBLIOGRAPHIE	265
TABLE DES MATIÈRES	303

LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS CONCLUS ENTRE LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET LES PERSONNES PRIVEES

RESUMÉ

Dans le cadre de leurs missions, les organisations internationales sont appelées à contracter avec les personnes privées. Cette relation contractuelle est destinée à remplir certains besoins quotidiens auxquels font face les organisations internationales. (Fourniture de service, constructions de locaux etc.) Ces contrats d'apparence ordinaire ont tout de même une nature particulière, résultant de la différence de régime juridique auquel sont soumises les deux parties. Pour la personne privée, contracter avec une association d'État qui est régie par son traité constitutif et qui dispose d'organes propres est une opération délicate car elle est en relation avec une entité dont le statut juridique relève d'une convention internationale. Quant aux organisations internationales, il s'agit de subvenir à leurs besoins tout en ne compromettant pas les missions dont elles sont investies. La question du droit applicable à ce type de contrat est donc au carrefour des deux intérêts divergents. Il en ressort que les contrats d'organisation sont caractérisés par une adaptabilité et les parties en présence sont amenées à effectuer des combinaisons juridiques afin d'appliquer un droit qui serait capable de couvrir leurs attentes : d'une part il s'agit d'une nécessité de protection de la personne privée. D'autre part, les organisations internationales aspirent, par les contrats qu'elles concluent, à sauvegarder leurs intérêts et leur indépendance et assurer le respect des objectifs pour lesquels elles ont été créées.

Mots-clés français : organisations internationales, contrats, droit applicable, personnes privées, marchés publics

THE LAW APPLICABLE TO THE CONTRACTS BETWEEN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND PRIVATE INDIVIDUALS

ABSTRACT

The international organizations constantly enter into contract with private individuals in order to supply their needs. These kinds of contract have a particularity because they involve two contracting parties with different legal status. For the individuals, contracting with institution drawing membership states, having activities in several states, and whose members are held together by a formal agreement can be a delicate operation. On the contrary, international organization enter into contract with the intention of fulfill their mission and achieve their goals. These opposing interests are the focal point to which organization contracts try to respond. It appears that contract between international organizations and private persons are characterized by their adaptability. Through the contract, the contracting parties are trying to achieve different objectives: an objective of protection for the private persons and international interest for the international organizations.

Mots-clés anglais : International organizations, Law, contract, procurement, private individuals