



**HAL**  
open science

# De l'harmonisation du droit des contrats publics vers la construction d'un droit international des contrats publics

Jorge Luis Collantes González

► **To cite this version:**

Jorge Luis Collantes González. De l'harmonisation du droit des contrats publics vers la construction d'un droit international des contrats publics. Droit. Université de Perpignan, 2020. Français. NNT : 2020PERP0020 . tel-03153062

**HAL Id: tel-03153062**

**<https://theses.hal.science/tel-03153062>**

Submitted on 26 Feb 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN VIA DOMITIA**

Faculté des Sciences Juridiques et Économiques

École doctorale INTERMED-ED 544. Centre du droit économique et du développement

Spécialité: Droit public



**De l'harmonisation des droits des contrats publics vers la construction du  
droit international des contrats publics  
(Thèse)**

Jorge Luis Collantes  
(Doctorant)

**JURY**

Sabrina Robert-Cuendet (Rapporteur. Université du Maine-Le Mans)  
José Manuel Sobrino Heredia (Rapporteur. Université de *La Coruña*, Espagne)  
Géraldine Giraudeau (Directrice. Université de Perpignan Via Domitia)  
Carlos R. Fernández Liesa (Co-directeur. Université Carlos III de Madrid)  
Jacobo Ríos (Université de Perpignan Via Domitia)  
Marie-Clotilde Runavot (Université de Perpignan Via Domitia)  
François Feral (Université Perpignan Via Domitia. Invité)

Date de la soutenance: 24 avril 2020

Date reprogrammée à cause de la pandémie: 5 octobre 2020



## AVERTISSEMENT

L'Université de Perpignan n'ayant émis aucune restriction, les travaux de recherche sont  
propres à leur auteur



*À la mémoire de mon père; et à ma mère*



Je voudrais remercier mes directeurs de thèse, les professeurs Géraldine Giraudeau et Carlos Fernández Liesa pour l'acceptation de travailler avec moi sur cette recherche académique (ils ne sont pas responsables de mes erreurs) et les membres du jury pour leur travail. Je tiens également à remercier les universités visitées en tant que chercheur invité: l'U. de Ottawa, l'U. de Vilnius et l'U. Stradins, ainsi que les universités qui m'ont permis d'utiliser leurs bibliothèques dans des séjours de recherche: l'U. de Trnava, l'U. Turiba, l'U. de Lima, l'U. du Pacifique et l'U. de Montpellier. Je suis très reconnaissant à l'UPVD pour cette expérience académique, y compris les professeurs, doctorants, mes étudiants de qui j'ai été chargé de TD et le personnel administratif et de la bibliothèque des campus de Narbonne et Perpignan. Merci La France.





## SOMMAIRE

### **PREMIÈRE PARTIE: LES MANIFESTATIONS DE L'HARMONISATION DES DROITS DES CONTRATS PUBLICS**

#### **TITRE I. LA LENTE HARMONISATION DES DROITS NATIONAUX AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE** ..... p. 51

Chapitre 1. La naissance d'un droit des contrats publics de l'Union Européenne .... p. 53

Chapitre 2. L'orientation du droit des contrats publics de l'UE ..... p. 101

#### **TITRE II. L'HARMONISATION LIMITÉE DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS EN DEHORS DE L'UE** ..... p. 155

Chapitre 1. Les bases de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'échelle mondiale ..... p. 159

Chapitre 2. La diversité de rythmes et de régimes à la lumière du sous-régionalisme, du régionalisme et du macro-régionalisme ..... p. 205

### **DEUXIÈME PARTIE: LES CONSÉQUENCES DE L'HARMONISATION DES DROITS DES CONTRATS PUBLICS**

#### **TITRE I. LA VISIBILITÉ DES DROITS DE L'HOMME DANS LES CONTRATS PUBLICS** ..... p. 261

Chapitre 1. L'articulation du droit international des droits de l'homme et du droit international économique autour des contrats publics ..... p. 263

Chapitre 2. L'irruption du « *plus in idem* » et du *forum shopping* dans l'ordre pénal . p. 315

#### **TITRE II. LA VISIBILITÉ DE LA CONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS PUBLICS** ..... p. 367

Chapitre 1. Des éléments pour la construction d'un statut international du cocontractant ..... p. 373

Chapitre 2. La pertinence du droit international des investissements et la contribution de la jurisprudence en matière d'arbitrage ..... p. 423



## ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

AC. Accord de Carthagène  
AECG. Accord économique et commercial global de 2016 entre l'UE et le Canada  
AGCS. Accord général sur le commerce des services  
ALE. Accord de libre-échange / Accords de libre-échange  
ALENA. Ancien Accord de libre-échange nord-américain  
AMP 2012. Accord plurilatéral sur les marchés publics de 2012  
APEC. Association de coopération économique Asie-Pacifique  
ASEAN. Association des nations du sud-est asiatique  
ATCA. *Alien Tort Claims Act* de 1789 des États-Unis  
CAAS. Convention d'application de l'Accord de Schengen  
CAFTA-DR. Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis de l'Amérique du nord  
CAN. Communauté andine de nations  
CCI. Chambre de commerce internationale  
CDFUE. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne  
CE. Communauté européenne  
CIDH. Cour interaméricaine des droits de l'homme  
CIJ. Cour internationale de justice  
CIRDI. Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement  
CJCE. Cour de justice des Communautés européennes  
CJUE. Cour de justice de l'Union européenne  
CNF. Clause de la nation la plus favorisée  
CNUCC. Convention des Nations Unies contre la corruption  
CNUDCI. Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international  
COEDH. Cour européenne des droits de l'homme  
CPJI. Cour permanente de justice internationale  
GATT. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce  
Mercosur. Marché commun du Sud  
OCDE. Organisation de coopération et de développement économiques  
OEA. Organisation d'États Américains  
OIT. Organisation internationale du travail  
OMC. Organisation mondiale du commerce  
ONU. Organisation des Nations Unies  
PPP. Partenariat public-privé  
*Recueil CIJ*. Recueil de la Cour internationale de justice  
R.C.A.D.I. Recueil des cours de l'Académie de droit international  
SAFTA. *South Asia Free Trade Area*  
SFDI. Société française pour le droit international  
SICA. Système d'intégration centraméricaine  
TBI. Traités bilatéraux en matière de protection des investissements  
TFUE. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne  
TIM. Tribunal international de la mer

TTJCA. Traité du Tribunal de justice de la Communauté andine  
UA. Union africaine  
UE. Union européenne  
UEMOA. Union économique et monétaire ouest africaine  
Unidroit. Institut international pour l'unification du droit privé  
UNOPS. Bureau des Nations Unies pour les services d'appui aux projets  
USMCA. Nouvel accord Canada-États-Unis-Mexique  
WTO. Organisation mondiale du commerce

## INTRODUCTION

Au cours des dernières décennies, on parle d'un droit international des contrats publics par référence à un ensemble de règles internationales en la matière, parmi lesquelles on constate une importante ouverture du régime juridique des contrats publics aux marchés internationaux. Dans le cadre de l'Union européenne (UE), une harmonisation du droit des contrats publics facilite le commerce et les investissements dans ce secteur grâce à l'ouverture du marché intérieur.<sup>1</sup> Dans ce contexte, les directives d'harmonisation du droit des contrats publics de l'UE de 2014<sup>2</sup> apparaissent comme un élément important dans le cadre d'une évolution normative où le principe de non-discrimination mérite une attention spéciale. Toutefois, au sein de l'UE, on remarque aussi que les contrats publics de pays tiers « sont souvent inaccessibles, de droit et/ou de fait, aux soumissionnaires de l'Union ».<sup>3</sup> Autrement dit, on perçoit un problème d'ouverture international du marché en ce qui concerne les flux d'investissements européens vers l'étranger.<sup>4</sup>

Pour illustrer la préoccupation européenne quant à la difficulté d'accéder au marché international des contrats publics, il convient de noter que le Parlement européen a exhorté la Commission « d'encourager et de faciliter les efforts d'adhésion des pays tiers » à l'Accord plurilatéral sur les marchés public du 2012 (AMP 2012) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).<sup>5</sup> L'AMP 2012 est un traité international pour l'ouverture du marché des

---

<sup>1</sup> La Commission affirme que « pour les investisseurs désireux de procéder à des investissements transfrontières dans l'UE, l'accès aux marchés publics est un élément important de l'écosystème d'investissement européen offrant une égalité des chances pour l'accès au marché », *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la Protection des investissements intra-UE*, du 19 juillet 2018 (COM(2018) 547 final)

< <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/FR/COM-2018-547-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF> >, p. 6.

<sup>2</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, parmi d'autres.

<sup>3</sup> Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics, paragraphe 48 (2017/2278(INI)).

< [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0229\\_FR.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0229_FR.html) >.

<sup>4</sup> Certains investissements sont souvent réalisés au travers de contrats de caractère public.

<sup>5</sup> Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 (2017/2278(INI)), paragraphe 51.

contrats publics à l'échelle planétaire, qui traite de matières relatives à l'appel d'offres publics et la passation; mais cet accord ne couvre pas d'autres domaines du droit des contrats publics telles que l'exécution du contrat ou le règlement des différends entre les parties au contrat.

L'objet de cette thèse est, d'un côté, d'analyser le phénomène de l'harmonisation du droit des contrats publics afin de déterminer l'impact de l'harmonisation sur le droit international et, d'un autre côté, de constater l'existence de, l'inexistence de, ou la possibilité de construire, un droit international des contrats publics comme un éventuel sous-système du droit international.<sup>6</sup>

Dans ce contexte, l'expression « droit international des contrats publics » demande prudence. Différents éléments doivent être analysés pour déterminer si le droit international des contrats publics existe réellement, s'il peut exister en tant que sous-système de droit international ou s'il s'agirait plutôt d'une fiction ou d'une construction académique.<sup>7</sup>

En ce qui concerne l'analyse des contrats publics dans cadre du droit international pour déterminer s'il existe un droit international des contrats publics, il y a des règles conventionnelles à considérer comme par exemple, les règles d'harmonisation pour l'ouverture du marché au sein de diverses organisations internationales, les traités

---

<sup>6</sup> En 1969, le professeur Prosper Weil parlait déjà de « l'élaboration d'un droit international des contrats », WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969, p. 118. Les professeurs Dominique Carreau et Fabrizio Marella parlent de la « naissance » d'un droit international des contrats publics, CARREAU (D) et MARRELA (F), *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 218.

<sup>7</sup> Avant de poursuivre, nous devons préciser qu'il n'est pas possible de construire un droit international des contrats publics si nous essayons de considérer la communauté internationale comme un État où il y a division des pouvoirs et contrôle constitutionnel des normes. À cet égard, il est nécessaire de préciser que ceux qui nient le caractère juridique du droit international « procèdent d'une comparaison avec le modèle idéal des droits étatiques ! Le caractère décentralisé, la réciprocité et le relativisme du droit international ont soulevé la question de savoir s'il constitue un système ou, selon l'expression de Combacau, un Bric-a-Brac », FERNÁNDEZ (C), « Sobre la unidad del Derecho internacional », in *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (MARIÑO (F), coordinateur), Madrid, Trotta, 2002, p. 265.

internationaux multilatéraux, plurilatéraux et bilatéraux<sup>8</sup> existants en matière de contrats publics<sup>9</sup> et d'autres domaines juridiques ayant une incidence sur les contrats publics.

D'ailleurs, le droit des États pourrait influencer sur la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où ce droit comporte des institutions juridiques intéressantes, qui peuvent être absentes dans le domaine du droit international comme, par exemple, la clémence<sup>10</sup> dans le cadre du droit de la concurrence.<sup>11</sup> Cependant, le droit interne doit être pris prudemment à la lumière de la multiplicité des États et des traditions juridiques existant au sein de notre communauté internationale.<sup>12</sup> Effectivement, dans sa thèse de doctorat, le professeur Alain Pellet reconnaissait déjà que le droit administratif français n'était pas le « seul » ordre juridique « à exercer (plus ou moins nettement) une influence prédominante dans certaines branches du droit international ». <sup>13</sup> En paraphrasant le professeur Pellet, aujourd'hui nous pouvons noter ici que ni le droit d'un État ni le droit de l'UE ne sont les seuls ordres juridiques « à exercer (plus ou moins nettement) une influence prédominante » dans la construction d'un droit international des contrats publics, ce qui nous permet indirectement de prédire qu'un droit international des contrats publics ne pourrait pas être construit sans le consensus entre les États au sein des organisations internationales et entre les organisations internationales.<sup>14</sup>

Avant de poursuivre, il faut noter que « l'harmonisation » des droits des contrats publics ne doit pas être confondue avec « la construction » du droit international des contrats publics. En effet, il convient de souligner que « l'harmonisation du droit des contrats publics » et la

---

<sup>8</sup> Par exemple: l'Accord entre le Xile et l'Uruguay sur les contrats public du 22 janvier 2009.

<sup>9</sup> La multiplicité des normes et sources existantes montre que le droit des contrats publics n'est pas étranger au « mouvement d'internationalisation des fontaines du droit », UBAUD-BERGERON, (M), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 36.

<sup>10</sup> La clémence implique une réduction des sanctions en contrepartie d'informations utiles dans le cadre de la lutte contre les ententes.

<sup>11</sup> La clémence est également une institution très importante dans le droit de la concurrence de l'UE.

<sup>12</sup> Le terme « droit interne » ne concerne pas le droit d'un seul État, mais au droit des plus de deux cents États.

<sup>13</sup> PELLET (A), *Recherche sur les principes généraux du droit en droit international*, thèse droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974, p. 316.

<sup>14</sup> Il est très important de retenir, comme le professeur Carlos Fernández Liesa résume, que le droit de l'UE « n'est pas non plus comparable au droit des États », FERNÁNDEZ (C), « Sobre la unidad del Derecho internacional », *op. cit.*, p. 275.



« construction du droit international des contrats publics » sont deux questions différentes. « Harmonisation » et « construction » ne sont pas synonymes, comme on va expliquer.

L'harmonisation vise essentiellement l'ouverture du marché; et la construction du droit international des contrats publics implique un phénomène juridique plus large. Cette éventuelle construction pourrait être possible en vertu de divers facteurs parmi lesquels on peut noter l'harmonisation du droit des contrats publics pour l'ouverture du marché au sein de l'OMC<sup>15</sup>, la pertinence des règles et principes des différents domaines juridiques dans le cadre des différentes phases du contrat<sup>16</sup>, etc.

D'ailleurs, le rôle des organisations internationales, comme source de production normative est incontestable; mais il faut garder à l'esprit qu'il peut aussi avoir des harmonisations en dehors du cadre des organisations internationales.

En ce qui concerne les contrats publics dans le droit international, les organisations internationales peuvent être rassemblées essentiellement en deux groupes: d'une part, il y a certaines organisations internationales qui ont une harmonisation du droit des contrats publics, comme l'OMC, l'UE, l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), le Marché commun du sud (Mercosur), etc; et d'autre part, il y a quelques organisations internationales qui s'occupent des contrats publics sans introduire de règles contraignantes d'harmonisation pour l'ouverture du marché entre les États membres de l'organisation, comme par exemple, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE); la Banque mondiale, qui suit de près le développement des contrats publics<sup>17</sup>, y compris la figure du partenariat public-privé (PPP), notamment en ce qui concerne les projets d'infrastructure<sup>18</sup>; ou la Banque internationale pour la reconstruction et le développement,

---

<sup>15</sup> L'AMP 2012 constitue un élément fondamental pour l'ouverture du marché des contrats publics à l'échelle planétaire.

<sup>16</sup> Ces phases comprennent: la phase des appels d'offres publics et passation, la phase d'exécution du contrat et, éventuellement, la phase contentieuse.

<sup>17</sup> Entre autres, voir le document WORLD BANK: *Benchmarking Public Procurement 2017* < [pubdocs.worldbank.org/en/121001523554026106/BPP17-e-version-Final-compressed-v2.pdf](http://pubdocs.worldbank.org/en/121001523554026106/BPP17-e-version-Final-compressed-v2.pdf) >.

<sup>18</sup> Voir le document WORLD BANK: *Procuring Infrastructure PPPs. Report 2018*, < <http://pubdocs.worldbank.org/en/256451522692645967/pdf/PIP3-2018.pdf> >.

qui fait partie de la Banque mondiale et qui présente des règles intéressantes de *soft law*.<sup>19</sup> Dans le cadre de cette thèse, le premier type d'organisations internationales constitue une source de règles à analyser en raison des processus d'harmonisation existants.

En essayant d'organiser notre exposition, on va noter qu'une vérification de l'existence d'un droit des contrats publics, ou une analyse sur la possibilité de construire un droit international des contrats publics, impliquent, préalablement, de faire une articulation des différents domaines du droit international concernés dans les contrats publics, de préciser la terminologie (1) et de mettre en valeur la libre concurrence (2).

## **1. La nécessité d'articuler différents domaines juridiques et de préciser la terminologie**

Pour contextualiser la libre concurrence dans le cadre des contrats publics, il faut d'abord apporter quelques précisions sur la signification du terme « contrats publics » dans cette thèse (a) et, en outre, expliquer la pertinence des différents domaines juridiques concernés autour de ce terme (b).

### ***a. Précisions terminologiques***

Analyser la construction du droit international des contrats publics dans un monde en constante évolution implique de s'attaquer à la pertinence et/ou à l'impertinence d'aspects incontournables tels que, par exemple, le droit administratif global (i), le droit uniforme des contrats publics (ii) ou la portée du terme même de « contrats publics » (iii).

---

<sup>19</sup> Voir les *Directives Passation des Marchés de fournitures, de travaux et de services (autres que les services de consultants) par les Emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des Prêts de la BIRD et des Crédits et Dons de l'AID*, < [http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement\\_GLs\\_French\\_Final\\_Jan2011.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_French_Final_Jan2011.pdf) >. Voir aussi : RIGO (A), « The law applicable to the activities of international development banks », *R.C.A.D.I.*, vol. 308, 2004, p. 83-87.

(i) *Le droit administratif global*

Si l'expression « droit international des contrats publics » demande prudence, celle de « droit administratif global » demande plus de prudence encore. Le droit administratif global, qui est un grand séducteur pour un large collectif transnational de juristes, a été défini comme un ensemble de:

*« mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make ».*<sup>20</sup>

Il s'agit d'une approche très intéressante pour le droit public au sens large dans la mesure où il met l'accent sur la bonne gouvernance<sup>21</sup>, mais il ne semble pas être très pertinent pour l'harmonisation mondiale du droit international des contrats publics pour la raison suivante: les appels d'offres publics et la passation sont gérés par les entités publiques étatiques et non par un organe propre de l'OMC. Dans ce contexte, la pratique quotidienne<sup>22</sup> et le droit interne<sup>23</sup> se font sentir: les entités publiques adjudicatrices et les entités publiques

---

<sup>20</sup> KINGSBURY (B), KRISCH (N), STEWART (R), « The emergence of the global administrative law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 17.

<sup>21</sup> Le professeur Daniel Mockle note que: « Les réflexions contemporaines sur la gouvernance publique en sont un bon exemple puisqu'elles reflètent l'horizontalité progressive des disciplines qui ont pour objet l'action publique, devenues en pratique des sciences du bon gouvernement. Dans la perspective de la gouvernance globale, et plus précisément pour le droit administratif global, cette tendance acquiert plus de visibilité puisque les auteurs dissertent sur des principes dont l'appartenance au droit ne constitue pas une condition préalable. Si l'ouvrage *Values in Global Administrative Law* est un exemple, dans d'autres publications, la dilution des champs disciplinaires est plus nette afin de montrer l'émergence des principes du droit administratif global: transparency, information, participation, reason-giving, review et accountability », MOCKLE (D), « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, numéro 1, 2012, p. 32.

<sup>22</sup> Dans la pratique, il n'est pas possible d'oublier l'activité quotidienne des fonctionnaires des États. Comme le professeur Ki V. Thai note: « *public procurement has become much more complex than ever before, and public procurement officials must deal with a broad range of issues* », THAI (K), « Global Public Procurement Theories and Practices: An Introduction », in *Global Public Procurement. Theories and Practices* (THAI (K), éditeur), Boca Raton, Springer, 2017, p. 1. Il y a des contrats qui peuvent être très complexes en raison de l'internationalisation, mais cette internationalisation n'élimine pas l'activité des fonctionnaires de l'État.

<sup>23</sup> Le professeur Lukas Klee note que le droit interne « *must be ready for international construction projects, mainly in terms of public procurement, construction law, environmental protection, technical and quality-related standards, commercial contractual relationships, dispute resolution and competition law* », KLEE (L), *International Construction Contract Law*, Sussex, John Wiley & Sons, 2015, p. 12.

contractantes ne sont pas couvertes par le terme « *global administrative bodies* » et par conséquent, le droit administratif global perd sa consistance dans le cadre de l'harmonisation au sein de l'OMC sur le terrain. Cette perception n'implique pas l'inexistence absolue d'une relation entre le droit administratif global et les contrats de nature publique parce que le droit administratif global peut être intéressant en ce qui concerne la libre concurrence<sup>24</sup>, la lutte contre les ententes transnationales<sup>25</sup> et, en plus, les contrats des organisations internationales<sup>26</sup>, les contrats passés par l'Autorité internationale des fonds marins<sup>27</sup> ou l'activité du Bureau des Nations Unies pour les services d'appui aux projets (UNOPS).<sup>28</sup> Dans cette optique, en ce qui concerne les contrats de nature publique, le droit international de l'investissement<sup>29</sup> et l'arbitrage dans le cadre du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) peuvent être intéressants pour le droit administratif global dans la mesure où il y a des contrats qui sont soumis à l'arbitrage en tant

---

<sup>24</sup> Voir: TERHECHTE (J), *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence*, Heidelberg, Springer, 2011, pp. 3-4 et 17.

<sup>25</sup> Dans ce contexte, il est intéressant de retenir que le professeur Ino Augsberg note ce qui suit : « A “*global administrative law*” beyond the state is emerging, covering not only the administrative law of international organizations, but establishing a truly transnational form of “legal” regimes constituted by common standards and procedures. These regimes are called “administrative law” since their topics -for instance, tax or environmental law- are, on the national level, covered by the administrative bodies. However, two of the major paradigms of this kind of globalized administrative law, cartel and merger enforcement law and international investment law, show also remarkable parallels to classical private law mechanisms, namely treaties and arbitration », AUGSBERG (I), « Observing (the) Law: The “Epistemological Turn” in Public Law and the Evolution of Global Administrative Law », in *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere* (JURCYS (P) et al, éditeurs), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 12.

<sup>26</sup> Les organisations internationales apparaissent non seulement comme la source des règles d'harmonisation du droit des contrats publics, mais elles signent aussi des contrats. Voir: MORLINO (E), *Procurement by International Organizations: A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge University Press, 2019. En ce qui concerne l'UE, voir : RITLENG (D) « Les contrats de l'administration de l'Union Européenne », in *Traité de droit administratif européenne* (AUBY (J-B) et DUTHEIL (J), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 219-238.

<sup>27</sup> WYSSBROD (V), *L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2017, p. 89 et p. 143. Voir l'art. 153 de la Convention des Nations Unies sur le droit international de la mer.

<sup>28</sup> D'ailleurs, l'œuvre collective *Research Handbook on Global Administrative Law*, éditée par le professeur Sabino Cassese consacre expressément un chapitre aux contrats publics: MORLINO (E), « International Public Procurement », in *Research Handbook on Global Administrative Law* (CASSESE (S), éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 82-106.

<sup>29</sup> Voir: ALVAREZ (J), *Public International Law Regime Governing International Investment*, BRILL, 2011, pp. 440-446; KALDERIMIS (D), « Investment treaty arbitration as global administrative law: What this might mean in practice », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K) éditeurs) Cambridge University Press, 2011, pp. 145-159; KULICK (A), *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 78-85; MILES (K), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, pp. 331-338.

qu'il s'agit de contrats qui sont considérés comme un investissement et dans la mesure où « l'intégration de certains principes de gouvernance peut contribuer à rééquilibrer le système CIRDI ». <sup>30</sup> En tout cas, il n'est pas possible d'oublier deux questions: d'un côté, que le même droit administratif global est souvent remis en cause <sup>31</sup> en raison de l'imprécision de son objet <sup>32</sup>; et, d'un autre côté, que la formation des avocats transnationaux (« *Educating Transnational Lawyers* ») <sup>33</sup> demande une connaissance du droit administratif global.

En ce qui concerne l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre de l'OMC, cette harmonisation peut être intéressante pour le droit administratif global dans la mesure où, au sein de l'OMC, le Comité des marchés publics pourrait être identifié comme un *global administrative body* et dans la mesure où le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* entre en jeu. <sup>34</sup> Nous aborderons le Comité des marchés publics et le *Mémorandum* dans la première partie de cette thèse. Pour le moment, il faut simplement souligner que le droit administratif global n'introduit pas de règles d'harmonisation du droit des contrats publics pour l'ouverture du marché.

## (ii) *Le droit uniforme des contrats publics*

Dans le cadre des Nations Unies, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) <sup>35</sup> ne peut pas être omise dans la mesure où, au sein de la

---

<sup>30</sup> DANIC (O), *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse droit, Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense, 2012, p. 205.

<sup>31</sup> La professeure Olivia Danic a note ce qui suit: « Il est donc indéniable que le droit international des investissements jouit de caractères spécifiques, mais il est encore trop tôt et probablement inutile de le placer sous la coupe du droit administratif global pour les reconnaître. En effet, si l'initiative doctrinale doit être saluée et peut contribuer à la diffusion de principes de bonne gouvernance, il est encore difficile de démontrer l'existence du *global administrative law*, alors que le droit international des investissements existe bien, sans ce qualificatif supplémentaire », *idem*.

<sup>32</sup> Par exemple, Voir : DARNACULLETA (M), « El Derecho administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo? », *Revista de Administración Pública*, número 199, 2016, p. 21.

<sup>33</sup> ZUMBANSEN (P), « Law and Legal Pluralism: Hybridity in Transnational Governance », in *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere* (JURCYS (P) et al, éditeurs), *op. cit*, p. 68.

<sup>34</sup> Art. XX de l'AMP 2012. Voir: MELIÁN (J), *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Sevilla, Global Law Press, 2011, p. 84; cette page est éditée dans le cadre du chapitre dédiée aux sources et échantillons du droit administratif global.

<sup>35</sup> Il s'agit d'un organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Voir la Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 17 décembre 1966.

CNUDCI, il y a un droit uniforme<sup>36</sup> sur les contrats publics. L'intérêt particulier de la CNUDCI pour les contrats publics des États est vérifiable dans l'élaboration de deux Lois types sur la passation des « marchés publics », l'une de 1994 et l'autre de 2011. La Loi type de la CNUDCI de 2011 (la « Loi type »)<sup>37</sup> favorise une sorte d'harmonisation *soft law* à travers d'un texte plain de standards législatifs<sup>38</sup> non contraignants.

La Loi type et les règles d'harmonisation de l'OMC ne sont pas deux textes contradictoires pour les trois raisons suivantes: Premièrement, l'AMP 2012 est un traité international pour l'ouverture du marché international des contrats publics et la Loi type n'est pas un traité, mais c'est un modèle utile pour l'élaboration du droit national des contrats publics.<sup>39</sup> Deuxièmement, une lecture parallèle des deux textes met en évidence qu'il n'y a pas de contradiction entre l'objet et le but de ces textes, mais plutôt un accent sur la transparence et l'intégrité des contrats publics dans les deux textes. Et troisièmement, comme il est vérifiable dans le Préambule, cette Loi type a la vocation de promouvoir « un resserrement de la collaboration et de la coordination » entre la CNUDCI « et les autres organisations et organes internationaux, y compris les organisations régionales... en vue d'éviter des doubles emplois ou des incohérences et contradictions regrettables dans la modernisation et l'harmonisation du droit des marchés publics ». <sup>40</sup> À cet égard, la Loi type de la CNUDCI peut être considérée

---

<sup>36</sup> Il est très important de retenir que l'uniformisation (ou l'harmonisation) de la législation des États et le droit uniforme ne sont pas synonymes. Dans ce ligné, le professeur Fabien Gélinas remarque qu'une: « *uniform legislation is not the same thing as uniforme law* », GÉLINAS (F), « From Harmonized Legislation to Harmonized Law. Hurdles and Tool, Judicial and Arbitral Perspectives », in *The UNCITRAL Model Law after Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration* (BACHAND (F) et GÉLINAS (F), éditeurs), N. York, JurisNet, 2013, p. 262.

<sup>37</sup> Résolution 66/95 adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2011 sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/66/471).

<sup>38</sup> La loi type facilite l'harmonisation du droit des États dans le sens d'offrir des standards ou normes type. Le législateur de l'État peut, à des degrés divers, assimiler ces normes type dans le droit interne. D'ailleurs, le professeur Fabien Gélinas fait une distinction entre l'harmonisation formelle et l'harmonisation informelle, et il précise ce qui suit: « *L'harmonisation formelle de la législation n'est qu'une partie de l'harmonisation juridique. La partie informelle de l'harmonisation juridique concerne la connaissance et la pratique qui constituent le contexte dans lequel la législation uniforme prend vie et reçoit son sens* » (c'est une traduction), GÉLINAS (F), « From Harmonized Legislation to Harmonized Law. Hurdles and Tool, Judicial and Arbitral Perspectives », *op. cit.*, pp. 262-263.

<sup>39</sup> La loi type poursuit « *to provide a template for the desing of national procurement systems* », la juriste Caroline Nicholas a résumé, NICHOLAS (C), « UNCITRAL and the Internationalization of Government Procurement Regulation », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A) *et al.*, éditeurs), Oxford University Press, 2017, p. 87.

<sup>40</sup> Nous soulignons. La professeure Laurence Folliot-Lalliot note que « *there is a lack of harmonisation because of there are too many harmonisation tools and models conflicting each other* », FOLLIOT-LALLIOT (L), «

comme un texte partisan et inducteur de la transparence et l'intégrité des contrats publics dans la mesure où cette Loi type constitue un guide législatif important pour les États, notamment pour des États qui ne sont pas liés par les règles contraignantes d'harmonisation.<sup>41</sup>

*(iii) La nécessité d'affiner la terminologie: les contrats publics*

Si la construction du droit international des contrats publics requiert de définir le terme « contrats publics », il paraît opportun de préciser que « marchés publics », « marchés administratifs » et « contrats publics » pourraient être des concepts de droit étatique similaires, différents ou peut-être aussi contradictoires, du point de vue du droit comparé. Le facteur linguistique<sup>42</sup> pourrait accentuer la confusion.<sup>43</sup>

Vu ce paysage terminologique, il est nécessaire de discerner et de concilier la terminologie utilisée dans le cadre du droit interne des États et la terminologie utilisée dans le cadre du droit international.<sup>44</sup>

En ce qui concerne les contrats de nature publique, nous précisons que, au-delà des définitions dans le droit des États, le droit international a ses propres définitions pour certains contrats comme, par exemple, les « contrats d'État »<sup>45</sup>, terme qui identifie certains contrats.

---

The Harmonisation Process in Developing Countries », in *Public Procurement and Aid Effectiveness: A Roadmap under Construction* (LA CHIMIA (A) et TREPTE (P) éditeurs), Oxford / Hart, p. 106.

<sup>41</sup> Parmi les différentes harmonisations du droit des contrats publics pour l'ouverture du marché, la transparence et l'intégrité des contrats se révèlent être une tendance.

<sup>42</sup> Le professeur Noel Keyes, dans son *Keyes Encyclopedic Dictionary of Contract and Procurement Law* décrit ce qui suit: « *Public Procurement involves the creation of any contract by or with a public entity, at any level, for securing goods, services, real or personal property, equipment or facilities, including agreements for purchases, sales, leases, construction, reconstruction, maintenance, and repair* ». *Keyes Encyclopedic Dictionary of Contract and Procurement Law, Booklet P*, Fifth edition, New York / London / Rome, Oceana publications, 1992, p. 69.

<sup>43</sup> Simplement pour réfléchir, le terme « *Procurement* » du *common law*, il a exactement le même signifié juridique que le terme « *marchés publics* » de droit Français, Suisse, Belge ou Canadien ?

Voir: WATERMEYER (R.B), « A generic and systemic approach to procurement: the case for an international standard », *Public Procurement Law Review*, numéro 1, 2005

< <http://www.ioptions.co.za/sites/default/files/rbwpapers/P5%20%2Bp6%20papers/P5-4.pdf> > p. 1.

Bajo esta explicación, evidentemente « *Procurement* » no es exactamente el término

<sup>44</sup> Par exemple, en ce qui concerne l'AMP 2012: Accord sur les marchés publics, *Agreement on Government Procurement, Acuerdo sobre Contratación Pública*.

<sup>45</sup> Le « contrat d'État » dans le droit international « peut être défini comme un contrat conclu entre l'État ou un organisme public qui, aux fins présentes, peut être défini comme un organisme créé par la loi au sein d'un État auquel est conféré le contrôle d'une activité économique, et un ressortissant étranger ou une personne morale

Dans cette même ligne, le droit de l'UE distingue entre « concessions » et « marchés publics ».

De surcroît, comme le professeur Prosper Weil soulignait déjà à l'Académie de La Haye, les contrats entre États et sociétés étrangères sont d'une « extrême diversité ».<sup>46</sup> En effet, les contrats de travaux d'infrastructure ne sont pas comparables aux contrats d'achat de stylos d'une commune; un contrat d'exploration et d'exploitation pétrolière n'est pas égal au contrat de construction d'une ambassade; un contrat d'achat d'un satellite n'est pas identique à un contrat de concession d'une autoroute, etc; mais tous ces contrats entrent dans le champ du terme « contrat public ».

Pour atteindre les objectifs de cette thèse, il est nécessaire d'éviter des confusions terminologiques et de préciser le contenu du terme « contrat public ». Cette tâche ne sera pas facile en utilisant les concepts, catégories et classifications du droit interne parce qu'ils ne sont pas toujours très utiles au-delà des frontières nationales ou dans une autre langue. Dans ce contexte, on va noter aussi qu'il n'existe pas une classification unique des « contrats administratifs » pour l'ensemble des États de la communauté internationale. Comme la professeure Marion Ubau-Bergeron décrit, « si la pluralité des classifications envisageables peut naturellement être perçue comme le signe de la richesse de la matière, il est difficile d'ignorer qu'elle porte surtout la marque de son « désordre » ».<sup>47</sup> Nous avons besoin de nous éloigner du désordre terminologique pour continuer notre exposition. Sur ce sujet, une comparaison entre la terminologie d'il y a cent ans et la terminologie actuelle est illustrative. Dans ce contexte, on va noter que, en 1926, le professeur Gaston Jèze écrivait utilisant une terminologie un peu difficile à reconnaître ou à assimiler dans l'actuel langage. Il écrivait sur les « marchés administratifs » dans le sens que l' « on entend par là les contrats passés par

---

de nationalité étrangère », CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, « Contrats d'État », N. York et Genève, 2004  
< [https://unctad.org/fr/docs/iteit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/docs/iteit200411_fr.pdf) >, p. 3.

<sup>46</sup> Le professeur Weil paraphrasait Jennings au sens qu'il « est absurde de traiter sous la même rubrique d'une accord entre un État et un étranger pour la fourniture d'une certaine quantité de boutons et d'un accord pour le développement économique d'un grand territoire pour une période de vingt années », WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *op. cit.*, p. 107.

<sup>47</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 122. L'expression « désordre » est extraite de DELVOVE (P), *Les contrats administratifs dans le désordre*. RDC, 2006, p. 951.



l'administration pour assurer le fonctionnement des services publics »<sup>48</sup>; il parlait même de « marché de fournitures » pour choses mobilières et de « marché de travaux publics » pour choses immobilières<sup>49</sup>; et, cependant, on pourrait aussi percevoir que lui même avait usé l'expression « contrats administratifs » comme l'axe terminologique de son explication.<sup>50</sup>

Le terme « contrat administratif »<sup>51</sup> apparaît comme un terme fréquemment utilisé dans le cadre du droit administratif contemporain. Cependant, la confusion terminologique augmenterait si nous essaierions de conserver une terminologie du droit étatique dans la construction du droit international des contrats publics. D'un point de vue rétrospectif, comme le professeur Yves Gaudemet avait remarqué avant le Code de la commande publique de la France en vigueur, il est important de prendre en compte le fait que « le vocabulaire – très marqué par l'histoire- est déficient et source de confusions, surtout qu'il ne coïncide pas avec celui du droit communautaire; aujourd'hui droit de l'Union européenne ». <sup>52</sup> Ce même auteur a mis l'accent sur le risque d'une absence d'harmonie entre la terminologie du droit interne et la terminologie de l'ordre juridique de l'UE. Dans ce contexte, il avait remarqué le 2015 ce qui suit: « la non-coïncidence de la catégorie des « marchés publics » du droit français, soumis à la réglementation actuelle du code des marchés publics et de celle des « marchés publics » du droit communautaire... La seconde est plus large que la première ». <sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> JEZE (G), *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3 (sur *Le fonctionnement des services publics*), Paris, Dalloz, 2011, p. 165 (ce livre est une réédition).

<sup>49</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 298 et suivants.

<sup>51</sup> Par exemple, FOILLARD (Ph), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 231; FRIER (P-L) et PETIT (J), *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 379; GAUDEMET (Y), *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 297; GAUDEMET (Y), *Traité du droit administratif*, tome 1, Paris, LGDJ, 2001, p. 633 et suivants; BROUSSOLLE, (Y), *Leçons de droit administratif*, Paris, Ellipses éditions, 2015, 308 p. 159 et suivants; DEGOFFE (M), *Droit administratif*, Paris, Ellipses, 2012, p. 333 et suivants; GROS, *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, Paris, l'Harmattan, 2014, p. 168 et suivants; CHÉTIEN (P), CHIFFLOT (N) et TOURBE (M), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p. 479 et suivants; WALINE (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p. 452 et suivants; MORANT-DEVILLER, (J), *Droit administratif*, Paris, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 377 et suivants; ROUAULT, (M-Ch), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 217 et suivants; VELLEJY, (S), *Droit administratif*, Paris, Vuibert, 2015, p. 171 et suivants; LOMBART (M), DUMONT (G), SIRINELLI (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, p. 267 et suivants; PEISER (G) *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p. 81 et suivants; RIVERO (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011 (réédition du livre du 1960) p. 90 et suivants.

<sup>52</sup> GAUDEMET (Y), *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 304.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 305. Il a expliqué en « les marchés passés par des « entités adjudicatrices » qui ne sont pas des personnes publiques ne sont pas des marchés publics au sens du droit français; mais il sont soumis aux directives « marchés publics » du droit communautaire ».

Cette observation est intéressante car elle montre que les différences de terminologie entre le droit de l'État et les ordres juridiques régionaux ou sous-régionaux peuvent exister.

Dans le cadre du droit français, le terme « marchés publics »<sup>54</sup> et le terme « concession »<sup>55</sup> sont définis dans le Code de la commande publique; dans le droit de l'UE il s'agit aussi de deux définitions différentes, comme on va voir; cependant, dans le cadre de l'article 1er de l'AMP 2012, consacré aux définitions, une définition des termes « marchés publics » et « concession » n'existe pas, bien que le terme « marchés publics » soit mentionné quatre fois dans le préambule, tout au long du texte et dans le même titre de l'accord.

Dans le cadre de cette thèse, l'expression de « contrats publics »<sup>56</sup> comprend « l'acquisition de biens, de travaux ou de services »<sup>57</sup> et les concessions et les contrats d'État. Cette définition est utilisée ici sans préjudice de l'utilisation d'une terminologie propre dans le cadre de chaque régime d'harmonisation comme, par exemple les « marchés publics » et les « concessions » au sein de l'UE.

Nous utiliserons également le terme « contrats internationaux de nature publique »<sup>58</sup> pour faire référence aux contrats entre une partie publique et une partie privée et étrangère en soulignant le caractère international de ces contrats. En tout cas, il convient de noter que la construction du droit international des contrats publics ne concerne que les contrats dont l'objectif poursuivi est licite dans le droit international. Dans ce sens, par exemple, un contrat entre une partie publique et une partie privée pour la construction de bateaux destinés à promouvoir la pratique de la piraterie serait en dehors de la légalité internationale, du terme

---

D'ailleurs, la professeure Rozen Noguellou note que le droit de l'UE « n'attache qu'une importance secondaire aux qualifications nationales. Le droit administratif français l'a sans doute découvert », NOGUELLOU (R), « Les catégories du droit des contrats administratifs », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* (AUBY (J-B), directeur), Paris, Dalloz, 2010, p. 681.

<sup>54</sup> Voir l'art. L1111-1 du Code de la commande publique.

<sup>55</sup> En ce qui concerne la concession, voir l'art. L1121-1 du Code de la commande publique.

<sup>56</sup> « *Contratos públicos* » en espagnol et « *Public procurement* » en anglais.

<sup>57</sup> Lettre j) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI.

<sup>58</sup> Cette expression vise à conserver la terminologie de SILVA (E) et SIMOES (C), « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 25-44.

« contrat public » et donc aussi en dehors de l'harmonisation des droits des contrats publics et de la construction du droit international des contrats publics.

### ***b. La nécessité d'articuler divers domaines juridiques***

Le sujet des contrats publics n'est pas une matière exclusive du droit administratif de l'État, mais il concerne aussi divers domaines juridiques tels que le droit international des droits de l'homme, le droit international du travail, le droit international de l'environnement, le droit pénal international, le droit des organisations internationales d'intégration régionale ou sous-régionale, le droit de l'OMC, le droit de la concurrence, l'arbitrage international, etc.

En ce qui concerne l'harmonisation du droit des contrats publics au sein des organisations d'intégration, il convient de souligner qu'il n'est pas nécessaire que chaque harmonisation figure expressément parmi les objectifs de l'organisation (sur ses traités constitutifs) parce que la nécessité d'harmoniser le droit des contrats publics peut découler de la même nécessité de consolider un marché intérieur<sup>59</sup> ou un marché déterminé.

En ce qui concerne la libre concurrence, nous remarquerons ici que, contrairement à l'idée d'une ouverture du marché, les contrats publics peuvent apparaître aussi comme un instrument au service d'une politique économique protectionniste,<sup>60</sup> comme on le sait. Les

---

<sup>59</sup> En ce qui concerne le domaine des contrats publics dans le cadre des organisations d'intégration, il faut toujours considérer les pouvoirs implicites et l'interprétation des traités constitutifs. Sur cette question, le professeur José Manuel Sobrino Heredia note qu'un processus d'intégration « signifie que les États ont attribué l'exercice de compétences souveraines à un nouveau sujet international: l'organisation d'intégration ». Et il précise que cette attribution « concerne des matières et des domaines spécifiques, mais non statiques, mais soumis à la dynamique de tout processus et à l'extension des compétences en vertu des pouvoirs implicites de celui-ci tels qu'ils sont déterminés par l'action des tribunaux de justice » qui sont « inspirés par une interprétation téléologique et systématique des traités constitutifs », SOBRINO (J), « Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y supranacionalidad », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, numéro 5, 2001, p. 870. Nous soulignons.

Le texte original dit : « *El proceso de integración, desde la perspectiva del Derecho, significa que los Estados, por que se lo permiten sus propias Constituciones nacionales, han atribuido el ejercicio de competencia soberanas a un nuevo sujeto internacional, la Organización de integración. Que esta atribución se refiere a materias y ámbitos específicos, aunque no estáticos, sino sujetos a la dinámica de todo proceso y a la ampliación de competencias en virtud de los poderes implícitos de la misma tal y como son determinados a través de la actuación de los Tribunales de Justicia inspirados en una interpretación teleológica y sistemática de los Tratados constitutivos* ».

<sup>60</sup> Comme cela a déjà été résumé, les contrats publics « peuvent être utilisés comme un outil politique, essentiellement pour gager la faveur du public, pour appuyer l'activité dans certaines circonscriptions

politiques protectionnistes peuvent apparaître comme une préoccupation pour différents États.<sup>61</sup> D'une manière générale, on dit que le protectionnisme se caractérise par l'« instrumentalisation du droit »<sup>62</sup> pour fermer le marché. Le droit international peut réduire le risque des politiques protectionnistes.<sup>63</sup> Cependant, nombreux États de la communauté internationale ont été et sont réticents à l'ouverture du secteur des contrats publics au marché international. Toutefois, la réalité a peu à peu évolué et on peut dire, de manière préliminaire, que l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC introduit un régime volontariste, mais « vertical »<sup>64</sup>, pour l'ouverture du marché.

D'ailleurs, l'une des caractéristiques des contrats publics de nos jours est l'élaboration des spécifications techniques pas seulement en raison de critères économiques. Par exemple, entre autres textes, la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics<sup>65</sup> est utile pour distinguer le « but principal » des contrats publics et les « objectifs secondaires ». Cette recommandation explique ce qui suit: « L'« objectif principal de la passation du marché » désigne la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exécution de la

---

électorales, pour créer des emplois dans certaines régions, pour réduire les importations ou pour stimuler la technologie dans des secteurs particuliers », BARRET (J) et STANKS (R), « La question des marchés publics à l'OMC », in *Commentaire sur la politique économique et commerciale*, numéro 23, 1998, p. 1.

<sup>61</sup> Pour replacer le protectionnisme dans son contexte, il convient de citer ce qui suit: « *The politics are designed to protect the domestic industry, and to create jobs for the local work force* », REICH (A), *International Public Procurement Law. The evolution of International Regimes on Public Purchasing*, Londres, Kluwer Law, 1999, p. 4. « *Preferential procurement reflects protectionism and as such is regarded as non-tariff barrier* », BOVIS (C), *EU Public Procurement Law*, Cheltenham / Northampton, Elgar European Law, 2012, p. 34.

<sup>62</sup> PETIT (P), *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien, 2013, p.108.

<sup>63</sup> À titre d'exemple seulement, sur le site web du gouvernement du Canada, il y a quelques lignes de « *survol* » des dispositions de la *Recovery Act* des États-Unis où on peut lire ce qui suit: « *L'American Recovery and Reinvestment Act of 2009* (la « *Recovery Act* ») vise à stimuler vigoureusement l'économie des États-Unis, laquelle a été frappée par un ralentissement majeur. Le Canada est préoccupé par les dispositions de cette loi selon lesquelles « le fer, l'acier et les produits fabriqués » qui sont utilisés pour la construction et la réparation « d'ouvrages publics et d'immeubles publics » dans le cadre de projets financés en vertu de la *Recovery Act* doivent tous être fabriqués aux États-Unis... L'Accord sur les marchés publics entre le Canada et les États-Unis fournit l'occasion aux administrations infranationales et aux entrepreneurs américains de continuer à collaborer avec les fournisseurs canadiens ou de renouer ces relations d'affaires »

< <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/other-autre/us-eu.aspx?lang=fra> >.

<sup>64</sup> En effet, comme la professeure Anne-Charlotte Martineau le souligne, « l'harmonisation instaure une relation de type vertical entre les ordres juridiques, impliquant une hiérarchie », MARTINEAU (A-Ch), *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, thèse droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 58.

<sup>65</sup> < <https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf> > p. 6.

mission des pouvoirs publics en temps opportun, au moindre coût et avec efficience ». Dans ce contexte:

« Les « objectifs secondaires » regroupent divers objectifs tels qu'une croissance verte durable, le développement de petites et moyennes entreprises, l'innovation, l'instauration de normes de conduite responsable des entreprises ou des objectifs plus vastes en matière de politique industrielle, que les pouvoirs publics s'efforcent de plus en plus d'atteindre, outre les objectifs principaux, en ayant recours à la passation de marchés publics comme instrument d'action ». <sup>66</sup>

La recommandation dit « tels qu'une ... », ce qui révèle la difficulté d'en dresser une liste fermée d'objectifs secondaires dans le cadre de l'évolution du droit des contrats publics. La prudence s'impose. <sup>67</sup>

En tout état de cause, à travers les objectifs secondaires, on peut vérifier le lien entre les contrats publics et les droits sociaux, la protection de l'environnement et le droit à une bonne administration. Les droits de l'homme se font sentir. En plus, le désir d' « une bonne administration » <sup>68</sup>, d'une bonne administration en ce qui concerne « les achats et les dépenses » <sup>69</sup> publics, d' « une bonne administration des deniers publics » <sup>70</sup> et la préoccupation pour

---

<sup>66</sup> Sur les critères secondaires dans le cadre de la Banque mondiale, voir: WILLIAMS-ELEGBE (S), « Human rights in the context of public procurements financed by the World Bank », in *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer* (MARTIN-ORTEGA (O) et METHVEN (C) éditrices), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 49-61.

<sup>67</sup> En ce qui concerne l'innovation dans les contrats publics, on dit que dans le cadre de l'UE et l'OMC: « *Institutional forces paving the ground for public procurement of innovation* », PANTILIMON (O), « Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, p. 216.

<sup>68</sup> *Journal des débats et lois du Corps Législatif*, numéro 7, Conseil d'anciens, Présidence de Barbé-Marbois, Paris, p. 62. On peut lire ce qui suit:

« Lacuée dit qu'il est nécessaire d'approfondir les faits énoncés par le rapporteur, parce que toute exploitation de bois dont le produit n'est pas versé dans la trésorerie national, est contrainte aux lois d'une bonne administration », p. 62. Nous soulignons.

<sup>69</sup> *Journal des débats et lois du Corps Législatif*, numéro 44, Conseil d'anciens, Présidence du C. Bernard Saint-Afrique. On peut lire ce qui suit: « Les règles d'une bonne administration s'opposent aussi a ce que le directeur fasse seul les achats et les dépenses, et les fasse sans aucun contrôle », p. 62. Nous soulignons.

<sup>70</sup> *Journal des débats et lois du Corps Législatif*, numéro 26, Conseil des cinq-cents, Présidence du C. Pichégu, Paris, p. 371.

les « bases d'une bonne administration »<sup>71</sup>, ces vieilles questions se traduisent par la nécessité de sauvegarder l'intégrité des contrats, la libre concurrence<sup>72</sup>, les droits des personnes physiques et morales et la lutte contre la collusion.<sup>73</sup> En ce sens, la bonne administration apparaît comme « un principe, une idée et un droit »<sup>74</sup> dans le droit administratif, dans le droit de l'UE<sup>75</sup> et dans le cadre des droits de l'homme.

La bonne administration constitue une pièce clé pour l'élaboration d'un éventuel statut international du candidat dans le cadre des appels d'offres publics et de la passation et, aussi, pour un éventuel statut du cocontractant dans le cadre de l'exécution du contrat. Dans cette ligne, il a également été dit que les contrats publics peuvent constituer un « instrument stratégique de bonne gouvernance ».<sup>76</sup> La bonne gouvernance n'est pas synonyme d'une bonne administration<sup>77</sup>, mais tout aussi elle est importante dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où elle concerne divers domaines tels que le développement durable, la lutte contre la corruption et les droits de l'homme.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Intervention du Monsieur Dupont de Nemours, *Journal des débats et lois du Corps Législatif*, numéro 26, Conseil d'anciens, Présidence du C. Barbé-Marbois, Paris, p. 370.

<sup>72</sup> La soumission collusoire « est foncièrement anticoncurrentielle, puisqu'elle va à la rencontre de l'objet même de l'appel d'offres, qui est de procurer des biens et des services aux prices et conditions les plus favorables », CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Loi Type sur la concurrence*, N. York et Genève, Nations Unies, 2007, p. 28.

<sup>73</sup> En dehors des mécanismes traditionnels de lutte contre la collusion, l'avis du Conseil de la concurrence de Luxembourg du 14 novembre 2018 remarque ce qui suit: « Il existe un moyen efficace supplémentaire de lutte contre la collusion dans les marchés publics qui consiste en l'accès des autorités de concurrence au portail des marchés publics qui, désormais, contiennent toutes les soumissions », < <https://concurrence.public.lu/dam-assets/fr/avis-enquetes/avis/2018/Avis-2018-AV-06.pdf> > paragraphe 4, p. 6 (2018-AV-06).

<sup>74</sup> AZOULAI (L) et CLEMENT-WILZ (L), « La bonne administration », in *Traité de droit administratif européen* (AUBY (J-B) et DUTHEIL (J) directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 671.

<sup>75</sup> Voir l'art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

<sup>76</sup> On peut lire les paroles du Monsieur Rolf Alter (Directeur de la Direction de la gouvernance publique et du développement territorial de l'OCDE) dans la *Recommandation OCDE sur les marchés publics*: « Cette recommandation du Conseil de l'OCDE représente la somme des connaissances acquises, des enseignements tirés et de la volonté politique démontrée par les pays Membres de l'OCDE en cherchant à transformer les marchés publics en instrument stratégique de bonne gouvernance. En aidant les pouvoirs publics à mieux réaliser leurs objectifs, des systèmes de passation des marchés publics bien gérés contribuent directement au renforcement de la confiance de la population, à l'amélioration de son bien-être et à l'avènement de sociétés plus prospères et plus inclusives », *Recommandation OCDE sur les marchés publics* (document sans date). < <https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf> > p. 3.

<sup>77</sup> La professeure Elisenda Malaret souligne une distinction nécessaire entre une bonne administration et un bon gouvernement en admettant qu'il s'agit d'« un couple conceptuel » qui découle de la « différenciation entre le *govern* et l'*administration* », MALARET (E), « Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica », *Revista catalana de dret public*, numéro 55, 2017, p. 30.

<sup>78</sup> La Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable:

En ce qui concerne les droits de l'homme, les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels des Pactes de 1966 (les « deux Pactes jumelés »)<sup>79</sup> sont un domaine juridique incontournable dans la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte, le terme « droits de l'homme au sens large » englobe les droits reconnus dans ces pactes jumeaux et les droits de l'homme absents de ces deux textes mais qui sont reconnus dans le droit international des droits de l'homme comme par exemple, les droits reconnus dans le cadre du droit international des peuples autochtones. Dans ce même contexte, il importe de souligner que, dans le cadre des tendances du droit international économique et des investissements, on constate également une assimilation des clauses sociales et de protection de l'environnement.<sup>80</sup> Les droits des travailleurs exigent déjà une attention particulière dans le droit international de l'investissement<sup>81</sup>, dans l'exécution du contrat et dans la cadre de la construction du droit international des contrats publics.

---

« 6. Le principe de bonne gouvernance. 6.1. Le principe de bonne gouvernance est essentiel au développement progressif et à la codification du droit international relatif au développement durable. Suivant ce principe, les Etats et les organisations internationales doivent:

- a) adopter des procédures décisionnelles démocratiques et transparentes et être financièrement responsables;
- b) prendre des mesures effectives pour combattre la corruption officielle ou autre;
- c) respecter la légalité dans leurs procédures et observer les principes du droit et les droits de l'homme; et
- d) adopter, en matière de passation de marchés, une approche conforme au Code de l'OMC régissant les marchés publics ».

Voir aussi, entre autres documents: HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Pratiques de bonne Gouvernance pour la protection des droits de l'homme*, N. York et Genève, 2007 < [https://www.ohchr.org/documents/publications/goodgovernance\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/goodgovernance_fr.pdf) >, à partir de la p. 65.

<sup>79</sup> CASSIN (R), « Les droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974, p. 235.

<sup>80</sup> Il a été dit que « *Thus far, the investment-labor linkage has remained relatively unexplored in legal research, as most attention has focused on human rights and environmental protection* », PRISLAN (V) et ZANDVLIET (R), « Labor provisions in international investment agreements: Prospects for sustainable development », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012-2013, p. 413.

<sup>81</sup> On peut dire que le sujet n'est pas libre de débat et peut être source de mécontentement. À cet égard, par exemple, il a été écrit que « *The publication of the 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty has revived the debate about the relationship between international investment law and labor rights. Business associations contended that the inclusion of labor provisions in the model text "set a bad precedent and may well undermine the United States' ability to conclude bilateral investment treaties (BITs) with developing countries," while trade unions voiced their disappointment that the labor provision is nonenforceable and therefore too lenient toward business interests* », PRISLAN (V) et ZANDVLIET (R), « Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development », *op. cit.*, p. 357.

D'ailleurs, ces tendances, pourraient-elles conduire à l'élaboration d'un droit international coutumier sur ces questions? À notre avis, il faudrait distinguer deux questions: d'une part, la reconnaissance coutumière des droits de l'homme dans le domaine des contrats publics; et, d'autre part, la difficulté existante pour construire des règles coutumières en matière de libre-échange étant donné que le libre-échange apparaît en vertu de la volonté expresse des États dans le cadre conventionnel. Il est donc difficile, à ce stade, de dire qu'un État doit ouvrir ses frontières au commerce en vertu d'une règle coutumière; *c'est une utopie !*

En ce qui concerne le droit international de l'investissement, c'est un domaine juridique « en constante évolution dynamique »<sup>82</sup> et particulièrement pertinent pour la construction du droit international des contrats publics, en tant que certains contrats internationaux de nature publique peuvent constituer une modalité d'investissement. Dans ce contexte, il convient de souligner trois questions importantes: l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends (qui est considéré un « ordre juridique spontané »)<sup>83</sup>, l'interaction normative au sein du droit international<sup>84</sup> considéré comme un système juridique (qui n'est pas identique aux systèmes juridiques étatiques)<sup>85</sup> et, en plus, la pertinence des principes généraux du droit et des principes de droit international.<sup>86</sup>

En ce qui concerne les droits de l'homme au sens large, la tension entre ce domaine du droit international et le droit international des investissements a occupé une place importante dans l'arbitrage et l'academie.<sup>87</sup> Cette tension est intéressante dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où le terme « investissement » peut comprendre certains contrats internationaux de nature publique et placer le contractant sous

---

<sup>82</sup> TITI (A), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden Baden, Nomos et Hart Publishing, 2014, p. 20.

<sup>83</sup> Voir: DE BENITO (M) et HUERTA DE SOTO (S), « El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo », *Revista del Club Español del Arbitraje*, numéro 22, 2015, p. 126.

<sup>84</sup> Dans ce contexte, il importe de citer ici que les traités bilatéraux d'investissement (TBI en Français, BIT en anglais) constituent un élément très important du droit international de l'investissement. Dans le cadre des interactions entre les différents domaines juridiques, le professeur Ralph Alexander Lorz constate que « *as far as a systematic way is sought to take care of all the interactions between these diverse branches of law and of the balancing issues they entail, a new generation of BITs and legal instruments in the other fields of public international law will be needed* », LORZ (R), « Fragmentation, consolidation and the future relationship between international investment law and general international law », in *Investment Law within International Law*, (BEATENS (F), éditrice), Cambridge University Press, 2013, p. 493. Quoi qu'il en soit, on dit que l'histoire des accords bilatéraux d'investissement est « *long and complicated* », NOLTE (G), « Treaties and their Practice, Symptoms of their Rise or Decline », *R.C.A.D.I.*, vol. 392, 2018, p. 309.

<sup>85</sup> Par exemple, le professeur Philippe Blachère précise que « l'ordre international est un système -entendu comme un ensemble de règles de droit formant une unité et reposant sur une logique propre- radicalement différent des ordres étatiques », BLACHER (Ph) « L'État dans la doctrine « progressiste » du droit international public », *Cités*, numéro 18, 2004, p. 83.

<sup>86</sup> Pour ne citer qu'un exemple parmi les quelque 3000 TBI existants, nous citerons le paragraphe 7 de l'article XIII du TBI entre le Canada et l'Albanie, qui dispose ce qui suit: « Le tribunal...tranche les points en litige en conformité avec le présent Accord et avec les règles applicables du droit international ».

<sup>87</sup> Par exemple, voir les documents: « The Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Falling short of its access to justice objectives » de 2019

< [ccsi.columbia.edu/files/2019/09/CCSI-BHR-Arb-Long-version-FINAL.pdf](https://ccsi.columbia.edu/files/2019/09/CCSI-BHR-Arb-Long-version-FINAL.pdf) > ,

« The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration » de 2019

< <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration> > .



un régime international spécifique où le cocontractant peut devenir titulaire de droits en face de l'État et pas seulement en face de l'entité contractante.

D'ailleurs, la délimitation du territoire est importante pour l'application d'une norme d'harmonisation pour l'ouverture du marché. En effet, le territoire constitue un élément fondamental entre les éléments constitutifs de l'État et c'est un élément à considérer en matière de contrats internationaux de nature publique, surtout lorsqu'il s'agit de contrats de concession et d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles. Dans ce sens, la professeure Géraldine Giraudeau résume que « globalement, les intérêts étatiques trouvent satisfaction dans l'extension du territoire... plus le territoire est étendu, plus nombreuses sont les ressources économiques ». <sup>88</sup> Divers contentieux, guerres et la même jurisprudence confirment cette affirmation. <sup>89</sup> Un territoire riche en ressources naturelles implique un besoin accru de signer des contrats pour l'exploration et l'exploitation de ces ressources. <sup>90</sup> Dans le cadre de la question territoriale, le droit des contrats publics de l'Union européenne peut conduire à des thèmes intéressants tels que l'applicabilité, ou l'inapplicabilité, des règles d'harmonisation de l'UE pour l'ouverture du marché des contrats publics au nord de Chypre.

Au milieu de cette introduction, on va noter aussi que la multiplicité normative et la multiplicité d'instances internationales seront présentes dans cette thèse. Cette multiplicité

---

<sup>88</sup> GIRAUDEAU (G), *Les différends territoriaux devant le juge international. Entre droit et transaction*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 36.

<sup>89</sup> Par exemple, on peut lire sur l'arrêt du 23 septembre 2017 du Tribunal international du droit de la mer sur l'affaire entre Ghana c. Côte d'Ivoire: « *Nor can it extend as far as its boundary claims, as Ghana's oil concessions run at most to an approximate distance of 87 nm from the land boundary terminus, which is less than half of the length of the boundary line claimed by Ghana, and its actual petroleum activity runs to even less, at only 54.5 nm from the land boundary terminus. Côte d'Ivoire asserts that in any event Ghana fails to prove that its oil practice constitutes an agreement on delimitation even in respect of the continental shelf* », paragraphe 109, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, vol. 17, 2019, < [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.23\\_merits/C23\\_Judgment\\_23.09.2017\\_corr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf) >. Voir: ZHAO (B), « The Curious Case of Ghana/Côte d'Ivoire: A Consistent Approach to Hydrocarbon Activities in the Disputed Area? », *Asian Journal of International Law*, Cambridge University Press (publié sur ligne le 01 août 2019).

<sup>90</sup> Dans cette direction, « la souveraineté sur les ressources naturelles et sur les activités économiques constitue un aspect important, à tel point qu'on lui préfère parfois l'expression de « souveraineté économique » », GIRAUDEAU (G), *Les différends territoriaux devant le juge international. Entre droit et transaction*, op. cit, p. 34.

peut nous conduire à naviguer, ou à faire naufrage, dans les eaux de la fragmentation<sup>91</sup> du droit international.<sup>92</sup>

Comme on le sait, la fragmentation implique une spécialisation en raison de la particularité d'un secteur juridique<sup>93</sup>, ce qui donne lieu, comme il est admis, à une jurisprudence spécialisée dans un domaine particulier.<sup>94</sup> La fragmentation, en tant que spécialisation, ne peut pas être identifiée comme une circonstance absolument négative pour la construction d'un droit international des contrats publics. Dans cette ligne, les tribunaux créés dans le cadre des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme (et les institutions spécialisées dans les droits de l'homme) peuvent émettre une jurisprudence spécialisée dans différents contextes spécifiques, comme par exemple la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de consultation préalable des peuples autochtones dans le cadre de certains contrats. Ces tribunaux peuvent ainsi contribuer à la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où ils peuvent interpréter les droits de l'homme dans le contexte des contrats.<sup>95</sup> Toutefois, il n'est pas possible d'ignorer une critique raisonnée selon laquelle la diversité des réglementations peut conduire à des problèmes de cohérence; et dans le cadre des contrats publics, cela peut se produire dans la mesure où un appel d'offres public peut être régi par plus d'un ordre juridique.

La construction du droit international de contrats publics exige de partir de la diversité de domaines du droit international, de la diversité des règles en matière de contrats publics<sup>96</sup>, de

---

<sup>91</sup> Voir: TREVES (T), « The Expansion of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 398, 2019, pp. 339-341.

<sup>92</sup> Le professeur Ralph Alexander Lorz résume ce qui suit: « *It is only now that –because of the permanent intensification of these interactions and the much more comprehensive character of public international law compared with earlier times– there is a deeper focus on the inherent fragmentation of this legal order and an increasing view of the latter as a problem. Multi-sourced Norms, be they equivalent or competing, have therefore moved to centre stage* », LORZ (R), « Fragmentation, consolidation and the future relationship between international investment law and general international law », *op. cit.*, p. 483.

<sup>93</sup> Voir: AZNAR (M), « En torno a la unidad sistemática del Derecho internacional », in *La constitucionalización de la comunidad internacional* (PETERS (A) *et al.*, éditeurs), Valencia, Cedri, Tirant lo blanch, 2012, pp. 267-269.

<sup>94</sup> La fragmentation peut conduire au « *development of specialized jurisprudence in particular areas of the law* », BJORKLUND (A) et NAPPERT (S), « Beyond Fragmentation », in *New Directions in International Economic Law: In Memoriam Thomas Wälde* (WEILER (T) et BEATENS (F) éditeurs), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Londres, 2011, p. 479.

<sup>95</sup> Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 1998 sur *l'affaire Tinnelly & sons c. Royaume-Uni*, paragraphe 61.

<sup>96</sup> L'harmonisation au sein de l'OMC n'est pas la seule harmonisation du droit des contrats publics existant.

la diversité de types de contrats existants, du risque de fragmentation du droit international<sup>97</sup> et de la diversité des principes et règles des différents domaines juridiques qui ont une incidence sur le domaine des contrats publics.

En outre, la construction du droit international des contrats publics doit partir aussi de la réalité factuelle. Dans ce contexte, on peut dire que le protectionnisme n'est pas le seul obstacle; et, dans ce lignage, l'existence d'ententes et de pratiques de corruption à travers le monde confirme la pertinence du droit de la concurrence et du droit pénal<sup>98</sup> dans ce construction.

La construction du droit international des contrats publics implique de reconnaître non seulement la « diversité et l'instabilité »<sup>99</sup> du droit des contrats publics<sup>100</sup>, mais aussi

---

<sup>97</sup> Pour comprendre le risque de fragmentation du droit international dans le cadre de l'ouverture du marché des contrats publics, il faut noter six questions. D'abord, d'un côté, qu'il a des États concernés par les règles d'harmonisation au sein de l'OMC et, d'un autre côté, des États non concernés. Donc, la liste des États non reliés est longue en fonction du nombre d'États existant dans la communauté internationale.

Deuxièmement, il faut d'essayer d'élaborer une liste des accords de libre-échange avec un chapitre consacré aux contrats publics et d'indiquer le nom des États parties à chacun de ces accords.

Troisièmement, il est nécessaire de dresser une liste des États concernés par des règles spécifiques d'harmonisation du droit des contrats publics au sein des organisations internationales d'intégration.

Quatrièmement, il est nécessaire de dresser la liste des traités bilatéraux sur les contrats publics (par exemple, le traité entre les États-Unis et le Canada ou le traité entre l'Uruguay et le Chili).

Cinquièmement, il faut dresser la liste des États qui ne font partie d'aucun type d'accord ou qui ne sont pas concernés par des normes d'harmonisation en la matière.

Et sixièmement, si chaque ordre juridique pour l'ouverture du marché des contrats publics -bilatéral, plurilatéral ou multilatéral- a ses propres renvois vers d'autres textes du droit international, le risque de fragmentation se fait sentir.

D'ailleurs, le paysage juridique qui découle des listes faites permet de percevoir une multiplicité normative qui pourrait conduire à un scénario où, d'une part, il y a des États qui ne sont concernés par aucune règle pour l'ouverture du marché et, d'autre part, il y a des États reliés par une diversité de règles, de sources et d'ordres juridiques communautaires et internationales. Il existe une multiplicité de réglementations affectant les contrats publics *ratione personae* (certains États figurent sur plusieurs listes et d'autres États ne sont sur aucune liste), *ratione loci* (le droit des organisations internationales d'intégration régionale confirme cette perception) et *ratione materiae* (parce que, précisément, nous parlons du droit des contrats publics dans divers ordres juridiques, par exemple: les règles sur les contrats publics de la Communauté andine de nations et du Mercosur ne sont pas les mêmes, ni concernent pas les mêmes États). Si les listes d'États susmentionnées peuvent varier, toute analyse doit tenir compte de l'harmonisation *ratione temporis*.

<sup>98</sup> Dans la première partie de cette thèse, nous expliquerons le paysage de la multiplicité des règles en matière pénale au risque de présenter un texte descriptif. Toutefois, la description du paysage conventionnel en matière pénale est nécessaire pour pouvoir exposer la lutte contre la corruption dans le cadre du respect des droits de l'homme.

<sup>99</sup> PEYRICAL (J-M), « Les avenants sources d'unification du droit des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. I, (CLAMOUR (G) et UBAUD-BERGERON (M), textes réunis et présentés par), Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 825.

<sup>100</sup> Ces caractéristiques ne devraient pas être perçues comme rares dans le cadre d'une évolution juridique.

l'éventuelle apparition et/ou pertinence de règles spéciales et intérêts nouveaux<sup>101</sup>, ou moins nouveaux, dans un contexte international caractérisé par la coexistence de divers domaines et ordres juridiques parfaitement identifiables<sup>102</sup> avec ses propres règles et mécanismes de règlement des différends capables de créer une véritable jurisprudence. Dans ce contexte, le dialogue judiciaire et la *cross-fertilization*<sup>103</sup> peuvent constituer un élément utile<sup>104</sup> pour la construction du droit international des contrats publics<sup>105</sup> dans le cadre de l'expansion du droit international.<sup>106</sup> L'expansion du droit international comprend le domaine des contrats de nature publique, un domaine où il y a une multitude de règles internationales pertinentes dans la phase des appels d'offres publics, dans la passation et dans la phase de l'exécution du contrat.

La phase d'exécution du contrat est un intervalle de temps où le risque de différences ne passe pas inaperçu. Dans le cadre du droit international des investissements, la pratique met en évidence qu'une différence entre le cocontractant et l'État d'accueil de l'investissement peut conduire à la responsabilité internationale de l'État dans le cadre d'un contentieux. Cette responsabilité peut découler du comportement de toute entité publique, y compris une subdivision territoriale de l'État<sup>107</sup>; et voici une contribution intéressante du droit

---

<sup>101</sup> Voir: AZNAR (M), « En torno a la unidad sistemática del Derecho internacional », *op. cit.*, p. 310.

<sup>102</sup> Intéressant, le professeur Bernard H. Oxman, décrit que certains domaines et ordres juridiques « *such as trade law, the law of the sea, international criminal law, and regional human rights law, establish their own standing adjudicatory bodies. This has drawn fire from Koskenniemi as a fragmentation of international law, and from Gilbert Guillaume, former President of the International Court of Justice, as a proliferation of international tribunals. But it can also be viewed in context as continuing progress in establishing the rule of law in international affairs* », OXMAN (B), « Idealism and the Study of International Law. Inaugural Lecture, Public International Law Session, 2010 », *R.C.A.D.I.*, vol. 350, 2010, p. 435.

<sup>103</sup> TREVES (T), « The Expansion of International Law », *op. cit.*, p. 349.

<sup>104</sup> Le professeur Daniel Kalderimis commente que les arbitres « *should be alive to cross-fertilisation from other areas of international law* », KALDERIMIS (D), « Investment treaty arbitration as global administrative law: What this might mean in practice », *op. cit.*, pp. 159.

<sup>105</sup> La professeure Giuliana Ziccardi Capaldo note: « *The scientific analysis of the elements of convergence and divergence is intended to highlight a judicial dialogue towards deeper and wider harmonization between legal systems (general international law and various international law sub-systems) in order to disseminate knowledge of cooperation between courts of the emergence of common legal principles and concepts, a process that may be called jurisprudential cross-fertilization* », ZICCARDI CAPALDO (G), « Jurisprudential Cross-fertilization Forum: A pilot Experiment in Legal Harmonization on the Tenth Anniversary of the Global Community YILJ », in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2010-I, pp. 207-208. Il convient de préciser que la professeure Ziccardi Capaldo note le terme « harmonisation » comme un dérivé de l'« harmonie » souhaitée entre le droit international et les sous-systèmes du droit international.

<sup>106</sup> Sur ce sujet, voir: TREVES (T), « The Expansion of International Law », *op. cit.*, pp. 37 et suivantes.

<sup>107</sup> À titre indicatif seulement, la sentence arbitrale CIRDI du 21 novembre 2000 sur l'affaire *Aconquija* est intéressante au sens où elle explique que: « *Under international law, and for purposes of jurisdiction of this*

international des investissements à la construction du droit international des contrats publics: un éventuel droit international des contrats publics doit être attentif non seulement à la relation entre le cocontractant et l'entité contractante, mais aussi à la relation entre le cocontractant et toutes les entités de l'État.

Une première approche de la question des contrats publics dans le cadre du droit international conventionnel met en évidence l'absence d'un Code international des contrats publics. En plus, il convient de souligner que les traités et la jurisprudence peuvent contribuer, d'une certaine manière, à la construction d'un droit international des contrats publics, surtout dans le cadre de l'inexistence d'un traité spécifique sur les devoirs et droits des parties aux contrats de nature publique<sup>108</sup> et dans le cadre de la lutte contre la corruption. Pour le moment, on va retenir que la corruption dans le cadre des contrats publics constitue une atteinte directe à la libre concurrence.

## **2. Le facteur de la libre concurrence dans la construction**

L'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC implique l'existence de règles spécifiques pour la libre concurrence dans un secteur où la corruption est considérée comme un « problème central ».<sup>109</sup> La corruption détériore, et peut éliminer, la libre concurrence. Sur ce sujet, nous commencerons par noter que la lutte contre la corruption apparaît comme une priorité au sein de l'OMC.<sup>110</sup>

---

*Tribunal, it is well established that actions of a political subdivision of federal state, such as the Province of Tucumán in the federal state of the Argentine Republic, are attributable to the central government. It is equally clear that the internal constitutional structure of a country can not alter these obligations »,* paragraphe 49, ARB/97/3.

<sup>108</sup> Voir le sous-titre « Devoirs envers les investisseurs privés parties aux contrats d'État » dans le document suivant: CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Contrats d'État, op. cit.*, pp. 30-35.

<sup>109</sup> MORENO (J) et CANCINO (R), *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea-México*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018, p. 22. Cette circonstance peut être un cauchemar pour entreprises et pour les travailleurs des entreprises qui ont été déplacés vers des pays où la corruption dans les contrats publics est quotidienne ; sur ce sujet la professeure Sharon Eicher a décrit ce qui suit: « *A heavily corrupt bureaucracy can be a great nuisance, as it seems that one encounters it in every aspect of life* », EICHER (S), « Government for Hire », in *Corruption in International Business. The Challenge of Cultural and Legal Diversity* (EICHER (S), éditrice), Burlington, Gower, 2009, p. 22.

<sup>110</sup> La *Déclaration des dirigeants du G20 sur bâtir un consensus pour un développement juste et durable* du 1er décembre 2018 en Buenos Aires précise ce qui suit: « Nous adoptons le nouveau plan d'action 2019-2021 et adhérons aux Principes sur la prévention de la corruption et la protection de l'intégrité dans les sociétés d'État

En matière de contrats publics, la libre concurrence présente des défis juridiques, économiques et technologiques. En ce qui concerne la technologie, la dématérialisation est indéniable, au moins dans l'UE<sup>111</sup>; celle-ci améliore la transparence<sup>112</sup> et amplifie la publicité en réduisant le risque d'opacité dans le cadre d'une « économie de temps et de moyens »<sup>113</sup> et d'une « accélération de la procédure »<sup>114</sup>; cependant, la question de l'utilisation de la technologie est améliorable à l'échelle planétaire; simplement comme exemple, le Parlement européen même a regretté en octobre 2018 « la lente adoption des technologies numériques » aux contrats publics; et, dans ce même contexte, le Parlement:

«... demande aux États membres d'œuvrer pour un passage rapide des procédures au numérique et pour l'introduction de procédures en ligne pour toutes les étapes principales, à savoir la notification, l'accès aux appels d'offres, la soumission, l'évaluation, l'attribution de contrat, la commande, la facturation et le paiement ». <sup>115</sup>

Cette demande se justifie non seulement par la nécessité d'adapter l'activité de l'administration publique à la réalité de l'ère numérique, mais aussi par la nécessité de

---

et sur la prévention et la gestion des conflits d'intérêts dans la fonction publique. Ces principes favoriseront la transparence et l'intégrité dans les secteurs privé et public... Nous exhortons tous les pays du G20 à mettre en œuvre efficacement la Convention des Nations Unies contre la corruption, y compris la criminalisation de la corruption d'agents publics étrangers, et notons les efforts envers l'adhésion potentielle à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », paragraphe 29.

<sup>111</sup> Voir: AMILHAT (M), « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », Colloque sur les directives du 2014 organisé par l'IMH, Université de Toulouse, < <https://www.dailymotion.com/video/x268ob2> >.

<sup>112</sup> D'un point de vue rétrospectif, on constate une sorte de réclamation pour l'adoption d'une convention spécifique sur la transparence. Par exemple, le professeur Sue Arrowsmith a noté que « *an agreement limited to transparency may be more acceptable to governments wishing to use procurement for economic and social policies, and to interest groups affected by those policies, as complex, and possibly unsuccessful, negotiations will not be necessary to obtain exemption from national treatment rules. However, it cannot be assumed that transparency rules will attract no opposition: groups that feel that their interests may be prejudiced by the improved foreign access resulting from greater access to information and a more stable purchasing environment might oppose a transparency agreement* », ARROWSMITH (S), « Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 47, numéro 4, 1998, p. 805.

<sup>113</sup> AMILHAT (M), « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », *op. cit.*, minute: du 08:20 au 08:24.

<sup>114</sup> *Idem*, minute: du 08:30 au 08:33.

<sup>115</sup> Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics, paragraphe 26 (2017/2278(INI)).

renforcer la transparence, la libre concurrence<sup>116</sup> et l'intégrité des contrats publics, qui apparaissent comme une caractéristique de l'évolution du droit des contrats publics de nos jours. La transparence s'impose; mais qu'est-ce que la transparence au droit international ? La professeure Anne Peters identifie la transparence avec « une situation dans laquelle les informations pertinentes (par exemple en matière de droit ou de politique) sont accessibles ». <sup>117</sup> Donc, on peut dire que l'évolution du droit des contrats publics accueille la transparence, et simultanément la transparence fait partie de l'évolution du droit des contrats publics.

Dans le cadre de cette évolution, il faut souligner deux questions sur les contrats de nature publique. La première question est la suivante: si ces contrats sont d'une « extrême diversité »<sup>118</sup>, cette extrême diversité justifie l'existence de règles ou de régimes spécifiques pour certains types de contrats; dans ce sens, il y a quelques contrats qui ont un régime spécifique non seulement en droit interne, mais aussi dans les ordres communautaires (tels que les contrats de concession dans le cadre du droit de l'UE ou le contrat de délégation de service public au sein de l'UEMOA)<sup>119</sup> et dans le cadre du droit international (tels que les contrats d'État, les contrats d'aide humanitaire, les contrats en matière de défense, les contrats de l'Autorité des fonds marins, les contrats d'investissement, etc.).<sup>120</sup>

La deuxième question à souligner dans le cadre de cette évolution, c'est une conséquence de la pertinence des principes et règles de différents domaines juridiques dans la construction du droit international des contrats publics. La question est la suivante: chacun de ces

---

<sup>116</sup> Fait intéressant : « Limiter la participation des soumissionnaires étrangers » peut être considéré comme faisant partie d'une stratégie. Par exemple voir les « Stratégies relatives aux marchés publics visant à promouvoir le secteur local des services informatiques » dans le document suivant : CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, « Les marchés publics : un moyen de promouvoir le développement du secteur local des technologies de l'information », 2013 < [https://unctad.org/fr/system/files/official-document/dtlstict2012d5\\_fr.pdf%20](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/dtlstict2012d5_fr.pdf%20) >, (UNCTAD/DTL/STICT/2012/5), p. 25.

<sup>117</sup> PETERS (A), « La transparence comme principe du droit international public », in *Le cosmopolitisme juridique* (DE FROUVILLE (O), directeur), Paris, Pedone, 2015, p. 171.

<sup>118</sup> WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *op. cit.*, p. 107.

<sup>119</sup> Dans la directive 05/2005/CM/UEMOA du 9 Décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, le Chapitre 6 est consacré au « régime spécial de passation des délégations de service public ».

<sup>120</sup> Un même contrat peut constituer plusieurs types de contrat, par exemple une concession peut être un contrat d'État et un contrat d'investissement.

domaines peut présenter ses propres problèmes ou lacunes, ce qui comporte un risque d'extrapolation des problèmes et des lacunes de ces domaines vers le domaine des contrats publics. Un regard rétrospectif de la bibliographie juridique confirme cette perception. Par exemple, il y a cent ans, le problème du manque de clarté du droit international de l'environnement n'était pas extrapolable au droit des contrats publics parce que les difficultés du droit international de l'environnement n'avaient pas été mises en lumière.<sup>121</sup> Il y a cent ans, le droit des contrats publics était un droit primitif par rapport à la sophistication du droit actuel des contrats publics et le facteur environnement était loin d'être pertinent dans la législation étatique en la matière.

Dans le cadre du droit international, moins d'un siècle peut suffire à vérifier l'évolution du droit des contrats publics. En effet, la jurisprudence dévoile cette évolution dans le cadre du droit international si, comme il est souvent commenté parmi les juristes, nous faisons une lecture comparative entre le classique arrêt du 12 juillet 1929 de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) sur l'affaire des *Emprunts serbes* et la jurisprudence arbitrale. Il y a 90 ans, la CPJI avait noté 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 »<sup>122</sup>; aujourd'hui, il est notoire que les contrats de nature publique peuvent être rattachés non seulement au droit étatique, mais aussi au droit international en vertu de l'ordre juridique applicable à la question de fond dans le cadre d'un contentieux arbitral international<sup>123</sup>; les classiques de l'arbitrage international<sup>124</sup> confirment cette perception<sup>125</sup>, ce qui est important dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où le sens même du mot « construction » implique la reconnaissance d'une évolution et une mise en valeur de la

---

<sup>121</sup> En ce qui concerne le droit international de l'environnement, il convient de noter que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a souligné, en 2018, que « l'articulation entre les accords multilatéraux sur l'environnement et les textes relatifs à l'environnement reste problématique vu le manque de clarté, sur le fond comme sur la forme, de bon nombre de principes environnementaux », Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur les *Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement: vers un pacte mondial pour l'environnement*. Distribution générale: 13 décembre 2018 (A/73/419), p. 2. À cette réalité, il faut ajouter ce qui suit: de nombreux traités de protection des investissements ne contiennent pas de clauses de protection de l'environnement.

<sup>122</sup> *Recueil des arrêts, série A, numéro 20/21*, p. 41.

<sup>123</sup> SPIERMANN (O), « Applicable Law », in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (MUCHLINSKI (P), ORTINO (P), SCHREUER (C), éditeurs), Oxford University Press, 2008, p. 93.

<sup>124</sup> Voir: *Idem*, pp. 93-99.

<sup>125</sup> Voir: CARREAU (D) et MARRELA (F), *Droit international, op.cit.*, pp. 215-218.



spécialisation. De même, en paraphrasant le professeur Prosper Weil, il faut garder à l'esprit que l'évolution du droit des contrats publics implique une « internationalisation des problèmes contractuels ». <sup>126</sup> Dans ce contexte, les principes généraux du droit ont une importance particulière dans le cadre d'un éventuel conflit entre des règles de deux ou plusieurs domaines du droit international et, en outre, le principe de proportionnalité émergerait comme un élément de conciliation dans le cadre d'un éventuel conflit entre l'intérêt public et l'intérêt privé qui peut apparaître dans le cadre de l'exécution de certains contrats <sup>127</sup> sur le territoire des États.

Les États font partie de différentes traditions juridiques et, précisément, les principes généraux du droit constituent des points de rencontre, de consensus et de « cohésion » <sup>128</sup> entre le droit des États. Ces principes occupent une place toute particulière devant d'éventuelles lacunes, contradictions ou incohérences entre les différentes règles du droit international conventionnel <sup>129</sup> et dans le cadre d'un éventuel conflit entre l'intérêt public et l'intérêt privé; et ces principes sont très importants dans la construction du droit international

---

<sup>126</sup> WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *op. cit.*, p. 118.

<sup>127</sup> Le professeur Andreas Kulick décrit le principe de proportionnalité « *as the most suitable and most effective instrument to balance the public with the individual interest and thus to reconcile the Global Public Interest with the protection of investor rights* », KULICK (A), *Global Public Interest in International Investment Law*, *op. cit.*, p. 343. Voir: pp. 169-221.

<sup>128</sup> Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il est important de garder à l'esprit la « force unificatrice » des principes généraux du droit, ANDENAS (M) et CHIUSI (L), « Cohesion, Convergence and Coherence of International Law », in *General Principles and the Coherence of International Law* (ANDENAS (M) *et al.*, éditeurs), Leiden / Boston, Leiden, Brill / Nijhoff, 2019, p. 11. Ces principes peuvent être simultanément un « outil de cohésion », *idem.*

<sup>129</sup> Le professeur Moshe Hirsh résume: « *Though there are some controversies in legal literature, the prevailing view today is that "general principles of law" consist of the three following elements: (i) wide-ranging rules - the words "general principles" indicate that this source relates to broad legal principles (rather than specific rules); (ii) recognition by states' municipal legal systems; (iii) transposability to international law - the principle is appropriate for application in the international community* », HIRSH (M), « International Tribunals as Agents of Harmonization », in *Regulations of Foreign Investment: Challenges for International Harmonization* (DAVEK (Z) et MAVROIDUS (P) éditeurs), Singapour, World Scientific Publishing, 2013, p. 353. En tout état de cause, il convient de rappeler que, il y a des décennies, le professeur Joe Verhoeven commentait: « Nonobstant la confiance que certaines doctrines professent à l'endroit des principes généraux de droit, l'on ne peut s'empêcher enfin de croire qu'il est parfaitement illusoire de prétendre sur la base de principes généraux de droit établir le régime juridique des contrats internationaux », VERHOEVEN (J), « Droit international des contrats et droit de gens (A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen) », *Revue belge de droit international*, 1978, p. 218.

des contrats publics, notamment dans le cadre de l'absence d'un code international des contrats publics couvrant toutes les phases du contrat.<sup>130</sup>

Il convient également de remarquer que, pour de nombreux États, les appels d'offres publics et la passation d'un contrat pourraient être soumis à l'AMP 2012 et, simultanément, à d'autres règles conventionnelles telles que les règles des ALE et, en outre, aux règles communautaires dans le cadre d'une organisation internationale d'intégration économique où l'existence de règles secondaires sur certaines matières est fréquente. Dans la pratique, cette multiplicité de règles révélerait l'existence de trois ordres juridiques différents pour un unique appel d'offres public, ce qui impliquerait aussi une fragmentation du droit international en matière de la libre concurrence.<sup>131</sup>

En ce qui concerne la promotion et la protection de la libre concurrence, les organisations internationales ont un rôle décisif à jouer (a), y compris la lutte contre la corruption, la sauvegarde du libre marché et la protection des droits de l'homme (b).

#### ***a. Les organisations internationales et la libre concurrence***

Comme nous l'avons noté, les organisations internationales ont un rôle fondamental à jouer dans l'harmonisation du droit des contrats publics et l'ouverture de ce secteur du marché. D'un point de vue historique, cette affirmation n'est pas étrange. Les organisations internationales reflètent des objectifs communs entre les États. En ce qui concerne l'irruption des organisations internationales dans l'histoire du droit international, la professeure Anna Peters note les facteurs suivants comme causes de cette irruption: « l'important essor du commerce international et l'idéologie du libre-échange », « les rapides progrès techniques dans les domaines des transports et de la communication », « l'harmonisation des normes, termes et standards avec l'adoption en 1875 de la Convention du Mètre » et « un intérêt

---

<sup>130</sup> Appels d'offres publics, passation, exécution du contrat et éventuelle phase contentieuse dans l'exécution du contrat, comme nous savons.

<sup>131</sup> Il existe un droit international de la libre concurrence ?

croissant pour la réglementation des ressources naturelles et de leur utilisation ».<sup>132</sup> L'harmonisation pour l'ouverture du marché des contrats publics au sein des organisations internationales révèle que ces facteurs, avec des nuances différentes, ont évolué et restent présents: el essor du commerce international continue dans le cadre des nouveaux progrès technologiques; l'harmonisation des règles et de la terminologie se fait au sein de l'OMC, de l'UE et d'autres organisations internationales; et l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles et d'autres besoins conduisent à la signature de contrats internationaux de nature publique à l'époque de la mondialisation.

La construction du droit international des contrats publics implique, d'une part, la création d'un ordre juridique garantissant le libre-échange et, d'autre part, la coexistence de trois sources qui le professeur Jeswal Salacuse remarque: le droit interne, le droit international et le même contrat.<sup>133</sup> À la lumière des règles des organisations internationales d'intégration économique régional ou sous-régional, des ALE et de l'OMC<sup>134</sup>, la multiplicité des réglementations<sup>135</sup> est incontestable<sup>136</sup> et incontournable; et cette circonstance exige d'analyser un vaste ensemble de normes pour évaluer l'existence, l'inexistence de, ou la possibilité de construire, un droit international des contrats publics.

De même, la diversité des sources du droit international est un sujet particulièrement important pour la construction d'un droit international des contrats publics, surtout si l'on

---

<sup>132</sup> PETERS (A), « Le cheminement historique des organisations internationales: entre technocratie et démocratie », in *The Roots of International Law / Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Haggemacher* (DUPUY (P-M) et CHETAİL (V), éditeurs), Leiden, Nijhoff / Brill, 2013, pp. 500-501.

<sup>133</sup> SALACUSE (J), *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, 2013, p. 35.

<sup>134</sup> La professeure Alberta Fabbricotti note ce qui suit: « Le rapport entre universalisme et régionalisme suit une logique singulière. La prolifération de groupes économiques régionaux en concomitance et par la suite du renforcement du système commercial soi-disant universel, marqué par l'institution de l'OMC, est considérée comme un phénomène paradoxal », FABBRICOTTI (A), « Universalisme-Régionalisme dans les Échanges Commerciaux Internationaux », *Select Proceedings of the European Society of International Law* (CRAWFORD (J) et NOUWEN (S) éditeurs) Oxford / Portland, Hart Publishing, 2012, vol. 3, 2010, p. 310.

<sup>135</sup> « *Multiple regulatory frameworks* », a noté la professeure Elisabetta Morlino, MORLINO (E), « International public procurement », *op. cit.*, p. 89.

<sup>136</sup> Par exemple, la thèse de doctorat de Romain Micalef commence à expliquer l'internationalisation du droit des contrats publics en faisant référence à la « multiplication des sources internationales intéressant les contrats publics », MICALEF (R), *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada*, thèse droit, Université Laval et Aix-Marseille, 2019, p. 6

considère que la multiplicité des règles pertinentes autour de ces contrats pourrait exiger une interprétation systématique du droit international.<sup>137</sup>

Dans le cadre des sources, nous remarquerons ici que l'article 38 du Statut de la CIJ, souvent cité pour identifier les sources du droit international, mérite des nuances. On dit que ce précepte ne recueille que les sources formelles du droit international.<sup>138</sup> L'article 38 apparaît donc comme une source incomplète pour déterminer les sources du droit international.<sup>139</sup> À cet égard, le professeur Carlos Fernández Liesa résume: « La doctrine a développé de nouvelles approches théoriques qui tiennent compte de la formation progressive du droit international... y compris l'existence de facteurs sociaux ». <sup>140</sup> Notre thèse ne prétend pas cacher cette réalité. En conséquence, pour vérifier la possibilité de la construction d'un droit international des contrats publics en tant qu'un sous-système du droit international, les sources décrites à l'article 38 sont insuffisantes dans la mesure où cet article omet certaines sources comme, par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ou le *soft law*.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Le principe de l'intégration systémique « dans le cadre de l'interprétation des traités s'applique avant qu'un conflit de normes irréconciliable ne se produise », McLACHLAN (C), « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, avril 2005, pp. 320.

<sup>138</sup> FERNÁNDEZ (C), « Interculturalidad y fuentes del Derecho: Algunas reflexiones desde el Derecho internacional », in *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho* (BARRANCO (M) et al, coordinateurs), Madrid, Dykinson / Departamento de Derecho internacional, eclesiástico y filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2011, p. 226.

<sup>139</sup> Dans la même ligne que divers auteurs, nous avons déjà noté que décrire les sources du droit en copiant « directement l'énumération du Statut de la CIJ » n'est pas une bonne idée, COLLANTES (J-L), « Orígenes, desarrollo y fuentes del Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, (COLLANTES (J-L) directeur), Lima, Palestra, 2009, p. 42.

<sup>140</sup> FERNÁNDEZ (C), « Interculturalidad y fuentes del Derecho: Algunas reflexiones desde el Derecho internacional », *op. cit.*, p. 226. Le texte original dit: « La doctrina ha realizado nuevos planteamientos teóricos, que tienen en cuenta la formación progresiva del derecho internacional... incluyendo la existencia de los factores sociales ».

<sup>141</sup> La professeure Laurence Boisson de Chazaurnes note que « la notion de soft law peut permettre de recouvrir certains standards et normes », BOISSON DE CHAZAURNES (L), « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain: quelques réflexions », in *International Law and the Quest for its Implementation. Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas* (BOISSON DE CHAZOURNES (L) et KOHEN (M) éditeurs), Leiden, Brill, 2010, p. 354.

D'abord, il faut considérer également que le *soft law* a été décrit comme un sujet « controversé », THIRLWAY (H), *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, p. 165.

De tout évidence, parmi les organisations internationales, l'OMC occupe une place importante dans la construction du droit international des contrats publics; et, à titre préliminaire, nous noterons que la sauvegarde de la libre concurrence fait partie de l'objet et de la fin de l'AMP 2012, ce qui est vérifiable non seulement dans le préambule de l'AMP 2012 mais aussi dans les règles spécifiques de cet accord.<sup>142</sup> Toutefois, il n'est pas possible de parler d'une libre concurrence totale ou absolue à l'échelle planétaire mais plutôt d'un marché international des contrats publics « asymétrique ».<sup>143</sup> Il y a des nuances. Les règles de l'harmonisation sont flexibles au sein de l'OMC et en dehors de l'OMC,<sup>144</sup> comme on va voir. En tout état de cause, la construction conventionnelle d'un droit international des contrats publics devrait toujours éviter d'être un droit international « mal préparé ».<sup>145</sup> De toute évidence, la construction exige des stratégies contre les cartels, contre la corruption et un accent particulier sur la sauvegarde de la libre concurrence et des droits de l'homme dans le cadre d'un droit international où « la nécessité d'un droit mondial de la concurrence »<sup>146</sup> se fait sentir.

En ce qui concerne l'OMC, il est vrai qu'il y a une incertitude autour de l'OMC (petite ou grande, l'incertitude existe); cependant, en ce qui concerne l'objectif de cette thèse, on va

---

<sup>142</sup> Surtout en ce qui concerne les spécifications techniques (art. X.5), appel d'offres limité (art. XIII.1) et divulgation de renseignements (art. XVII).

<sup>143</sup> Dans ce contexte, une observation intéressante dit que « Si l'accès au marché est asymétrique, entre Nord et Sud, et même entre pays de la triade (États Unies, Europe et Japon) celui signifie que la réciprocité, une des deux piliers, avec la non discrimination, du système multilatéral de libéralisation commerciale sur laquelle repose l'OMC, n'est toujours réalisé », SUWA-EISENMANN (A), « Économie géographique », in *27 questions d'économie contemporaine*, (ASKENAZY (P) et COHEN (D) directeurs), Paris, Éditions Albin Michael, 2008, p. 473. Cette observation est très intéressante pour le marché des contrats publics et dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

<sup>144</sup> L'harmonisation régionale et l'AMP 2012 de l'OMC essaient d'éviter de créer des systèmes rigides d'harmonisation. Dans le cadre de l'OMC, cela est vérifiable depuis une lecture simple du préambule de l'AMP 2012, où on reconnaît que « les engagements procéduraux au titre du présent accord devraient être suffisamment flexibles pour tenir compte de la situation spécifique de chaque Partie ». De la même manière, la flexibilité est présente aussi dans le droit de l'UE par exemple dans le préambule de la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession où le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne reconnaît que « l'existence d'un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions assurerait un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l'Union, ainsi qu'une sécurité juridique, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen ».

<sup>145</sup> MICALEF (R), *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada*, op. cit., p. 493.

<sup>146</sup> HEINEMANN (A), « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, numéro 2004/3, p. 293. Dans ce contexte, on considère « l'OMC comme enceinte appropriée d'un droit transnational de la concurrence », *idem*, p. 305.

travailler avec des règles existantes jusqu'à aujourd'hui; si ces règles étaient abrogées, elles pourraient bien servir à analyser l'élaboration des futurs accords d'harmonisation.<sup>147</sup> En tout état de cause, il faut remarquer que la construction du droit international des contrats publics implique un phénomène plus large que l'harmonisation des règles de ce secteur au sein de l'OMC; et, par conséquent, la fin de l'OMC n'impliquerait pas nécessairement la fin de la construction du droit international des contrats publics, bien que, en l'honneur de la vérité, nous devons reconnaître que la fin de l'OMC exigerait une reconstruction de cette thèse dans la mesure où une partie importante du *corpus iuris* concerné dans cette construction ne serait pas en vigueur. Lorsque nous avons commencé cette thèse, nous n'imaginions pas que l'incertitude sur le future de l'OMC occuperait une place dans cette introduction; mais la réalité s'impose: Les règles de l'OMC existent et les incertitudes entourant cette organisation existent aussi.

### ***b. Lutte contre la corruption, libre-échange et droits de l'homme***

La corruption n'est plus simplement un problème politique.<sup>148</sup> Aujourd'hui, la corruption est perçue comme un problème économique<sup>149</sup>, comme un problème de droits de l'homme<sup>150</sup> et, en outre, elle conduit inévitablement à une détérioration de la fonction publique. Il s'agit d'un problème multidisciplinaire et un problème humain. Ce problème peut avoir une telle

---

<sup>147</sup> Dans ce contexte, nous ne pouvons pas spéculer sur les règles d'un futur éventuel ou sur une réalité juridique inexistante (du moins à la clôture de cette thèse), même si les nouvelles autour de l'OMC pourraient engendrer des incertitudes.

<sup>148</sup> CISEE (H), « Foreword » du livre de SOREIDE (T), *Drivers of Corruption: A Brief Review*, World Bank Publications, 2014, p. viii.

<sup>149</sup> En effet, en ce qui concerne la corruption des agents publics étrangers, il est reconnu que, comme l'a résumé le professeur Bassiouni, « *this crime category came about because of the significant economic competition in certain markets that are affected by the bribery of foreign public officials* », BASSIOUNI (Ch), *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 216.

<sup>150</sup> Voir le *Rapport sur la corruption et les droits de l'homme dans les pays tiers* du 28 juin 2017 < [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0246\\_FR.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0246_FR.html) >.

Dans le cadre des droits de l'homme, il convient de citer que la professeure Zoe Pearson note ce qui suit « *The effect that corruption has on the fundamental human rights of people has been largely ignored, referred to only in the vague terms of 'development' and 'democracy'. The human rights discourse is an integral part of international law and needs to be incorporated into the international discussion and action against corruption* », PEARSON (Z), « An international human rights approach », in *Corruption and Anti-Corruption* (LARMOUR (P) et WOLANIN (P), éditeurs), Canberra, Australian National University Press, 2013, p. 59.

dimension, que la doctrine parle d'un crime de grande corruption dans le cadre de la compétence de la Cour pénale internationale.<sup>151</sup>

D'ailleurs, la corruption dans les contrats publics peut présenter des formes délictueuses très sophistiquées, y compris une « interdependent informal political and economic networks »<sup>152</sup> et différentes ramifications dans différents États.

Les traités internationaux contre la corruption mettent en évidence que la corruption ne peut pas être combattue par l'État de façon unilatérale. La transnationalisation de la corruption n'est pas une nouveauté. Comme il a déjà été décrit, « les entrepreneurs de la corruption identifient les opportunités ».<sup>153</sup> Évidemment, la politique pénale contre la corruption<sup>154</sup> et contre les pratiques collusoires exige une stratégie dans le cadre des organisations internationales qui ont introduit des règles pour l'ouverture du secteur des contrats publics et dans le cadre des organisations internationales de coopération interétatique.

Dans ce contexte, il faut considérer que l'hétérogénéité des législations de nature pénale peut créer des problèmes techniques.<sup>155</sup> Et en plus, le critère de la territorialité est insuffisant pour lutter contre la corruption ramifiée dans différents États, et surtout aux États où la justice est faible, corrompue, ou manipulée par les pouvoirs factuels; quelques de ces États ont précisément besoin de mettre en place des infrastructures telles que des autoroutes, aéroports,

---

<sup>151</sup> Voir: HAVA (E), « Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional », *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, numéro 87, 2016, pp. 60-98

< <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4356/3640> >.

<sup>152</sup> Fait intéressant, la professeure Tatiana Kostadinova décrit les « *interdependent informal political and economic networks* » comme des scénarios où « *political elites in power award particular businesses with public procurement contracts or favorable legislation while the companies, on their part, finance parties beyond what is envisioned by the law* », KOSTADINOVA (T), *Political Corruption in Eastern Europe: Politics After Communism*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2012, p. 60.

<sup>153</sup> HUDON (P-H) et GARZON (C), « Corruption in public procurement: entrepreneurial coalition building », *Crime, Law & Social Change*, vol. 66, numéro 3, 2016, p. 292.

<sup>154</sup> Sur les sanctions pénales par corruption, la politique criminelle ne doit pas oublier que les sanctions « *in practice, fines and prison sentences for bribers tend to increase with the size of the bribe* », SOREIDE (T), *Drivers of Corruption: A Brief Review*, World Bank Publications, 2014, p. 48.

<sup>155</sup> Dans certains cas, la doctrine note que l'extraterritorialité pourrait générer une polémique dans la mesure que la loi d'un État soit appliquée pour punir ce que la doctrine nomme « *pots-de-vin justifiés* » comme quand un paiement est « *légal conformément aux lois écrites du pays du fonctionnaire* », BENITO (D), « La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act* » in *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (CASTRO (A) et OTERO (P), coordinateurs), Madrid, Dykinson, 2016, p. 138.

etc, et ils sont également une destination d'investissements internationaux pour l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, ce qui conduit à la signature de contrats publics; et, évidemment, dans ce contexte, la corruption peut éliminer la libre concurrence internationale. Dans ce même contexte, le *compliance*<sup>156</sup> contre la corruption apparaît comme un élément à prendre en compte dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où la prévention de la corruption est une nécessité<sup>157</sup> dans le cadre d'une économie globale.<sup>158</sup>

Sur le plan pénal, il est nécessaire de noter qu'un pot-de-vin peut impliquer une infraction de corruption active<sup>159</sup> et passive<sup>160</sup>, mais aussi un délit contre la libre concurrence comme, en France, les « atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession ».<sup>161</sup> Sur ce sujet, la doctrine remarque que la corruption internationale est un délit « plurioffensif »<sup>162</sup> et que la loi pénale contre la corruption « protège la concurrence loyale, mais aussi l'impartialité des agents publics étrangers ».<sup>163</sup> De toute évidence, la corruption est aussi un problème pour le libre marché.

Pour déterminer l'existence, l'absence et/ou la possibilité de construire un droit international des contrats publics il faut, d'un côté, faire un parcours à travers l'essor de l'harmonisation dans le cadre des organisations internationales et percevoir les manifestations de l'harmonisation en tant que phénomène juridique (première partie) et, d'un autre côté, analyser les conséquences juridiques de l'harmonisation pour l'ouverture du marché sans

---

<sup>156</sup> Le *compliance* remarque également son importance à travers, par exemple, les *Voluntary Disclosure Programs (VDP)*. Sur ce sujet, voir: ZAGARIS (B), *International White Collar Crime: Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2010, pp. 458-459.

<sup>157</sup> Voir: lettre *b*) de l'art. 1, paragraphe 1 de l'art. 3, art. 5, lettre *b*) du paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'art. 6, lettre *b*) du paragraphe 2 de l'art. 12, paragraphe 1 de l'art. 13, l'art. 52 et l'art. 60 de la CNUCC; et l'art. 9 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

<sup>158</sup> Sur ce vaste sujet, voir : BURGER (E) et HOLLAND (M), « Private-Sector Incentives for Fighting International Corruption », in *Corruption in International Business: The Challenge of Cultural and Legal Diversity* (EICHER (Sh), Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2009, p. 164.

<sup>159</sup> Voir les arts. 433-1 à 433-2-1 du Code pénal de la France.

<sup>160</sup> Voir les arts. 432-11 à 432-11-1 du Code pénal de la France.

<sup>161</sup> Voir : l'art.432-14 du Code penal de la France.

<sup>162</sup> NIETO (A), « Delitos de corrupción en los negocios », in *Derecho penal económico y de la empresa* (DE LA MATA (N), DOPICO (J), LASCURAÍN (J) et NIETO (A), auteurs), Madrid, Dykinson, 2018, p. 425.

<sup>163</sup> *Idem*. Le texte originel dit : « *delito plurioffensivo que tutela la competencia leal, pero también la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros y de organización internacionales* ».



perdre de vue que l'harmonisation fait partie de cette construction. La construction du droit international des contrats publics pourrait être une conséquence de l'harmonisation et d'autres facteurs (deuxième partie).

## **PREMIÈRE PARTIE: LES MANIFESTATIONS DE L'HARMONISATION DES DROITS DES CONTRATS PUBLICS**

L'UE harmonise le droit des contrats publics<sup>164</sup> et le droit des contrats publics de l'UE n'est pas un ordre juridique isolé. En effet, l'UE fait partie de l'Accord sur les marchés publics de 2012 de l'OMC (AMP 2012) et de quelques accords de libre-échange (ALE) avec des États tiers. En vertu de l'AMP 2012 de l'OMC et des ALE, l'UE ouvre son marché intérieur aux ressortissants des États tiers<sup>165</sup>, ce qui demande de faire une différenciation préliminaire entre l'ouverture internationale du secteur des contrats publics au sein de l'OMC et l'ouverture internationale de ce secteur en dehors de l'OMC.

En dehors de l'UE et de l'OMC, les ALE introduisent des règles pour l'ouverture du secteur des contrats publics. Dans ce contexte de multiplicité des ordres juridiques, il est impossible de parler d'une construction du droit international des contrats publics sans connaître l'harmonisation dans le cadre d'autres organisations internationales. On peut ainsi constater, d'une part, que l'univers du droit des contrats publics est vaste et, d'autre part, que le droit des contrats publics est en constante évolution aussi. On peut dire aussi que cette évolution « *has taken place within different types of frameworks* ». <sup>166</sup> La construction du droit international des contrats publics ne saurait faire abstraction de ce détail.

En outre, les États membres de l'UE font partie d'un certain nombre de traités bilatéraux en matière de protection des investissements (TBI) conclus avec différents États tiers. Ces traités reconnaissent que certains contrats, notamment les concessions<sup>167</sup>, impliquent un investissement international. En conséquence, à travers les TBI, chaque État a mis en place

---

<sup>164</sup> Les chapitres 1 et 2 doivent être lus comme un processus régional en évolution.

<sup>165</sup> En plus, l'art. 65 de l'Accord sur l'Espace économique européen dispose ce qui suit : « Les dispositions et les modalités particulières applicables aux marchés publics figurent à l'annexe XVI. Sauf disposition contraire, elles s'appliquent à tous les produits ainsi qu'aux services qui y sont mentionnés ».

<sup>166</sup> REICH (A), *International Public Procurement Law. The evolution of International Regimes on Public Purchasing*, Londres, Kluwer Law, 1999 (« préface » du livre).

<sup>167</sup> Sur les concessions dans le droit international, voir: OHLER (C), « Concessions », in *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R), directeur), Oxford University Press, 2015, pp. 115-122.

un régime bilatéral spécifique sur certains aspects des contrats publics, notamment en ce qui concerne la phase d'exécution des contrats.<sup>168</sup> Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit la compétence de l'UE en matière d'investissements étrangers en vertu du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Afin d'essayer de déterminer l'effet de l'harmonisation du droit des contrats publics sur le droit international et sur la construction d'un droit international des contrats publics, on va commencer par exposer et analyser l'harmonisation au sein de l'UE (titre I) et en dehors de l'UE (titre II).

---

<sup>168</sup> L'UE n'a légiféré que « *limited aspects of the execution of public contracts and concession contracts above certain thresholds* », *Report from the commission to the European parliament and the council on the effectiveness of directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as modified by Directive 2007/66/EC, concerning review procedures in the area of public procurement*, p. 2, Brussels, 24.1.2017 COM(2017) 28 final < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0028&from=EN> >.

## TITRE I. LA LENTE HARMONISATION DES DROITS NATIONAUX AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

Il y a trois raisons de commencer cette thèse en analysant l'harmonisation des contrats publics au sein de l'UE.

Premièrement, parce que le droit des contrats publics de l'UE constitue l'ensemble de règles d'harmonisation les plus proches et quotidiennes pour les pouvoirs publics, pour les citoyens et les opérateurs économiques dans le cadre d'un marché intérieur ouvert à la libre concurrence.

Deuxièmement, parce que l'harmonisation au sein de l'UE permet de connaître le rôle de la jurisprudence dans la construction d'un régime régional et communautaire des contrats publics comme dans aucune autre organisation internationale. La jurisprudence du tribunal de Luxembourg<sup>169</sup> a été le guide du législateur communautaire<sup>170</sup> dans le cadre du marché intérieur, ce qui constitue, sans aucun doute, un élément utile pour le droit communautaire comparé.

Et troisièmement, parce que le droit de l'UE ne ferme pas ses portes au marché mondial et cela implique une expérience normative, ou une évolution régionale, qui peut aussi être intéressante dans le cadre du droit communautaire comparé, surtout à la lumière de la relation entre l'harmonisation d'une organisation régionale et l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

---

<sup>169</sup> Voir: BOVIS (Ch), « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, numéro 49, 2012, pp. 247-290.

<sup>170</sup> Simplement comme exemple, le législateur reconnaît qu'il était « ...nécessaire d'éclaircir certains concepts et notions fondamentaux afin de garantir la sécurité juridique et de prendre en compte certains aspects de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne... » (Considération 2 de la directive 2014/24). « Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il s'agit également de... » (Considération 97 de la même directive); « Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière » (Considération 107 de la même directive).

Pour l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'UE, la suppression des restrictions d'accès aux appels d'offres publiques a été incontournable, ce qui a été réalisé grâce à plusieurs décennies de production normative et par le biais des directives communautaires. Dans ce contexte, le droit originaire et la jurisprudence ont eu un rôle remarquable, c'est bien reconnu par la communauté scientifique.<sup>171</sup>

L'harmonisation du droit des contrats publics dans l'UE implique l'émergence de règles communes pour les États membres (chapitre 1). Ces règles communes méritent une analyse critique pour déterminer ses succès, ses défauts, ses limites et si elles contribuent vraiment à la construction du droit international des contrats publics (chapitre 2).

---

<sup>171</sup> Par exemple, les professeurs Norbert Reich, Annette Nordhausen Scholes et Jeremy Scholes résumant: « *Traditionally, public procurement in the Member States had been an area for national, regional or social policy objectives. These were to be achieved not by regulatory, but by economic measures. If other UE nationals or companies were openly or indirectly banned from participating in tenders for public procurement, such measures amounted to a violation of either art. 28 or 49 CE (now art. 34 and 56 TFUE), depending on the type of business... As a result, even in its early case law the Court condemned those Members State practices that preferred home suppliers* », REICH (N), NORDHAUSEN SCHOLES (A) et SCHOLES (J), *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 213.

## **Chapitre 1. La naissance d'un droit des contrats publics de l'Union Européenne**

Après une analyse de l'harmonisation au sein de l'UE, on peut affirmer que celle-ci découle de quatre éléments:

- a) le droit originaire, essentiellement en ce qui concerne les principes du marché intérieur,
- b) les directives d'harmonisation en assumant le droit originaire,
- c) l'interprétation jurisprudentielle du droit originaire et des directives d'harmonisation; et
- d) les règles de droit international contraignantes pour l'UE en vertu des traités internationaux avec des États tiers.

Dans la perspective du marché intérieur, l'ancienne Communauté économique européenne demandait déjà des règles communes pour harmoniser le marché intérieur des contrats publics.<sup>172</sup> Dans ce sens, le législateur a légiféré à travers des directives pour élaborer les premières règles d'harmonisation du droit dérivé en la matière (Section 1).

Il est important de noter que dans le cadre de l'harmonisation, il y a différents principes et règles des différents domaines du droit de l'UE qui sont également pertinents dans la mesure où il s'agit de et règles et principes applicables dans le cadre des contrats publics. Le droit de l'UE vise à harmoniser les différents domaines du droit de l'UE et de droit international en matière de contrats publics, de libre concurrence et de droits de l'homme (Section 2).

### **Section 1. L'émergence de règles communes dans le cadre du marché intérieur**

L'harmonisation au sein de l'UE permet de vérifier l'évolution de la législation au cours des dernières décennies (§1). Dans le cadre de cette évolution, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg a occupé une place particulière dans la mesure où elle a clarifié différentes incertitudes de la justice des États membres (§2).

---

<sup>172</sup> Déjà en 1967, la professeure Anne Limpens avait commenté que l'harmonisation des législations nationales des États « a été conçue non comme une fin en soi mais comme un moyen destiné à contribuer à la réalisation du Marché commun », LIMPENS (A), « Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, numéro 3, 1967, p. 622.

## §1. L'harmonisation à travers plusieurs décennies de directives

Le droit primaire de l'ancienne Communauté européenne était muet sur la question de l'harmonisation des contrats publics. Cependant, les libertés consacrées dans le droit primaire peuvent être considérées comme la base de l'harmonisation.<sup>173</sup> Sur la base juridique de ces libertés, les directives (A) ont donné lieu à une législation *dense* et *complexe* (B).

### A. Le recours aux directives

Pour expliquer l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'UE comme un processus en évolution, il est important de connaître les directives en perspective chronologique et les matières légiférées. Le même titre de chaque directive identifie les matières traitées. En suivant la doctrine des publicistes, comme les professeurs Ubaud-Bergeron<sup>174</sup>, Dubois et Blumann<sup>175</sup> en France, la construction progressive du droit des contrats publics de l'UE comprend quatre générations de directives. Nous utiliserons aussi cette classification (*ratione temporis*) de quatre générations à partir de la directive 70/32/CEE de 1969. Cependant, il y a d'autres juristes, comme le britannique Peter Treppe, qui considèrent que les « *early directives* » de 1964<sup>176</sup> méritent une reconnaissance ici parce que, d'un côté, « *in the case of public procurement, this meant a prohibition on national measures excluding* »<sup>177</sup> et, d'un autre côté, parce que la directive 64/428/CEE<sup>178</sup> annonçait que « Pour autant que la délivrance d'une autorisation est subordonnée à la preuve de capacités techniques, l'État membre d'accueil prend en considération les travaux effectués hors de son territoire au même titre que les travaux effectués sur ce territoire »,<sup>179</sup> ce qui ouvre la porte à la valorisation de l'expérience indépendamment du lieu d'acquisition de cette expérience. Ce critère est intéressant non seulement pour le droit de l'UE mais aussi pour la construction du

---

<sup>173</sup> Sur cet aspect, voir: ARROWSMITH (S), *The Law of the Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005 pp. 181-247; TREPTE (P), *Public Procurement in the UE, a Practitioner's Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-27.

<sup>174</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 40-41.

<sup>175</sup> BUBOIS (L) et BLUMAN (C), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015, p. 752-754.

<sup>176</sup> Directive 64/428/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964 et la directive 64/429/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964.

<sup>177</sup> TREPTE (P), *Public Procurement in the UE*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>178</sup> Directive 64/429/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964, concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées de transformation relevant des classes.

<sup>179</sup> Paragraphe 5 de l'art. 6.

droit international des contrats publics dans la mesure où l'ouverture des contrats publics au marché international exige la prise en compte de l'expérience des entreprises.

Pour nous contextualiser dans le cadre de l'harmonisation, nous exposerons les trois premières générations de directives comme un reflet fidèle de la lente évolution (1) et, dans le cadre de cette évolution, nous aborderons les directives de quatrième génération qui apparaissent comme un élément de perfection d'une harmonisation préexistante (2)

### **1. Les trois premières générations de directives, le reflet d'une harmonisation lente**

Si l'harmonisation implique un processus d'évolution du droit des contrats publics de l'UE à travers le temps, d'abord, il est indispensable de retenir la dénomination des directives de l'harmonisation entre 1969 et 2004: la première génération de directives (i), la deuxième génération de directives (ii) et la troisième génération de directives (iii).

#### *(i) La première génération de directives*

Il est reconnu que, à la fin des années soixante et au début des années soixante-dix, les directives tendaient à établir un « minimum des règles » et ces directives ont été décrites comme normes peu efficaces en raison de l'absence de sanction<sup>180</sup>; mais ces directives sont inéluctables dans l'harmonisation au fil du temps. En cette époque les directives suivantes étaient en vigueur:

- En 1969: la Directive 70/32/CEE de la Commission, concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales de droit public,
- En 1971: la Directive 71/304/CEE du Conseil, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales,

---

<sup>180</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs*, op. cit. p. 40 (en citant et en partageant avec BRÉCHON (C), « L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976 », *RFDA*, 1989, p. 8).



- La même année: la Directive 71/305/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et
- En 1976: la Directive 77/62/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures,
- En 1980, la Directive 80/767/CEE du Conseil, du 22 juillet 1980, adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

Cette génération de directives a le mérite d'avoir introduit les premières règles spécifiques en matière de contrats publics, ce qui révélerait que l'harmonisation du droit des contrats publics n'était pas dans l'esprit des promoteurs de l'intégration européenne, du moins à court terme. Le contenu de ces lignes directrices dans son ensemble était favorable à l'ouverture du marché. Toutefois, dans la pratique, on dit que cette génération de directives a été considérée comme une génération de directives qui s'est caractérisée par le non-respect « généralisé »<sup>181</sup> de ses règles.

*(ii) La deuxième génération de directives*

En poursuivant l'évolution du droit des contrats publics dans l'UE, une nouvelle génération de directives s'occupait des aspects substantifs et d'aspects contentieux essayant de promouvoir la libre concurrence. De l'avis de la professeure Ubau-Bergueron, cette époque a marqué le développement du droit européen des contrats publics par le « degré de contraintes procédurales imposées mais également par l'adoption de directives instituant des voies de recours ».<sup>182</sup> Dans cette deuxième génération de directives, l'intensité d'une coordination déjà fût notoire à travers des suivantes directives:

- En 1988: la Directive 88/295/CEE du Conseil, modifiant la directive 77/62/CEE du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE,

---

<sup>181</sup> MORENO (J) et CANCINO (R), *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea-México*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018, p. 115.

<sup>182</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs, op. cit*, p. 40

- En 1989: la Directive 89/440/CEE du Conseil, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux,
- La même année: la Directive 89/665 du Conseil, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (modifiée par la directive 92/50 du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services),
- 1990: la Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,
- 1992: la Directive 92/50/CEE du conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997),
- 1993: La Directive 93/36 du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (modifiée par la directive 97/52/CE, 13 octobre 1997),
- La même année: la Directive 93/37 du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (modifiée par la directive 97/52/CE du Conseil, 13 octobre 1997), et
- La même année: la Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

En vertu de son contenu, cette génération de directives est reconnue comme la génération de directives qui a souligné l' « exigence de procédures unifiées »<sup>183</sup> dans la passation.

*(iii) La troisième génération de directives*

Dans une troisième époque, l'harmonisation a été plus accentuée parce que les directives « ont été adoptés: visant à harmoniser et simplifier les règles de passation »<sup>184</sup>, en vertu des directives suivantes:

---

<sup>183</sup> MORENO (J) et CANCINO (R), *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea-México, op. cit*, p. 118.

<sup>184</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs, op. cit.* p. 40.

- En 2004, la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et
- la même année, la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.<sup>185</sup>

A cette époque, deux directives importantes ont été adoptées en matière de passation:

- En 2007, la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics,<sup>186</sup> et
- En 2009, la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité (et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE).

Après ces directives, le droit des contrats publics commença à prendre consistance. Cependant, on dit que cette génération de directives est considérée comme un « échec »<sup>187</sup> en ce qui concerne l'utilisation des nouvelles technologies parce que la technologie est restée discrétionnaire et non comme une obligation.<sup>188</sup> Aujourd'hui, cette troisième génération de

---

<sup>185</sup> Cette Directive a été modifiée par la Directive 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 modifiant l'annexe XX de la Directive 2004/17/CE et l'annexe VIII de la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil sur les marchés publics.

<sup>186</sup> Voir: TORRICELLI (S), « Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours », in *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts* (FOLLIOU-LALLIOT (L) et TORRICELLI (S), éditrices), Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 473-493.

<sup>187</sup> MORENO (J) et CANCINO (R), *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea-México*, op. cit, p. 118-119.

<sup>188</sup> *Idem.*

directives est décrite comme l' « *old regime* »<sup>189</sup> des contrats publics à cause de la quatrième génération, qu'on va exposer ci-après.

## 2. Les directives de « quatrième génération », le perfectionnement de l'harmonisation

Le 2014 a été une année charnière pour l'harmonisation dans l'UE parce que la « quatrième génération » de directives a été adoptées. Ces nouvelles directives dépasseraient déjà la « logique de l'harmonisation »<sup>190</sup> propre des directives précédentes et le droit de l'UE préfère « éviter des règles trop rigides et intrusives pour parvenir à la simplification et à l'efficacité ».<sup>191</sup>

Cette quatrième génération de directives comprend:

- La Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui est la première régulation autonome de l'UE en matière de concessions,
- la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et
- la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.<sup>192</sup>

Bien que chacune des directives de 2014 ait été faite pour des contrats différents, une lecture parallèle de ces directives permet d'apprécier plusieurs points communs tels que, par exemple, les principes communs dans le cadre du droit originaire et dérivé, le lien de ces

---

<sup>189</sup> CANTORE (C) et TOBAN (S), « Public Procurement in The UE », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), et al, éditeurs), Oxford University Press, 2017, p. 143.

<sup>190</sup> GIMENO FELIU (J), « La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad ». *Ponencia AEPDA*. Madrid, février, 2015, p. 1 < <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10493/11176> >.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> Il faut considérer aussi le Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 842/2011.

directives avec les traités internationaux, l'application des directives sous réserve de l'article 346 du TFUE concernant la sauvegarde de intérêts essentiels de la sécurité des Etats<sup>193</sup> ou simplement le délai de transposition (18 avril 2016).<sup>194</sup>

En ce qui concerne l'article 346 du TFUE, l'UE permet une flexibilité en ce qui concerne des contrats matière de sécurité et défense.<sup>195</sup> La même nature et l'objet de ces contrats peuvent justifier nuances<sup>196</sup> ou un régime spécifique.<sup>197</sup>

## **B. L'harmonisation du droit des contrats à travers une législation dense et complexe**

D'une manière générale, l'harmonisation représente une législation difficile à appréhender en première lecture. Il importe toutefois de souligner que l'harmonisation tend à préserver la

---

<sup>193</sup> « 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après:

a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,

b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.

2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent » (article 346).

<sup>194</sup> Art. 51 de la directive 2014/23, art. 90 de la directive 2014/24 et 106 de la directive 2014/25.

<sup>195</sup> Par exemple, en matière d'aides d'État, le tribunal de Luxembourg a confirmé la légalité des aides dans ce secteur. L'arrêt du 30 septembre 2003 (troisième chambre élargie) est illustrant. Sur la base de l'art 296 du Traité instituant la Communauté européenne (CE), celle-ci a précisé ci-après:

« 58. Le régime institué par l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE entend préserver la liberté d'action des États membres dans certaines matières touchant à la défense et à la sécurité nationales. Ainsi que le confirme son emplacement parmi les dispositions générales et finales du traité, il a, pour les activités qu'il vise et aux conditions qu'il énonce, une portée générale, susceptible d'affecter toutes les dispositions de droit commun du traité, notamment celles relatives aux règles de concurrence. En outre, en disposant qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prenne, en relation avec les activités concernées, les mesures «qu'il estime nécessaires» à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE confère aux États membres une discrétion particulièrement large dans l'appréciation des besoins participant d'une telle protection. 59. Dans ce contexte... une mesure d'aide sur la base de considérations liées à la nécessité de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité intérieure, les règles de la concurrence ne sont pas applicables à une telle aide d'État. Dans cette hypothèse bien précise, l'État membre concerné n'est donc pas tenu de notifier la mesure d'aide à l'état de projet à la Commission. À l'égard d'une telle aide, la Commission ne peut recourir à la procédure d'examen prévue à l'article 88 CE ». (T-26/01).

<sup>196</sup> Voir les arts. 15, 16 et 17 de la directive 24/2014.

<sup>197</sup> Voir : HEUNINCKX (B), « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides*, numéro 21/2011, paragraphe 70

< <https://journals.openedition.org/pyramides/795?lang=en#text> >.

transparence (qui est un « prérequis »<sup>198</sup> pour l'égalité de traitement), la non-discrimination, l'*accountability*, l'objectivité et la justice<sup>199</sup> au milieu de la densité législative et de la complexité.

En effet, comme nous le savons, il n'existe pas un seul texte d'harmonisation, mais fondamentalement trois directives différentes (2014/23, 2014/24 et 2014/25).<sup>200</sup> Chaque Directive a ses propres règles et champ d'application. Ceci est la conséquence de deux réalités incontournables: d'une part, en raison de l'objet, tous les contrats ne sont pas égaux<sup>201</sup>; et, d'autre part, l'UE a légiféré en tenant compte de cette réalité. En résumé, il est presque impossible d'établir les mêmes règles, y compris la passation, pour tous les types de contrats, sans préjudice de l'application des principes communs du marché intérieur aux différents contrats.

Il convient également de noter que chaque directive implique un long texte<sup>202</sup> en utilisant un langage inhabituel ou inconnu pour les profanes en la matière. Une lecture rapide de l'ensemble normatif est une lecture impossible sans connaître le langage technique de

---

<sup>198</sup> HALONEN (K-M), « Many faces of transparency in public procurement », in *Transparency in EU Procurements* (HALONEN (K-M), *et al*, éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 8.

<sup>199</sup> Le professeur Christopher H. Bovis résume et explique l'existence des principes sous-jacents (*underlying legal principles*) de la manière suivante: « *The procurement directives seek to serve the following five principles: (i) transparency, through the mandatory publicity and monitoring requirements of public contracts (ii) non discrimination, through the application of standardized selection and qualification procedures, and uniform award procedures (iii) objectivity, through the application of standardization and of award criteria for public contracts which do not permit preferential treatment (iv) accountability, through the obligation of reasoning and the monitoring of public contract awards and (v) justiciability, through redress and access to justice* ».

BOVIS (Ch), « Public Procurement Regulation », in *Specialized Administrative Law of the European Union: A Sectorial Review* (HOFMANN (H) *et al*, éditeurs), Oxford University Press, 2018, p. 483.

<sup>200</sup> Sans oublier la Directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité (2009/81/CE).

<sup>201</sup> Fait intéressant, la professeure Laure Marcus explique que l'objet des contrats publiques « contribue, parallèlement à la notion de contrat et au critère organique, à déterminer le régime... La pluralité... traduit enfin la diversité de leurs objets ». Les divers contrats « se déclinent en une variété de catégories... spéciaux dont les différences de régime sont irréductibles... Si le critère de l'objet est le vecteur de l'hétérogénéité..., il peut servir à leur remise en ordre en fondant une nouvelle typologie », MARCUS (L), *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010, p. 549.

<sup>202</sup> Les trois directives occupent 374 pages du *Journal officiel de l'Union européenne* (L 94) du 28 de mars 2014.

l'harmonisation ou sans s'arrêter pour vérifier les définitions.<sup>203</sup> De même, la lecture de chaque directive d'harmonisation exige une attention particulière en matière de renvois. Les renvois dans le cadre de ces directives ont une triple direction: vers les mêmes directives, vers d'autres textes juridiques de l'UE et vers des textes d'autres organisations internationales.

D'ailleurs, le texte des directives est complètement illisible en termes juridiques sans ses annexes<sup>204</sup>; les règles établies par chaque directive ont des exceptions aux règles, ce qui accroît la complexité et la densité normative.<sup>205</sup>

La densité et la complexité du droit des contrats publics dans l'UE oblige à ordonner les règles d'harmonisation en fonction de son champ d'application.<sup>206</sup> Le champ d'action des règles d'harmonisation comprend divers thèmes, comme le professeur Stéphane de la Rosa résume de façon ordonnée: « les parties aux contrats »<sup>207</sup>, « l'objet des contrats »<sup>208</sup>, « la définition des seuils »<sup>209</sup>, « les réglementations spécifiques »<sup>210</sup> et « les exclusions ».<sup>211</sup> Dans ce contexte, une question émerge quant à l'objet de cette harmonisation dense et complexe?: Les contrats de concession (1) et les marchés publics (2), selon les définitions et renvois de chaque directive.

## **1. La densité et la complexité dans l'harmonisation des concessions: la directive 2014/23**

Comme nous le savons, le contrat de concession est souvent utilisé pour les travaux d'ingénierie ou la gestion de services tels que le gaz ou l'électricité, ou en matière

---

<sup>203</sup> Art. 5 de la directive 2014/23; art. 2 de la directive 2014/24 et art. 2 de la directive 2014/25.

<sup>204</sup> Les 47 annexes des trois directives de 2014 sont indispensables parce que, sans les annexes, il n'est pas possible de savoir si un contrat est couvert (ou non) par une directive d'harmonisation.

<sup>205</sup> Dans ce contexte, la clarté devient une nécessité pour éviter l'insécurité juridique, comme le législateur lui-même avertit déjà: « L'absence, au niveau de l'Union, de règles claires... crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur ». Considération 1 de la directive 2014/23.

<sup>206</sup> Voir: DE LA ROSA (S), *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, dès la p. 127.

<sup>207</sup> *Idem*, voir pp. 127-159.

<sup>208</sup> *Idem*, voir pp. 161-198.

<sup>209</sup> *Idem*, voir pp. 199-207.

<sup>210</sup> *Idem*, voir pp. 209-237.

<sup>211</sup> *Idem*, voir pp. 239-279.

d'autoroutes. Dans ce contexte, il importe de souligner que la concession est un type particulier de contrat caractérisé par une autonomie par rapport aux marchés publics.<sup>212</sup> « Concessions » et « marchés publics » ne sont pas synonymes. La jurisprudence du tribunal de Luxembourg a souligné l'autonomie des contrats de concession en précisant l'existence d'un risque d'exploitation.<sup>213</sup> Les juristes Pietro Missanelli et Vincenzo Randazzo résumant en fautilant sur la base la jurisprudence, la notion de concession de la manière suivante:

« l'attribution à un privé d'un droit d'exploiter un service ou des travaux pour lesquelles une autorité publique serait normalement responsable, la rémunération consistant dans ce droit d'exploitation, seul ou accompagné d'un prix, et notamment le transfert du risque économique inhérent à cette exploitation<sup>214</sup>; l'absence complète duquel ne pouvant qu'indiquer que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession »<sup>215</sup>.<sup>216</sup>

D'ailleurs, un contrat de concession peut aussi impliquer l'existence d'un investissement international en raison des traités internationaux existant entre l'État ou l'entité publique

---

<sup>212</sup> Voir la *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, 2000/C 121/02. *Journal officiel* n° C 121 du 29/04/2000, p. 2-3.

<sup>213</sup> Considérant 18 de la directive 23/2014: « Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif ».

<sup>214</sup> Arrêt du 13 octobre 2005 sur l'affaire *Parking Brixen* (C-458/03), paragraphe 40; arrêt du 18 juillet 2007 sur l'affaire *Commission c. l'Italie* (C-382/05), paragraphe 34; arrêt du 13 novembre 2008 sur l'affaire *Commission c. l'Italie* (C-437/07) paragraphe 29.

<sup>215</sup> Arrêt du 10 septembre 2009 sur l'affaire *WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs* (C-206/08), paragraphe 68.

<sup>216</sup> RANDAZZO (V) et MISSANELLI (P), « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *Revue du droit de l'Union Européenne*, numéro 4/2014, p. 670.



cocontractant et l'État de nationalité du concessionnaire. Nous reviendrons ultérieurement sur ce sujet. Pour le moment, nous soulignons simplement que les concessions peuvent être une modalité des investissements, ce qui place la concession dans un cadre juridique spécifique du droit international.

Le contrat de concession dans le cadre de l'harmonisation de l'UE nous oblige à identifier ce contrat (i), remarquer le facteur risque et les contrats exclus et préciser le seuil (ii). Dans ce contexte, on va déterminer si un contrat est (ou non) couvert par la directive (iii).

*(i) La définition des concessions concernées dans la directive 2014/23*

Dans le cadre de la directive 2014/23, le paragraphe 1 de l'article 5 définit la concession comme un contrat *écrit et onéreux* qui comprend des travaux ou des services.<sup>217</sup> En tout état de cause, le risque à la charge du concessionnaire est un facteur incontournable pour les contrats de concession.

*(ii) Le facteur risque, les contrats exclus et le seuil*

En ce qui concerne le facteur du risque<sup>218</sup>, le tribunal de Luxembourg a précisé que le risque pris par le concessionnaire n'est pas nécessairement un risque absolu, mais il doit comprendre

---

<sup>217</sup> La directive distingue entre l'harmonisation des « concessions de travaux » et l'harmonisation de la « concession de services » au sens que (nous soulignons):

a). « concession de travaux », est « un contrat... par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix »; et

b) « concession de services » est « un contrat... par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix... ».

<sup>218</sup> « Aux fins de la présente directive... L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable » (art. 5). Nous soulignons.

« au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt ». <sup>219</sup> Sans le facteur risque <sup>220</sup>, la concession dans le cadre de la directive 2014/23 est inexistante.

En outre, selon la directive 2014/23, celle-ci n'est pas applicable à tous les contrats de concession, mais celle s'applique aux concessions « dont la valeur est égale ou supérieure à 5.186.000 EUR ». <sup>221</sup> Ce chiffre « est remplacé par celui «5 225 000 EUR» », en vertu du Règlement délégué (UE) 2015/2172. <sup>222</sup> En tout cas, le seuil implique une barrière économique, ou monétaire, dans l'application des règles de la directive.

D'ailleurs, il convient de préciser que la directive 2014/23 n'est pas applicable dans le cadre de toutes les concessions. <sup>223</sup> À cet égard, la directive prévoit des exclusions telles que: les exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques <sup>224</sup>; dans le domaine de l'eau <sup>225</sup>; dans les concessions attribuées aux entreprises liées <sup>226</sup>; dans les concessions attribuées à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise <sup>227</sup>; dans les activités directement exposées à la concurrence par l'application de l'article 35 de la directive 2014/25 sur les contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux <sup>228</sup>; et dans les concessions entre entités dans le secteur public. <sup>229</sup>

---

<sup>219</sup> Arrêt du 10 septembre 2009 (troisième chambre) sur l'affaire *WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs* (C-206/08), paragraphe 77.

<sup>220</sup> L'arrêt du 10 novembre 2011 de la Cour de Luxembourg (deuxième chambre) sur l'affaire *Norma-A SIA et Dekom SIA contre Latgales plānošanas reģions* (C-348/10) a précisé que le risque « lié à l'exploitation doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (voir, en ce sens, arrêt *Eurawasser*, précité, point 67), lequel peut notamment se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (voir, en ce sens, arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, précité, point 37) », paragraphe 48. Dans cette ligne, l'arrêt du 21 mai 2015 du tribunal de Luxembourg (septième chambre) (C-269/14), paragraphe 33.

<sup>221</sup> Paragraphe 1 de l'art. 8. Sur la révision du seuil, voir l'art. 9.

<sup>222</sup> Art. 1 du Règlement délégué (UE) 2015/2172 de la Commission du 24 novembre 2015, modifiant la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.

<sup>223</sup> Voir: l'art. 10.

<sup>224</sup> Voir: l'art. 11.

<sup>225</sup> Voir: l'art. 12.

<sup>226</sup> Voir: l'art 13 et l'art. 15.

<sup>227</sup> Voir: l'art. 14 et l'art. 15.

<sup>228</sup> Voir: l'art. 16. Voir les arts. 34 et 35 de la directive 2014/25.

<sup>229</sup> Voir: l'art. 17.

(iii) *La détermination du contrat couvert*

En dehors du seuil et des contrats exclus, il est impossible de connaître les concessions couvertes par l'harmonisation de l'UE sans la pleine identification des « pouvoirs adjudicateurs »<sup>230</sup> et des « entités adjudicatrices ».<sup>231</sup> Dans le cadre de la directive 23/2014, les définitions<sup>232</sup> des « pouvoirs adjudicateurs » et des « entités adjudicatrices » et l'annexe II<sup>233</sup> permettent de poursuivre l'identification des contrats couverts. Cela nous avance l'idée

---

<sup>230</sup> En ce sens, le terme « pouvoirs adjudicateurs » comprend: « l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, autres que les autorités, organismes ou associations qui exercent l'une des activités visées à l'annexe II, et qui attribuent une concession ayant pour objet l'exercice d'une de ces activités » (art.6). Nous soulignons .

<sup>231</sup> Le terme « entités adjudicatrices » comprend: « les entités qui exercent l'une des activités visées à l'annexe II et qui attribuent une concession pour l'exercice de l'une de ces activités, et qui sont:

a) soit l'État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public, ou une association formée par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public;

b) soit une entreprise publique au sens du paragraphe 4 du présent article;

c) soit une entité autre que celles visées aux points a) et b) du présent paragraphe mais qui opère sur la base de droits spéciaux ou exclusifs, conférés pour l'exercice d'une des activités visées à l'annexe II » (art. 7). Nous soulignons.

<sup>232</sup> Voir les dernières notes de bas de page.

<sup>233</sup> La présente annexe établit ce qui suit: (regarder la quantité de renvois dans le cadre de la complexité et de la densité).

« Les dispositions de la présente directive concernant les concessions attribuées par des entités adjudicatrices s'appliquent aux activités suivantes:

1). Dans le domaine du gaz et de la chaleur:

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur;

b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur. L'alimentation par une entité adjudicatrice visée à l'article 7, paragraphe 1, points b) et c), en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1 lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

(i) la production de gaz ou de chaleur par l'entité adjudicatrice est la conséquence inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles visées au présent paragraphe ou aux paragraphes 2 et 3 de la présente annexe;

(ii) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 % au maximum du chiffre d'affaires de ladite entité adjudicatrice sur la base de la moyenne des trois dernières années, y compris l'année en cours. Aux fins de la présente directive, l'alimentation en gaz comprend la génération/production ainsi que la vente en gros et au détail de gaz. Toutefois, la production de gaz par extraction relève du champ d'application du paragraphe 4 de la présente annexe.

2). Dans le domaine de l'électricité:

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité;

b) l'alimentation de ces réseaux fixes en électricité.

Aux fins de la présente directive, l'alimentation en électricité comprend la production ainsi que la vente en gros et au détail d'électricité.

L'alimentation en électricité des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice visée à l'article 7, paragraphe 1, points b) et c), n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1 lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

d'une flexibilité ou d'une fragilité de l'harmonisation dans la mesure où l'harmonisation de la directive ne couvre pas toutes les concessions. En résumé, la densité et la complexité sont indiscutables.

## **2. La densité et la complexité dans les marchés publics: les directives 2014/24 et 2014/25**

En ce qui concerne les marchés publics, l'harmonisation dans le cadre des directives de 2014 fait une différence entre les marchés publics (i) et les marchés des entités opérant dans les secteurs l'eau, l'énergie, des transports et des services postaux (ii).

---

a) la production d'électricité par l'entité adjudicatrice concernée résulte du fait que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées au présent paragraphe ou aux paragraphes 1 et 3 de la présente annexe;

b) l'alimentation du réseau public dépend uniquement de la propre consommation de l'entité adjudicatrice et n'a pas dépassé 30 % de la production totale d'énergie de ladite entité adjudicatrice sur la base de la moyenne des trois dernières années, y compris l'année en cours.

3). Activités portant sur la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux qui fournissent un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble: En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est réalisé dans les conditions d'exploitation fixées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.

4). Activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre un aéroport, un port maritime ou intérieur ou d'autres terminaux à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux.

5). Activités relatives à la fourniture:

a) de services postaux;

b) d'autres services que des services postaux, pour autant que ces services soient réalisés par une entité réalisant également des services postaux au sens du second alinéa, point ii), du présent paragraphe et que les conditions fixées à l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE ne soient pas remplies en ce qui concerne les services relevant du second alinéa, point ii).

Aux fins de la présente directive et sans préjudice de la directive 97/67/CE, on entend par:

(i) « envoi postal », un envoi adressé sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé, quel que soit son poids. Outre les envois de correspondance, ces envois comprennent par exemple des livres, des catalogues, des journaux, des périodiques et des colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale, quel que soit leur poids;

(ii) « services postaux », des services qui consistent en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux, qu'ils relèvent ou non du champ d'application du service universel établi conformément à la directive 97/67/CE;

(iii) « services autres que les services postaux », des services fournis dans les domaines suivants:

- services de gestion des services de messagerie (aussi bien les services précédant l'envoi que ceux postérieurs à l'envoi, y compris les «services de gestion du traitement du courrier»);

- services concernant des envois postaux non compris au point a) tels que le publipostage ne portant pas d'adresse.

6). Activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

a) d'extraire du pétrole ou du gaz;

b) de procéder à la prospection ou à l'extraction de charbon ou d'autres combustibles solides ».

*(i) La définition des marchés publics et la couverture de la directive 2014/24*

La directive 2014/24 est une directive de 94 articles, 78 pages et 15 annexes incontournables pour connaître les marchés publics couverts et cette directive annonce ce qui suit:

« 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours...

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique ». <sup>234</sup>

Pour une plus grande précision, le paragraphe 5 de l'article 2 de cette directive délimite le terme « marchés publics », et selon lequel ce sont les: « Contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux<sup>235</sup>, la fourniture de produits<sup>236</sup> ou la prestation de services ». <sup>237</sup> Cette définition n'est pas suffisante pour pouvoir déterminer les marchés publics couverts par la directive 2014/24 parce qu'il est nécessaire de connaître différents seuils<sup>238</sup> et ses modifications<sup>239</sup> pour adapter le seuil conformément à l'accord plurilatéral de

---

<sup>234</sup> Art. 1.

<sup>235</sup> Sur ce terme, le paragraphe 6 précise que « marchés publics de travaux » sont les marchés publics ayant « l'un des objets suivants: a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II; b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage; c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

<sup>236</sup> Sur ce terme, le paragraphe 8 précise que les « marchés publics de fournitures », sont « les marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation ».

<sup>237</sup> Voir le paragraphe 9 et faire attention le renvoi qu'il y a là.

<sup>238</sup> Voir l'art. 4.

<sup>239</sup> Voir l'art. 1 du Règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission du 24 novembre 2015 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés. L'art. 1 de ce Règlement délégué a modifié se seuil:

« La directive 2014/24/UE est modifiée comme suit:

1) L'article 4 est modifié comme suit:

a) au point a), le montant «5 186 000 EUR» est remplacé par celui «5 225 000 EUR»;

b) au point b), le montant «134 000 EUR» est remplacé par celui «135 000 EUR»;

2012 sur les marchés publics au sein de l'OMC (AMP 2012), il faut vérifier les « pouvoirs adjudicateurs » de chaque contrat et il faut vérifier s'il s'agit (ou non) d'un contrat exclu du domaine d'application de la directive.<sup>240</sup>

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, la directive identifie ce concept avec « ...l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». <sup>241</sup> Cette description ne suffit pas à identifier si un marché public est (ou n'est pas) couvert par la directive parce que les renvois et les annexes sont imposés. Pour vérifier si un marché public est (ou non) couvert, il est nécessaire de vérifier:

- *ratione personae*, la liste des pouvoirs adjudicateurs, pays par pays (Annexe I<sup>242</sup>) et,
- *ratione materiae*, la liste d'activités couvertes (Annexe II).

Si une entité publique ou une activité ne sont pas dans ces listes ou si la valeur du contrat est en d'hors du seuil, la directive ne couvre pas le contrat. La fragilité se fait sentir encore un fois.

---

c) au point c), le montant «207 000 EUR» est remplacé par celui «209 000 EUR».

2) L'article 13, premier alinéa, est modifié comme suit:

a) au point a), le montant «5 186 000 EUR» est remplacé par celui «5 225 000 EUR»;

b) au point b), le montant «207 000 EUR» est remplacé par celui «209 000 EUR». ».

<sup>240</sup> Sur les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (voir l'art. 7), les marchés dans le domaine des communications électroniques (voir l'art.8), les marchés publics passés et concours organisés en vertu de règles internationales (voir l'art. 9), les marchés de services en quelques circonstances (voir l'art. 10), les marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif (voir l'art. 11), les marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public (voir l'art. 12).

<sup>241</sup> Paragraphe 1 de l'art. 2 de la directive. Considérant les entités publiques comme des entités qui peuvent engager la responsabilité internationale de l'État, il y a d'autres concepts importants dans le même paragraphe, qui doit être lu en tenant compte de l'annexe I:

2. « autorités publiques centrales », les pouvoirs adjudicateurs figurant à l'annexe I et, dans la mesure où des rectificatifs ou des modifications auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé;

3. « pouvoirs adjudicateurs sous-centraux », tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales;

4. « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes:

a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;

b) il est doté de la personnalité juridique; et

c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

<sup>242</sup> Nous omettons de le reproduire en raison de son extension.

(ii) *Les marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux: la directive 2014/25*

La directive 2014/25 est un instrument d'harmonisation pour quelques contrats spécifiques. Cette comprend 110 articles et 21 annexes en occupant 132 pages. Cette directive utilise le renvoi pour préciser que:

« ...passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché de fournitures, de travaux ou de services de travaux, de fournitures ou de services<sup>243</sup> par une ou plusieurs entités adjudicatrices auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdites entités, à condition que ces travaux, fournitures ou services soient destinés à l'exercice de l'une des activités visées aux articles 8 à 14 ». <sup>244</sup>

Pour éviter une lecture abstraite ou incompréhensible de l'harmonisation dans le cadre de cette directive, on va vérifier les matières visées aux articles 8 à 14, lesquelles sont: le gaz et chaleur<sup>245</sup>, l'électricité<sup>246</sup>, l'eau<sup>247</sup>, les services de transport<sup>248</sup>, les ports et aéroports<sup>249</sup>, les services postaux<sup>250</sup> et l'extraction de pétrole et de gaz et exploration et extraction de charbon et d'autres combustibles solides.<sup>251</sup> Cependant, une lecture de l'article 8 à l'article 14 n'est pas suffisant pour déterminer, *ratione materiae*, les contrats harmonisés par la directive 2014/25 parce qu'il faut tenir compte d'autres détails comme: le seuil et les exceptions<sup>252</sup>, les exclusions applicables aux entités adjudicatrices et les exclusions spéciales pour les secteurs

---

<sup>243</sup> Pour le concept de chaque type de contrat, voir les paragraphes de 1 à 5 de l'article 2.

<sup>244</sup> Paragraphe 2 de l'art. 1.

<sup>245</sup> Article 8. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>246</sup> Article 9. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>247</sup> Art. 10. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>248</sup> Art. 11. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>249</sup> Art. 12. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>250</sup> Art. 13. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>251</sup> Art. 14. Cet article spécifie l'application de la directive dans le cadre de cette activité.

<sup>252</sup> L'article 15 annonce ce qui suit : « À moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 18 à 23 ou conformément à l'article 34..., la présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

a) 414 000 EUR pour les marchés de fournitures et de services et pour les concours;

b) 5 186 000 EUR pour les marchés de travaux;

c) 1 000 000 EUR pour les marchés de services portant sur des sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XVII ». Nous soulignons.

de l'eau et de l'énergie<sup>253</sup>, la passation de marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité<sup>254</sup>, les relations spéciales en raison de la coopération en raison d'entreprises liées<sup>255</sup>, etc.

De même, pour terminer la connaissance de la couverture de la directive, il est nécessaire de vérifier, *ratione personae*, les pouvoirs « adjudicateurs »<sup>256</sup> et les « entités adjudicatrices ».<sup>257</sup> La complexité et la densité se font sentir une fois de plus, mais en même temps, cette complexité et cette densité sont aussi le reflet de l'ordre juridique sophistiqué que l'harmonisation a apporté.

## **§2. L'incontournable apport jurisprudentiel**

Les directives de 2014 dévoilent un degré élevé d'harmonisation juridique dans le cadre de l'ouverture du marché intérieur. La complexité et la densité normative sont notoires. Cependant, aux origines de l'harmonisation, les règles n'ont pas toujours été précises parce qu'il y a eu des incertitudes au sein des États. Dans ce contexte, la jurisprudence du tribunal de Luxembourg devient aussi une sorte de recueil d'un ensemble de doutes et d'incertitudes au sein des États.

Les précisions jurisprudentielles au sein de l'UE comprennent différentes matières comme, par exemple, l'applicabilité du droit originaire dans le cadre de tous les contrats publics. Effectivement, la teneur littérale des anciennes directives d'harmonisation excluait quelques contrats de son champ d'application. La justice communautaire a entendu que l'exclusion d'un contrat public d'une directive déterminée n'implique pas l'inapplicabilité du droit originaire, surtout en ce qui concerne le principe de non-discrimination. Dans ce sens, on reconnaît que la jurisprudence a donné lieu à un droit « prétorien »<sup>258</sup> au milieu de

---

<sup>253</sup> Voir: les arts. 18 à 23.

<sup>254</sup> Voir: les arts. 24 à 27.

<sup>255</sup> Voir: les arts. 28 à 31.

<sup>256</sup> Voir: l'art. 3.

<sup>257</sup> Voir: l'art. 4.

<sup>258</sup> GIMENO (J-M), « La "codificación" de la contratación pública mediante el Derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE », *Revista española de derecho administrativo*, numéro 172, 2015, p. 81.



l'incertitude. En effet, cette jurisprudence a été reconnue comme un élément « *vertébrateur* »<sup>259</sup> du droit des contrats publics de l'UE. Cette jurisprudence permet de connaître l'évolution du droit des contrats publics dans la mesure où le tribunal de Luxembourg clarifiait les incertitudes (A). Les interprétations de ce tribunal constituent un tissu jurisprudentiel pour renforcer l'égalité et la légalité (B).

## **A. Le juge de l'UE à la recherche de cohérence**

Un regard rétrospectif de la jurisprudence nous permet d'examiner la pertinence du droit originaire (1). Cette jurisprudence remarque le lien entre la non-discrimination, l'égalité de traitement et la transparence (2).

### **1. La pertinence du droit originaire (ou primaire)**

Dans de cadre de l'incertitude des autorités nationales, la jurisprudence a fait prévaloir les principes du droit originaire du marché intérieur. Par exemple, l'arrêt du 9 juillet 1987 de la CJCE (sixième chambre)<sup>260</sup> sur l'affaire *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et autres pour les autoroutes des Ardennes et autres*, avait précisé, en raison d'une interprétation de la directive 71/305/CEE, ce qui suit:

« La directive n'établit donc pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive. Dans le cadre des règles communes qu'elle contient, les États membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services ». <sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> GIMENO (J-M), « La nueva regulación europea de la contratación pública y su transposición en España », *Nueva Época*, numéro 4, 2017, p. 9.

<sup>260</sup> Cet arrêt est conséquence des demandes de décision préjudicielle du Conseil d'Etat de la Belgique (affaires jointes 27/86, 28/86 et 29/86).

<sup>261</sup> Nous soulignons. Paragraphe 15.

Dans l'arrêt du 7 décembre 2000<sup>262</sup> sur l'affaire *Telaustria Verlags GmbH*, la CJCE a reconnu que la directive 93/38 ne contenait aucune disposition sur les contrats de concessions de services publics, mais elle a revendiqué la validité du principe de non-discrimination:

« il convient de relever que, nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». <sup>263</sup>

Avant de continuer, il est nécessaire de préciser que, dans la construction de l'ordre juridique des contrats publics de l'UE, la jurisprudence se prononçait sur la base du droit originaire et dérivé en vigueur à chaque moment. En ce contexte, le tribunal de Luxembourg a remarqué l'interdiction de toute discrimination en ce qui concerne la libre prestation des services. Ainsi l'arrêt sur l'affaire *Parking Brixen contre Gemeinde Brixen* du 13 octobre 2005<sup>264</sup> a précisé, avec beaucoup d'éloquence et sur la base de l'ancien Traité CE, ce qui suit:

« L'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité est énoncée à l'article 12 CE. Les dispositions du traité plus spécifiquement applicables aux concessions de services publics comprennent notamment l'article 43 CE, dont le premier alinéa énonce que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites, et l'article 49 CE, qui dispose, à son premier alinéa, que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ». <sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> Arrêt (sixième chambre) sur la demande préjudicielle du *Bundesvergabeamt de l'Autriche*, C-324/98.

<sup>263</sup> Paragraphe 60. En cette même direction, l'arrêt de la CJCE (quatrième chambre) du 13 septembre 2007 sur l'affaire *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, la jurisprudence a insisté à la nécessité de respecter le droit originaire, Paragraphe 22. L'arrêt dit aussi « voir, en ce sens, arrêts *Telaustria et Telefonadress*, précité, point 60; du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, point 16, ainsi que *Parking Brixen*, précité, point 46) ».

<sup>264</sup> C-458/03.

<sup>265</sup> Paragraphe 47. Nous soulignons.

Bien que les contrats publics n'aient pas été mentionnés dans le cadre des traités constitutifs de l'ancienne CE, la Cour démontre que les contrats publics ne pourraient pas être en dehors du marché intérieur en vertu des libertés communautaires.

## **2. Le lien entre la non-discrimination, l'égalité de traitement et la transparence**

La jurisprudence a arboré<sup>266</sup> et réaffirmé<sup>267</sup> l'obligation de transparence. Parmi la jurisprudence, l'arrêt du 13 septembre 2007 (quatrième chambre) sur l'affaire *Commission des Communautés européennes c. République italienne*<sup>268</sup> remarque la relation entre le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence au sens que:

« ...les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». <sup>269</sup>

Sur ce point, pour nous, la transparence commence par un élément subjectif dans l'esprit des fonctionnaires: l'intention de faire un contrat transparent. Dans ce contexte, il importe de souligner que la publicité est un élément fondamental pour une connaissance effective des appels d'offres dans le cadre du marché intérieur, ce qui réduit le risque d'opacité.

D'ailleurs, autour du principe de non-discrimination et du principe d'égalité de traitement, le tissu de jurisprudence réaffirme l'appartenance des contrats publics au droit du marché intérieur. Dans le cadre de ce tissu, on peut voir que la jurisprudence s'en remet constamment d'un arrêt et à l'autre en construisant et consolidant les bases de l'actuel droit européen des contrats publics de l'UE, comme on va voir.

---

<sup>266</sup> Paragraphe 49 de l'arrêt du 13 octobre 2005 sur l'affaire *Parking Brixen contre Gemeinde Brixen* (C-458/03).

<sup>267</sup> Arrêt du 15 octobre 2009 sur l'affaire *Acoset SpA*, paragraphe 49 (C-196/08).

<sup>268</sup> C-260/04.

<sup>269</sup> Paragraphe 24. L'arrêt dit de « voir, en ce sens, arrêts précités *Telaustria* et *Telefonadress*, points 61 et 62, ainsi que *Parking Brixen*, point 49 ».

## **B. Le tissu jurisprudentiel renforçant l'égalité et la légalité**

Pour expliquer le tissu jurisprudentiel et le jeu des critères de non-discrimination et d'égalité de traitement aux contrats publics dans la jurisprudence, il est important remarquer que l'arrêt du 13 octobre 2005<sup>270</sup> de la CJCE sur l'affaire *Parking Brixen contre Gemeinde Brixen* résumait:

« Selon la jurisprudence de la Cour, les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du 5 décembre 1989, *Commission/Italie...*). L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est également une expression spécifique du principe général d'égalité de traitement (voir arrêt du 8 octobre 1980, *Überschär...*). Dans sa jurisprudence relative aux directives communautaires en matière de marchés publics, la Cour a précisé que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires vise à ce que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, et ceci indépendamment de leur nationalité (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique...*). Il en résulte que le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve à s'appliquer à des concessions de services publics même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité ». <sup>271</sup>

Après cette précision, on peut ajouter, d'une part, que le principe de non-discrimination implique aussi l'interdiction de la discrimination indirecte et l'interdiction des interprétations contraires au droit originaire (1) et, d'autre part, qu'il y a un lien entre l'égalité de traitement et la libre concurrence impossible à omettre (2).

### **1. L'interdiction de la discrimination indirecte et des interprétations opposées au droit originaire**

La jurisprudence explique que la non-discrimination implique aussi l'interdiction de la discrimination indirecte. Le tribunal de Luxembourg a mis en évidence que la discrimination

---

<sup>270</sup> C-458/03.

<sup>271</sup> Paragraphe 48. Nous soulignons.

peut aussi apparaître d'une manière indirecte. Dans l'arrêt de la Grande chambre du 21 juillet 2005<sup>272</sup> sur l'affaire *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de Botti*, la chambre a commenté qu'une absence de circonstances objectives dans le cadre d'une différenciation de traitement peut être préjudiciable pour les entreprises établies dans un autre État de l'UE, si la différenciation est: « constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE ».<sup>273</sup> Actuellement, nous devons dire « interdite en application du droit original » (au lieu de l' « application des articles 43 CE et 49 CE »).<sup>274</sup> En tout cas, ce raisonnement est un élément important pour une éventuelle configuration d'un statut des candidats dans le cadre d'un éventuel droit international des contrats publics.<sup>275</sup>

En plus, la cour a précisé aussi qu'il n'est pas possible d'utiliser une directive pour appliquer le droit d'un État en violation du droit originaire. Dans l'arrêt de 20 mars 1990<sup>276</sup> sur l'affaire du *Pont de Nemours Italiana SpA et Unità sanitaria locale*, le tribunal a remarqué qu'une directive: «... ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle autoriserait l'application d'une législation nationale dont les dispositions violent celles du traité ».<sup>277</sup> Selon ce critère, l'interdiction d'interprétations contraires au droit originaire ne serait que l'acceptation d'un principe général du droit dans le domaine spécifique des contrats publics de l'UE: l'interdiction de l'abus du droit.

---

<sup>272</sup> Arrêt sur la demande préjudicielle du *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* (C-231/03).

<sup>273</sup> Le paragraphe 19 de l'arrêt dit de « voir notamment, en ce sens, arrêts du 10 mars 1993, *Commission/Luxembourg*, C-111/91, *Rec. p. I-817*, point 17; du 8 juin 1999, *Meeusen*, C-337/97, *Rec. p. I-3289*, point 27, et du 26 octobre 1999, *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, *Rec. p. I-7447*, point 33 et jurisprudence citée) ».

<sup>274</sup> « À moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, joue principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE (arrêt *Coname*, précité, point 19 et jurisprudence citée) », paragraphe 31 de l'arrêt du 13 novembre 2007 (grande chambre) (C-507/03).

<sup>275</sup> Dans la deuxième partie de cette thèse, nous développerons la possibilité d'une éventuelle élaboration d'un statut international du candidat.

<sup>276</sup> En réponse à la demande préjudicielle du *tribunale amministrativo regionale della Toscana* (C-21/88).

<sup>277</sup> Paragraphe 17.

## 2. L'égalité de traitement, un principe et une nécessité pour la libre concurrence

L'harmonisation du droit des contrats publics dans l'UE renforce le nécessaire respect des règles qui assurent la « *fair competition* ». <sup>278</sup>

En ce contexte, respecter le principe d'égalité, c'est un aspect incontournable. À ce sujet, l'arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 12 mars 2008 sur l'affaire *Evropaïki Dynamiki contre la Commission des Communautés européennes* <sup>279</sup> a fait une précision selon laquelle:

« l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs ». <sup>280</sup>

Pour être soumis aux mêmes conditions, il faut faire connaître les appels d'offres entre tous les opérateurs économiques, respecter les règles du droit de la concurrence et assurer l'absence totale de favoritisme et des conflits d'intérêts ou d'autres circonstances susceptibles de fausser le marché. Dans ce contexte, l'égalité nous fait penser à la publicité préalable des appels d'offres publics et à la transparence pour favoriser précisément la libre concurrence, comme nous le verrons dans la section 2 de ce chapitre.

### Conclusions de la section 1

L'harmonisation par le biais des directives et la jurisprudence permettent d'apprécier l'importance des règles primaires, depuis l'incertitude initiale jusqu'à la densité actuelle et la complexité réglementaire. Dans ce contexte, la jurisprudence a assumé trois fonctions:

---

<sup>278</sup> TREPTE (P), *Public Procurement in the UE*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>279</sup> T-345/03.

<sup>280</sup> Paragraphe 143: « voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, point 34, et *Universale-Bau e.a.*, point 142 *supra*, point 93 ».

a) Une fonction intégratrice de l'ordre juridique de l'UE face aux lacunes juridiques et/ou aux imprécisions des directives, soulignant la validité du droit originaire en ce qui concerne les matières non légiférées par le droit dérivé; ce qui met en valeur les avantages des questions préjudicielles et du dialogue entre les tribunaux nationaux et la cour de Luxembourg.

b) Un rôle d'orientation pour le législateur, tel qu'il ressort des directives du 2014.<sup>281</sup>

c) Un rôle pédagogique pour le secteur universitaire, non seulement dans le cadre des contrats publics de l'UE, mais aussi dans le droit de l'UE.

Dans ce contexte, on peut également vérifier que le rôle de la jurisprudence n'est pas seulement utile pour l'harmonisation du droit des contrats publics de l'UE, mais aussi pour expliquer la fonction intégratrice d'elle-même dans le cadre du droit d'intégration et dans le cadre de la théorie générale du droit.

## **Section 2. L'harmonie au-delà de la diversité des règles et principes**

L'existence de divers principes et règles applicables dans le cadre du droit des contrats publics demande une harmonie entre cette diversité de principes et de règles. Cette harmonie, si nécessaire entre la diversité des règles et principes existants, est fondamentale pour la construction du droit international des contrats publics. Au sein de l'UE, l'existence de plusieurs principes exige de maintenir l'harmonie entre les principes du droit originaire, le principe de libre concurrence et les principes des autres domaines juridiques concernés dans le cadre des marchés publics, tels que le principe de précaution du droit international de l'environnement. Cela étant noté, on va examiner l'existence de divers principes applicables dans le cadre du droit des contrats publics de l'UE (§1). D'ailleurs, on peut affirmer que l'harmonisation au sein de l'UE révèle et alimente une tendance à préserver l'harmonie entre

---

<sup>281</sup> Voir les considérants 4, 21, 29, 45, 64 et 75 de la directive 23/2014; les considérants 2, 10, 11, 31, 89, 97, 107 de la directive 23/2014; et les considérants 3, 4, 12, 13, 38, 94, 102, 113 et 127 de la directive 25/2014.

les règles des directives d'harmonisation de 2014 et le droit international des droits de l'homme (§2).<sup>282</sup>

### **§1. La variété des principes applicables dans le cadre du droit des contrats publics**

La phrase « principes applicables dans le cadre du droit des contrats publics de l'UE » impose de distinguer trois classes de principes<sup>283</sup>:

- a) les principes de droit originaire (notamment les principes du marché intérieur),
- b) les principes découlant des directives d'harmonisation; et
- c) les principes d'autres domaines juridiques susceptibles d'être applicables dans le cadre des contrats publics.

Les principes du marché intérieur du droit primaire constituent une base solide pour l'harmonisation (A). De même, les principes contenus dans les directives d'harmonisation ne ferment pas le passage à l'applicabilité des principes d'autres domaines du droit, comme c'est le cas des principes du droit de l'environnement, un domaine de l'UE mais aussi du droit international (B).

#### **A. La pertinence des principes du droit originaire et le marché intérieur**

L'application du droit originaire implique sauvegarder les dépenses publiques dans le cadre du marché intérieur (1). Dans ce contexte, la promotion de la libre concurrence dépend beaucoup de la transparence et des bonnes pratiques (2).

#### **1. Le droit originaire dans la perspective de la dépense publique**

La jurisprudence<sup>284</sup> et la doctrine indiquent que les contrats publics doivent respecter l'application des principes du droit originaire du marché intérieur dans et en hors des

---

<sup>282</sup> Avant de continuer, il est nécessaire de remarquer qu'il est très important de préserver l'harmonie entre tous les domaines du droit de l'UE en tant qu'ordre juridique régional et, en plus, l'harmonie entre le droit de l'UE et le droit international, y compris le droit des contrats publics de l'UE.

<sup>283</sup> Sans préjudice des principes généraux du droit.

<sup>284</sup> Arrêt de la CJCE du 14 juin 2007 (première chambre) sur l'affaire *Medipac-Kazantzidis AE contre Venizeleio-Pananeio* (PE.S.Y. KRITIS) (C-6/05), paragraphe 33.



directives d'harmonisation; c'est-à-dire, respecter les principes de non-discrimination, de libre circulation de marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services.<sup>285</sup> Dans ce contexte, respecter la libre concurrence est incontournable.

Dans cette ligne, n'oublions pas que quand on parle de contrats publics, on parle aussi de l'utilisation des fonds publics; et, dans ce contexte, l'application des principes du marché intérieur implique d'orienter les contrats publics à promouvoir la libre concurrence. Dans le même sens, nous savons déjà que la libre concurrence est précisément stimulée par la transparence et les bonnes pratiques, raison pour laquelle, on va remarquer, il ne pourrait jamais être acceptable que, dans la pratique, il puisse y avoir des contrats qui ne justifient pas leur budget ou leur existence même.<sup>286</sup>

## **2. La rétroaction entre libre concurrence et la transparence et les bonnes pratiques**

La libre concurrence n'est pas une abstraction juridique, mais un principe impliquant des obligations pour l'État (i) et pour les particuliers (ii).

*(i) Il est nécessaire que l'État respecte la transparence pour promouvoir la libre concurrence*

Comme les professeurs Aurore Garin et Joël Rideau coïncident, la transparence est « omniprésente dans le vocabulaire juridique »<sup>287</sup> et absente dans les traités constitutives.<sup>288</sup>

---

<sup>285</sup> DUBOUIS (L) et BLUMAN (C), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015, p. 251.

<sup>286</sup> Les dépenses publiques dans le cadre des contrats publics ne doivent pas s'écarter des principes du droit originaire. Cela nous ouvre la porte à vérifier l'utilité du droit originaire. Comme on l'a déjà résumé: « L'application des principes du marché intérieur à ces contrats garantit une meilleure affectation des ressources économiques et une utilisation plus rationnelle des fonds publics, les autorités publiques obtenant des produits et des services de la plus haute qualité disponible au meilleur prix du fait d'une concurrence plus vive. Donner la préférence aux entreprises les plus performantes du marché européen stimule la compétitivité des entreprises européennes et renforce le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et d'efficacité, réduisant ainsi le risque de fraude et de corruption », *Fiches thématiques sur l'Union européenne* < <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/34/marches-publics> >. Nous soulignons.

<sup>287</sup> RIDEAU (J), « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », in *La transparence dans l'Union Européenne. Mythe ou principe juridique* (sous la direction de lui-même), CEDORE, Institute de droit de la paix et du développement de l'Université de Nice, Paris, L.G.D.J, 1998, p. 1.

<sup>288</sup> GARIN (A), *Le droit d'accès aux documents: en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, Pedone, Paris, 2017, p. 38.

La moindre absence de transparence peut conduire à une féroce attaque contre la libre concurrence parce que cette circonstance ouvre les portes de la discrimination, du favoritisme, du conflit d'intérêts et de la corruption.<sup>289</sup>

Le professeur Laurent Richer résume, « la promotion juridique de la transparence... est un phénomène mondial »<sup>290</sup>, ce qui mérite une réponse des mêmes dimensions, comme nous verrons. Parfois, la corruption peut constituer une véritable œuvre d'« ingénierie »<sup>291</sup> politique et financier<sup>292</sup> où, « *excluding potential rivals, the cartel might be able to charge higher prices than it otherwise would and earn greater profits* ». <sup>293</sup> L'État a l'obligation de sauvegarder l'intégrité des contrats et la libre concurrence et, dans ce contexte, le droit pénal entre dans le cadre juridique de la prévention, de la coopération et des sanctions contre la corruption, toujours dans le cadre de la légalité internationale et du respect des droits de l'homme. Nous aborderons plus tard les questions pénales; pour le moment, nous poursuivrons la transparence dans le cadre de l'UE.

En 2004, parmi les commentateurs de la troisième génération de directives, le professeur François Llorens avait identifié l'utilité du principe de transparence avec l'obligation de

---

<sup>289</sup> Nous sommes d'accord avec la professeure Patrycja Szarek-Mason: « *If the EU stands for democracy and the rule of law, it should develop its own framework to ensure uniformly high anti-corruption standards throughout the Member States. Corruption undermines the rule of law and corrodes trust. It is therefore of fundamental importance that all the Member States have in place an effective system to fight corruption. For all these reasons, the EU should not leave the regulation of corruption only to intergovernmental cooperation at the international level* », SZAREK-MASON (P), *The European Union's Fight Against Corruption: The Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge University Press, 2010, p. 267.

<sup>290</sup> RICHER (L), « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. I, p. 117.

<sup>291</sup> Voir: ZACHARIAS (D), « Article XIII », in *WTO-Trade in Services: Trade in Services* (édité par Rüdiger Wolfrum, et al), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, vol. 6, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008, p. 275.

<sup>292</sup> À titre d'exemple, les professeurs Pierre-André Hudon et César Garzón expliquent une forme de corruption: « *..., many elected and public officials who testified before the Commission of Inquiry on the Awarding and Management of Public Contracts in the Construction Industry... explained...: municipal governments award contracts to construction companies who, in turn, illegally finance political parties through a straw-man scheme. In order to generate the profits needed to make these political contributions, construction firms use many collusion and corruption strategies: they collude to increase the base price of contracts; they also engage in corruption to lead authorities to favor some projects over others, make lucrative contract modifications, or influence members of the selection committee* », HUDON (P-H) et GARZON (C), « Corruption in public procurement: entrepreneurial coalition building », *Crime Law and Social Change*, 2016, vol. 66, p. 292.

<sup>293</sup> Voir: CLARK (R), GAUTHIER (J-F), COVIELLO (D) et SHNEYEROV (A), « Bid Rigging and Entry Deterrence in Public Procurement: Evidence from an Investigation into Collusion and Corruption in Quebec », *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, numéro 3, 2018, p. 302.

publicité.<sup>294</sup> En effet, par bon sens, sans publicité, en ce qui concerne les appels d'offres publiques, difficilement on peut parler de pleine transparence, d'égalité et de non-discrimination. Comme l'a souligné la Cour de Luxembourg, l'égalité « implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier » le respect pour l'égalité et la non-discrimination.<sup>295</sup> La jurisprudence a remarqué que l'égalité de traitement implique transparence.<sup>296</sup> Dans cette optique, les directives de quatrième génération imposent des obligations claires de transparence.<sup>297</sup> Toutefois, le déficit technologique dans le cadre des contrats publics pourrait remettre en question la rigueur de la transparence.<sup>298</sup>

D'ailleurs, on va voir le respect de la libre concurrence par les particuliers comme une question préliminaire pour la lutte contre les ententes que nous aborderons dans la deuxième partie de cette thèse.

*(ii) La nécessité de respecter la libre concurrence par les opérateurs économiques: les pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des contrats publics*

De toute évidence, la libre concurrence et la transparence exigent d'éviter pratiques anticoncurrentielles. Cela signifie que, dans le cadre des contrats publics, les opérateurs économiques doivent respecter les règles et l'égalité entre les opérateurs économiques. Par conséquent, les opérateurs économiques, entre autres mauvaises pratiques, ne devraient

---

<sup>294</sup> LLORENS (F), « Le principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, 5ème année, numéro 1, janvier 2004, pp. 5-8.

<sup>295</sup> « Il ressort également de la jurisprudence que ledit principe implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (voir, notamment, arrêts du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 45, et du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 91) ». Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 29 avril 2004 sur l'affaire *Commission des Communautés européennes contre CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, paragraphe 109.

<sup>296</sup> L'arrêt de 12 décembre 2002 sur l'affaire *Universale-Bau AG* résume: « En effet, le principe d'égalité de traitement, qui constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect », C-470/99, paragraphe 91. Celle dit « Voir, notamment, arrêts du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 61, et du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 45) ».

<sup>297</sup> Section 2 (Publication et transparence) et section 3 du Chapitre III du Titre II de la directive 2014/24. Art. 3, paragraphe 2 de l'art. 7, art. 35, paragraphe 3 de l'art. 37 et l'annexe III de la directive 2014/23. Section 2 (Publication et transparence), art. 93 et l'Annexe II de la directive 2014/25.

<sup>298</sup> Voir la Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics, paragraphe 26 (2017/2278(INI)).

pas<sup>299</sup> conclure des accords anticoncurrentiels (art. 101 TFUE)<sup>300</sup>, ni abuser d'une position dominante (art. 102 TFUE), ni s'en bénéficier d'aucun favoritisme ou des pratiques corrompues; et, en tout état de cause, les opérateurs économiques en tant que candidats devraient éviter le conflit d'intérêts et pratiquer « *fair play* ».

Toutefois, même si l'harmonisation constitue un grand pas en avant pour la libre concurrence, pour la transparence et pour l'intégrité des contrats publics, nous ne pouvons pas cacher que certains auteurs considèrent que les contrats publics peuvent être considérés comme un « *Market Failure* » en raison des « *difficulties in recreating a competitive scenario* ». <sup>301</sup> Le Parlement européen confirme cette perception dans la mesure où il exprime sa préoccupation au sujet de la concurrence déloyale dans le secteur des contrats publics<sup>302</sup> et au sujet de la fermeture du marché mondial.<sup>303</sup>

Si l'ouverture du marché européen des contrats publics a été lente et si l'ouverture du marché mondial est difficile, les pratiques anticoncurrentielles des particuliers rendent plus difficile la libre concurrence dans ce secteur dans la mesure où l'ouverture du marché peut être un formalisme juridique où la réalité ne permet pas une libre concurrence dans sa plénitude.

---

<sup>299</sup> Voir: ALEXOPOULOU (M. ATH.) et SANCHEZ (A), « Competition and Public Procurement. A overview », p. 3-4

< [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition\\_and\\_public\\_procurement\\_an\\_overview.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition_and_public_procurement_an_overview.pdf) >.

(Vu le 14 juillet 2017).

<sup>300</sup> Les contrats publics « *will be subject to EU competition law, and in particular, the prohibition contained in Article 101 TFUE on undertakings entering into agreements that have the object or effect of distorting competition* », FARLEY (M) et POURBAIX (N), « The EU Concessions Directive: Building (Toll) Bridges between Competition Law and Public Procurement? », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, numéro 1, p. 19.

<sup>301</sup> SANCHEZ (A), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2011, p. 56.

<sup>302</sup> Voir : Paragraphe 46 de la Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics (2017/2278(INI)).

<sup>303</sup> Le Parlement « rappelle appelle que la Commission estime que plus de la moitié des marchés publics mondiaux sont actuellement fermés à la libre concurrence internationale du fait des mesures protectionnistes, qui augmentent partout sur la planète, tandis que les marchés publics de l'Union sont ouverts, pour un montant de quelque 352 milliards d'euros, aux soumissionnaires originaires des pays parties à l'accord de l'OMC sur les marchés publics...; insiste sur la nécessité, pour l'Union, de corriger ce déséquilibre, sans recourir à des mesures protectionnistes; demande à la Commission de veiller à ce que les entreprises européennes jouissent d'un accès au marché semblable à celui dont nos concurrents étrangers bénéficient à l'égard du marché de l'Union et fait observer que l'instrument international sur les marchés publics proposé pourrait, dans certaines conditions, constituer un moyen de créer un effet de levier en vue d'améliorer l'accès au marché », paragraphe 48, *idem*.

Dans la deuxième partie de cette thèse, nous aborderons la question des accords anticoncurrentiels et développerons l'institution de la clémence dans le cadre de la lutte internationale contre les ententes.

## **B. L'articulation entre les différents domaines juridiques**

Les directives d'harmonisation du 2014 consolident les principes du droit des contrats publics (1). Ces directives n'empêchent pas l'application des principes propres d'autres domaines juridiques applicables aux contrats publics comme, par exemple, les principes du droit de l'environnement (2).

### **1. Les principes propres au droit des contrats publics de l'UE**

L'harmonisation, d'une part, découle des principes du droit originaire et, d'autre part, institue des principes spécifiques en ce qui concerne le droit des contrats publics de l'UE. Celui-ci peut être vérifié par la prise en charge, par exemple, du principe de transparence, du principe de publicité, du principe d'objectivité et du principe d'impartialité des pouvoirs adjudicateurs.<sup>304</sup>

Il convient également de souligner que les principes de droit originaire et les principes établis par les directives de 2014 ne ferment pas la porte à l'application d'autres principes dans le cadre des contrats publics tels que: par exemple, les principes du droit de l'environnement ou les principes généraux du droit. Les principes généraux du droit s'appliquent également<sup>305</sup> dans le cadre des contrats publics parce qu'ils sont applicables dans tous les domaines du droit de l'UE.

### **2. L'applicabilité des principes propres à d'autres domaines: l'exemple des principes du droit de l'environnement dans les contrats publics**

Les directives d'harmonisation assument les liens entre le droit des contrats publics et d'autres domaines juridiques. Dans ce contexte, il n'est pas difficile d'imaginer

---

<sup>304</sup> MORENO MOLINA (J), « El Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos », < <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/moreno.pdf> >, pp. 30-36.

<sup>305</sup> Par exemple, le principe de la bonne foi dans les contrats.

l'applicabilité des principes des « autres domaines » juridiques aux contrats publics. Le droit de l'environnement est un clair exemple de cette réalité parce que, simplement, le principe d'intégration<sup>306</sup> de la politique environnementale est devenu comme une obligation dans le droit de l'UE.<sup>307</sup> Effectivement, en vertu du droit originaire, les « exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».<sup>308</sup> Dans ce contexte, le principe d'intégration en impose au législateur:

« ... que les mesures adoptées en toutes matières, qu'elles répondent ou non à des préoccupations environnementales, et en particulier lors qu'elles n'interviennent pas à titre principal pour répondre à des préoccupations environnementales, prennent néanmoins en compte les exigences de la protection de l'environnement ».<sup>309</sup>

Le droit de l'environnement est un domaine juridique qui cherche son « totale harmonisation »<sup>310</sup> dans le cadre de l'UE; il a ses propres principes ; et le législateur, la doctrine<sup>311</sup> et la jurisprudence ont assumé le facteur environnement dans les contrats publics.<sup>312</sup> En ce contexte, les considérations sur l'environnement dans le cadre des contrats publics pourraient conduire à certaines limitations en ce qui concerne l'égalité de traitement.

---

<sup>306</sup> Voir: SANCY (M), « Une introduction au principe d'intégration de l'environnement dans les autres politiques: du droit international au droit européen », in *Environnement et développement durable dans les politiques de l'Union Européenne* (BROVELLI (G) et SANCY (M), sous la direction de), Presses universitaires de Rennes, Rennes 2017, pp. 19-24; JAN (J) et VEDDER (H), *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2012, pp. 9-11.

<sup>307</sup> MONTJOIE (M), « La Union Européenne et la protection international de l'environnement », in *Union européenne et Droit international en l'honneur de Patrick DAILLIER* (BENLOLO-CARABOT (M) éditrice et al), Paris, Pedone, 2012, p. 527.

<sup>308</sup> Art. 11 TFUE. Voir: arts. 191 TFUE et 37 du CDFUE.

<sup>309</sup> THIEFFRY (P), *Droit de l'environnement de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 135; voir les pages 135-137. Voir: DE SADELEER (N), *Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, Institute d'études européennes, 2010, pp. 23-31.

<sup>310</sup> JAN (J) et VEDDER (H), *European Environmental Law*, *op. cit.*, p. 104; sur l'harmonisation du droit de l'environnement voir: pp. 97-135.

<sup>311</sup> Sur l'intégration des considérations environnementales, voir: TOMADINI (A), *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 433-486.

<sup>312</sup> Voir: DRAGOS (D) et NEAMTU (B), « Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects » (April 27, 2014) < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2488047](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2488047) > (vu le 12/05/2017); AUDRAIN-DEMEY (G), « L'intégration de la protection de l'environnement dans la politique des transports de l'Union européenne », in *Environnement et développement durable dans les politiques de l'Union Européenne* (BROVELLI (G) et SANCY (M), sous la direction de), *op. cit.*, pp. 117-130 (principalement: pp. 125-128).

Ces limitations ne sont pas incompatibles avec l'ordre juridique de l'UE dans la mesure où, comme la CJCE a remarqué dans l'arrêt de 17 septembre 2002 sur l'affaire *Concordia Bus Finland*<sup>313</sup>: « Le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à la prise en considération de critères liés à la protection de l'environnement »<sup>314</sup> et ce raisonnement est un élément à considérer non seulement au sein de l'UE, mais aussi dans la construction du droit international des contrats publics.

Dans ce même contexte, la relation entre les contrats publics et le droit de l'environnement implique assumer le principe de précaution.<sup>315</sup> Comme il est bien établi dans le droit international de l'environnement : « En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».<sup>316</sup> Dans ce sens, l'arrêt du Tribunal (deuxième chambre élargie) du 11 juillet 2007 sur l'affaire *Royaume de Suède contre la Commission des Communautés européennes* remarque<sup>317</sup>: « la politique environnementale de la Communauté est fondée sur le principe de précaution ».<sup>318</sup> Dans ce lignage, l'harmonisation n'a pas oublié que « le principe de précaution tend à prévenir les risques potentiels »<sup>319</sup> parce que, précisément, il y a des contrats publics dont la mise en œuvre signifie prendre des risques importants comme, par exemple, les contrats pour l'exploitation des ressources naturelles, etc. D'une manière générale, l'exécution de certains contrats peut comporter un risque de dommage transfrontière, la deuxième partie abordera cette question sous l'angle de la responsabilité; pour le moment, nous conserverons ici la pertinence du principe de précaution dans la construction du droit international des contrats publics. Ce principe a une importance toute particulière dans la phase de l'exécution des contrats qui impliquent une activité à risque.

---

<sup>313</sup> C-513/99.

<sup>314</sup> Point 2 de la décision judiciaire.

<sup>315</sup> On va penser aux risques potentiels à cause de l'exécution de contrats déterminés.

<sup>316</sup> Principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992.

<sup>317</sup> À cet arrêt, une Directive a été interprétée à la lumière du principe de précaution (T-229/04).

<sup>318</sup> Paragraphe 3.

<sup>319</sup> Paragraphe 161.

On va développer la relation entre l'harmonisation européenne et le droit international des droits de l'homme (§2.A.1) et, en plus, on va examiner la relation entre l'harmonisation et le droit international du travail et le droit de l'OIT, et le droit de l'environnement comme un domaine du droit international ayant des liens avec les droits de l'homme (§2.B.1).

## §2. La relation entre les contrats publics et les droits de l'homme

La relation entre les contrats publics et les droits de l'homme n'est pas une nouveauté qui apparaît avec les directives de 2014<sup>320</sup>, mais cette relation part de l'évolution du droit des contrats publics au sens large. En ce sens, l'évolution du droit des contrats publics implique aussi une humanisation du droit<sup>321</sup> des contrats publics.<sup>322</sup> En vertu de l'harmonisation et du droit international, la pertinence des droits de l'homme dans les contrats publics concerne le secteur public et privé, en renforçant l'idée des contrats publics socialement responsables.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> Voir: MARTY (N), « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, op cit, volume I, pp. 321-340; SANCHEZ-GRAELLS (A), « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework » in *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer* (MARTIN-ORTEGA (O) et METHVEN (C) éditrices), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 96-115; O'BRIEN (C.M), VANDER MEULEN (N) et MEHRA (A), « Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions », *International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights*, 2016 < <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2016/06/Public-Procurement-and-Human-Rights-A-Survey-of-Twenty-Jurisdictions-Final.pdf> >.

<sup>321</sup> On parle depuis des années déjà de l'humanisation du droit international. Dans ce sens, il y a une bibliographie autour de ce terme: BOURQUIN (M), « L'humanisation du droit de gens », < <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/humanisation.pdf> >; CANÇADO (A), « L'humanisation du droit international. La personne humaine en tant que sujet du droit des gens », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 14, 2014, pp. 45-66; MERON (T), « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, numéro 2, 2000, pp. 239-278; TIGROUDJA (H), « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du droit international public ». Propos autour des récents arrêts et avis », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 52, 2006, pp. 617-640. De même, l'humanisation est réclamée dans les différents domaines du droit international; par exemple, la professeure Hélène Raspail commente de la nécessité d'une « humanisation du droit de la mer », RASPAIL (H), « L'homme comme sujet du droit de la mer », *Colloque: Les droits de l'homme et la mer*, Le Mans Université, < <https://umotion.univ-lemans.fr/video/3396-les-droits-de-lhomme-et-la-mer-rapport-introductif-lhomme-comme-sujet-du-droit-de-la-mer/> >, minute: du 18:00 au 18:30.

<sup>322</sup> Les références à l' « humanisation » des contrats ont été utilisées pour d'autres types de contrats. Par exemple, le professeur Louis Rozes, en ce qui concerne les obligations des parties, remarque la proportionnalité : « le souci d'une certaine humanisation des relations contractuelles et l'idée que l'obligation ne doit pas être disproportionnée avec les possibilités du contractant », ROZES (L), « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », 2005 < <https://books.openedition.org/putc/1578#tocfrom1n2> >.

<sup>323</sup> Sur ce sujet, le juriste Radu Mares remarque le rôle de l'État: « *The issue of public procurement is a key contractual means through which states, as economic actors, can influence corporate behavior. 'Socially responsible public procurement' has trailed developments in responsible supply chain management with which large private companies have experimented since the mid-1990s* », MARES (R), « Business and Human Rights



En ce qui concerne les droits de l'homme, l'harmonisation européenne du droit des contrats publics, d'une part, permet et/ou encourage le respect de différentes obligations conventionnelles (A) et, d'autre part, conduit à un renforcement mutuel entre l'harmonisation, le droit international de l'environnement<sup>324</sup> et le droit de l'Organisation internationale du travail (B). Le lien entre les domaines juridiques et entre les règles des organisations internationales se fait sentir.

### **A. La syntonisation des obligations internationales**

Une lecture parallèle des directives de la quatrième génération permet de constater que l'évolution du droit des contrats publics renforce certaines matières couvertes par les différents traités multilatéraux tels que, par exemple, la promotion des droits des personnes handicapées, la protection de l'enfance et la lutte contre la traite des êtres humains (1). De même, les directives choisissent parfois de ne pas préciser de mesures concrètes en utilisant la formule « prendre les mesures nécessaires ». Le recours au terme « mesures appropriées », est-ce que cela signifie une ambiguïté dans l'harmonisation? (2).

---

After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress », in *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (MARES (R) éditeur), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 21.

<sup>324</sup> Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit que le droit des contrats publics n'est pas un droit isolé des différents domaines du droit. À cet égard, le professeur Roberto Caranta précise ce qui suit: « *Suffice it here to recall that environmental impact assessment has for a long time been a necessary procedural step for the realisation of many public works projects and that social legislation ranging from security at the workplace to accessibility for all is relevant for both the design and implementation of public works contracts* », CARANTA (R), « Sustainable Public Procurement in the EU », in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (CARANTA (R) et TRYBUS (M), éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2010, p. 16 (cette œuvre collective décrit le développement des clauses sociales et de protection de l'environnement dans le droit de l'Union européenne et de certains États membres avant les directives de 2014). Voir aussi: GONZÁLEZ (J), « Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública », *Revista española de Derecho europeo*, numéro 56, 2015, pp. 13-42.

Le professeur Christopher Bovis souligne que le facteur environnement dévoile « *the importance of public procurement in relation to harmonization and even standardization of national policies* », BOVIS (Ch), « The principles of public procurement regulation », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, p. 57.

## 1. Les contrats publics dans la promotion des droits des personnes handicapées, la protection de l'enfance et la lutte contre la traite d'êtres humains

L'humanisation du droit des contrats publics, c'est est un long chemin à parcourir. L'UE a fait un grand pas en ce qui concerne la relation entre les contrats publics, les droits des personnes handicapées (i) et la protection de l'enfance et la lutte contre la traite d'êtres humains (ii). La relation existe, mais au sein de l'UE, cette relation, révèle-elle aussi une fragilité ?

### *(i) Les droits des personnes handicapées*

L'harmonisation est consciente de la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>325</sup> qui oblige les États:

« ... à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap. À cette fin, ils s'engagent à: ...

c). Prendre en compte la protection et la promotion des droits de l'homme des personnes handicapées dans toutes les politiques et dans tous les programmes ». <sup>326</sup>

Sur ce sujet, la directive 2014/23/UE a une « clause de concessions réservées » en faveur des personnes handicapées et des défavorisés.<sup>327</sup> La directive 2014/24/UE cite expressément la convention<sup>328</sup> et va dans le même sens en utilisant une clause de contrats réservés.<sup>329</sup> La

---

<sup>325</sup> Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par sa résolution 61/106 du 13 décembre 2006. Dans le cadre de l'UE, approuvée par la Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2010/48/CE).

<sup>326</sup> Nous soulignons. Art. 4.1.

<sup>327</sup> Art. 24: « Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures d'attribution de concession à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir que ces concessions ne peuvent être exploitées que dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés... ». Nous soulignons. Voir les arts. 19 et 36 aussi.

<sup>328</sup> Voir le Considérant 3 cette convention.

<sup>329</sup> Art. 20, sur les « marchés réservés »:

« 1. Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le

directive 2014/25/UE faite la même chose.<sup>330</sup> Cependant, il n'est pas possible d'affirmer que ces directives obligent développer politiques sociales en faveur des personnes handicapées parce que celles-ci n'imposent pas d'obligations aux États, mais ces directives « permettent » de faire politiques publiques en harmonie avec la convention citée. En effet, une lecture des dernières notes de bas de page permet de voir que la rédaction des articles précités (le verbe « peuvent ») ne crée pas une obligation *stricto sensu*, mais une option, ou un pouvoir discrétionnaire si l'on préfère. Et, en vertu de ce pouvoir, par exemple, les pouvoirs publics pourraient décider d'attribuer un contrat à certaines sociétés qui poursuivent l'intégration sociale des personnes handicapées<sup>331</sup>, à condition qu'il ne s'agisse pas d'une stratégie pour contourner la libre concurrence.

### *(ii) La protection de l'enfance et lutte contre la traite des êtres humains*

Il est reconnu que les enfants sont des êtres humains particulièrement vulnérables et sans protection.<sup>332</sup> La lutte contre le travail des enfants et la traite des êtres humains sont deux thèmes vivants dans le droit international contemporain. L'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'UE constitue une impulsion sectorielle dans la lutte contre ces deux fléaux de l'humanité en raison des clauses d'exclusion des opérateurs économiques. Dans ce sens, les directives 2014/24/UE<sup>333</sup> et 2014/23/UE<sup>334</sup> renforcent la protection des

---

contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

2. L'appel à la concurrence renvoie au présent article ».

Voir le paragraphe 1 de l'art. 42 et l'art. 62 aussi.

<sup>330</sup> Art. 38: « Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation... ».

Voir aussi le paragraphe 1 de l'art. 60 et l'art. 81.

<sup>331</sup> Par exemple, en France, voir, dans le Code de la commande publique, les règles sur la « Réserve aux marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés » (arts. L2113-12, L2113-13, L2113-14 et R2113-7).

<sup>332</sup> TRINIDAD (P), « ¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional », *Revista Española de Educación Comparada*, numéro 9, 2003, p. 17.

<sup>333</sup> Art. 57, paragraphe 1: « Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications..., ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour... ».

f). travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil ». Nous soulignons.

<sup>334</sup> Art. 38, paragraphe 4, lettre f): « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsqu'ils ont établi que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons suivantes:

droits de l'homme en vertu de l'exclusion de certains opérateurs économiques et sous-traitants<sup>335</sup> en raison de leurs antécédents.

## 2. L'ambiguïté des « mesures appropriées »

La protection de l'environnement et les droits sociaux sont aussi assumés par l'harmonisation en ce qui concerne l'exécution du contrat.<sup>336</sup> Dans ce sens, on va vérifier la question dans la directive 2014/25 et dans le cadre des principes de la passation de marché. Le paragraphe 2 de l'article 36 (et le renvoi de cette norme) annonce que:

« Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe XIV ».<sup>337</sup>

Cette précision permet deux types d'appréciation, une appréciation optimiste et une appréciation critique.

---

...

f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil ». Nous soulignons.

L'exclusion en ces termes révèle la progression de la protection dans la mesure où l'exclusion dans le cadre des contrats publics est plus précise que l'art. 6 de la directive 2011/36/UE, qui ne mentionnait pas les contrats publics: « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que toute personne morale déclarée responsable... soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics ».

Nous pouvons voir ici que l'harmonisation renforce un thème des droits de l'homme dans un cadre spécifique.

<sup>335</sup> Lettre b) du paragraphe 5 de l'art. 88 de la directive 2015/25. Lettre b) du paragraphe 6 de l'art. 71 de la directive 2014/24.

<sup>336</sup> Voir : Paragraphe 3 de l'art. 30 de la directive 23/2014 et Paragraphe 2 de l'art. 18 de la directive 24/2014.

<sup>337</sup> L'annexe XIV regroupe plusieurs traités internationaux, tels que les Conventions de l'OIT 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 29 sur le travail forcé, 105 sur l'abolition du travail forcé, 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 182 sur les pires formes de travail des enfants; la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone; la Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international et ses trois protocoles régionaux, etc.

En ce qui concerne l'appréciation optimiste, ce précepte démontre que l'harmonisation n'oublie pas complètement la phase d'exécution du contrat parce que la norme précitée déploie ses effets sur cette phase du contrat, où le risque de dommages transfrontières à l'environnement est présent.

En ce qui concerne l'appréciation critique, l'utilisation de l'expression « prennent les mesures » pourrait conduire à certaines ambiguïtés (quelles sont les « *mesures appropriées* » ?). En tout cas, les directives du 2014 énoncent clairement une politique législative respectueuse du droit international environnemental, social et du travail.

## **B. Le renforcement mutuel entre le droit de l'Union européenne des contrats publics, le droit international de l'environnement et le droit international du travail**

Une lecture parallèle des directives de quatrième génération met en évidence que le droit des contrats publics de l'UE renforce certains aspects du droit international de l'environnement (1)<sup>338</sup> et du droit international du travail (2).

### **1. Le renforcement régional du droit international de l'environnement**

Le droit à l'environnement sain est un droit de l'homme. La relation entre le droit international de l'environnement et les droits de l'homme est fortement perçue depuis les années 60, comme on peut le constater dans les textes de droit international.<sup>339</sup> Le facteur environnemental<sup>340</sup> n'est pas une nouveauté dans les contrats publics et, précisément, la

---

<sup>338</sup> La Commission note que « les directives aient été transposées lentement en droit national » et que « les États membres n'exploitent pas pleinement les possibilités offertes par la passation de marchés publics en tant qu'instrument stratégique permettant de soutenir la production durable, les objectifs de politique sociale et l'innovation ». *Communication de la Commission: Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe* du 3 octobre 2017. COM(2017) 572 final.

<sup>339</sup> ANTON (D) et SHELTON (D), *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, p. 118.

<sup>340</sup> Les directives d'harmonisation antérieures et la jurisprudence avaient déjà pris en compte le facteur environnemental. Voir: FROT (O), *Développement durable et marchés publics*, La Plaine Saint-Denis, AFNOR, 2008, pp. 4-15 et 97.

protection de l'environnement<sup>341</sup> est un domaine juridique où la jurisprudence de la CJUE a joué aussi un rôle important.<sup>342</sup>

En ce contexte, le paragraphe 2 de l'article 18 de la directive 2014/24/UE force à prendre des mesures pour assurer l'application des traités internationaux de protection de l'environnement.<sup>343</sup> De la même manière, dans le cadre des « Principes généraux » de la directive 2014/23/UE<sup>344</sup>, l'harmonisation impose l'adoption des « ... mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des contrats de concession, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental ».<sup>345</sup> Comme on peut constater, les trois directives du 2014 montrent que la politique législative de l'UE vise à sauvegarder le droit international de l'environnement dans l'exécution du contrat.

En outre, en ce qui concerne l'exclusion des opérateurs économiques dans le cadre des procédures d'attribution des concessions, le paragraphe 6 de l'article 38 de la directive 2014/23 permet la dérogation des exclusions obligatoires<sup>346</sup> « à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement ». Également, la directive 2014/25/UE a lié les marchés

---

<sup>341</sup> Voir: CLÉMENT (M), *Droit européen de l'environnement, jurisprudence commentée*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 162-215.

<sup>342</sup> Voir: JACOBS (F), « The role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment », *Journal of Environmental Law*, vol. 18, numéro 2, 2006, pp. 185-205 (Basiqement le poin 2 « *Market integration and Environmental Protection* »).

<sup>343</sup> La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone; de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination; de Stockholm sur les polluants organiques persistants; et la de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international et ses trois protocoles régionaux.

<sup>344</sup> Paragraphe 3 de l'article 30, qui renvoie à l'annexe X.

<sup>345</sup> Ces traités sont les mêmes qui sont mentionnés par la directive 2014/24.

<sup>346</sup> Dérogations des paragraphes 4 et 5 de la directive. Le paragraphe 4 établit les exclusions des candidates par « a) participation à une organisation criminelle... b) corruption; c) fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes; d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes...e) blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme... f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains... ». Le paragraphe 5 établit les exclusions pour « ... manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale ».

publics avec la protection de l'environnement à travers les « Principes de la passation de marchés ». <sup>347</sup>

D'une manière générale, il convient de souligner que la législation sur la protection de l'environnement dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats publics est liée à la politique de l'UE dans le cadre du TFUE. Cette politique doit être favorable à « la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement » <sup>348</sup> et, par conséquent, la politique législative aussi. Dans ce contexte, nous notons que la jurisprudence suppose une flexibilisation des critères économiques ou arithmétiques dans le cadre des adjudications des contrats publics. Dans ce sens, dans l'arrêt sur l'affaire *Concordia Bus Finland* <sup>349</sup> le tribunal interprète le droit de la façon suivante: « ... l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 <sup>350</sup> n'exclut pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'utiliser des critères relatifs à la préservation de l'environnement dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse ». <sup>351</sup> Cette jurisprudence peut être considérée comme une manifestation de l'application du principe d'intégrité de l'environnement dans le domaine des contrats publics. Toutefois, il convient d'éviter l'instrumentalisation du facteur environnemental dans le but de masquer la discrimination <sup>352</sup> et des attaques contre la libre concurrence. <sup>353</sup> Il serait difficile de légiférer pour toutes les

---

<sup>347</sup> Paragraphe 2 de l'art. 36.

<sup>348</sup> Art. 191 TFUE.

<sup>349</sup> C-513/99.

<sup>350</sup> Le paragraphe 1 de l'art. 36 de cette directive, en parlant des critères d'attribution des contrats, ne mentionnait pas des critères écologiques comme on peut apprécier littéralement: « Sans préjudice des dispositions... les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés peuvent être: a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question: par exemple, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix; b) soit uniquement le prix le plus bas ».

<sup>351</sup> Paragraphe 57.

<sup>352</sup> Paragraphe 1 de l'art. 18 de la directive 2014/24: « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques ». Nous soulignons.

<sup>353</sup> Les professeurs Reich, Nordhausen et Scholes, sur la base de l'affaire *Concordia Bus Finland Oy Ab*, ont résumé pédagogiquement les critères de la Cour de Luxembourg pour éviter les abus:

« *Criteria must be linked to the subject-matter of the contract; the authority must apply all procedural rules as laid down in the directive; criteria must be made know in advance and must be expressly mentioned in the contract documents; and criteria must comply with the fundamental principles EU law, especially the principle*

hypothèses<sup>354</sup>; cependant éviter cette instrumentalisation implique une tâche des organes de contrôle, des juges et de l'administration publique sur le terrain et non pas seulement une activité législative d'harmonisation.

D'une manière générale, nous pouvons dire qu'il n'y a pas de contradiction flagrante entre les directives d'harmonisation de 2014 et le droit de l'environnement.

## **2. Le renforcement du droit international du travail et le droit de l'OIT**

Le droit international du travail est un autre domaine renforcé par l'harmonisation européenne. Le droit des contrats publics de l'UE oblige les États membres à respecter sept<sup>355</sup> des huit conventions dites « fondamentales » de l'OIT. Ces conventions sont assimilées par les directives à un point tel que le non-respect des obligations découlant des conventions de l'OIT pourrait entraîner le non-respect des directives sur les contrats publics, ce qui met en évidence la régionalisation des obligations découlant des conventions de l'OIT dans le cadre des contrats publics, en tant que secteur juridique spécifique.

Intéressant, pour vérifier le respect (ou non) des conventions de l'OIT, la communautarisation de ce domaine du droit international implique que ces conventions puissent être interprétées et appliquées non seulement par les autorités des États membres dans le cadre des contrats publics, mais aussi par l'UE (penser à une question préjudicielle découlant des directives de 2014 devant la CJUE). Dans ce contexte, il est inévitable de rappeler une particularité du droit de l'OIT selon laquelle l'interprétation des conventions de

---

*of non-discrimination* », REICH (N), NORDHAUSEN SCHOLLES (A) et SCHOLLES (J), *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 213, p. 218. Voir aussi, l'arrêt (sixième chambre) de 4 décembre 2003 (1) sur l'affaire *EVN AG, Wienstrom G mbH et c. Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG*, C-448/01, paragraphe 35.

<sup>354</sup> Penser à la manipulation des questions environnementales pour privilégier les entreprises nationales, ou pour dissimuler l'attribution d'un contrat motivée par le favoritisme ou par un acte de corruption.

<sup>355</sup> Les conventions 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, la convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 29 sur le travail forcé, 105 sur l'abolition du travail forcé, la convention 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 100 sur l'égalité de rémunération et 182 de sur les pires formes de travail des enfants.



l'OIT appartient à la Cour internationale de justice<sup>356</sup> ou à un autre tribunal dans le cadre du même droit de l'OIT.<sup>357</sup> Ce sujet pose une question inévitable: l'harmonisation du droit des contrats publics dans l'UE, contribue-t-elle à la fragmentation du droit international du travail en vertu d'une double interprétation des conventions de l'OIT ?

## Conclusions de la section 2

L'harmonisation au sein de l'UE implique une reconnaissance législative, ou une prise en charge, du lien entre les contrats publics et les droits de l'homme. Le droit des contrats publics de l'UE assimile le droit de l'environnement (ce qui a une incidence sur le droit à un environnement sain) et, dans le même temps, les clauses sociales renforcent le droit international du travail dans le cadre des contrats publics.<sup>358</sup> L'humanisation des contrats publics et les objectifs secondaires se font sentir au sein de l'harmonisation à l'UE au détriment des facteurs exclusivement économiques. Cela ne signifie pas une contradiction entre la libre concurrence et les droits de l'homme au sein de l'UE pour les raisons suivantes:

Premièrement, les clauses sociales visent à renforcer les obligations déjà assimilés par les États dans le cadre du droit international conventionnel, en promouvant, de cette façon, une harmonie non seulement entre le droit des contrats publics de l'UE et d'autres secteurs du droit international interétatique, mais aussi entre l'ordre juridique européen et le droit international, ce qui peut être bénéfique pour la construction du droit international des

---

<sup>356</sup> Paragraphe 1 de l'art. 37 de la Constitution de l'OIT: « Toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les Membres, en vertu de ladite Constitution, seront soumises à l'appréciation de la Cour internationale de justice ». Nous soulignons.

<sup>357</sup> Paragraphe 2 de l'art. 37 de la Constitution de l'OIT: « Nonobstant... le Conseil d'administration pourra formuler et soumettre à la Conférence pour approbation des règles pour l'institution d'un tribunal en vue du prompt règlement de toute question ou difficulté relatives à l'interprétation d'une convention, qui pourront être portées devant le tribunal par le Conseil d'administration ou conformément aux termes de ladite convention. Tous arrêts ou avis consultatifs de la Cour internationale de justice lieront tout tribunal institué en vertu du présent paragraphe. Toute sentence prononcée par un tel tribunal sera communiquée aux Membres de l'Organisation et toute observation de ceux-ci sera présentée à la Conférence ». Nous soulignons.

<sup>358</sup> Ironiquement, les directives d'harmonisation du 2014 ne frappent pas directement la Convention concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique. Voir: BRUUN (N), JACOBS (A) et SCHMIDT (M), « ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Ruffert case », *Transfer. European Review of Labour and Research*, numéro 16/4, 2010, pp. 473-488.

contrats publics dans la mesure où le risque de conflit entre les règles de deux ordres juridiques est réduit.

En deuxième lieu, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)<sup>359</sup> affirme que « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ». <sup>360</sup> En conséquence, les clauses sociales des directives d'harmonisation font partie de la légalité européenne. Les politiques d'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées dans le cadre des contrats publics ne supposent pas une attaque à la libre concurrence, mais l'application effective de la CDFUE dans le secteur des contrats public.

Troisièmement, en renforçant les deux raisons ici évoquées: dans le cadre du marché intérieur européen, la jurisprudence a déjà souligné que les critères purement économiques ne sont pas les seuls facteurs à prendre en considération pour l'attribution de contrats publics.<sup>361</sup> Les critères sociaux doivent également être pris en compte afin d'assurer le respect des droits des personnes, en particulier des personnes vulnérables .

Avant de poursuivre, il convient de noter que l'UE n'est pas une organisation internationale exclusivement économique, ce qui pourrait faire la différence entre l'harmonisation au sein de l'UE et au sein d'autres organisations internationales et/ou dans le cadre de certains traités internationaux.

---

<sup>359</sup> La professeure Silvia Borelli a commentée, justement, que: « *The question concerns the balance between economic freedoms and social rights. In Rüffert, however, the result seems even more 'unbalanced' than the Laval (Case C-341/05) and Viking (Case C-438/05) decisions. For example, the European judges do not mention the Charter of Fundamental Rights, although it guarantees the right to fair and just working conditions (Article 31)* », BORELLI (S), « Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: The Rüffert Case », *Transfer. European Review of Labour and Research*, numéro 2/08, 2008, p. 359.

<sup>360</sup> Art. 26.

<sup>361</sup> Arrêt de 17 septembre 2002 sur l'affaire *Concordia Bus Finland Oy Ab*.

## Conclusions du chapitre 1

Dans le cadre de la naissance et de l'évolution du droit des contrats publics de l'UE, il y a trois points à souligner:

- a) le rôle de la jurisprudence dans le cadre d'une intégration économique régionale,
- b) l'assimilation des droits de l'homme dans les contrats publics, et
- c) les traités internationaux de l'UE.

La relation entre les contrats publics et les droits de l'homme est large et n'est pas liée uniquement aux clauses d'exclusion des candidats dans le cadre des directives, mais aussi cette relation apparaît à travers les clauses d'exception. Les clauses d'exception constituent un standard dans le droit international économique qui sont présentes dans le cadre de l'AMP 2012<sup>362</sup> de l'OMC et dans le cadre des accords de libre-échange.<sup>363</sup> Ces clauses permettent de voir le côté social des contrats publics. Nous reviendrons sur cette question plus tard. Pour le moment, il faut retenir, d'une part, que les règles des contrats publics dans les traités internationaux font partie de l'évolution du droit des contrats publics dans l'UE et, d'autre part, que le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme avait déjà souligné

---

<sup>362</sup> L'article III de l'AMP 2012 dispose ce qui suit:

« 2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures:

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique;
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus ». Nous soulignons. Sans doute, la santé, la vie, les handicapés et les détenus concernent les droits de l'homme.

<sup>363</sup> Par exemple, dans le cadre de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Viêt Nam signé à Hanoï le 30 juin 2019, l'article 9.3, dédié aux exceptions concernant la sécurité et exceptions générales, dit ce qui suit:

« 2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme empêchant une partie d'instituer ou d'appliquer des mesures:

...

- d) se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions à but non lucratif exerçant des activités philanthropiques ou des détenus ».

en 2005 la légitimité des clauses d'exception en matière de droits de l'homme<sup>364</sup> et notant aussi ce qui suit: « Il est donc nécessaire d'évaluer séparément les clauses d'exception des accords commerciaux pour comprendre comment elles pourraient être utilisées à des fins légitimes en matière de droits de l'homme ». <sup>365</sup> Cette affirmation confirme la pertinence des clauses d'exception dans la construction du droit international des contrats publics.

Au sein de l'UE on peut dire que, en ce qui concerne les appels d'offres publics et la passation, il n'existe presque plus aujourd'hui de droit français, espagnol, lituanien, letton ou slovaque *stricto sensu*, mais un droit des contrats publics de l'UE harmonisé et en évolution. Dans le droit de l'UE, les directives doivent être transposées dans la législation des États membres; si tel était le cas, peut-être, il serait plus approprié de parler des « nuances » du droit étatique des contrats publics en matière d'appels d'offres publics et de passation parmi les États de l'UE plutôt que de parler d'un droit français<sup>366</sup>, espagnol<sup>367</sup>, italien<sup>368</sup> etc, dans la mesure où le droit interne de chaque État est la conséquence d'une transposition des directives européennes.

Dans le cadre de la naissance et de l'évolution du droit des contrats de l'UE, il est vrai que les règles visent essentiellement l'ouverture du marché. Cependant, il y a différentes règles sur la modification de contrats en cours<sup>369</sup>, sur la résiliation du contrat<sup>370</sup> et sur les questions environnementaux, sociaux et du travail dans le cadre des directives, lesquelles constituent

---

<sup>364</sup> HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux. Utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme*, N. York et Genève, 2005, p. 5.

<sup>365</sup> *Idem*.

<sup>366</sup> LICHÈRE (F), « Transposition of the Public Procurement Directive in France: between over implementation and questionable implementation », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 93-111.

<sup>367</sup> VALCARCEL (P), « Transposition of Directive 2014/24/EU in Spain: between EU demands and national peculiarities », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 232-259.

<sup>368</sup> COMBA (M) et RICHETTO (S), « Transposition of the 2014 Public Procurement Package in Italy: meeting the deadline without really doing so », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 135-153.

<sup>369</sup> Art. 43 de la directive 23/2014, art. 72 de la directive 24/2014, art. 79 de la directive 25/2014.

<sup>370</sup> Art. 44 de la directive 23/2014, art. 73 de la directive 24/2014, art. 80 de la directive 25/2014. Sur l'art. 73 de la directive 24/2014, voir : VALEIJE (I), « La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias », *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018, pp. 491-493.

également une progression législative en ce qui concerne l'harmonisation du droit des contrats publics au stade de l'exécution du contrat. L'évolution se poursuit.

## Chapitre 2. L'orientation du droit des contrats publics de l'UE

Dans le cadre la construction d'un éventuel droit international des contrats publics, il est important remarquer la relation entre le droit international et les ordres juridiques communautaires tels que le droit de l'UE. En ce qui concerne le droit des contrats publics de l'UE et l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de 2012 (AMP 2012)<sup>371</sup>, la relation est considérée « consistante »<sup>372</sup>, y compris le principe de non-discrimination.<sup>373</sup>

Dans le cadre du droit des contrats publics de l'UE, il y a quelques questions qui méritent des réflexions, surtout s'il s'agit d'un ordre juridique flexible et imparfait aussi. L'imperfection fait partie de l'évolution et la flexibilité lui permet de sauvegarder sa propre évolution. Dans cette ligne, la jurisprudence met en évidence que l'harmonisation au sein de l'UE n'est pas rigide ni abstraite, mais c'est un ensemble de règles adaptées à la réalité de diverses circonstances.<sup>374</sup>

Dans l'harmonisation au sein de l'UE, la transparence et les recours sont « intimement » liés<sup>375</sup>, ce qui confirme la nécessité d'avoir des définitions et règles claires et recours effectifs

---

<sup>371</sup> Voir: dans le cadre de la directive 23/2014, les considérations 65 et 84, les arts. 9 et 53 et le paragraphe 1 de l'annexe 16; dans le cadre de la directive 24/2014, les considérations 17, 18, 80, 98, et 134, le paragraphe 1 de l'art. 6, l'art. 25 et le paragraphe 11 du point I de la partie B de l'annexe V de la directive 24/2014; dans le cadre de la directive 25/2014; dans le cadre de la directive 25/2014, les considérations 27, 28, 103, arts. 17, 43, lettre c) du paragraphe 2 de l'art. 83 et l'art. 108.

<sup>372</sup> CANTORE (C) et TOGAN (S), « Public Procurement in the UE », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A) *et al* éditeurs), Oxford University Press, 2017, p. 160.

<sup>373</sup> Les professeurs Carlo Maria Cantore et Subidey Togan notent que le régime d'exceptions est « largement conforme » à l'AMP 2012 et affirment que les innovations des directives de 2014 peuvent constituer « *useful blueprints for future negotiations* » dans le cadre de l'AMP 2012, *idem*, p. 160.

<sup>374</sup> Dans ce contexte, l'arrêt de la CJUE du 26 septembre 2019 (cinquième chambre) remarque que « le considérant 41 de la directive 2014/24 prévoit qu'aucune disposition de celle-ci ne devrait empêcher d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires, notamment, à la protection de l'ordre public, de la moralité et de la sécurité publiques, à condition que ces mesures soient conformes au traité FUE, tandis que le considérant 100 de cette directive précise que les marchés publics ne devraient pas être attribués, notamment, à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle », paragraphe 35. Et « spécifiquement, la Cour a déjà jugé que la lutte contre le phénomène d'infiltration du secteur des marchés publics par la criminalité organisée constitue un objectif légitime susceptible de justifier une restriction aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE qui s'appliquent dans le cadre des procédures de passation des marchés publics (voir, en ce sens, arrêt du 22 octobre 2015, Impresa Edilux et SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, points 27 et 28) », paragraphe 37. C-63/18.

<sup>375</sup> ERICSON (A) et GROUSSOT (X), « The Obligation of Transparency in EU Public Procurement Law », in *Discretion in EU Public Procurement Law*, BOGOJEVIC (S) *et al*, éditeurs), Oxford, Hart, 2019, p. 112

pour la sauvegarde de la libre concurrence (Section 1). D'ailleurs, si le droit des contrats publics de l'UE est un droit imparfait et un droit en constante évolution, il est nécessaire d'examiner ses limites et les incertitudes dans la relation entre le droit de l'UE et le droit international de l'investissement aussi dans la mesure où cette relation affecte les contrats publics (Section 2).

## **Section 1. La nécessité de règles, recours et définitions claires dans la libre concurrence**

Les *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*<sup>376</sup> constituent une référence excellente sur le contenu de l'intégrité des contrats. Comme le professeur Agustí Cerrillo commente, ces principes « partent des postulats éthiques et, dans quelques cas déterminés, ont eu une traduction juridique, politique et organisationnelle ».<sup>377</sup> On peut affirmer que l'harmonisation permet de concrétiser ces principes dans le droit de l'UE et que l'utilisation de règles précises et flexibles assure l'intégrité des contrats et le respect du droit international (§1). Dans ce contexte, les règles de nature contentieuse jouent un rôle essentiel pour blinder le respect des règles substantives de l'harmonisation et l'intégrité des contrats publics (§2).

---

<sup>376</sup> Ces principes sont (nous soulignons):

« Principe 1. Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.

Principe 2. S'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

Principe 3. S'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des derniers publics est conforme à leur intention.

Principe 4. S'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.

Principe 5. Mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.

Principe 6. Encourager une coopération étroite entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour préserver des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats.

Principe 7. Prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics, ainsi que déceler les comportements réprouvés et les sanctionner.

Principe 8. Définir clairement la chaîne des responsabilités et mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces.

Principe 9. Traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.

Principe 10. Permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre de près la passation des marchés publics ».

<sup>377</sup> CERRILLO (A), *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 63.

## §1. La flexibilité du droit au service de l'harmonisation

La précision de la terminologie et la flexibilité des règles sont deux éléments fondamentaux pour l'harmonisation (A), laquelle dévoile l'importance de la réduction des risques dans le cadre de l'intégrité des contrats (B).

### A. Le développement des concepts pertinents

La précision terminologique et la flexibilité des règles sont deux instruments nécessaires pour toute harmonisation. La précision terminologique réduit la marge d'insécurité entre les opérateurs juridiques. Dans le cadre de l'harmonisation, l'UE accentue son propre langage, sa propre terminologie. C'est perceptible depuis les phrases « Aux fins de la présente directive ... » jusqu'à la précision des renvois.

La flexibilité n'est pas seulement une caractéristique de l'harmonisation du droit des contrats publics mais du même ordre juridique de l'UE<sup>378</sup> aussi. Dans ce contexte, il est nécessaire de rappeler que le droit de l'UE est un ensemble normatif dans un espace géographique<sup>379</sup> où différents ordres juridiques nationaux cohabitent et où la flexibilité est une nécessité.<sup>380</sup> Dans le cadre de la politique législative de l'UE, la flexibilité du droit des contrats publics se traduit par l'inapplicabilité des règles d'harmonisation en fonction de diverses circonstances comme, par exemple, la nécessité de la sauvegarde des intérêts essentiels concernant la sécurité nationale<sup>381</sup>, la protection de la moralité, de l'ordre public, de la santé ou de l'environnement.<sup>382</sup>

---

<sup>378</sup> MARCIALI (S), *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 776.

<sup>379</sup> Cette description *ratione loci* ne prétend pas oublier la question de l'extraterritorialité du droit de l'UE comme, par exemple, dans le cadre de la libre concurrence ou de la protection des données personnelles.

<sup>380</sup> Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit la suspension de l'application du droit de l'UE dans le nord de Chypre.

<sup>381</sup> Voir: l'art. 346 du TFUE.

<sup>382</sup> Voir: Le paragraphe 3 de l'art. 57 de la directive 2014/24; le considérant 41 de cette directive annonce: « Aucune disposition de la présente directive ne devrait empêcher d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre public, de la moralité et de la sécurité publiques, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux ou d'autres mesures environnementales, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Voir: le paragraphe 6 de l'art. 38 de la directive 2014/23; le considérant 59 de cette directive. Voir aussi: le considérant 56 de la directive 2014/25.



C'est le paysage juridique de l'harmonisation. Dans ce paysage juridique, l'harmonisation demande aussi, d'un côté, l'unification des concepts ou définitions autour de la passation et, d'un autre côté, l'acceptation du PPP sans une définition unique du PPP (1). En plus, la flexibilité et la précision des règles contribuent favorablement à la cohérence entre le droit des contrats publics de l'UE et le droit international (2).

### **1. L'unification des concepts dans le cadre de la passation et le traitement du PPP**

Pour harmoniser la législation des États, il est essentiel d'unifier les définitions, simplement pour savoir de quoi on parle. L'unification de la terminologie et la clarté des définitions<sup>383</sup> sont une nécessité législative (par exemple, la définition des différents contrats, des procédures de passation, des « pouvoirs adjudicateurs », des « opérateurs économiques », etc). Sans ces précisions, le trouble terminologique évoqué dans l'introduction pourrait bloquer le bon déroulement de toute harmonisation.

En ce qui concerne la flexibilité, elle n'implique pas seulement la non-applicabilité de règles dans certaines circonstances ou dans certaines matières, mais elle demande souligner aussi le bon critère du législateur pour ne pas imposer une réglementation rigide qui empêche de lancer les contrats.

À cet égard, plusieurs aspects permettent d'illustrer la flexibilité du droit des contrats publics de l'UE, par exemple l'utilisation des modèles des procédures de passation (i) ou les partenariats public-privé (ii).

#### *(i) La flexibilité dans le cadre des procédures de passation*

L'harmonisation a unifié les concepts juridiques en matière de passation en établissant aussi un droit flexible.

---

<sup>383</sup> Il faut préciser que unifier la terminologie ne signifie pas toujours harmoniser le droit. La avant cité Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, elle unifiait déjà les définitions (art. 1).

En effet, dans le cadre de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics, il est possible d'utiliser la procédure ouverte<sup>384</sup>, la procédure restreinte<sup>385</sup>, la procédure concurrentielle avec négociation<sup>386</sup>, le dialogue compétitif<sup>387</sup> et le partenariat d'innovation<sup>388</sup>, sans abandonner le recours à la procédure négociée sans publication préalable<sup>389</sup>, selon les exigences et particularités de chaque contrat. Dans ce contexte, le dialogue compétitif est perçu comme une forme de négociation qui peut conduire à une modification originale de la demande publique.<sup>390</sup>

---

<sup>384</sup> Article 27 de la Directive 24/2014: « Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un appel à la concurrence... ».

<sup>385</sup> Art. 28 de la Directive 24/2014: « Dans une procédure restreinte, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis d'appel à la concurrence contenant les informations visées à l'annexe V, partie B ou C, le cas échéant en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

2. Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 65... ».

<sup>386</sup> Art. 29 de la Directive 24/2014: « 1. Dans une procédure concurrentielle avec négociation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence contenant les informations visées à l'annexe V, parties B et C, en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Dans les documents de marché, les pouvoirs adjudicateurs définissent l'objet du marché en fournissant une description de leurs besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précisent les critères d'attribution du marché. Ils indiquent également les éléments de la description qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres.

Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation. L'article 28, paragraphes 3 à 6, est applicable.

2. Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre initiale, qui sert de base aux négociations ultérieures. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 65 ».

<sup>387</sup> Art. 30 de la Directive 24/2014: « Tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation à un dialogue compétitif en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur ».

<sup>388</sup> Article 31 de la Directive 24/2014: « Dans un partenariat d'innovation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur ».

<sup>389</sup> Article 32 de la Directive 24/2014.

<sup>390</sup> La professeure Ubaud-Bergeron explique que la négociation peut conduire à une modification originale de la demande de l'entité publique, ce qui peut constituer une violation de l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques en raison des critères originaux; et elle souligne que le caractère secret et non écrit de

Dans le cadre de la directive 2014/25, les procédures de passation des marchés vont dans la même direction.<sup>391</sup> Les définitions des procédures de passation ont été unifiées, comme on peut le constater dans les dernières notes de bas de page. La flexibilité en matière de procédures de passation est également présent dans la directive 2014/23.<sup>392</sup>

Dans le cadre des procédures de passation, la procédure du dialogue compétitif pourrait être bien liée au PPP<sup>393</sup> et pourrait être outil pour des procédures complexes.<sup>394</sup> La flexibilité du droit s'impose à la complexité de la réalité.

*(ii) Les partenariats publics-privés, un exemple de flexibilité terminologique sur la base de la réalité*

Un PPP implique, en résumé, un accord entre le secteur public et le secteur privé qui est souvent utilisé. Selon certains auteurs, la participation du secteur privé aux affaires publiques remonte à l'histoire de l'humanité.<sup>395</sup> Actuellement, comme le professeur Jean-François

---

la négociation rend difficile le contrôle de celle-ci, UBAUD-BERGERON (M), « La négociation », Colloque sur les directives du 2014 organisé par l'IMH, Université de Toulouse, minute: du 05:01 au 06:00 < <https://www.dailymotion.com/video/x268ob2> >.

<sup>391</sup> La procédure ouverte (art. 45), la procédure restreinte (art. 46), la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (art. 47), le dialogue compétitif (art. 48), le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable (art. 50) et la possibilité du partenariat d'innovation aussi (art. 49).

<sup>392</sup> Le Considérant 8 de la Directive 2014/23 est illustratif (« En ce qui concerne les concessions dont la valeur égale ou excède un certain montant, il convient de prévoir une coordination minimale des procédures nationales d'attribution sur la base des principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de manière à garantir l'ouverture des concessions à la concurrence et une sécurité juridique suffisante »). Voir: Art. 26 de la Directive 2014/24 et art. 44 de la Directive 2014/25.

<sup>393</sup> Voir: LENFERINK (A), TILLEMA (T) et ARTS (J), « Public-Private Interaction in Contracting: Governance Strategies in the Competitive Dialogue of Dutch Infrastructure Projects », *Public Administration*, vol. 91, numéro 4, December 2013, pp. 928-946.

<sup>394</sup> Voir: ARROWSMITH (S), « Competitive Dialogue in EU: A Critical Review », in ARROWSMITH (S) et TREUMER (S), *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012, p. 3 (elle note « *to provide a suitable method for awarding the complex contracts for infrastructure* »). Dans la doctrine, le professeur Christopher Bovis remarque l'utilisation exceptionnelle du dialogue compétitif en raison de la complexité du contrat: « *The competitive dialogue must be used exceptionally in cases of particularly complex contracts* », BOVIS (Ch) « Introduction », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, p. 8.

<sup>395</sup> DORREGO DE CARLO (A) et MARTINEZ VASQUEZ (F), « La colaboración público-privada », in *La colaboración público-privada la ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros* (DORREGO DE CARLO (A) et MARTINEZ VASQUEZ (F) directeurs), Madrid, La Ley, 2009, pp. 36; sur les PPP en perspective historique, voir: les pp. 31-50 de ce livre et PERRIER (N), TORO (M) et PELLERIN (R), « Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets », CIRRELT-2014-4 < <https://www.cirrelt.ca/DocumentsTravail/CIRRELT-2014-04.pdf> >, p. 2.

Sestier réfléchit, « l'on peut demander si le support constitué par le contrat de partenariat public-privé n'est pas passé de devenir un archétype de la mondialisation ». <sup>396</sup> Pour leur part, le *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* <sup>397</sup> permet de voir que la confluence d'intérêts entre l'État et une personne privée est très notoire. <sup>398</sup> Ce livre vert soulignait l'importance d' « assurer le développement du PPP dans des conditions de concurrence effective et de clarté juridique » <sup>399</sup> en tant qu'il s'agit d'un défi du marché intérieur.

Dans la pratique, le PPP implique une collaboration. Toutefois, un certain nombre de particularités, de nuances <sup>400</sup> et de circonstances pourraient créer une confusion juridique ou « dénaturer » <sup>401</sup> le terme PPP. <sup>402</sup> Ces circonstances pourraient présenter le PPP comme une contradiction dans rapport à la précision de la terminologie <sup>403</sup> dans la mesure où les directives de 2014 ne définissent pas le PPP.

---

<sup>396</sup> SESTIER (J-F), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », in *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, SFDI, Paris, Pedone, 2015, p. 121.

<sup>397</sup> COM/2004/0327 final.

<sup>398</sup> Paragraphe 2.

<sup>399</sup> Paragraphe 1.2.

<sup>400</sup> Par exemple, la professeure Danielle Charles Le Bihan note que: « Sur le plan juridico-économique la principale distinction entre le contrat de PPP du Royaume-Unie (Project Finance Initiative-PFI), (qui révèle de la politique générale) et le modèle Français de « contrat de partenariat », largement inspiré de l'initiative PFI du Royaume-Unie, réside dans le fait que ce modèle est dérogoire du droit de la commande publique et nécessite dès lors une évaluation préalable très poussée qui doit justifier le recours au contrat de partenariat, soit la complexité du projet, soit l'urgence impérieuse, soit l'intérêt économique de la formule. La vérification de la viabilité (« bancabilité ») du projet s'impose, dans la mesure où la majorité des risques du projet supportés par la société du projet étant assumée par les prêteurs, ceux-ci sont peu enclins à prendre des risques », CHARLES LE BIHAN (D), « Financement des PPP dans l'Union et les États », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TROCHU (M), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 244.

<sup>401</sup> COLET (N), « La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), cuatro años después », *Anuario Partners*, 2011, p. 25 (Elle note: « *No ha de sorprender, por tanto, que la complejidad de su objeto sea una de las razones que justifican acudir al contrato de colaboración, pero sin que ello deba ser una excusa para convertirlo en una especie de "cajón de sastre" que acabe desnaturalizando la finalidad última perseguida con la contratación* »).

<sup>402</sup> Sur quelques modèles de contrats et PPP, voir: PERRIER (N), TORO (M) et PELLERIN (R), « Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets », CIRRELT-2014-4

< <https://www.cirrelt.ca/DocumentsTravail/CIRRELT-2014-04.pdf> >, pp. 2- 4. En plus, sur le PPP, on a noté que c'est une « catégorie juridique insaisissable », BERRAMDANE (A), « Le partenariat public-privé dans le droit de l'Union européenne », *op cit*, p. 40. En plus, on a dit aussi que « Par le biais de l'instrument contractuel, des variétés d'arrangements peuvent être formées et ainsi multiplier les modèles de PPP », NGUYEN (M), *Le modèle français de Partenariat public-privé: enjeux et conséquences pour le Vietnam*, Université de Toulouse Capitole 1, 2016, p. 14.

<sup>403</sup> Quelques auteurs préviennent que la « collaboration public-privé n'est pas, proprement, un concept juridique, mais un type de politique publique ou d'une manière de gestion », MAGIDE (M), « Instrumentos contractuales

En ce qui concerne les difficultés ou imprécisions terminologiques autour du terme PPP, il n'existe pas une définition juridique unique et contraignante du PPP<sup>404</sup>, ni en droit international<sup>405</sup> ni en droit de l'UE<sup>406</sup>; et, en droit étatique, le PPP « est généralement réduit à une technique contractuelle ».<sup>407</sup> Toutefois, le terme PPP n'est pas difficile à appréhender<sup>408</sup>, dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.<sup>409</sup> C'est vrai

---

de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas en el Derecho español », *Revista de Derecho administrativo*, numéro 16, 2016, p. 127.

<sup>404</sup> La thèse de doctorat de Roman Micallef parle d'un « enchevêtrement des notions », MICALEF (R), « L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada », Université Laval et Aix-Marseille, 2019, p. 121.

Voici un point de vue intéressant : « *Transfer to private sector of investments projects that traditionally have been executed or financed by the public sector. In this definition, the provision of good and/or services by the private sector, which to that point has been provided by the public sector, is clearly advocated* », HIGUSHI (T), *Natural Resource and PPP Infrastructure Projects and Project Finance*, Singapour, Springer, 2019, p. 24.

<sup>405</sup> Quand on parle des sources de financement des projets d'infrastructure, on dit que « Les investissements publics et privés sont souvent associés dans des arrangements parfois désignés sous l'appellation « partenariat public-privé » », *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, 2011, paragraphe 56.

<sup>406</sup> Le PPP dans le cadre de l'UE, le PPP a été conçu comme une « notion imprécise », BERRAMDANE (A), « Le partenariat public-privé dans le droit de l'Union Européenne », in *Le partenariat public-privé dans le cadre des relations UE-ASEAN*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>407</sup> RUNAVOT (M-C), « Les partenariats public-privé dans le domaine de la santé: réflexions sur un nouveau mode d'exercice de l'autorité publique internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 60, 2014, p. 659.

<sup>408</sup> On dit que « Le terme partenariat public-privé (« PPP ») n'est pas défini au niveau communautaire. Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service », *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* (COM/2004/0327 final)

< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN> >.

<sup>409</sup> Disposition type 2 des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les partenariats public-privé de 2019 :

« Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme « partenariat public-privé » (PPP) désigne l'accord entre une autorité contractante et une entité privée pour l'exécution d'un projet, en contrepartie de paiements à effectuer par l'autorité contractante ou les usagers de l'ouvrage, y compris à la fois les projets qui impliquent un transfert du risque lié à la demande au partenaire privé (« PPP concessifs ») et les autres types de PPP qui ne comportent pas ce transfert de risque (« PPP non concessifs ») ;

b) Le terme « ouvrage » désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population ;

c) Le terme « projet d'infrastructure » désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'agrandissement ou l'exploitation d'ouvrages existants;

d) Le terme « autorité contractante » désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de PPP [conformément aux dispositions de la présente Loi] ;

e) Le terme « partenaire privé » désigne l'entité privée retenue par l'autorité contractante pour exécuter un projet dans le cadre d'un contrat de PPP ;

f) Le terme « contrat de PPP » désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le partenaire privé qui énoncent les conditions de mise en œuvre d'un PPP ;

g) Les termes « soumissionnaire » ou « soumissionnaires » désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection en vue de l'attribution d'un contrat de PPP ;

qu'il s'agit d'une notion qui n'a pas de définition univoque<sup>410</sup>, mais, dans les grandes lignes, sous le terme PPP on perçoit un accord « d'intérêt mutuel »<sup>411</sup> entre une entité publique et une entité du secteur privé dans le cadre d'un « contrat à long terme ».<sup>412</sup> L'imprécision du PPP dans les directives de 2014 n'est pas nécessairement un aspect négatif. Pour le moment, on va retenir que le PPP n'a pas non plus une définition « de manière uniforme dans la littérature économique »<sup>413</sup>; et, parfois, l'absence d'une définition univoque peut être bénéfique pour éviter que l'administration puisse être prise au piège de la littéralité des concepts.

Dans ce contexte, on peut percevoir une réponse appropriée du législateur en face de l'utilité du PPP. En effet, le droit des contrats publics de l'UE assume la « flexibilité organisationnelle »<sup>414</sup> du PPP. C'est un mérite. Nous disons que c'est un mérite pour les raisons suivantes:

Premièrement, parce que l'harmonisation permet de recourir au PPP mais elle n'oblige pas à recourir au PPP. Et deuxièmement, parce que chaque État peut légiférer sur le PPP selon son meilleur critère, sans violer les règles de l'UE. En conséquence, les entités publiques peuvent évaluer si les circonstances justifient (ou non) le recours à PPP<sup>415</sup> selon la particularité chaque projet.

---

h) Le terme « proposition spontanée » désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une demande de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection ;

i) Le terme « organisme de réglementation » désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus »

< [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-11012\\_mlpppp\\_f.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-11012_mlpppp_f.pdf) >.

<sup>410</sup> Comme la professeure Marie-Clotilde Runavot résume, le PPP « est utilisée, dans différents ordres juridiques, pour désigner des réalités diverses », RUNAVOT (M-C), « Les partenariats public-privé dans le domaine de la santé: réflexions sur un nouveau mode d'exercice de l'autorité publique internationale », *op. cit*, p. 658.

<sup>411</sup> YONG (H), *Public-Private Partnerships Policy and Practice: A Reference Guide*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2010, p. 114.

<sup>412</sup> *Idem*.

<sup>413</sup> FARDE (G) et SAUSSIÉ (S), « La diversité des partenariats public-privé », in *Économie des partenariats public-privé* (SAUSSIÉ (S), directeur), Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 24.

<sup>414</sup> MAZOUZ, (B) « Les aspects pratiques des partenariats public-privé. De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP », *Revue française d'administration publique*, numéro 130, 2009/2, p. 224.

<sup>415</sup> Dans ce sens, MAGIDE (M), « Instrumentos contractuales de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas en el Derecho español », *op. cit*, p. 139.

L'harmonisation de 2014 montre que le législateur européen choisit de respecter les formes de coopération entre les secteurs public et privé dans le cadre des contrats publics, ce qui favorise l'innovation<sup>416</sup> en vertu de l'équilibre des facteurs en jeu.<sup>417</sup> En ce qui concerne le PPP, plutôt que les imprécisions terminologiques, il y a une prudence législative.

## 2. La cohérence entre les règles de l'harmonisation et du droit international

Comme nous l'avons déjà décrit au chapitre 1, le marché européen n'a pas été conçu comme un marché fermé au marché extérieur. Le marché européen est un marché ouvert à l'extérieur et au multilatéralisme.<sup>418</sup> La relation de cohérence entre le droit des contrats publics de l'UE et le droit international, c'est une caractéristique de l'harmonisation. Effectivement, le paragraphe 4 de l'article 10 de la directive 2014/23<sup>419</sup>, l'art. 25 de la directive 2014/24<sup>420</sup> visent à éviter un conflit de règles entre le droit de l'UE et le droit international. Dans le

---

<sup>416</sup> Par exemple, la professeure Marina Rodríguez note qu'en droit espagnol, « *el contrato de colaboración público-privada es el tipo contractual más específico e idóneo para la compra pública innovadora en su modalidad de adquisición de tecnología innovadora, porque favorece y facilita el diálogo con las empresas para la definición y el establecimiento de requisitos de licitación sujetos a fase de investigación, desarrollo e innovación, más allá del precio* », RODRIGUEZ (M), « La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación », *Cuadernos de Derecho Local*, numéro 39, 2015, p. 149. < [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1679/06 RODRIGUEZ P141 161 QDL 39.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1679/06_RODRIGUEZ_P141_161_QDL_39.pdf?sequence=1&isAllowed=y) >.

<sup>417</sup> Les professeurs Elisabetha Iossa et Christopher Bovis résumant ce qui suit: « *Environmental conduciveness in PPPs for innovation exhibits a balancing exercise of factors as price, cost, risk, quality, performance, and continuous improvement which underpins the value for money (VFM) principle in public service delivery* », IOSSA (E) et BOVIS (Ch), « Colloquium », in *Public Procurement Policy* (PIGA (G) et TATRAI (T), éditeurs), Routledge, N. York, 2016, p. 112.

<sup>418</sup> Voir: LANNON (E), « L'Union européenne, le régionalisme ouvert et le multilatéralisme dans un contexte de crise économique mondiale », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve: Liber Amicorum Paul Demaret* (GOVAERE (I) et HANF (D), directeurs), Bruxelles, Éditions scientifiques internationales, 2013, pp. 735-745.

<sup>419</sup> Cet article discerne que cette directive n'est pas applicable si: « le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est tenu d'attribuer ou d'organiser conformément à des procédures différentes de celles énoncées dans la présente directive établies par:

a) un instrument juridique créant des obligations de droit international tel qu'un accord international conclu, en conformité avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers ou subdivisions de ceux-ci et portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par leurs signataires;

b) une organisation internationale ».

<sup>420</sup> Cet article relie les marchés publics aux conventions internationales en prévenant que « Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union ». Nous soulignons.

même sens, l'art. 20 de la directive 2014/25 confirme cette prudence législative. Ces normes permettent de voir que la volonté du législateur communautaire a été, et est, de faciliter l'application du droit international; et, par conséquent, on peut noter, *a priori*, que les règles de l'harmonisation de 2014 ne sont pas un obstacle à l'applicabilité du droit international.

Dans ce contexte, il est nécessaire de rappeler qu'il serait difficile d'accepter que les directives européennes puissent contredire les règles des traités internationaux. En cas de contradiction entre les directives d'harmonisation et les traités internationaux, le droit international prévaudrait sur le droit de l'UE pour une simple raison de hiérarchie (même si, sur le terrain, la réalité peut ne pas être aussi pacifique que dans une perspective académique) et c'est un facteur très utile pour la construction du droit international des contrats publics.

## **B. L'accent sur l'intégrité, la réduction du risque et la neutralité technologique**

L'intégrité des contrats implique d'assurer la transparence.<sup>421</sup> L'intégrité des contrats publics reconnue sur la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>422</sup> est liée au droit à une bonne administration garanti par l'art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.<sup>423</sup>

---

<sup>421</sup> Principe 1 des Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics.

<sup>422</sup> Paragraphe 1 de l'article 9: « Chaque État... prend... les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes... prévoient notamment:

a) La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres;

b) L'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication;

c) L'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures;

d) Un système de recours interne efficace... ».

<sup>423</sup> GIMENO (J-M), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 26-27.



En ce contexte, les règles d'harmonisation dévoilant une politique législative orientée à réduire des risques futurs (1) et à la bonne utilisation des nouvelles technologies (2). Ce sont des thèmes différents mais très présents du point de vue du risque.

## **1. Une politique législative orientée à réduire des risques futurs**

Dans le cadre de l'intégrité, il est nécessaire une politique législative orientée à réduire des risques futurs.<sup>424</sup> Dans ce contexte, le droit des contrats publics de l'UE prévoit, d'un côté, l'exclusion d'opérateurs à cause de ses antécédents (i) et, d'un autre côté, la validité, ou l'assimilation, du principe de précaution aux contrats, ce qui est une conséquence du droit originaire (ii).

### *(i) L'exclusion de quelques opérateurs économiques*

L'harmonisation exclu certains opérateurs économiques en raison de ses antécédents criminels par corruption, par fraude contre les intérêts financiers de l'UE, par blanchiment de capitaux, par terrorisme et financement du terrorisme ou par traite d'êtres humains.<sup>425</sup> D'une certaine manière, cela implique prévenir des risques futurs dans l'exécution du contrat et évaluer préalablement l'intégrité du cocontractant.

De même, l'harmonisation reconnaît l'exclusion des opérateurs économiques en raison de non-paiement d'impôts ou de cotisations de sécurité sociale.<sup>426</sup> Toutefois, un critère de flexibilité permet l'abrogation de la clause d'exclusion lorsque celle-ci selon les circonstances<sup>427</sup>, ce qui pourrait impliquer une certaine ambiguïté dans la pratique en raison d'éventuelles interprétations disparates.

---

<sup>424</sup> Principe 5 des Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics.

<sup>425</sup> Considérant 69 de la directive 2014/23 et art. 38, paragraphe 4. Considérant 100 de la directive 2014/24 et art. 57, paragraphe 1. Considérant 105 de la directive 2014/25.

<sup>426</sup> Art. 38, paragraphe 5, de la directive 2014/23. Art. 57, paragraphe 2, de la directive 2014/24. Par l'article 80, la directive 2014/25 fait une utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la directive 2014/24/UE.

<sup>427</sup> Art. 38, paragraphe 6, de la directive 2014/23. Art. 57, paragraphe 3, de la directive 2014/24 : « Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes 1 et 2, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement ».

(ii) *Les principes de la protection de l'environnement: le principe de précaution*

Si la sauvegarde de l'environnement est une caractéristique du droit des contrats publics de notre temps<sup>428</sup>, nous ne pouvons pas oublier que l'environnement est, d'une part, un droit de l'homme et, d'autre part, un domaine juridique de l'UE et du droit international.

L'UE prend en compte le facteur écologique dans les contrats publics.<sup>429</sup> La *Green Public Procurement* (GPP) s'impose<sup>430</sup> et le facteur environnement peut passer d'un objectif secondaire à un objectif moins secondaire et plus visible.<sup>431</sup>

Par la diversité et la complexité des différents contrats publics, il est important de retenir tous les principes du droit de l'environnement dans le cadre de l'UE: les principes d'intégration, de précaution, de prévention, de la correction des atteintes à l'environnement et pollueur-payeur.<sup>432</sup> Nous nous arrêtons au principe de précaution par l'incertitude particulière qu'il peut générer parce que, d'abord, il n'existe pas de définition universellement acceptée du principe de précaution<sup>433</sup>, mais ce principe doit être appliqué.

---

<sup>428</sup> Voir: La *Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics* de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques du 23 janvier 2002.

<sup>429</sup> Voir: Les *EU GPP criteria*, qui sont « *developed to facilitate the inclusion of green requirements in public tender documents. While the adopted EU GPP criteria aim to reach a good balance between environmental performance, cost considerations, market availability and ease of verification, procuring authorities may choose, according to their needs and ambition level, to include all or only certain requirements in their tender documents* » < [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm) >.

<sup>430</sup> Cependant, les *Green Public Procurement in Europe. Conclusions and Recommendations* du 2006 considèrent qu'il y a cinq barrières pour les contrats publics écologiques:

- « 1. *Green products would be more expensive.*
2. *Lack of environmental knowledge.*
3. *Lack of managerial and political support.*
4. *Lack of tools and information.*
5. *Lack of training* ».

< [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/take\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/take_5.pdf) >, p. 2.

<sup>431</sup> Le développement durable fait partie de la construction du droit des contrats publics et il exige une attention particulière des pouvoirs publics. Voir: VIÑUALES (J), « *Foreign investment and the environment in international law. Current trends* », in *Research Handbook on Environment and Investment Law* (MILES (K), éditrice), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, p. 37.

<sup>432</sup> Entre autres auteurs, voir: KRAMER (L), *EU Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 20-27; JANS (J) et VEDDER (H), *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2012, p. 41.

<sup>433</sup> BOURGUIGNON (D), *Le principe de Précaution. Définitions, applications et gouvernance*, Service de recherche pour les députés, 2015, p. 1. Intéressant, cet auteur résume: « Les conceptions varient avant tout en fonction du degré d'incertitudes scientifique auquel une action de la part des autorités reste possible. La

Dans le cadre du droit de l'UE, le principe de précaution est également reconnu par une règle de droit originaire du TFUE qui annonce ce qui suit:

« La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union ». <sup>434</sup>

Il y a une bibliographie qui a alerté sur l'expansion de l'application de ce principe. L'expansion arriverait à tel point que le tribunal du Luxembourg « a élargi son champ d'application, en incluant la santé, la qualité des produits alimentaires et la protection des consommateurs, et éventuellement à tous les secteurs confrontés à l'incertitude scientifique ». <sup>435</sup>

Dans ce contexte, il y a un détail très important: certains auteurs estiment qu'il existe une marge d'abus du droit dans le cadre de l'application du principe de précaution. <sup>436</sup> Nous ne

---

Commission européenne, l'UNESCO et l'Agence européenne de l'environnement proposent chacune leur définition. Par ailleurs, la Cour de justice européenne a contribué à interpréter le principe de précaution et à étendre son champ d'application. L'application du principe de précaution est, elle aussi, sujette à différentes interprétations. La plupart des experts s'accordent à dire que le principe de précaution n'exige pas de prendre des mesures particulières, telles qu'une interdiction ou un renversement de la charge de la preuve. En revanche, les avis d'experts et d'institutions divergent en ce qui concerne la méthode à utiliser pour déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures de précaution (analyse coûts-bénéfices, ... analyse des avantages et désavantages de l'action et l'inaction, etc.)... L'application du principe de précaution présente de nombreux défis, notamment en ce qui concerne le traitement de la complexité, l'évaluation du danger, la recherche et les activités économiques... Le principe de précaution est étroitement lié à la gouvernance. Il pose plusieurs questions en matière de gouvernance du risque (évaluation, gestion et communication du risque). Par ailleurs, étant donné que l'application de mesures de précaution résulte le plus souvent d'une décision politique basée sur des connaissances scientifiques, les interfaces science-politique revêtent une importance particulière... ».

<sup>434</sup> Nous soulignons. Paragraphe 2 de l'art. 191.

<sup>435</sup> IONESCU (R), *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 347-348. Nous soulignons.

<sup>436</sup> *Idem*, p. 438.

rejetons pas complètement cette opinion mais nous l'admettons avec prudence. Dans cette ligne on peut noter qu'une manipulation du principe de précaution dans le domaine des contrats publics pourrait provoquer une contradiction non seulement avec la libre concurrence dans le cadre des appels d'offres publics mais aussi avec la bonne foi contractuelle dans le cadre de l'exécution des contrats.

En effet, les pouvoirs publics ont un large éventail de prérogatives reconnues en leur faveur telles que, par exemple, la modification ou la résiliation unilatérale du contrat. Dans ce contexte, le principe de précaution ne devrait pas être instrumentalisé pour justifier des décisions administratives juridiquement et moralement injustifiables.

De toute évidence, la résiliation et la modification du contrat doivent être justifiées et ne pas constituer un instrument d'abus de pouvoir de l'État. L'instrumentalisation de ce principe pour justifier des décisions administratives obscures et arbitraires pourrait se produire dans des cas déconnectés de la protection de l'environnement tels que:

- Une résiliation hypothétique du contrat faite dans le but d'éviter l'exécution du contrat simplement pour ne pas le payer,
- la résiliation d'un contrat pour des raisons électorales; ou
- la résiliation du contrat pour ensuite bénéficier à une autre société proche du parti au pouvoir ou d'un membre du gouvernement.

Au-delà d'éventuels abus du droit par une manipulation du principe de précaution, ce principe remarque l'importance du dialogue compétitif que nous avons évoqué entre les modèles des procédures de passation parce que, précisément, le dialogue compétitif permet un échange de points de vue entre les administrations publiques adjudicatrices et les opérateurs économiques. Dans ce contexte, le dialogue compétitif permet un meilleur échange de vues<sup>437</sup> entre le secteur public et le secteur privé, ce qui pourrait être favorable à

---

<sup>437</sup> « *It is widely accepted by those involved in public infrastructure projects that a procurement procedure requires high degrees of flexibility and dialogue between the contract authority and the contractors bidding to become the private sector partner* », LE LAN ROOS (C) et UTTAM (K), « *Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement* », *Journal of Cleaner Production*, numéro 86, 2015, p. 405.

la sauvegarde des droits de l'homme dans le cadre de chaque contrat, y compris et le développement durable.<sup>438</sup>

Un exemple illustratif de la relation entre le dialogue compétitif et le principe de précaution pourrait être le ferry électrique en Norvège qui rapporte la publication de la Commission: Acheter vert! Un manuel sur les marchés publics écologiques, où les mots du monsieur Edvard Thonstad Sandvik (de la direction norvégienne des routes publiques) sont illustratifs: « Le dialogue compétitif nous a permis d'entrer en contact avec les fournisseurs et de créer des solutions innovantes et à faibles émissions de carbone en partenariat ». <sup>439</sup> Dans ce contexte, le principe de précaution peut favoriser l'innovation.<sup>440</sup>

À notre avis, l'harmonisation des modèles de passation en réaffirmant le dialogue compétitif est salubre, notamment dans le cadre de l'exécution des concessions. Le dialogue compétitif n'est évidemment pas la règle générale dans les contrats publics et, dans ce contexte, une question découle: le dialogue compétitif implique-t-il un risque de détérioration de la transparence ? Cette interrogation est valable non seulement dans le cadre du droit de l'UE, mais aussi dans le cadre de l'harmonisation au sein de tout ordre juridique communautaire et/ou conventionnel et dans le cadre des ordres juridiques étatiques aussi, ce qui conduit à noter ici qu'il y a divers éléments communs qui permettent d'envisager sérieusement la possibilité de construire un droit international des contrats publics autour de thèmes tels que la passation, l'environnement, les clauses sociales, les clauses d'exclusion, etc; tout cela confirme que la construction du droit international des contrats publics impliquerait toujours l'articulation d'une diversité de domaines juridiques dans un marché international des contrats publics ouvert à l'échelle planétaire, où la neutralité technologique, l'intégrité des contrats et le droit aux recours sont incontournables.

---

<sup>438</sup> Voir: LE LAN ROOS (C) et UTTAM (K), « Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement », *op. cit.*, pp. 403-416.

<sup>439</sup> Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 24.

<sup>440</sup> Les professeurs Elisabetha Iossa et Christopher Bovis notent que l'innovation souhaitable est « contrebalancée » par la difficulté de la régulation, IOSSA (E) et BOVIS (Ch), « Colloquium », *op. cit.*, p. 112.

## 2. Les nouvelles technologies au service de l'intégrité: la neutralité technologique

Les moyens électroniques d'information sont très utilisés pour connaître les opportunités dans le marché intérieur et pour renforcer l'intégrité des contrats publics parce que « les possibilités pour les opérateurs économiques de prendre part à des procédures de passation de marché dans l'ensemble du marché intérieur s'en trouvent considérablement accrues ».<sup>441</sup> L'assimilation de la technologie dans les contrats publics requiert l'incontournable assimilation du principe de neutralité technologique. L'harmonisation au sein de l'UE accueille ce principe sans le citer expressément par son propre nom.

En effet, ni le droit originaire ni les directives d'harmonisation ne contiennent une phrase où l'on peut lire expressément que « le principe de neutralité technologique implique... ».<sup>442</sup> Cependant, le principe de neutralité technologique est reconnu dans le droit de l'UE par le Règlement (UE) 2015/2120 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert.<sup>443</sup> Ce règlement ne mentionne pas expressément les contrats publics, mais il révèle la signification de ce principe dans le cadre de l'UE en affirmant que: « Les mesures prévues par le présent règlement respectent le principe de la neutralité technologique, c'est-à-dire qu'elles n'imposent ni ne favorisent l'utilisation d'aucun type particulier de technologie ».<sup>444</sup> À des fins pratiques, le principe de neutralité technologique empêche l'utilisation de la technologie pour favoriser quelqu'un ou pour porter atteinte à l'égalité entre les opérateurs économiques dans le cadre d'un appel des offres publiques. En ce sens, les directives de 2014

---

<sup>441</sup> Considérant 63 de la directive 2014/25. Le Considérant 53 de la directive 2014/24 va dans le même sens.

<sup>442</sup> D'une manière générale, la neutralité technologique est comprise comme la: « Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place. La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre », TRUDEL (P), POULIN (D), *et al* « La loi en ligne: La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 2001. Nous soulignons.

Source: < <http://www.lccjti.ca/definitions/neutralite-technologique/> >. Vu le 6 mai 2017.

<sup>443</sup> Le nom complet du Règlement est « Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union ».

<sup>444</sup> Considérant 2.

permettent de comprendre l'utilité des moyens électroniques contre les pratiques discriminatoires.<sup>445</sup>

Le principe de neutralité technologique appliqué aux contrats publics implique que les nouvelles technologies ne peuvent pas être un moyen discriminatoire ou une simple formalité, mais un instrument efficace<sup>446</sup> pour promouvoir l'égalité dans le cadre de la libre concurrence que chaque État de l'UE doit sauvegarder. Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, où ces contrats peuvent être un secteur du commerce mondial, on pourrait dire que la neutralité technologique apparaît comme un nouveau contexte dans la « relation historique entre le droit du commerce et le droit de la concurrence »<sup>447</sup>, notamment à la lumière de la « numérisation progressive »<sup>448</sup> des contrats publics. L'accueil du principe de neutralité technologique dans l'harmonisation est un autre élément qui permet de penser à la possibilité d'un droit international des contrats publics.

## **§2. La consolidation de l'ouverture du marché intérieur et de l'intégrité**

Si l'harmonisation du droit des contrats publics implique la sauvegarde de l'intégrité, nous ne pouvons pas perdre de vue une autre réalité: il n'y a pas d'intégrité effective ou réelle sans un mécanisme de contrôle. L'harmonisation nécessite des garanties.

Pour assurer le respect des règles de l'harmonisation, le droit des contrats publics de l'UE présente deux types de garanties de nature contentieuse et une garantie de nature non

---

<sup>445</sup> « Les entités adjudicatrices devraient, sauf dans certaines situations spécifiques, utiliser des moyens électroniques de communication qui ne sont pas discriminatoires, qui sont communément disponibles et compatibles avec les technologies d'information et de communication (TIC) généralement utilisées et qui ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation de marché. L'utilisation de ces moyens de communication devrait également tenir dûment compte de l'accessibilité pour les personnes handicapées... », Considérant 64 de la directive 2014/25; 53 de la directive 2014/24; paragraphe 1 de l'art. 29 et art. 34 de la directive 2014/23.

<sup>446</sup> La professeure Kirsi-Maria Halonen note que la « *Digitalization and e-procurement requirements have likely also contributed to additional active, online transparency rules and practice* », HALONEN (K-M), « Many faces of transparency in public procurement », in *Transparency in EU Procurements*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 26.

<sup>447</sup> TAYLOR (M), *International competition Law. A new Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, p. 148.

<sup>448</sup> CANTORE (C) et TOGAN (S), « Public Procurement in the UE », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, *op. cit.*, p. 154.

contentieuse. En ce qui concerne la garantie contentieuse, les recours internes et les recours européens assurent le respect des règles dans le cadre de chaque appel d'offres public (A). De même, en dehors du cadre contentieux, dans le cadre législatif, le droit de l'UE garantit l'efficacité directe des directives d'harmonisation en cas de non-transposition (B).

## **A. La garantie des recours**

Le droit de l'UE garantit un double contrôle: les recours internes du droit des États (1) et le contrôle judiciaire de la CJUE (2).

### **1. Les recours internes comme garantie de l'harmonisation**

L'obligation de l'État de disposer de recours internes dans le cadre des appels d'offres publics facilite la lutte contre la discrimination et le manque de transparence. Sur la base de la directive 89/665, nous pouvons dire que les recours sont un outil nécessaire pour assurer l'intégrité dans le cadre de l'harmonisation essentiellement pour les raisons suivantes: D'une part, cette directive impose l'obligation de veiller à ce que l'organe statuant sur un recours soit indépendant du pouvoir adjudicateur.<sup>449</sup> Par ailleurs, en vertu de cette directive, il est possible non seulement de présenter des recours, mais aussi de demander des mesures provisoires<sup>450</sup> contre les décisions illégales<sup>451</sup> et réclamer une indemnisation.<sup>452</sup> Le droit à un recours effectif est renforcé par les directives du 2014.<sup>453</sup>

Dans ce contexte, le principe de l'effectivité du droit de l'UE implique une garantie procédurale de l'intégrité dans le cadre de l'harmonisation et du droit des États parce que, en vertu de ce principe, les règles étatiques de nature contentieuse « ne doivent pas rendre

---

<sup>449</sup> Art. 2, paragraphe 1.

<sup>450</sup> Art. 2, paragraphe 1, *a*).

<sup>451</sup> Art. 2, paragraphe 1, *b*).

<sup>452</sup> Art. 2, paragraphe 1, lettre *c*).

<sup>453</sup> « ... Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit », paragraphe 1 de l'art. 46 de la directive 2014/23.



pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ». <sup>454</sup> Dans le cadre du droit des contrats publics, ce principe évite l'affaiblissement des règles de l'harmonisation à cause des formalités procédurales de droit interne.

## 2. Le contrôle judiciaire européen comme garantie de l'harmonisation

Comme nous le savons, les directives d'harmonisation de 2014 ne s'appliquent pas à tous les contrats, mais à certains contrats et en fonction du seuil <sup>455</sup>, ce qui soulève une question: les contrats en dehors du seuil, sont-ils en dehors de l'harmonisation ?

Prétendre que les contrats en dehors du seuil restent en dehors de l'harmonisation est oublier que le droit originaire fait partie des règles d'harmonisation. Dans ce contexte, il convient de rappeler que, par la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics* <sup>456</sup>, la Commission a confirmé l'applicabilité des principes du droit originaire en ce qui concerne les contrats non couverts par les directives d'harmonisation. L'Allemagne a introduit un recours en annulation contre cette communication devant le tribunal de Luxembourg et dans l'arrêt du 20 mai 2010, le tribunal ne donne pas la raison à l'Allemagne <sup>457</sup>:

« À titre liminaire, il convient de constater que l'argumentation de la République fédérale d'Allemagne est fondée sur la prémisse selon laquelle les marchés concernés par la communication ne seraient soumis à aucune obligation générale de transparence découlant du droit communautaire. Force est toutefois de constater que, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (voir points 68 à 100), cette prémisse est erronée ». <sup>458</sup>

---

<sup>454</sup> Paragraphe 37 de l'arrêt de la CJUE (cinquième chambre) du 26 novembre 2015, C-166/14. Paragraphe 39 de l'arrêt de la CJUE (cinquième chambre) du 12 mars 2015, C-538/13. Paragraphe 46 de l'arrêt de la CJUE (cinquième chambre) du 6 octobre 2015, C-61/14.

<sup>455</sup> Rappeler la section 1, § 1, B1 (vii) et la section 1, § 1, B2.

<sup>456</sup> 2006/C 179/02.

<sup>457</sup> T-258/06.

<sup>458</sup> Paragraphe 110.

Les contrats hors du seuil ne sont pas exclus du droit de l'UE, mais ils ne sont pas couverts par les directives de 2014.

## **B. Les directives d'harmonisation dans le cadre de l'efficacité directe des directives**

L'efficacité directe des directives joue en faveur de l'harmonisation. Cette efficacité directe permet d'appliquer certaines règles si certaines conditions existent (1). On va voir cette règle générale dans le cadre du droit des contrats publics (2).

### **1. L'« inconditionnalité » et la « précision » comme règle générale**

L'un des grands problèmes de l'harmonisation de tout domaine juridique au moyen de directives peut être la paralysie législative des États. Ce risque a également été et est présent dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats publics.<sup>459</sup> L'efficacité directe comble les effets de la paralysie législative.

Comme on le sait, l'efficacité directe des directives n'a pas été prévue par le droit originaire, mais c'est une création de la jurisprudence de la CJCE dans l'arrêt du 5 février 1963 sur l'affaire *Van Gend en Loos*.<sup>460</sup>

Les directives peuvent avoir une efficacité directe au profit des particuliers (efficacité verticale).<sup>461</sup> Deux conditions sont nécessaires pour l'efficacité directe: les directives doivent être « inconditionnelles » et « suffisamment précises ».<sup>462</sup> Dans le cadre des contrats publics,

---

<sup>459</sup> *Eurolex* fournit un rapport sur les transpositions en droit interne:

< [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.094.01.0065.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG) >. Le blog suivant est également intéressant: < <http://www.howto Crackanut.com/blog/2016/6/14/some-anecdotal-updates-on-the-transposition-of-the-2014-public-procurement-package> >.

<sup>460</sup> 26/62.

<sup>461</sup> Arrêt de la Cour du 4 décembre 1974 sur l'affaire *Yvonne van Duyn contre Home Office*, paragraphes 3, 13 et 15 et paragraphe dispositif 2 de l'arrêt. Demande de décision préjudicielle de la *High Court of Justice, Chancery Division* du Royaume-Uni. 41/71.

<sup>462</sup> Arrêt de la Cour du 5 avril 1979 sur l'affaire *Ministère public c. Ratti*, paragraphe 23. 148/78.

la jurisprudence a accepté l'efficacité directe de certaines règles d'harmonisation, comme nous le verrons au point suivant.

## 2. La règle générale dans le cadre des contrats publics

L'assomption de l'applicabilité directe par le tribunal de Luxembourg nous permet d'analyser l'applicabilité directe des directives de 2014.

La Cour du Luxembourg a assumé l'applicabilité directe de deux directives dans le droit de contrats publics: la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (celle-ci est abrogée) et la directive 89/665 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Effectivement, dans l'arrêt du 24 septembre 1998 sur l'affaire des *Marchés publics de services et l'effet direct d'une directive non transposée*<sup>463</sup>, la cour (sixième chambre) avait reconnu que la directive 92/50 pouvait directement être appliqué:

« Les dispositions des titres I<sup>464</sup> et II<sup>465</sup> de la directive 92/50 peuvent être invoquées directement par les particuliers devant les juridictions nationales. Quant aux dispositions des titres III à VI<sup>466</sup>, elles peuvent également être invoquées par un particulier devant une juridiction nationale dans la mesure où il ressort de l'examen individuel de leur libellé qu'elles sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises ».<sup>467</sup>

En outre, dans l'affaire *Koppensteiner GmbH contre le Bundesimmobiliengesellschaft mbH*<sup>468</sup>, la cour a répondu sur l'applicabilité directe de la directive 89/665. Cette affaire fût

---

<sup>463</sup> C-76/97. Connu comme l'affaire *Walter Tögel* aussi.

<sup>464</sup> Titre I: Dispositions générales. Note de bas de page ajoutée pour contextualiser.

<sup>465</sup> Titre II: Application à deux niveaux. Note de bas de page ajoutée pour contextualiser.

<sup>466</sup> Titre III: Choix des procédures de passation et règles applicables aux concours; Titre IV: Règles communes dans le domaine technique; Titre V: Règles communes de publicité; et Titre VI: Règles communes de participation, critères de sélection qualitative et critères d'attribution du marché. Note de bas de page ajoutée pour contextualiser la citation.

<sup>467</sup> Point 3 de la décision judiciaire. Voir le paragraphe 47 de l'arrêt.

<sup>468</sup> C-15/04.

une conséquence du retrait d'un appel d'offres en l'Autriche. Le *Bundesvergabeamt* de l'Autriche avait posé la suivante question à la cour:

« Les dispositions combinées de l'article 1er et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665<sup>469</sup> [...] sont-elles si incondtionnelles et précises qu'un particulier peut s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales en cas de retrait d'un appel d'offres après l'ouverture des offres et être admis à engager un recours contre ce retrait ? ». <sup>470</sup>

Au critère de la cour, ces normes:

« ...exigent que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public puisse faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée, le cas échéant, au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit ». <sup>471</sup>

Selon ce critère, l'autocorrection est possible dans l'ordre juridique de l'UE.

Finalement, le tribunal a fait la précision suivante: « Lesdites dispositions de la directive 89/665 sont incondtionnelles et suffisamment précises pour fonder un droit en faveur d'un particulier qui, le cas échéant, peut s'en prévaloir contre un pouvoir adjudicateur tel que la BIG ». <sup>472</sup> La jurisprudence nous montre que les règles d'harmonisation peuvent conduire à la création de droits. En tout état de cause, il convient de préciser que l'effet direct des directives ne peut que bénéficier aux particuliers contre l'État. <sup>473</sup>

---

<sup>469</sup> Sur la coordination des dispositions relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Note de bas de page ajoutée pour contextualiser.

<sup>470</sup> Paragraphe 22.

<sup>471</sup> Paragraphe 30.

<sup>472</sup> Paragraphe 38.

<sup>473</sup> Document « Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público (Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016) », p. 11, en citant l'arrêt 12 décembre 2013 (C-425/12) sur l'affaire *Portgás* <  
[http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos\\_documento\\_final\\_ESTUDIO\\_aplicacion\\_dir ecta\\_de las Directivas\\_b43ec509.pdf](http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_documento_final_ESTUDIO_aplicacion_dir ecta_de las Directivas_b43ec509.pdf)>.

En ce qui concerne la non transposition ou la transposition mauvaise des directives du 2014, la date limite de transposition des directives de 2014 fut le 18 avril 2016. À ce jour, nous n'avons pas eu de jurisprudence de la CJUE sur l'applicabilité directe des directives d'harmonisation de 2014. Cependant, comme nous le savons, l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'UE est un processus évolutif, et c'est la raison par laquelle nous noterons ici que les futures directives d'harmonisation pourraient avoir un effet direct. Ainsi, la paralysie législative ou des erreurs législatives d'un État n'affaiblissent ni ne détruisent cette évolution.

### **Conclusions de la section 1**

L'efficacité directe des directives, la possibilité de poser des questions préliminaires à la juridiction de Luxembourg et la possibilité de recours contribuent à assurer l'intégrité des contrats publics et la libre concurrence dans ce secteur.

La flexibilité, en tant qu'élément fondamental de l'harmonisation, est une nécessité par diverses raisons tels que les suivants: comme le professeur Sébastien Marciali note, la flexibilité « pourrait être un élément... susceptible de garantir le maintien de l'appartenance à l'Union, en dépit de l'hétérogénéité croissante de l'Union et des risques de blocage qui en découlent ». <sup>474</sup> En plus, le droit de l'UE doit être flexible parce qu'il « a besoin de l'intervention des États pour être appliqué ». <sup>475</sup> Et, en raison des matières qu'il légifère, la flexibilité est fondamentale parce que les règles de l'UE coexistent avec les règles du droit international, surtout si nous n'oublions pas que l'UE est un sujet de droit international.

D'ailleurs, l'harmonisation au sein de l'UE a compris la nécessité d'avoir des règles et définitions claires pour la sauvegarde de l'intégrité et la libre concurrence et pour le bon fonctionnement de l'administration publique autour des contrats publics. Toutefois, les succès de l'harmonisation n'empêchent pas de voir qu'il s'agit d'un domaine juridique en

---

<sup>474</sup> MARCIALI (S), *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 777. Il note que celle-ci peut être un instrument accessoire de protection des valeurs constitutionnelles de l'UE, p. 762 et p. 41.

<sup>475</sup> LAGELLE (A), *La flexibilité dans les Accords de l'OMC*, La Plaine Saint-Denis, Éditions Connaissances et Savoirs, 2010, p. 28.

évolution ni les éventuelles incertitudes juridiques. Dans la section 2, nous continuerons à analyser cette évolution et à aborder les incertitudes en vue de la construction d'un éventuel droit international des contrats publics.

## **Section 2. Les contrats publics et l'UE en tant que domaine en constante évolution**

L'harmonisation réaffirme le marché intérieur et l'intégrité des contrats publics. Néanmoins, il y a quelques aspects des contrats publics au sein de l'UE qui présentent certes doutes et incertitudes. Cette thèse n'essaie pas d'attaquer la construction du droit des contrats publics de l'UE; cependant, on va faire quelques observations en ce qui concerne les limitations du droit de l'UE (§1) et en ce qui concerne la phase d'exécution du contrat du point de vue du droit international d'investissements (§2).

### **§1. Les limites au droit des contrats publics de l'UE**

L'harmonisation du droit des contrats publics de l'UE reflète également un ordre juridique incomplet et limité (A). De même, les modes alternatifs de règlement des différends entre le cocontractant et les entités publiques au stade de l'exécution du contrat n'ont pas été harmonisés. Dans ce contexte, l'harmonisation ne conduit pas à une législation homogène entre les États en matière d'arbitrage ni met fin à la polémique sur les aides d'État (B).

#### **A. Les faiblesses de l'harmonisation**

L'harmonisation a été réalisée, dans une large mesure, en fonction de la valeur économique du contrat (1). De même, certains aspects de l'harmonisation peuvent conduire à la perception d'un droit de l'UE des contrats publics inachevé (2).

##### **1. Les deux vitesses de l'harmonisation**

En vertu du seuil, on peut dire que l'harmonisation européenne est une harmonisation à deux vitesses. Dans la première vitesse de l'harmonisation, les règles sont claires et précises; il y a un accent particulier sur la publicité, la libre concurrence et l'intégrité des contrats

publics.<sup>476</sup> Les contrats harmonisés pour cette première vitesse restent couverts par les directives de 2014. Dans la deuxième vitesse de l'harmonisation, les contrats publics non couverts par l'harmonisation sont à la merci de l'interprétation du droit originaire. En conséquence, les contrats qui dépassent le seuil bénéficient d'un degré de communautarisation plus élevé que les autres contrats publics.

Les seuils fixés par les directives 2014/23<sup>477</sup>, 2014/24<sup>478</sup> et 2014/25<sup>479</sup> expulsent les contrats de moindre valeur économique de leur champ d'application et, simultanément, ils tracent une frontière économique et juridique qui affaiblit l'intégrité exigée par les directives.

La distinction entre des contrats dépassant le seuil et les autres contrats peut avoir des conséquences techniques découlant de différentes interprétations du droit originaire (i). En outre, le régime juridique d'un contrat en fonction de sa valeur économique nous rapproche de la différence entre les notions de « concurrence parfaite » et « concurrence praticable » (deux notions propres au droit de la concurrence) comme on va vérifier aux suivantes pages (ii).

*(i) La reconnaissance de la problématique de différentes interprétations en fonction du seuil*

Nous savons que les contrats publics non harmonisés par les directives sont régis par les principes du droit originaire.<sup>480</sup> Cela nous permet de préciser que les contrats non harmonisés par les directives ne sont pas en dehors du droit des contrats publics de l'UE mais ils sont en dehors des règles des directives. Il y a une différence entre l'un et l'autre. En conséquence, ces contrats ont un degré d'harmonisation moindre, comme nous l'avons déjà vu<sup>481</sup>, mais ils font également partie de l'harmonisation européenne au sens large.

---

<sup>476</sup> Tenir compte des Principes de l'OCDE susmentionnés.

<sup>477</sup> L'art. 8.

<sup>478</sup> L'art. 4.

<sup>479</sup> L'art. 15.

<sup>480</sup> Voir: DERO-BUGNY (D), « Le droit de l'Union européenne applicable aux marchés publics et aux concessions d'une valeur inférieure aux seuils prévus par les directives 2014/23/UE, 2014/24 et 2014/25 », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2016, pp. 529-553.

<sup>481</sup> Voir la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics* et l'arrêt du 20 mai 2010.

Intéressant, le législateur européen souligne que l'application du droit originaire peut conduire à des problèmes d'interprétation. C'est le cas, par exemple, de la directive 2014/23, dans laquelle on peut lire:

« l'attribution de concessions de services... est soumise aux principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne...Il existe un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres. Ce risque a été confirmé par la vaste jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne... ».<sup>482</sup>

Les contrats publics visés par les directives de 2014 réduisent le risque d'interprétations divergentes du droit originaire, ce qui démontre que le seuil peut être déterminant pour la sécurité juridique. Le même législateur reconnaît cette question.<sup>483</sup>

Les deux vitesses générées par le seuil ne sont pas le meilleur allié des petites entreprises parce que, précisément, ces entreprises ont tendance à opérer sur des contrats de faible montant. De même, la divergence dans l'interprétation du droit originaire n'est pas le meilleur scénario juridique pour parvenir à une concurrence pratique, comme nous le verrons.

#### *(ii) Les contrats en hors des directives s'éloignent de la concurrence*

Si les contrats publics devraient être adaptés « aux besoins des PME »<sup>484</sup>, la ligne de séparation créée par les seuils peut provoquer un effet contraire dans la mesure où cette ligne peut diminuer la participation des PME parce que les contrats publics en dehors du seuil ne

---

<sup>482</sup> Nous soulignons. Considération 4 de la directive 2014/23.

<sup>483</sup> « Pour éliminer des distorsions persistantes sur le marché intérieur, il apparaît nécessaire d'appliquer de manière uniforme les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans l'ensemble des États membres et de mettre fin aux divergences dans l'interprétation de ces principes au niveau de l'Union. Cela permettrait en outre d'accroître l'efficacité de la dépense publique, de faciliter l'égalité d'accès et la participation équitable des PME à l'attribution de contrats de concession, tant à l'échelon local qu'à celui de l'Union, et de soutenir la réalisation des objectifs d'une politique publique durable », *idem*. Nous soulignons.

<sup>484</sup> Voir, par exemple, la considération 78 de la directive 2014/24, les considérations 70 et 87 de la directive 2014/25 et la première considération de la directive 2014/23.



bénéficient pas nécessairement de la publicité obligatoire que les directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25 imposent en raison du seuil. Toutefois, l'harmonisation doit d'être vigilante sur le degré de participation des PME<sup>485</sup>, et on peut lire certaines critiques existent à cet égard.<sup>486</sup> Si les appels d'offres publics sont inconnus à cause d'une publicité minimale, quelle promotion de la concurrence peut-il exister ? La concurrence rhétorique, probablement.<sup>487</sup>

Comme nous l'avons noté précédemment, le seuil des directives ne permet pas de réaliser une « concurrence parfaite » ni une « concurrence praticable ». Pour distinguer ces deux concepts, la juriste Valérie Fauré résume<sup>488</sup> ce qui suit:

« De façon classique, deux conceptions de la concurrence s'opposent: D'une part la concurrence parfaite, qui « suppose un marché sur lequel des opérateurs suffisamment nombreux et de tailles comparables sont à même, à tout moment, de connaître les données de l'offre et de la demande (transparence du marché) et d'agir en conséquence (fluidité du marché)... ». <sup>489</sup> D'autre part, la notion de concurrence praticable (*workable competition*)

---

<sup>485</sup> « La Commission devrait examiner les effets sur le marché intérieur découlant de l'application des seuils et faire rapport au Parlement européen et au Conseil. Ce faisant, elle devrait tenir compte de facteurs tels que le volume des passations de marchés transnationaux, la participation des PME, les coûts des transactions et le rapport coût-efficacité. L'article XXII, paragraphe 7, de l'AMP prévoit que celui-ci fait l'objet de nouvelles négociations trois ans après son entrée en vigueur et par la suite de façon périodique. Il convient, dans ce contexte, de procéder à l'examen de l'adéquation du niveau des seuils eu égard à l'incidence de l'inflation, compte tenu de l'absence de modification des seuils fixés dans l'AMP pendant une longue période; dans le cas où il en résulterait que ce niveau doit être modifié, la Commission devrait, le cas échéant, adopter une proposition d'acte juridique modifiant les seuils établis par la présente directive ».

<sup>486</sup> Par exemple: « *Threshold are presumed to be in compliance with those of the WTO GPA. Nevertheless, an anomaly can be observed with respect to UE's policy of promoting SMEs: whereas recital 134 of the 2014 Directive provides for the Commission to review the effects on internal market resulting from the application of the thresholds and take into account factors such as SME participation, the EU did not make any particular provision to support SME in their procurement schedules under Appendix I... This limits the room the EU has given itself to promote SME without contravening its obligations under WTO GPA in the future* », DAWAR (K) et SKALOVA (M), « The Evolution of EU Public Procurement Rules and its Interface with WTO: SME Promotion and Policy Space », in *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules* (ØLIKKE (G) et SANCHEZ-GRAELLS (A), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, p. 75.

<sup>487</sup> La professeure Ann Lawrence Durviaux expose, « le discours juridique relative à la concurrence emprunte beaucoup à la science économique. Par contre, celui tenu en droit communautaire dérivé des marchés publics est plus ambigu. Les références à la science économique, implicites dans le cadre de l'interprétation « marchés publics » sont quasi inexistantes lorsqu'il s'agit des mécanismes de mises en concurrence », DURVIAUX (A-L), *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

<sup>488</sup> Elle résume sur la base de la bibliographie de différents auteurs.

<sup>489</sup> Elle cite SCHAPIRA (J), TALLEC (G), BLAISE (J B) et IDOT (L), *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1985, p. 579.

« s'inscrit dans la nécessité de partir de la réalité et non construire un modèle idéal et abstrait. Elle partit de l'analyse de chaque marché donné, laisse une place à la nuance, et partant, à des interventions des autorités communautaires, dans l'acceptation de pratiques qui seraient, dans l'hypothèse d'une concurrence parfaite, considérés comme anticoncurrentielles ». <sup>490 491</sup>

Dans la distinction faite, le seuil rapprocherait d'une certaine manière les contrats couverts par chaque directive à une concurrence parfaite dans la mesure où les entreprises qui peuvent participer aux appels d'offres publics des contrats couverts sont de grandes entreprises; et, en plus, le seuil écarte les autres contrats de la concurrence parfaite et les éloigne de la concurrence praticable également. Dans ce contexte, le facteur publicité s'impose simplement parce que la publicité permet de savoir où et quand participer dans un appel d'offres publiques. L'absence de l'obligation de faire la publicité aux conditions qui découlent des directives du 2014 peut conduire à la concurrence rhétorique au sein du marché unique.

## **2. Un ordre juridique inachevé en ce qui concerne les phases du contrat**

L'harmonisation du droit des contrats publics est un droit inachevé dans la mesure où les directives du 2014 couvrent une partie essentielle du droit des contrats publics: les appels d'offres publiques et la passation; mais elles ne couvrent pas la phase d'exécution des contrats, sauf en ce qui concerne certaines questions ponctuelles telles que le paragraphe 2 de l'article 36 de la directive 2014/25. Dans ce contexte, la directive 2014/23 a également des règles importantes comme les règles pour la sous-traitance, la modification de contrats en cours, la résiliation de concessions, le contrôle et le rapports de circonstances comme la corruption<sup>492</sup>, les pouvoirs délégués ou les compétences d'exécution des contrats.<sup>493</sup>

---

<sup>490</sup> Elle cite PERUZZETTO (S) et LUBY (M), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998, § 694.

<sup>491</sup> FAURE (V), *L'apport du tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p. 431.

<sup>492</sup> Voir le Titre III de la directive (arts. 42 au 45).

<sup>493</sup> Voir Titre V.

Dans ce contexte, nous ne serons pas les premiers à percevoir que l'ensemble des règles de l'harmonisation permet de voir un droit des contrats publics incomplet. Mais comme la professeure Manon Ubaud-Bergeron décrit: « si les directives ne permettent pas d'harmoniser l'intégralité des règles... elles constituent toutefois un socle commun significatif et traduisent une forme de culture juridique commun aux pouvoirs adjudicateurs en Europe ». <sup>494</sup> Donc, plus qu'un droit européen inachevé des contrats publics, ce pourrait être un droit des contrats publics « en construction ».

Certes, il existe un ordre juridique incomplet, mais cela fait partie du processus évolutif du droit des contrats publics de l'UE. Il serait incohérent de construire un droit des contrats publics de l'UE en commençant par harmoniser les règles relatives à l'exécution des contrats et ensuite harmoniser les règles des appels d'offres publiques et de la passation.

D'ailleurs, dans le cadre d'un PPP, le secteur public et le secteur privé partagent non seulement un projet, mais aussi les risques et les avantages <sup>495</sup>, mais, malgré cela, les intérêts de la partie publique et les intérêts de la partie privée peuvent ne pas être exactement les mêmes. Dans ce même contexte, si les pertes pouvaient être compensées directement ou indirectement par l'intervention de l'État, il y aurait alors une intervention de l'État au profit d'une entreprise privée. <sup>496</sup> Comme on dit, une répartition des risques « inappropriée » <sup>497</sup> existe, « ce qui s'est traduit par une diminution de l'intérêt du partenaire privé ou par son exposition excessive aux risques ». <sup>498</sup> Les directives du 2014 n'ont pas bloqué cette possibilité. <sup>499</sup>

---

<sup>494</sup> UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 44.

<sup>495</sup> Cependant, comme la jurisprudence du tribunal de Luxembourg rappelle « Le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente (arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, précité, point 50) ». Arrêt (première chambre) du 10 novembre 2005 sur l'affaire *Commission des Communautés européennes c. la République d'Autriche*, paragraphe 47, C-29/04.

<sup>496</sup> Les sociétés faisant partie d'un PPP avec d'autres États membres de l'UE manqueront d'un avantage similaire.

<sup>497</sup> COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, *Rapport spécial Les partenariats public-privé dans l'UE: de multiples insuffisances et des avantages limités*, 2018

< <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ppp-9-2018/fr/> >.

<sup>498</sup> *Idem*.

<sup>499</sup> Par exemple, en ce qui concerne la répartition inefficace des risques, le Rapport spécial *Les partenariats public-privé dans l'UE*, ci-dessus déjà cité, note ce qui suit sur une autoroute: « le risque lié à la demande

En plus, on peut percevoir aussi que l'harmonisation ne clôt pas le débat sur le thème des aides d'État<sup>500</sup> ni a introduit règles pour l'harmonisation des mécanismes de solution de différences entre l'entité contractante et le cocontractant. Regardons ces deux thèmes au prochain sous-titre.

## **B. Les silences de l'harmonisation**

Une harmonisation peut toujours être incomplète dans la mesure où il s'agit d'un processus évolutif. Dans cette ligne, il est perçu que l'harmonisation n'a pas abordé la question des aides publiques dans le cadre du marché mondial des contrats publics (1) et n'a pas introduit des règles sur l'arbitrage entre le cocontractant et l'entité contractante (2).

### **1. Les aides publiques dans l'UE et le cadre du marché mondial des contrats publics**

En ce qui concerne les aides publiques, l'harmonisation contextualise ce sujet dans le cadre des offres anormalement basses et permet, exceptionnellement, refuser une offre si celle-ci est incompatible avec le marché intérieur.<sup>501</sup>

---

comme celui lié à la disponibilité ont été transférés au partenaire privé, dans la mesure où la rémunération était fondée sur les péages fictifs acquittés par le partenaire public, ajustés en fonction des bonus ou malus liés à la qualité de la maintenance de l'infrastructure. Si les niveaux de trafic étaient nettement inférieurs aux attentes, la qualité de la maintenance (qui a été favorisée par le faible niveau de trafic) a donné lieu à des bonus qui ont compensé toutes les pertes découlant du risque lié à la demande enregistrées par le partenaire privé. Par conséquent, même si tous les risques ont été supportés par le partenaire privé, celui-ci n'a subi pour ainsi dire aucun préjudice financier dans la pratique, alors que le partenaire public était contractuellement tenu de déboursier des sommes bien plus élevées destinées à la maintenance d'une autoroute sous-utilisée », *op. cit.*, p. 46.

<sup>500</sup> Sur la connexion entre les aides de l'État et la libre concurrence, voir: RUSCHE (T), MICHEAU (C), PIFFAUT (H) et VAN DER CASTEELE (K), « State Aid », in *The EU Law of Competition*, (FAULL (J) et NIKPAY (A) éditeurs), Oxford University Press, 2014, pp. 1923-2032.

<sup>501</sup> Art. 69 de la directive 24/2014 précise ce qui suit:

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

2. Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment:

...

f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

4. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le

Parmi les différents auteurs, les juristes Maria Ath. Alexopoulou et Albert Sánchez ont indiqué ce qui suit:

*« The interrelation between State aid and public procurement is twofold. On the one hand (and building up on the conceptual basis underneath the Altmark test), compliance with public procurement rules excludes the existence of an 'undue economic advantage' in the award of a public contract and, consequently, determines the inapplicability of art. 87 ECT ... On the other hand, recipients of State aid cannot be excluded from public tenders automatically and contracting authorities hold discretion to exclude them exclusively when the award of the aid was illegal -that is, recipients of legal and authorised State aid cannot be excluded ... ».*<sup>502</sup>

Cette description est cohérente. Toutefois, dans le cadre du marché mondial des contrats publics, une interrogation apparaît: qui pourrait déterminer la légalité ou l'illégalité d'une aide d'un État non membre de l'UE en faveur d'un opérateur économique qui participe activement au marché international des contrats publics ? Au niveau mondial, cette question est latente depuis des années.<sup>503</sup> Les aides d'État en dehors de l'UE pourraient parfois se traduire par un désavantage pour les entreprises européennes dans le cadre du marché mondial des contrats publics.<sup>504</sup>

---

fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission ». Nous soulignons.

Voir aussi, la lettre f) du paragraphe 2 et le paragraphe 4 de l'art. 84 de la directive 25/2014.

<sup>502</sup> ALEXOPOULOU (M. ATH.) et SANCHEZ (A), « Competition and Public Procurement. A overview » < [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition\\_and\\_public\\_procurement\\_an\\_overview.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition_and_public_procurement_an_overview.pdf) >, p. 3-4.

<sup>503</sup> « As long as state aid outside the EU is unregulated, the European Commission faces a dilemma: either European firms will be disadvantaged in global competition by strict EU rules, or the Commission will come under pressure to relax the rules, thereby running the risk that fair competition within the EU will be undermined », BLAUBERGER (M) et KRAMER (R), « European Competition vs. Global Competitiveness Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement Beyond Europe », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 13, numéro 1, 2013, p. 171. Voir l'article, pp. 171-186

<sup>504</sup> Si la subvention est une forme d'aide, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC donne une définition importante de la subvention:

« 1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:

a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:

## 2. L'arbitrage dans l'exécution du contrat: entre le rejet et l'acceptation au sein des États

Les directives d'harmonisation ne contiennent pas de règles spécifiques sur les modes alternatifs de règlement des différends tels que la conciliation, la médiation ou l'arbitrage dans la phase d'exécution du contrat. La raison en est simple: ce sont conçues pour l'ouverture du marché et non pour le règlement des différends entre les parties au contrat. Le rejet de l'arbitrage dans les contrats publics est perceptible dans la législation des États. Par exemple, l'interdiction de l'arbitrage est considérée comme un principe général du droit public français<sup>505</sup>; cependant, il y a des abrogations spécifiques qui permettent d'introduire des clauses compromissoires dans quelques contrats publics.<sup>506</sup>

En Espagne, l'arbitrage en matière de contrats publics n'est pas la règle générale mais une exception en ce qui concerne les contrats internationaux; à cet égard, la Loi 9/2017 sur les

---

i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);

ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);

iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;

iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics »; ou

« 2) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 »; et

« si un avantage est ainsi conféré ». Nous soulignons.

<sup>505</sup> BOURDON (P), *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, 2014, p. 121. L'article 2064 du Code civil établit ci-après:

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

<sup>506</sup> Dans ce sens, en France, la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités admette l'arbitrage: « Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats ». Nous soulignons.

contrats du secteur public est très importante.<sup>507</sup> Cette loi donne la priorité au recours à la justice étatique<sup>508</sup>; cependant, cette même loi admet la clause compromissoire de manière limitée aux contrats internationaux.<sup>509</sup>

Entre la loi espagnole et la loi française il y a un détail commun: l'élément international du contrat permet l'arbitrage<sup>510</sup> et, précisément, l'internationalisation du contrat conduit à la pertinence de l'examen de l'arbitrage<sup>511</sup> dans la construction du droit international des contrats public. Dans ce contexte, nous noterons ici que l'arbitrage dans les contrats publics est un sujet plus large et qu'il ne s'agit pas simplement d'une question de droit interne<sup>512</sup> bien que, dans le cadre de l'internationalisation des contrats publics, il est bien admis déjà que « cette internationalisation n'est pas sans incidence sur son régime ».<sup>513</sup> Dans le dernier chapitre de la deuxième partie, nous détaillerons la pertinence et la contribution de l'arbitrage à la construction du droit international des contrats publics. Par l'instant, d'un côté, nous notons que l'UE n'a pas harmonisé la législation des États en matière de clauses

---

<sup>507</sup> C'est la Loi 9/2017, du 8 novembre, sur les contrats du secteur public transposant en droit espagnol les directives du Parlement européen et du Conseil 2014/23/UE et 2014/24/UE.

<sup>508</sup> En Espagne, l'arbitrage est considéré comme un « équivalent juridictionnel » en matière de droit privé.

<sup>509</sup> Première disposition supplémentaire. Contrats à l'étranger.

<sup>510</sup> La jurisprudence française a commencé à nuancer les règles de la législation nationale lorsqu'il s'agissait de contrats internationaux. Dans ce sens, le professeur Yvon Loussouarn soulignait: « La première série de décisions est relative à la « capacité » de l'Etat de compromettre. L'arrêt... le plus caractéristique en la matière est l'arrêt Galakis par lequel la Première Chambre civile de la Cour de cassation française a, le 2 mai 1966, approuvé les juges du fond d'avoir décidé que l'interdiction faite à l'Etat français de compromettre, interdiction résultant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile, est inapplicable à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime. Le but poursuivi était évident: supprimer le handicap que cette interdiction imposait à l'Etat français dans les relations commerciales internationales. Mais la technique utilisée n'était pas la seule permettant de parvenir à cette fin », LOUSSOUARN (Y), « Cours général de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 139, 1973, pp. 305-306 (la notes de bas de page es omise ici). Voir: CLAY (T) et PINSOLLE (Ph), *French International Arbitration Law Reports: 1963-2007*, Huntington, JurisNet, 2014, pp. 11-12; RIGAUX (F), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale: cours générale de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 213, 1989, pp. 246-247.

<sup>511</sup> Le professeur Malik Laazouzi a noté que « le développement du régime de l'arbitrage des contrats internationaux conclus par les personnes publiques françaises conduira à terme à rendre possible une comparaison des solutions adoptées respectivement à l'égard des juges privés et des juges étatiques. De manière indirecte, une éventuelle libéralisation du régime de ces contrats devant un juge privé ne pourrait sans doute pas coexister bien longtemps avec un régime plus sévère devant le juge étatique. Des interactions se produiront », LAAZOUZI (M), « La spécificité des contrats publics internationaux », *Revue des contrats*, numéro 3 du 1 septembre, 2014 < <https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-perp.fr/revue-des-contrats/RDC110u7?em=%22march%C3%A9s%20publics%20internationaux%22&source=7> >.

<sup>512</sup> Voir: AUDIT (M), « Arbitrage international et contrats publics en France », in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), directeur), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 115-132.

<sup>513</sup> AUDIT (M), « Présentation générale », in *Contrats publics et arbitrage international*, *op. cit.*, p. xii.

compromissoires sur les contrats publics et, d'un autre côté, on va voir les contrats publics dans le cadre de l'arbitrage d'investissements depuis l'optique de l'UE sans oublier que ces contrats peuvent être une modalité d'investissement.

## **§2. L'incertitude du point de vue du droit international des investissements**

En ce qui concerne la relation entre le droit de l'UE et le droit international des investissements, il y a une décennie, le professeur Charles Leben a considéré que cette relation fût d' « ignorance mutuelle »<sup>514</sup> dans un premier moment.<sup>515</sup> Cette réalité avait commencé à changer et l' « hostilité de la Commission européenne à l'égard de l'arbitrage d'investissement »<sup>516</sup> a commencé à être de plus en plus perceptible. Actuellement, c'est une relation de « choc », on pourrait dire.

Expliquer le « choc » entre la politique de l'UE et le droit international de l'investissement demande, d'une part, comprendre pourquoi certains contrats de nature publique peuvent être une modalité d'investissement dans le cadre du droit international (A) et, d'autre part, connaître la politique de l'UE en matière d'arbitrage des investissements (B).

### **A. Les contrats publics comme une modalité d'investissements soumise à l'arbitrage**

Pour connaître la relation entre le droit international des investissements et les contrats publics, il est nécessaire de connaître le traitement juridique des contrats publics dans les traités internationaux de protection des investissements (1). Ce traitement entraîne un régime juridique et certaines conséquences dans le cadre de la responsabilité de l'État en vertu du comportement des entités étatiques (2).

---

<sup>514</sup> LEBEN (Ch), « Introduction » de l'ouvrage collectif: *Le droit européenne et l'investissement* (KESSEDJIAN (C) et LEBEN (Ch), directeurs), Paris, éditions Panthéon, 2009. p. 15.

<sup>515</sup> « Jusqu'à une époque récente, le droit européen et le droit international des investissements fonctionnaient dans des sphères presque cloisonnées », ANOU (G), « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *Journal du droit international*, numéro 2/2015, p. 506.

<sup>516</sup> *Idem*, p. 525.



## 1. Les contrats publics dans le cadre du droit international de l'investissement

En macro perspective, les traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) sont l'un des principaux instruments du droit international de l'investissement.<sup>517</sup>

À titre préliminaire, nous noterons que les TBI contiennent des règles substantives pour le traitement d'investissements et des règles pour la solution de différences entre l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement. Les règles substantives comprennent des aspects comme la définition bilatérale de l'« investissement »<sup>518</sup> et les standards de protection du droit international des investissements comme, par exemple, le « traitement juste et équitable », un terme qui a été considéré comme un concept juridique indéterminé mais qui est aussi accueilli dans les *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*.<sup>519</sup> D'ailleurs, les règles pour solution de différences des TBI accueillent l'arbitrage dans le cadre des mécanismes de règlement des différends.<sup>520</sup> Si tel est le cas, la construction d'un éventuel droit international des contrats publics devrait analyser la pertinence et la contribution de l'arbitrage.

---

<sup>517</sup> Il existe environ 2600 accords bilatéraux d'investissement dans le monde. Source: FACH (K), « Acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones », in *Enciclopedia de Arbitraje* (COLLANTES (J), directeur), Biblioteca de arbitraje, Lima, 2018, p. 45.

<sup>518</sup> Dans ce contexte, on va prendre un TBI comme exemple. Dans ce sens, nous prendrons le TBI entre la République française et la République de Turquie signé à Ankara le 15 juin 2006. L'art. 1 de cet accord dit ce qui suit:

« Le terme «investissement» désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière et, plus particulièrement mais non exclusivement: ...

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, sur le territoire de chacune des Parties contractantes tel qu'il est défini ci-après ». Nous soulignons.

<sup>519</sup> Principe 1 de ces principes.

<sup>520</sup> Par exemple, en continuant avec le TBI entre la France et la Turquie, l'article 8 de ce traité, annonce ce qui suit:

« 1. Tout différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante relatif à un investissement réalisé par ce dernier sur le territoire de la première Partie contractante dans le cadre de cet accord est réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si ce différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des Parties au différend, il est soumis, à la demande de l'investisseur, soit aux tribunaux de la Partie contractante considérée, soit à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965. Lorsque l'investisseur a soumis ou accepté de soumettre le différend soit aux tribunaux, soit à l'arbitrage, le choix de la procédure est définitif ».

## 2. Les conséquences juridiques de la considération des contrats publics comme une modalité d'investissement

Si un contrat de nature publique peut être une modalité d'investissement, l'exécution du contrat pourrait avoir simultanément deux régimes juridiques: le régime convenu dans le contrat (peut-être régi par le droit étatique) et le régime du droit international des investissements. De ce point de vue, un « concessionnaire » peut être un « investisseur » et, par conséquent, il pourrait être titulaire des droits découlant d'un TBI même si ces droits ne sont pas reconnus sur le contrat ou dans la législation nationale comme, par exemple, le droit de recourir à l'arbitrage.<sup>521</sup>

De même, d'une manière générale, il faut garder à l'esprit le droit applicable dans l'arbitrage d'investissement, y compris quelques contrats de nature publique.<sup>522</sup> Dans l'arbitrage d'investissement, l'ordre juridique applicable peut être l'ensemble des sources du droit international et pas seulement un droit étatique.<sup>523</sup> Dans ce contexte, il importe de souligner que les principes du droit international ont une importance particulière en ce qui concerne les contrats qui constituent un investissement. À titre d'exemple, le modèle français de TBI de 2006 reconnaît également les principes du droit international en matière de traitement équitable et applicable.<sup>524</sup> Dans cette ligne, par exemple, l'accord entre l'Espagne et la Chine du 14 novembre 2005 considère quelques contrats comme une modalité d'investissement et

---

<sup>521</sup> Pour expliquer cette réalité, prenons comme exemple le TBI entre la France et le Sénégal du 26 juillet 2007, en vertu duquel les entités publiques sont concernées:

« Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, ... ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965 ».

<sup>522</sup> Voir aussi: CRÉPET DAIGREMONT (C), « L'arbitrage international des contrats d'investissement, entre droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Charles Leben Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 285-308; DUTREY (Y), « El papel del Derecho internacional privado en el Derecho internacional económico y en las inversiones internacionales », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales, primera parte*, (COLLANTES (J-L), directeur), Lima, Palestra 2009, pp. 103-128 (principalement à partir de la p. 114).

<sup>523</sup> Voici, sur le terrain, l'importance de ne pas considérer l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice comme un texte annonçant « toutes » les sources du droit international.

<sup>524</sup> Art. 4. Sur cet article voir: BANIFATEMI (Y) et WALTER (A), « France », in *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (BROWN (Ch) éditeur), Oxford University Press, 2013, pp. 257-261.

reconnaît « les principes du droit international universellement acceptés » dans le cadre du droit applicable à un différend dans le contentieux.<sup>525</sup>

En conséquence, les contrats de nature publique considérés comme une modalité d'investissement peuvent avoir un régime plus spécifique, notamment en ce qui concerne la phase d'exécution du contrat en raison du TBI applicable à l'investissement.<sup>526</sup> Dans le même ordre d'idées, il faut noter que, dans le cadre du droit international de l'investissement, la coutume internationale peut être appliquée<sup>527</sup> et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international aussi.<sup>528</sup>

En résumé, si un contrat est considéré comme une modalité d'investissement, il y a aussi une nuance très importante en ce qui concerne le régime juridique, qui serait plutôt une simultanéité de régimes entre le régime contractuel et le régime conventionnel; et celui-ci peut signifier une conséquence juridique très importante: la responsabilité de l'État en vertu du droit international et non pas seulement la responsabilité contractuelle de l'entité contractante dans le cadre du droit administratif de l'État.

## **B. Le refus de l'arbitrage d'investissements dans la politique de l'UE**

La politique législative de l'UE en ce qui concerne les investissements étrangers (1) mis en évidence un rejet de l'arbitrage d'investissements tel que nous le connaissons (2).

---

<sup>525</sup> Lettre *e*) du paragraphe 1 de l'art. 1 et paragraphe 3 de l'art. 9.

<sup>526</sup> Dans cette ligne, l'art. 8 du TBI entre la République française et la République argentine du 3 juillet 1991 accueille l'arbitrage en annonçant ce qui suit: « L'organe d'arbitrage statuera sur la base des dispositions du présent accord... ainsi que des principes de Droit international en la matière ». Nous soulignons.

<sup>527</sup> Voir: CAHIN (G), « Droit international coutumier et traités d'investissement-Aspects méthodologiques », in *Mélanges offerts à Charles Leben, op. cit.*, pp. 17-44.

<sup>528</sup> Dans le cadre du CIRDI, par exemple: « *That there is a general principle on the preclusion of wrongfulness in certain situations can hardly be doubted, as is confirmed by the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, a sort of international restatement of the law of contracts reflecting rules and principles applied by the majority of national legal systems...* », paragraphe 623 de la sentence arbitrale du 31 octobre 2011 (ARB/03/15). Voir: STEINGRUBER (A-M), « El Paso v. Argentine Republic: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a reflection of general principles of law recognized by civilized nations in the context of an investment treaty claim », *Uniform Law Review*, vol. 18, numéro 3-4, 2013, pp. 509-531. Sur les Principes UNIDROIT et les contrats de nature publique, voir: REMIER (O), « Public law and public policy in the international commercial contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010: a brief outline », *Uniform Law Review*, vol. 18, numéro 2, 2013, pp. 262-280.

## **1. La politique législative de l'UE en ce qui concerne les investissements étrangers**

Le droit de l'UE est perçu comme un ordre juridique autonome.<sup>529</sup> Cette autonomie est reflétée dans l'avis du 14 décembre 1991<sup>530</sup>, où le tribunal de Luxembourg a annoncé: « l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour de justice assure le respect ». <sup>531</sup> En outre, la politique législative de l'UE vise à supprimer les accords bilatéraux d'investissement entre les États membres et des États tiers. Sur le plan législatif, c'est perceptible, d'une part, à partir du Règlement (UE) 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers et, d'autre part, dans le Règlement (UE) 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie. La chronologie et les sujets dans la réglementation conduisent à penser que ne s'agit pas d'une question superficielle dans la politique législative de l'UE. Dans cette ligne, on va voir le rejet de l'arbitrage des investissements.

## **2. Le droit de l'Union Européenne rejette l'arbitrage d'investissements**

Au début de cette recherche, nous avons souligné que l'UE n'était pas favorable au mécanisme d'arbitrage des TBI.<sup>532</sup> Cette perception originale a été confirmée par la jurisprudence, par la position de l'UE au sein de la Commission des Nations Unies pour le

---

<sup>529</sup> Voir: GAUTRON (J-C), « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, pp. 21-27.

<sup>530</sup> Avis 1/91.

<sup>531</sup> Paragraphe 35. Voir le paragraphe 2 aussi.

<sup>532</sup> Voir cette question dans le contexte de ces années: BURCET (M), « La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (enfocando lo comercial dentro del ámbito de las inversiones) », in *El arbitraje comercial internacional en Europa* (COLLANTES (J-L) et CREMADES (A-C), directeurs), Lima, Palestra, 2013, pp. 353-370.

droit commercial international (CNUDCI) et par l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne du 5 mai 2020.<sup>533</sup>

L'UE a mis plus fortement l'accent sur son rejet de l'arbitrage d'investissement et il est bien connu qu'elle préférera la création d'une juridiction multilatérale en matière d'investissements.<sup>534</sup> En tout cas, il est nécessaire de préciser que l'incertitude dans la relation entre le droit de l'UE et le droit international des investissements ne découle pas des directives d'harmonisation des contrats publics (qui ne rejettent pas l'arbitrage des investissements)<sup>535</sup>, mais de la position de l'UE en raison de sa compétence en matière d'investissements en vertu de l'art. 207 du TFUE.<sup>536</sup>

Si le domaine des investissements relève de la compétence exclusive de l'UE, le pouvoir des États de conclure des accords bilatéraux d'investissement a peut-être disparu et, à partir de

---

<sup>533</sup> < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) >.

<sup>534</sup> « La Commission européenne tient son engagement consistant à œuvrer à la mise en place d'une juridiction multilatérale permanente en matière d'investissements chargée de résoudre les différends touchant aux investissements », on peut lire dans un communiqué du 2015 dans une relation à l'accord futur avec le Canada. De la même manière, nul n'ignore que « La Commission propose un nouveau système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements », Bruxelles, 16 septembre 2015  
< <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1367&serie=991> >.

<sup>535</sup> Les directives d'harmonisation du 2014 participent d'un ordre juridique (le droit de l'UE), mais celles-ci ne sont pas l'ordre juridique de l'UE.

<sup>536</sup> Cet article ne donne pas une définition de l'investissement étranger direct (FDI). Cela a donné lieu à quelques commentaires entre divers auteurs, par exemple les juristes Silke Steiner et Friedl Weiss ont noté: « *This uncertainty is aggravated by the fact that the EU institutions hold different positions with regard to the interpretation of the scope of FDI. Only the Commission supports a broad definition of FDI, including indirect investment, a position vigorously and persistently criticised by experts in investment law* », WEISS (F) et STEINER (S), « The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of 'foreign direct investment' and the future of intra-EU BITs », in *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (BAETENS (F), éditrice), Cambridge University Press, 2013, p. 373.

L'art. 2 du Règlement (UE) 2019/452 du Parlement et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union indique ce qui suit: « Aux fins du présent règlement, on entend par:

1) « investissement direct étranger »: un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique;

2) « investisseur étranger »: une personne physique d'un pays tiers ou une entreprise d'un pays tiers qui a l'intention de réaliser ou a réalisé un investissement direct étranger ».

A titre liminaire, nous noterons que les contrats de nature publique ne sont pas cités. Toutefois, la phrase « *de toute nature* » permettrait d'inclure ces contrats. En tout état de cause, l'objectif de ce règlement n'est pas de limiter l'investissement étranger qui est fait par les contrats publics.

là, l'UE est à la recherche de la mise en place d'un nouveau droit international des investissements.

En effet, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu ce que certains juristes considèrent comme « le fin des TBI »<sup>537</sup> entre les États membres de l'UE. Par l'arrêt de la Grande chambre du 6 mars 2018 sur l'affaire *Achmea BV*, le tribunal de Luxembourg a rejeté l'arbitrage des investissements entre États de l'UE, ce qui a une incidence particulière sur les contrats considérés comme une modalité d'investissement dans le cadre de « l'écosystème d'investissement européen ».<sup>538</sup>

Dans l'affaire *Achmea BV*, le tribunal de Luxembourg se prononce sur l'article 8 du TBI entre le Royaume des Pays-Bas et la République Fédérale Tchèque et Slovaque de 1991<sup>539</sup>, qui prévoyait l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends entre l'investisseur et l'État.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> Voir: ROBERT-CUENDET (S), « L'arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire *Achmea*: la fin des TBI européens ? », *European Papers*, vol. 3, numéro 2, 2018, pp. 993-1004.

<sup>538</sup> « Pour les investisseurs désireux de procéder à des investissements transfrontières dans l'UE, l'accès aux marchés publics est un élément important de l'écosystème d'investissement européen offrant une égalité des chances pour l'accès au marché », *Communication de la Commission au Parlement européen au Conseil, Protection des investissements intra-UE*, du 19 juillet 2018 (COM(2018) 547 final) < [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/fr/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/fr/pdf) >. p. 6.

<sup>539</sup> La Cour « dit pour droit: Les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres, telle que l'article 8 de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence », paragraphe 31, C-284/16.

<sup>540</sup> La traduction de l'art. 8 en question tirée du paragraphe 4 de l'arrêt se lit comme suit:

« 1) Tout différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante relatif à un investissement de ce dernier est, autant que possible, réglé à l'amiable.

2) Chacune des parties contractantes consent par la présente à ce qu'un différend au sens du paragraphe 1 du présent article soit soumis à un tribunal arbitral s'il n'a pas été réglé à l'amiable dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle l'une des parties au différend en a demandé le règlement amiable.

3) Le tribunal arbitral visé au paragraphe 2 du présent article est constitué ...

4) Si les désignations n'ont pas eu lieu dans les délais susindiqués, chaque partie au différend peut inviter le président de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm à procéder aux désignations nécessaires. Si le président est ressortissant de l'une des parties contractantes ou s'il est dans l'impossibilité d'exercer ladite fonction pour toute autre raison, le vice-président est invité à procéder aux désignations nécessaires. Si le vice-président est un ressortissant de l'une des parties contractantes ou s'il est également dans l'impossibilité d'exercer ladite fonction, le membre le plus âgé de l'Institut d'arbitrage qui n'a pas la nationalité de l'une des parties contractantes est invité à procéder aux désignations nécessaires.

5) Le tribunal arbitral fixe ses propres règles de procédure conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Cnudci).

Pour les cocontractants considérés comme des investisseurs, l'interprétation de la CJUE impliquerait l'impossibilité d'un arbitrage d'investissement entre un investisseur intra-communautaire et un État membre<sup>541</sup> sur la base d'un TBI. La conséquence pratique de cette situation peut être la suivante: le cocontractant qui est aussi un investisseur d'un État membre de l'UE ne pourrait pas engager de procédure d'arbitrage contre un État membre de l'UE, du moins en la logique de la Déclaration des représentants des gouvernements des États membres du 15 janvier 2019 relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea*.<sup>542</sup>

---

6) Le tribunal arbitral statue en droit, en tenant compte notamment, mais non exclusivement:

- du droit en vigueur de la partie contractante concernée;
- des dispositions du présent accord et de tout autre accord pertinent entre les parties contractantes;
- des dispositions d'accords spéciaux relatifs à l'investissement;
- des principes généraux du droit international.

7) Le tribunal statue à la majorité des votes; sa décision est définitive et obligatoire pour les parties au différend ».

Nous soulignons.

<sup>541</sup> La CJUE a indiqué ce qui suit:

« Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du tribunal arbitral visées à l'article 8 du TBI et rappelées aux points 39 à 55 du présent arrêt, il y a lieu de considérer que, par la conclusion du TBI, les États membres parties à celui-ci ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un État membre susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit », paragraphe 56.

« Cependant, en l'occurrence, outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation tant de cet accord que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres. Or, ledit article 8 est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale rappelé au point 34 du présent arrêt », paragraphe 58.

« Dans ces conditions, l'article 8 du TBI porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union », paragraphe 59.

<sup>542</sup> « 5. A la lumière de l'arrêt *Achmea*, les États membres résilieront tous les traités bilatéraux d'investissement conclus entre eux, par la voie d'un traité plurilatérale ou, si cela est mutuellement jugé plus opportun, bilatéralement.

6. Conformément à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE, les États membres garantiront sous le contrôle de la Cour de justice, une protection juridictionnelle effective contre des mesures d'État qui font l'objet d'une procédure d'arbitrage en matière d'investissements intra-UE encore pendante.

7. Les arrêts et les sentences arbitrales rendus dans des affaires d'arbitrage relatives à des investissements intra-UE qui ne peuvent plus être annulés ni suspendus et qui ont été volontairement respectés ou définitivement exécutés avant l'arrêt *Achmea* ne devraient pas être contestés. Les États membres examineront, dans le cadre du traité plurilatéral ou de résiliations bilatérales et dans le respect du droit de l'Union, les modalités pratiques à adopter pour ces arrêts et sentences arbitrales. Cette démarche est sans préjudice de l'absence de compétence des tribunaux arbitraux dans les affaires intra-UE pendantes.

8. Les États membres mettront tout en œuvre pour déposer le 6 décembre 2019 au plus tard leurs instruments de ratification, d'approbation ou d'acceptation de ce traité plurilatéral ou de tout traité bilatéral résiliant des traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres. Ils s'informeront mutuellement et informeront le Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne en temps utile de tout obstacle qu'ils rencontrent, et des mesures qu'ils envisagent de prendre pour surmonter cet obstacle.

En ce qui concerne l'arbitrage d'investissement et les ordres communautaires au sens large<sup>543</sup>, la question de la validité du consentement des États est fondamentale dans le droit international. À ce sujet, il ne faut pas oublier que l'arbitrage international prévu dans un traité a ses propres règles dans le cadre du droit international des traités (c'est un domaine du droit international public) et, selon cette prémisse, il serait difficile d'accepter, dans une perspective technique, que le droit d'une organisation internationale régionale (l'UE l'est) puisse être au-dessus du droit international des traités et abolir une norme soumise au régime des traités internationaux. Dans ce contexte, on peut difficilement accepter que le droit d'une organisation internationale puisse servir de subterfuge pour méconnaître une clause d'un traité et les droits des tiers<sup>544</sup> reconnus par un traité en tant qu'un « engagement entre États »<sup>545</sup> régie par le droit international des traités et qui -rappelant le professeur Gérard Marcou et extrapolant son avis- peut condenser une garantie juridique et politique.<sup>546</sup> Toutefois, il y a une question particulière si les deux États concernés par un TBI sont également soumis à un ordre juridique communautaire commun.<sup>547</sup>

---

9. Au-delà des mesures concernant le traité sur la Charte de l'énergie fondées sur la présente déclaration, les États membres examineront dans les meilleurs délais avec la Commission si des mesures supplémentaires sont nécessaires pour tirer toutes les conséquences de l'arrêt Achmea en ce qui concerne l'application intra-UE du traité sur la Charte de l'énergie ».

<sup>543</sup> Ne pas penser seulement à l'UE.

<sup>544</sup> Le droit de l'investisseur de solliciter un arbitrage.

<sup>545</sup> MARCOU (G), « Le régime juridique », in *Le Tunnel sous la manche entre États et marchés* (MARCOU (G), et al, directeurs), Presses universitaires de Lille, 1992, p. 62.

<sup>546</sup> Il avait noté que « L'engagement des États n'était pas seulement nécessaire du point de vu du droit international; il constituait aussi la garantie politique indispensable à l'engagement des capitaux privés », *idem*.

<sup>547</sup> En ce qui concerne l'UE, l'avis du tribunal de Luxembourg 2/15 (assemblée plénière) du 16 mai 2017 précise ce qui suit: « L'article 207, paragraphe 1, TFUE prévoit que les actes de l'Union en matière d'« investissements étrangers directs » relèvent de la politique commerciale commune », paragraphe 81. Et en plus cette jurisprudence remarque qu'« à partir du 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur du traité FUE, qui attribue une compétence exclusive à l'Union en matière d'investissements étrangers directs, l'Union est compétente pour approuver, seule, une disposition d'un accord conclu par elle avec un État tiers qui stipule que les engagements en matière d'investissements directs contenus dans des accords bilatéraux antérieurement conclus entre des États membres de l'Union et cet État tiers doivent, dès l'entrée en vigueur de cet accord conclu par l'Union, être considérés comme étant remplacés par celui-ci », paragraphe 249.

Voir: GUILLARD (Ch), « L'incidence de l'évolution du droit de l'Union européenne en matière d'investissements directs sur l'avenir des traités bilatéraux conclus par les Etats membres avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », in *Le partenariat public-privé dans le cadre des relations UE-ASEAN*, *op. cit.*, pp. 107-133; CIENFUEGOS (M), *Los procedimientos de celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, Barcelona, Bosch editor, 2017, pp. 144-145; NEFRAMI (E), « L'Union Européenne et es accords de libre-échange « nouvelle génération », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIX, 2018, pp. 517-535.



Dans ce contexte, il convient de noter que le consentement étatique est une question fondamentale en matière d'arbitrage, y compris le consentement donné par le biais d'un traité. Après l'affaire *Achmea*, la jurisprudence de l'arbitrage souligne précisément la valeur du consentement<sup>548</sup> de l'État à l'arbitrage par le biais de traités internationaux tels que les TBI.<sup>549</sup>

Même s'il y a un rejet de l'arbitrage d'investissement par l'UE, une vision mondiale des contrats publics nous conduit à voir l'arbitrage comme une institution juridique à analyser dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics. Pour le moment, en ce qui concerne les contrats de nature publique, il faut différencier entre, d'une part, l'arbitrage prévu par la loi, comme l'arbitrage dans la loi espagnole et française que nous avons déjà mentionné dans ce chapitre et, d'autre part, l'arbitrage des investissements prévu dans les TBI. Les différentes tendances existantes -où quelques États refusent directement l'arbitrage des investissements et où d'autres États acceptent l'arbitrage des investissements- permettent de voir les différentes positions des États en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends en matière de contrats de nature publique qui peuvent être considérés comme un investissement.

## Conclusions de la section 2

La section 2 nous permet de tirer trois conclusions. Premièrement, le seuil limite la promotion de la libre concurrence sur le marché intérieur et la pleine accessibilité des PME au marché.

---

<sup>548</sup> En résumé, un État peut consentir à l'arbitrage de trois manières: par une clause compressive, par le biais d'une loi interne et d'un traité sur la protection des investissements.

<sup>549</sup> « *The BIT was not terminated in 2004 and, therefore, Respondent's consent to ICSID jurisdiction was not withdrawn... the Achmea Decision does not support Respondent's argument that its offer to arbitrate and, consequently, its consent, was withdrawn retroactively. The Achmea Decision said nothing about its effect on perfected consent to arbitration between an EU national and an EU Member State under Art. 25 of the ICSID Convention, and this silence serves as further evidence of the limited scope of the judgment, which does not apply to ICSID arbitration. Thus Art. 25 of the ICSID Convention applies and Respondent's consent remains valid, which means that the Tribunal has jurisdiction under the Convention* », paragraphe 221 de la sentence d'arbitrage CIRDI sur l'affaire *UP and C.D Holding Internationale c. Hongrie*, de date d'envoi aux Parties le 9 octobre 2018, ARB/13/35.

L'absence d'information favorise la non-participation d'opérateurs économiques dans les appels d'offres publiques.<sup>550</sup>

Deuxièmement, la question des aides publiques<sup>551</sup> et le sujet de la prise en charge par l'État des pertes de la partie privée dans le cadre d'un PPP sont deux défis à considérer dans la construction d'un éventuel droit international des contrats publics.

Et finalement, on peut vérifier que l'évolution du droit des contrats publics n'implique pas seulement l'émission de règles pour l'ouverture du marché intérieur dans le cadre d'un ensemble de directives sur les appels d'offres publics et la passation, mais aussi elle implique une relation tendue, ou paisible, qui peut exister entre le droit de l'UE et les différents domaines du droit international. En ce qui concerne le droit international d'investissements, la progression ou non de l'option en faveur d'un tribunal multilatéral d'investissements dépendra de l'acceptation des États au sein de la communauté internationale.

## **Conclusions du chapitre 2**

Entre les certitudes, faiblesses et incertitudes dans le droit de l'UE, il y a une relation inévitable entre le droit des contrats publics de l'UE et le droit international. Dans le cadre de cette relation, l'humanisation des contrats publics constitue un progrès non seulement pour le droit des contrats publics mais aussi pour le droit international des droits de l'homme dans le cadre des contrats publics, y compris les droits sociaux. Mais curieusement les directives d'harmonisation ne mentionnent pas la Convention concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique (Convention 94 de l'OIT).<sup>552</sup> Cette convention

---

<sup>550</sup> Dans ce sens, SANCHEZ (A), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Orxford/Oregon, Hart Publishing, 2015, p. 283.

<sup>551</sup> Dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, la lettre *b*) du paragraphe 8 de l'art. III (dédié au « Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures ») dispose ce qui suit: « Les dispositions du présent article n'interdiront pas l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions, y compris les subventions provenant du produit des taxes ou impositions intérieures qui sont appliquées conformément aux dispositions du présent article et les subventions sous la forme d'achat de produits nationaux par les pouvoirs publics ou pour leur compte ». Nous soulignons.

<sup>552</sup> Voir les conclusions de la section 2 du chapitre 1 dans ce Titre.

assure des garanties salariales.<sup>553</sup> L'absence de cette convention dans les directives d'harmonisation de 2014 n'implique pas que les directives sont contraires à cette convention ni qu'elle conduise à la violation de cette convention par les États.<sup>554</sup>

La relation entre le droit des contrats publics de l'UE et le droit international public ne couvre pas seulement les questions sociales, environnementales ou du droit des investissements que nous avons citées, mais elle va plus loin. À cet égard, il y a, ou il peut y avoir, des questions d'actualité juridique et/ou d'incertitude politique qui peuvent mettre en évidence cette relation, comme, par exemple, la prospection pétrolière au nord de Chypre. Sur ce sujet, la presse résume: il y a des « travaux de forage à travers des contrats signés en 2009 et 2012 avec Turkish Petroleum ». <sup>555</sup> La position de l'UE et la position de la Turquie sont des positions opposées. Généralement, nous savons tous que l'exploitation des ressources naturelles implique l'octroi de licences, de concessions, la signature de contrats, l'exécution de contrats, etc; et, dans ce contexte, la légalité de ces contrats a été contestée par l'UE à la lumière de la qualification des forages comme: « activités de forage illégales menées actuellement par la Turquie en Méditerranée orientale ». <sup>556</sup>

---

<sup>553</sup> Art. 2: « Les contrats auxquels la présente convention s'applique contiendront des clauses garantissant aux travailleurs intéressés des salaires (y compris les allocations), une durée du travail et d'autres conditions de travail qui ne soient pas moins favorables que les conditions établies pour un travail de même nature dans la profession ou l'industrie intéressée de la même région:

- a) soit par voie de convention collective ou par une autre procédure agréée de négociations entre des organisations d'employeurs et de travailleurs représentant une proportion substantielle des employeurs et des travailleurs de la profession ou de l'industrie intéressée,
- b) soit par voie de sentence arbitrale;
- c) soit par voie de législation nationale ».

<sup>554</sup> L'arrêt du tribunal de Luxembourg du 17 novembre 2015 (quatrième chambre) a déterminé que « l'article 26 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ... , doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation d'une entité régionale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui oblige les soumissionnaires et leurs sous-traitants à s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation ». C-115/14. L'art. 26 de l'ancienne directive 2004/28 prévoyait ce qui suit : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales ».

<sup>555</sup> *Econostrum* < [https://www.econostrum.info/L-Union-europeenne-tance-la-Turquie-pour-ses-forages-au-large-de-Chypre\\_a25815.html](https://www.econostrum.info/L-Union-europeenne-tance-la-Turquie-pour-ses-forages-au-large-de-Chypre_a25815.html) >.

<sup>556</sup> Sur les Conclusions adoptées par le Conseil européen lors de la réunion du Conseil européen, livrés le 20 juin 2019, on peut lire: « Le Conseil européen rappelle et réaffirme les conclusions antérieures du Conseil et du Conseil européen, y compris les conclusions du Conseil européen du 22 mars 2018 condamnant fermement les actions illégales que la Turquie continue de mener en Méditerranée orientale et en mer Égée. Le Conseil

Comme il est de domaine public, la « république turque » de Chypre du nord n'existe pas en termes juridiques pour la communauté internationale d'Etats; ce qui existe est une partie du territoire de Chypre où cet État n'exerce pas actuellement de contrôle effectif.

En ce qui concerne le droit de l'UE, « l'application de l'acquis est suspendue dans les zones de la République de Chypre où le gouvernement de la République de Chypre n'exerce pas un contrôle effectif ». <sup>557</sup> L'inapplicabilité du droit de l'UE dans le nord de Chypre <sup>558</sup> évite un débat sur l'applicabilité des directives de 2014 dans le nord de Chypre. Cependant, il faut noter que le sujet n'est pas impertinent dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics; cette construction doit aussi faire face à des circonstances propres à d'autres domaines du droit international comme, par exemple, la légalité de l'objet des contrats dans le droit international dans le cadre de la non-reconnaissance d'États. De même, il n'est pas possible d'oublier un facteur politique propre à chaque circonstance internationale. Les concessions dans le nord de Chypre pourraient être un point important à traiter dans le cadre d'une éventuelle réunification du territoire chypriote; et, dans ce

---

européen se déclare vivement préoccupé par les activités de forage illégales menées actuellement par la Turquie en Méditerranée orientale, et déplore que la Turquie n'ait pas encore donné suite aux demandes répétées que lui a adressées l'UE de mettre un terme à de telles activités. Le Conseil européen insiste sur les incidences négatives graves et immédiates que ces actions illégales ont sur tout l'éventail des relations UE-Turquie. Le Conseil européen demande à la Turquie de faire preuve de retenue, de respecter les droits souverains de Chypre et de s'abstenir de toute action de ce type... L'UE continuera de suivre de près l'évolution de la situation et se tient prête à réagir de manière appropriée et en totale solidarité avec Chypre. Le Conseil européen restera saisi de la question et y reviendra en tant que de besoin », paragraphe 17. EUCO 9/19.

< <https://www.consilium.europa.eu/media/39947/20-21-euco-final-conclusions-fr.pdf> >.

<sup>557</sup> Art. 1 du Protocole 10 sur Chypre de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne - Protocole no 10 sur Chypre.

<sup>558</sup> La suspension de l'application de l'acquis communautaire n'implique pas une incompatibilité absolue entre cette suspension et l'application d'une norme communautaire. Dans ce contexte, il convient de souligner la jurisprudence. Sans oublier les différences entre un règlement et une directive au sein de l'UE, ni la différence entre un règlement propre de droit international privé sur la compétence judiciaire et une directive sur les appels d'offres publics, il existe une jurisprudence intéressante. Dans ce sens, l'arrêt 28 avril 2009 (Grande chambre) du tribunal de Luxembourg a précisé ci-après: « La suspension de l'application de l'acquis communautaire dans les zones de la République de Chypre dans lesquelles le gouvernement de cet État membre n'exerce pas un contrôle effectif, prévue à l'article 1er, paragraphe 1, du protocole n° 10 sur Chypre..., ne s'oppose pas à l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, à une décision rendue par une juridiction chypriote siégeant dans la zone de l'île effectivement contrôlée par le gouvernement chypriote, mais concernant un immeuble sis dans lesdites zones ». C-420/07.

contexte, la suspension actuelle de l'applicabilité des directives de 2014 dans le nord de l'île de Chypre en tant que le droit de l'UE pourrait faciliter une solution au problème dans la mesure où les concessions n'auraient pas été accordées en violation du droit de l'UE.<sup>559</sup>

Les certitudes, faiblesses, circonstances inattendues et incertitudes en ce qui concerne les contrats de nature publique au sein de l'UE ne doivent pas perdre de vue le droit international des traités ni le droit international général.

---

<sup>559</sup> Cette suspension évite également d'entrer dans le débat sur la pertinence et la validité de la maxime *ex injuria jus non oritur*, selon laquelle un fait illicite ne peut pas créer une réalité acceptable sur le plan juridique. Cet aphorisme est également controversé. L'aphorisme *ex factis jus oritur* apparaît comme contrepois. Le professeur Jean Salmon présente les deux aphorismes comme « deux adages latins traditionnels et souvent présentés à tort comme antinomiques : *ex factis jus oritur* et *ex injuria jus non oritur* », SALMON (J), *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 482.

## Conclusions du titre I

Le terme « lente harmonisation » du droit des contrats public au sein de l'UE ne décrit pas nécessairement un aspect négatif. La lente harmonisation implique un demi-siècle de développement progressif de l'ouverture du marché intérieur, et du marché intérieur à l'extérieur. La lente harmonisation permet d'apprécier le rôle de la jurisprudence et la nécessité de maintenir une harmonie entre les ordres juridiques communautaires d'intégration, les accords de libre-échange et l'ouverture du marché mondial au sein de l'OMC.<sup>560</sup> Et, dans ce paysage juridique, le droit des contrats publics de l'UE ne crée pas un micro-droit d'harmonisation isolé du monde extérieur, mais un marché des contrats publics ouvert au monde.<sup>561</sup>

La lente harmonisation au sein de l'UE permet appréhender certains aspects importants en ce qui concerne l'harmonisation communautaire du droit des contrats publics au sens large, malgré les « profondes asymétries »<sup>562</sup> existantes entre les diverses organisations internationales d'intégration économique. Ces aspects à appréhender apparaissent surtout en ce qui concerne la libre concurrence (i), l'interprétation des règles communautaires comme les directives (ii), le développement du marché intérieur (iii), l'expansion de la neutralité dans les contrats publics (iv), la phase d'exécution du contrat (v), et l'OMC (vi). En réalité ce ne sont pas sujets séparés, mais ils sont sujets étroitement liés à des degrés divers.

(i) Dans le cadre du droit de la concurrence, les clauses en matière de droits de l'homme dans les directives d'harmonisation ne donnent pas lieu à des contradictions avec les règles du TFUE<sup>563</sup> ni contradictions avec le droit de l'UE au sens large parce que le même droit

---

<sup>560</sup> L'UE considère l'adhésion des États Tiers à l'AMP comme un facteur très important dans la négociation des accords de libre-échange. Voir: CIENFUEGOS (M), « La anhelada asociación euromercosureña tras quince años de negociaciones », *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, numéro 112, 2016, pp. 246-247.

<sup>561</sup> Dans ce contexte, il convient de remarquer que le Parlement européen « demande à l'Union d'intervenir afin d'améliorer l'accès des fournisseurs de l'Union aux marchés publics des pays tiers, étant donné que les marchés publics de l'Union sont parmi les plus ouverts au monde », paragraphe 45 de la Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics.

<sup>562</sup> CIENFUEGOS (M), « La anhelada asociación euromercosureña tras quince años de negociaciones », *op. cit.*, p. 247.

<sup>563</sup> Bien que le thème des aides publiques puisse toujours susciter des interrogations en soi.

originaires reconnaît le respect des droits de l'homme comme une valeur de l'UE.<sup>564</sup> Dans cette ligne, au sein de l'UE, les « marchés publics stratégiques pour atteindre des objectifs sociétaux, économiques et environnementaux »<sup>565</sup> sont déjà justifiées dans le droit originaires.

(ii) En ce qui concerne l'interprétation des directives, l'interdiction des interprétations contraires au droit originaires<sup>566</sup> et l'obligation de l' « interprétation conforme » renforcent la sécurité juridique de l'harmonisation. Dans ce contexte, il importe de souligner qu'en vertu de l'application du principe de l'interprétation conforme:

« en appliquant le droit interne et, notamment, les dispositions d'une réglementation spécifiquement adoptée aux fins de mettre en œuvre les exigences d'une directive, les juridictions nationales sont tenues d'interpréter ce droit, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de cette directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci ». <sup>567</sup>

---

<sup>564</sup> « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes », art. 2 du TUE.

<sup>565</sup> *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions: Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe* du 3 octobre 2017 (COM(2017) 572 final). « Les administrations centrales et locales devraient accorder une plus grande place aux marchés publics stratégiques pour atteindre des objectifs sociétaux, économiques et environnementaux, tels que l'économie circulaire. L'intégration de critères de l'innovation, écologiques et sociaux, le recours plus large à la consultation préalable du marché ou aux évaluations qualitatives (MEAT-offre économiquement la plus avantageuse) ainsi que la réalisation d'achats de solutions innovantes à un stade précommercial requièrent non seulement un ensemble d'acheteurs publics très compétents, mais avant tout une vision stratégique et une adhésion politique », paragraphe 4. A.

Voir aussi: ANDHOV (M), « Contracting authorities and strategic goals of public procurement – a relationship defined by discretion? », in *Discretion in EU Public Procurement Law* (BOGOJEVIC (S) et al, éditeurs) Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 117-138.

<sup>566</sup> Voir: Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1 (ii).

<sup>567</sup> Arrêt (grande chambre) du 15 avril 2008 sur l'affaire *Impact c. Minister for Agriculture and Food* (C-268/06), paragraphe 98. Dans le cadre de la directive 89/665, l'arrêt (troisième chambre) du 28 janvier 2010 sur l'affaire *Uniplex* (C-406/08), paragraphe 49: « En tout état de cause, si les dispositions nationales relatives aux délais de recours n'étaient pas susceptibles d'une interprétation conforme à la directive 89/665, la juridiction nationale serait tenue de les laisser inappliquées, en vue d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers (voir, en ce sens, arrêts précités *Santex*, point 64, et *Lämmerzahl*, point 63) ».

Dans le cadre de l'harmonisation, l'interprétation conforme révèle un outil utile pour éviter les abus du droit des États et pour la sauvegarde de la libre concurrence.

(iii) En ce qui concerne le développement du marché intérieur des contrats publics, les seuils créent un problème dans la mesure où ils impliquent une restriction à la transparence et à la participation des petites et moyennes entreprises (à cause de l'absence de publicité<sup>568</sup>, la possibilité de connaître un appel d'offres publiques reste limitée). Curieusement, les professeurs David Edward et Robert Lane, dans son livre sur le droit de l'UE<sup>569</sup>, ont placé les contrats publics dans la partie consacrée aux « *Quantitative restrictions and mesures having equivalent effects* ». Les « *quantitative restrictions and mesures having equivalent effects* » sont dans le chapitre sur « *The Free movement of goods* ». La contextualisation des contrats publics dans ce livre permet de penser au risque d'avoir des directives contre la discrimination « en discriminant », précisément en fonction de la valeur économique d'un contrat. L'ironie est inévitable: l'harmonisation lutte contre la discrimination « en discriminant » en fonction du seuil. En d'hors du seuil, les achats et contrats de faible valeur sont loin des règles strictes, surtout en ce qui concerne les contrats sans publicité ni mise en concurrence. L'ombre de l'opacité et de la corruption, elle apparaît plus facilement ici.<sup>570</sup> Toutefois, globalement, la lente harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'UE conduit à l'ouverture du marché des contrats publics dans le cadre du marché intérieur et contribue aussi à l'ouverture du marché international. Et cela a beaucoup de sens si nous

---

<sup>568</sup> En Espagne, la Loi 9/2017 supprime la procédure négociée sans publicité en raison du montant. Sur ce sujet, voir: GARCÍA (F), *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 29; JERÉZ (J), « *Gobernanza pública y prevención de la corrupción* » in *Contratación Pública* (ALONSO (J), coordinateur), Madrid, Dykinson, 2018, p. 222.

<sup>569</sup> EDWARD (D) et LANE (R), *Union Europe Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, pp. 517-520.

<sup>570</sup> Toutefois, dans le cadre de la diversité des contrats existants, il faut reconnaître qu'il existe des contrats qui peuvent justifier l'absence de publicité comme, par exemple, la besoin d'acheter des livres de la bibliothèque d'une université. Si un étudiant ou un enseignant demande l'achat d'un livre de 20 euros, passer un appel d'offres public peut être plus coûteux que le même livre. Il y a des circonstances qui puissent justifier l'absence de publicité et d'un appel d'offres public (voir les arts. R2122-1 à R2122-9, R2122-10 à R2122-11, R3121-6, L2122-1 du Code de la commande publique). Toutefois, la justification de l'absence de publicité n'évite pas le risque de contrats effectués sous la couverture de la loi mais dans le but de bénéficier à un tiers en vertu de la législation.



considérons le marché des contrats publics dans le cadre de la mondialisation de l'économie.<sup>571</sup>

(iv) Dans le cadre de l'évolution du droit des contrats publics et des nouvelles technologies, on perçoit une expansion du terme « neutralité »; à côté des termes bien connus comme la « neutralité du service public » et la « neutralité des pouvoirs adjudicateurs », si enracinés dans le droit administratif, la neutralité technologique apparaît comme le paradigme de nouvelles époques où la technologie est incontournable.

(v) En ce qui concerne la phase d'exécution du contrat, l'harmonisation au sein de l'UE a fait un pas très important en condensant des règles qui révèlent que l'UE cherche le respect de l'environnement dans le cadre de l'exécution du contrat.

(vi) En ce qui concerne l'OMC, le principe de l'équivalence<sup>572</sup> et le respect des traités internationaux, ce sont deux éléments révélateurs du bon sens du législateur communautaire parce que ce lien permet l'adaptation du droit des contrats publics de l'UE au droit de l'OMC. La quête européenne de l'harmonie entre le régionalisme et l'OMC est incontestable.<sup>573</sup> Dans

---

<sup>571</sup> Dans ce contexte, comme le professeur Carlos Fernández Liesa a résumé : « La situation commerciale internationale ne permet pas de considérer que le marché européen est le niveau optimal d'unité de marché. La libéralisation des échanges est l'un des objectifs de la politique commerciale..., qui repose sur une philosophie libérale commune avec le GATT/OMC. Le régime européen du commerce international, la politique commerciale dite européenne, a pour défi de compléter le régionalisme européen par le multilatéralisme, ainsi que d'autres défis de nature sociale, ou sur l'insertion des pays en développement dans l'économie internationale », FERNÁNDEZ (C), « Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea », *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, numéro 2, 2014, p. 349. Le texte originel dit : « *La situación comercial internacional no permite considerar que el mercado europeo sea el nivel óptimo de unidad de mercado. La liberalización del comercio constituye uno de los objetivos de la política comercial..., que descansa en una filosofía liberal común con el GATT/OMC. El régimen europeo de comercio internacional, la denominada política comercial europea tiene el reto del complementar el regionalismo europeo con el multilateralismo, junto a otros retos de naturaleza social, medioambiental o sobre la inserción de los países en desarrollo en la economía internacional* ».

<sup>572</sup> Art. 25 de la directive 24/2014.

<sup>573</sup> Cependant, cette quête n'implique pas toujours une perfection absolue. Dans ce contexte, la doctrine a fait des observations intéressantes en raison de la considération 134 de la directive 24/2014, qui note ce qui suit : « La Commission devrait examiner les effets sur le marché intérieur découlant de l'application des seuils et faire rapport au Parlement européen et au Conseil. Ce faisant, elle devrait tenir compte de facteurs tels que le volume des passations de marchés transnationaux, la participation des PME, les coûts des transactions et le rapport coût-efficacité. L'article XXII, paragraphe 7, de l'AMP prévoit que celui-ci fait l'objet de nouvelles négociations trois ans après son entrée en vigueur et par la suite de façon périodique. Il convient, dans ce contexte, de procéder à l'examen de l'adéquation du niveau des seuils eu égard à l'incidence de l'inflation, compte tenu de l'absence de modification des seuils fixés dans l'AMP pendant une longue période; dans le cas

ce contexte, les accords de libre-échange de l'UE peuvent aussi contribuer à la construction d'un droit international des contrats publics s'ils contribuent à une harmonie entre le droit de l'UE et le droit de l'OMC.<sup>574</sup>

D'ailleurs, en ce qui concerne le rejet par l'UE de l'arbitrage dans le cadre des TBI, d'une part, l'UE ne devrait pas oublier les difficultés des cocontractants européens à l'étranger, notamment dans les pays où l'abus de pouvoir de l'État est fréquent; et, d'une autre part, les critiques sur l'arbitrage d'investissement invitent à réfléchir sur la nécessité créer des règles internationales claires pour la phase d'exécution du contrat dans le cadre du respect à la protection de l'environnement, des droits de l'homme, de l'intérêt public et des intérêts et attentes légitimes du cocontractant. En tout cas, le rejet de l'arbitrage par les États n'est pas nouveau<sup>575</sup> et, actuellement, dans la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) on travaille sur la possibilité de créer un tribunal multilatéral permanent en matière d'investissement<sup>576</sup> et on parle d'un « Tribunal de première instance et tribunal d'appel permanents en matière d'investissements, dotés de juges à temps plein ».<sup>577</sup> Toutes ces circonstances sont très importants pour les contrats de nature publique; mais ces circonstances conduisent aussi à réfléchir sur la difficulté qui peut exister pour parvenir à un règlement des différends dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics en tant que sous-système du droit international (en ce qui concerne la phase contentieuse, y aurait-il un sous-système de droit international des contrats publics ou plutôt une pluralité de sous-systèmes?).

---

où il en résulterait que ce niveau doit être modifié, la Commission devrait, le cas échéant, adopter une proposition d'acte juridique modifiant les seuils établis par la présente directive ».

<sup>574</sup> Par exemple, voir l'article 9 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Corée du sud du 15 octobre 2009. Le point 1 de l'art. 9.1 dispose ce qui suit : « Les parties réaffirment les droits et obligations qui leur incombent en vertu de l'accord relatif aux marchés publics figurant à l'annexe 4 de l'accord sur l'OMC... ».

Voir: HARRISON (J), « Overview of EU-Korea Free Trade Agreement », in *European Union and South Korea* (HARRISON (J) éditeur), Edinburgh University Press, 2013, pp. 59-60.

<sup>575</sup> Dans le cadre de ce refus, il convient de noter que Simon Greenberg résume que, pour rejeter l'arbitrage, les États avancent souvent qu'il s'agit d'une question de droit administratif (« *classification of a contract as administrative under domestic law* »), GREENBERG (S), « ICC Arbitration & Public Contracts: The ICC court's experience of arbitrations involving States and State entities », in *Contrats publics et arbitrage international*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>576</sup> En ce qui concerne l'UE, voir les Directives de négociation du Secrétariat général du Conseil relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements du 2018 < <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/fr/pdf> >.

<sup>577</sup> < <https://uncitral.un.org/fr/standing> > Voir le document: /CN.9/WG.III/WP.185.

De son côté, dans la phase de l'exécution du contrat, l'absence d'une Charte des droits du cocontractant se fait sentir.

## TITRE II. L'HARMONISATION LIMITÉE DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS EN DEHORS DE L'UE

Le panorama juridique de l'harmonisation du droit des contrats publics dans une perspective transnationale implique d'envisager les scénarios juridiques suivants:

- a) le droit des contrats publics au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC ou *WTO*<sup>578</sup>);
- b) l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre des organisations régionales et sous-régionales;
- c) l'harmonisation du droit pénal étatique contre la corruption aux contrats publics; et
- d) l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre des accords de libre-échange (ALE).

Dans ce scénario quadruple, il convient de préciser les définitions à utiliser en perspective géographique, surtout pour différencier entre « région » et « sous-région ». Précisément la professeure Laurence Boisson de Chazournes explique que la sous-région est un espace « imbriqué » dans une région.<sup>579</sup>

Le régionalisme et la sous-région sont deux éléments très importants en ce qui concerne l'harmonisation parce que, dans les deux cas, on peut identifier certains ordres juridiques qui ont développé un régime propre en matière de contrats publics comme, par exemple dans le cadre des sous-régions, l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ou le Marché commun du Sud (MERCOSUR).

La région « peut être constituée à l'échelle d'un continent, sans que cela ne soit une obligation ».<sup>580</sup> Dans ce sens, l'UE peut être considéré comme une région en vertu de la dimension géographique du territoire des États des membres dans le continent européen.

---

<sup>578</sup> Lire « World Trade Organisation ».

<sup>579</sup> BOISSON DE CHAZOURNES (L), « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *R.C.A.D.I.*, vol. 347, 2010, p. 131.

<sup>580</sup> *Idem.*

Dans le cadre du régionalisme et du sous régionalisme, il est nécessaire de retenir que chaque harmonisation crée un régime juridique en fonction du champ d'application de ses règles et des États concernés. Donc, si chaque harmonisation crée un régime juridique pour les contrats publics, la conséquence est très évidente: il y a une multiplicité d'harmonisations à tel point que, à la pratique, une entité publique pourrait être concernée par trois ordres juridiques différents dans le cadre d'un appel d'offres publics: le droit de l'OMC, le droit d'une organisation internationale régionale<sup>581</sup> ou sous régionale et les règles d'un ALE. Dans ce même contexte, il est très important de remarquer qu'un ALE peut dépasser la terminologie classique des « accords régionaux » (ACR). Effectivement, comme il est reconnu, « ce que l'OMC qualifie simplement d'ACR n'a souvent aujourd'hui, du régionalisme plus que le nom »<sup>582</sup> parce qu'un ALE peut concerner des États de différents continents.

Si on parle de l'harmonisation du droit des contrats publics dans une perspective transnationale, l'OMC est un ordre juridique incontournable. Parmi la doctrine, l'OMC a été identifiée comme une organisation internationale qui « contribue à la redéfinition de la souveraineté ».<sup>583</sup> En ce qui concerne le droit des contrats publics, on peut dire que l'OMC constitue un espace pour le dialogue et pour l'harmonisation des règles de ce secteur. Dans ce sens, le professeur Arwel Davies remarque que ces règles occupent « *a central position as the most significant international instrument of procurement market liberalization today... Procurement at the WTO is therefore first the most an issue of the liberalization, market access and the avoidance of protectionism* ». <sup>584</sup>

---

<sup>581</sup> Dans les grandes lignes, il faut noter ici que, comme la professeure Alberta Fabbricotti décrit: « les organisations commerciales régionales ne semblent concerter ou coordonner leurs activités avec celle de l'OMC », FABBRICOTTI (A), « Universalisme-Régionalisme dans les Échanges Commerciaux Internationaux », *Select Proceedings of the European Society of International Law* (CRAWFORD (J) et NOUWEN (S) éditeurs) Oxford / Portland, Hart Publishing, 2012, vol. 3, 2010, p. 309.

<sup>582</sup> CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 511.

<sup>583</sup> KIEFFER (B), *L'Organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 99.

<sup>584</sup> DAVIES (A), « The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, p. 23.

Dans le cadre de l'OMC, le droit des contrats publics constitue un processus évolutif qui comprend deux accords: l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de 1994 (AMP 1994)<sup>585</sup> et l'Accord plurilatéral sur les marchés publics du 2012 (AMP 2012). Ces accords demandent une précision terminologique en langue française avant de continuer.

Comme on peut lire dans le même nom des accords, la version française se sert du terme « marchés publics ». Cependant, l'utilisation du terme « marchés publics » de l'OMC ne coïncide pas avec la signification du terme « marchés publics » des directives d'harmonisation de l'UE. Il s'agit d'une question terminologique. Effectivement, d'abord, dans le cadre des deux accords de l'OMC, une définition de « marchés publics » n'existe pas (ni de « contrats publics »); mais cette omission n'est pas un obstacle pour assumer que le terme « marchés publics » de l'OMC comprend les contrats publics en matière des biens, services et services de construction, en fonction des listes de couverture de chaque accord.<sup>586</sup> C'est-à-dire, le terme « marchés publics » peut comprendre, dans le cadre de l'OMC, des concessions aussi (dans le cadre du droit de l'UE, les contrats de concession sont légiférés par une directive spécifique et non par la directive sur les « marchés publics »).<sup>587</sup> C'est un bon exemple de la disparité terminologique existante dans une macro-perspective.

Après les précisions géographiques et terminologiques, il est très important de retenir que la transparence et la lutte contre la corruption occupent un lieu spécial au droit de l'OMC des contrats publics. Dans ce sens, l'AMP 2012 reconnaît « qu'il est important... que les marchés soient passés d'une manière transparente et impartiale, et que les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses soient évités, conformément aux instruments... ».

---

<sup>585</sup> Sur cet accord, voir: LOWENFELD (A), *Economic International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 88-91; GHÉRARI (H), « Les marchés publics », in *Droit de l'économie internationale* (DAILLIER (P) *et al*, directeurs), Paris, Pedone, 2004, pp. 493-504.

<sup>586</sup> Voir le paragraphe 4 de l'art. II de l'AMP 2012, qui utilise le terme « marchés couverts ».

<sup>587</sup> Comme nous savons, dans le cadre de l'UE, les contrats sont essentiellement légiférés à travers de trois directives: 23/2014 sur l'attribution de contrats de concession, 24/2014 sur la passation des marchés publics et 25/2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Dans le cadre de l'UE, la concession est un concept juridique autonome.

tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption ». Le texte de l'OMC renvoi aux au droit international en matière pénale.

Pour évaluer l'effet de l'harmonisation du droit des contrats publics sur le droit international, il faut connaître l'harmonisation du droit des contrats publics au plan mondial (un chapitre 1) et la variété de rythmes et de régimes dans le cadre du sous-régionalisme, du régionalisme et du transrégionalisme (chapitre 2).

## **Chapitre 1. Les bases de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'échelle mondiale**

L'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre de l'OMC, c'est l'unique harmonisation contraignant des règles de ce secteur de l'économie à l'échelle planétaire. Il s'agit d'une harmonisation limitée à l'ouverture du marché (Section 1) qui remarque l'importance de la transparence, et de la lutte contre la corruption aux contrats publics dans le cadre de la libre concurrence.

La lutte contre la corruption implique non seulement la criminalisation de certains comportements, mais aussi celle-ci demande une coopération interétatique pour la sanction pénale et la récupération de l'argent public dans le cadre des instruments juridiques contre la corruption. Les instruments internationaux contre la corruption<sup>588</sup> présentent certains problèmes techniques en matière de compétence judiciaire (« *jurisdiction* ») à la lumière des droits de l'homme. Dans une macro perspective, nous percevons des progressions très importantes en matière de lutte contre la corruption; cependant, nous percevons aussi une difficile harmonie législative dans le cadre du droit des États contre la corruption (Section 2).

### **Section 1. Les contrats publics dans le cadre de l'OMC**

Le professeur Giorgio Sacerdoti décrit l'OMC comme un ordre juridique « de droits, d'obligations et d'organes prévus par le traité instituant l'OMC ».<sup>589</sup> Il note que c'est un « ensemble » de règles « qui doit être considéré comme un sous-système dans le droit international public ».<sup>590</sup> En tant qu'organisation internationale, un objectif de l'OMC

---

<sup>588</sup> Sur ce sujet, voir les articles du livre BALMELLI (T) et JAGGY (B) (éditeurs), *Les traités internationaux contre la corruption. L'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse*, Lugano, Edis, 2004.

<sup>589</sup> SACERDOTI (G), « La contribution de l'organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, des accords régionaux, un droit des investissements internationaux », *Revue général de droit international public*, numéro 4, 2016, p. 723.

<sup>590</sup> *Idem*.



est « mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable »<sup>591</sup> qui comprend de divers secteurs.

L'ouverture des contrats publics dans le cadre de l'OMC est faite à travers un régime juridique spécifique (§1), flexible et adapté à la réalité (§2).

## **§1. L'ouverture du secteur des contrats publics dans un régime spécifique**

L'harmonisation dans le cadre de l'OMC fait partie des règles du commerce mondial (A) en comprenant droits et obligations (B).

### **A. Le droit des contrats publics comme partie du droit du commerce mondial**

Les contrats publics ont été expressément exclus de très importantes règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Cette exclusion a conduit à la création d'un régime juridique « plurilatéral » des contrats publics (1) sous les principes de non discrimination, transparence et équité (2).

#### **1. Le régime plurilatéral des contrats publics à partir de l'exclusion du GATT et de l'AGCS**

L'exclusion des contrats publics du GATT et de l'AGCS (i) explique l'existence des accords plurilatéraux spécifiques de 1994 et de 2012 déjà cités (ii). Le Code de Tokyo de 1979, fréquemment cité comme le précédent de l'actuel droit des contrats publics à l'OMC, permet une meilleure compréhension de l'actuelle harmonisation dans une perspective historique. En résumé, les accords plurilatéraux de 1994 et de 2012 constituent le *corpus iuris* de l'harmonisation et cette harmonisation peut être aperçue comme une ligne de continuité et une progression législative (iii).

---

<sup>591</sup> Préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce.

(i) *L'exclusion sans préambules*

L'article III du GATT, consacré au traitement national en matière d'impositions et de réglementations intérieures, n'est pas applicable: « aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce ». <sup>592</sup> Ce sont les termes de l'exclusion.

D'ailleurs, l'AGCS établit ses règles sur le traitement de la nation la plus favorisée (article II), sur l'accès aux marchés (article XVI) et sur le traitement national (article XVII); et ce même accord exclu les contrats publics:

« Les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations ou prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce ». <sup>593</sup>

Les termes de ces deux exclusions ont conduit à un rythme particulier des contrats publics dans le cadre des règles du commerce mondial au sein de l'OMC. Dans le contexte de l'époque de la signature du GATT et du AGCS, il s'agissait d'une question « pragmatique » à cause de la politique interne d'acquisitions <sup>594</sup>, ce qui a conduit à un

---

<sup>592</sup> Paragraphe 8 a) de l'art. III du GATT. Nous soulignons.

<sup>593</sup> AGCS: paragraphe 1 de l'art. XIII. Voir: ZACHARIAS (D), « Article XIII », in *WTO-Trade in Services: Trade in Services* (WOLFRUM (R), et al, éditeurs), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, vol. 6, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008, pp. 272-286.

<sup>594</sup> ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development », *WTO Working Paper ERSD-2017-04* (26 janvier du 2017), p. 15: « *The exclusion of government procurement from these provisions reflects a pragmatic acceptance* » on dit.

< [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201704\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201704_e.pdf) >. Vu le 8.08.2018.

régime spécifique pour les contrats publics<sup>595</sup>; spécifique, mais non complètement déconnecté de l'OMC.<sup>596</sup>

En effet, l'harmonisation plurilatérale des contrats publics au sein de l'OMC doit être vue comme un régime spécifique de libéralisation d'un secteur au sein de cette organisation internationale et non comme un secteur en dehors des objectifs de l'OMC, comme nous le détaillerons.

*(ii) L'harmonisation à partir de l'exclusion*

Suite à l'exclusion des contrats publics du GATT et de l'AGCS, il convient de préciser que « plurilatéralité » ne signifie pas « multilatéralité »; il est indispensable de retenir cette précision avant de continuer. Effectivement, dans la terminologie du droit international, « plurilatéralité » et « multilatéralité » ne sont pas synonymes; la différence entre ces deux termes juridiques implique quelques difficultés. On dit qu'il n'est pas du tout facile de définir les expressions « plurilatéral » et « multilatéral ». <sup>597</sup> Il ne s'agit pas d'un jeu de mots, mais de deux significations juridiques différents. Dans grandes lignes:

« Du point de vue objectif, les traités plurilatéraux visent à régler des questions qui intéressent seulement les parties, alors que les traités multilatéraux visent à énoncer des normes générales de droit international ou à régler des questions d'intérêt général. L'élément subjectif est que seul un groupe restreint d'États peuvent devenir parties aux traités plurilatéraux, alors que les traités multilatéraux sont ouverts à la participation de tous les États ou, du moins, d'un nombre considérable d'États ». <sup>598</sup>

---

<sup>595</sup> Tenir compte du paragraphe 2 de l'art. XIII de l'AGCS: « Des négociations multilatérales sur les marchés publics de services relevant du présent accord auront lieu dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ».

<sup>596</sup> Voir: ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development », *op. cit.*, pp. 15-18.

<sup>597</sup> *Annuaire de la Commission du droit international 1962*, vol. I (A/CN.4/SR.642), p. 86.

<sup>598</sup> *Idem*, p. 87. Nous soulignons.

En ce qui concerne les contrats publics, le caractère « plurilatéral » de l'AMP 1994 et de l'AMP 2012 implique une particularité à l'intérieur de la même OMC à mesure que les règles de ces accords ont force obligatoire uniquement pour quelques membres de l'OMC, concrètement pour ceux qui sont partie des deux accords et pas pour tous les membres de l'OMC.<sup>599</sup> En synthèse, ces accords doivent être lus en évitant d'identifier ses règles avec les obligations multilatérales qui concernent tous les membres de l'OMC.<sup>600</sup>

*(iii) L'harmonisation en perspective historique*

Le Code de marchés publics issu du *Tokyo Round* de 1979 est bien assumé comme le point de départ de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'échelle mondiale. Dans ce code, les Parties reconnaissaient déjà « la nécessité d'établir un cadre international... en matière de marchés publics, en vue de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial... » et « d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics ».<sup>601</sup> Ce code fût conçu sur la base du principe du traitement national et du principe de non-discrimination<sup>602</sup> et celui-ci était « conditionné par le principe de la réciprocité qui éloigne de la clause de la nation la plus favorisée en introduisant une logique bilatérale ».<sup>603</sup>

---

<sup>599</sup> Voir le paragraphe 3 de l'art. II de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce.

<sup>600</sup> Voir le paragraphe 2 de l'art. II de l'Accord de Marrakech.

<sup>601</sup> Préambule.

< [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/tokyo\\_gpr\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tokyo_gpr_f.pdf) >. Ce code est le résultat d'une période de négociations entre 1976-1979.

<sup>602</sup> Article II, paragraphe 1: « En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, les Parties accorderont immédiatement et sans condition, aux produits originaires du territoire douanier (y compris les zones franches) des Parties au présent accord et aux fournisseurs offrant ces produits, un traitement qui ne sera pas moins favorable:

a) que celui accordé aux produits et aux fournisseurs nationaux, ni

b) que celui accordé aux produits de toute autre Partie et à leurs fournisseurs ».

<sup>603</sup> RICHER (L), *L'Europe des marchés publics: Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, p. 52.

Le Code de Tokyo est entré en vigueur en 1981. Ce code n'acceptait pas de réserves.<sup>604</sup> Il prévoyait les procédures de passation des contrats publics<sup>605</sup> et un traitement spécial et différencié en faveur des pays en voie de développement.<sup>606</sup> Ce code constituait un ensemble de règles et il se servait déjà du système de listes pour identifier les entités étatiques concernées et les contrats couverts par ses règles<sup>607</sup> (une technique législative standard utilisée aussi au sein de l'UE et à l'AMP 1994 et à l'AMP 2012). Les règles du Code de Tokyo étaient applicables en fonction d'un seuil.<sup>608</sup> En plus, ce code déjà empêchait le fractionnement du contrat<sup>609</sup> (faite pour éviter l'application de ses règles, c'est le « saucissonnage » comme on dit dans l'argot du droit administratif de la francophonie).

Dans ce contexte historique, il y avait une adhésion très significative: l'adhésion de l'ancienne Communauté économique européenne.<sup>610</sup> L'adhésion de l'UE aux textes d'harmonisation mondiale du droit des contrats publics reflète, d'un côté –comme le professeur Emanuel Castellarin remarque-, « la recherche de l'harmonie entre les activités de l'Union et des institutions économiques internationales »<sup>611</sup>; et, d'un autre côté, le rôle de l'UE « comme un acteur collectif à l'OMC »<sup>612</sup> et comme un membre de l'OMC « sur un pied d'égalité avec ses États membres ».<sup>613</sup> L'effet de cette adhésion sur le droit administratif est incontestable, mais relatif aussi à cause du seuil qui trace une

---

<sup>604</sup> Art. IX, paragraphe 2.

<sup>605</sup> Art. V.

<sup>606</sup> Art. III.

<sup>607</sup> Art 1, paragraphe 1, lettre c): « Jusqu'à l'examen et aux nouvelles négociations... le champ d'application du présent accord est déterminé par les listes des entités et, dans la mesure où des rectifications, des modifications ou des amendements y auraient été apportés, des entités qui leur auront succédé, reprises à l'annexe I ».

<sup>608</sup> Art 1, paragraphe 1, lettre b): « Les quantités à acquérir ne seront en aucun cas scindées dans l'intention de ramener la valeur des marchés à conclure au-dessous de 150 000DTS ».

<sup>609</sup> Dans le cadre de l'harmonisation de l'UE, voir: Paragraphe 3 de l'art. 5 de la directive 2014/24, paragraphe 4 de l'art. 8 de la directive 2014/23, paragraphe 3 de l'art 16 de la directive 2014/25.

<sup>610</sup> Faite sur la base de la Décision 80/271/CEE du Conseil du 10 décembre 1979 concernant la conclusion des accords multilatéraux résultant des négociations commerciales 1973-1979.

<sup>611</sup> CASTELLARIN (E), *La participation de l'Union Européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, Pedone, 2017, p. 53.

<sup>612</sup> SERDAREVIC (A), *The European Union as a collective actor in the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 2013; voir pp. 133-210.

<sup>613</sup> NEFRAMI (E), *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 235.

frontière entre les contrats en fonction de leur valeur économique, comme nous le verrons dans les pages suivantes.

En suivant le fil historique, le Code de Tokyo fut révisé en 1987<sup>614</sup> et, après, l'AMP 1994 est apparu.<sup>615</sup>

L'AMP 1994 est un traité de vingt-quatre articles<sup>616</sup> qui assume la force conventionnelle du système de listes qu'il utilise.<sup>617</sup> Cet accord a conçu une harmonisation sur la base de trois principes: non discrimination, transparence et équité procédurale.<sup>618</sup> La révision de l'AMP 1994 conduit à l'AMP 2012<sup>619</sup>, connu aussi sous le nom de « *l'accord révisé* ».

L'accord révisé ne constitue pas un changement d'orientation, c'est une évolution du texte de 1994<sup>620</sup>; ces accords génèrent un ensemble de règles qui fortifient la libre concurrence au secteur des contrats publics. Effectivement, les règles créées empêchant des « subtilités » administratives pour camoufler le protectionnisme, sur tout dans le

---

<sup>614</sup> < [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gpa\\_rev\\_text\\_1988\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_rev_text_1988_f.pdf) >; à l'époque, la CEE participait au développement du droit international des contrats publics (le Code fût pris en compte par la directive 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE, les deux cités au premier chapitre du titre I).

<sup>615</sup> Pour connaître l'accord dans son contexte, voir le document: HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P), « The World Trade Organization's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Memberships? » 1995 < <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/719271468740698259/The-World-Trade-Organizations-agreement-on-government-procurement-expanding-disciplines-declining-membership> > Vu le 8.08.2018.

<sup>616</sup> Sur l'AMP 1994 au contexte de l'époque (avant l'AMP 2012), voir: LUFF (D), *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant; Paris, LGDJ, 2004, pp. 735-759; MATSUSHITA (M), SCHOENBAUM (T) et MAVROIDIS (P), *The World Trade Organization. Law, Practice and Police*, Oxford University Press, 2006, pp. 739-762; parmi d'autres textes de référence.

<sup>617</sup> Le paragraphe 12 de l'art. XXIV remarque ce qui suit: « Les Notes, Appendices et Annexes au présent accord en font partie intégrante ».

<sup>618</sup> Entre d'autres auteurs: BARRET (J) et STANKS (R), « La question des marchés publics à l'OMC ». *Commentaire sur la politique économique et commerciale*, Ministère des Affaires étrangères et du commerce (Canada), 1998, p. 4; ZAPATERO (P), « La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, numéro 27, 2014, p. 6.

<sup>619</sup> Voir: ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA) », *op. cit.*, pp. 6-8.

<sup>620</sup> L'AMP 1994 n'est plus en vigueur. On peut lire sur le site de l'OMC ce qui suit : « Cet accord a été modifié le 30 mars 2012 et a été entièrement remplacé par l'AMP 2012 le 1er janvier 2021) » < [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/gpr-94\\_02\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_02_f.htm) >.

cadre des spécifications techniques des appels d'offres publiques.<sup>621</sup> De cette façon, l'harmonisation introduit « des règles internationales de concurrence sans droit international de la concurrence »<sup>622</sup> au sein de l'OMC.<sup>623</sup>

## 2. La continuité des principes du droit des contrats publics dans le cadre de l'OMC

Les professeurs Anderson et Arrowsmith confirment que l'accord révisé essaie de simplifier la structure du texte de 1994.<sup>624</sup> Philippe Pelletier résume, l'AMP 2012 « améliore significativement le texte de l'AMP 1994, toute en demeurant basé sur les mêmes principes ». <sup>625</sup> En effet, les deux accords partagent les principes de non discrimination, de transparence et d'équité procédurale.

En ce qui concerne le principe de non discrimination, comme le professeur William J. Davey remarque, la non discrimination « *is a fundamental principle underlying the World Trade Organization and many of its agreements have specific non discrimination rules* ». <sup>626</sup> En ce qui concerne la non discrimination aux contrats publics, l'AMP 1994 reconnaissait déjà deux obligations: d'un côté, l'obligation de donner un traitement non moins favorable « que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs

---

<sup>621</sup> Par exemple, dans le cadre de l'AMP 2012, voir: le paragraphe 5 de l'art. X (en matière des spécifications techniques), le paragraphe 1 de l'art. XIII (sur l'appel d'offres limité), l'art. XVII (sur la divulgation de renseignements).

<sup>622</sup> ABDELGAWAD (W), « Les règles de la concurrence dans les accords de l'OMC: le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration (Actes du colloque des 14 et 15 Jun 2007 à Dijon)* (ABDELGAWAD (W), directeur), Paris, LexisNexis Litec, 2008, p. 239.

<sup>623</sup> D'ailleurs, garder à l'esprit que l'accord sur les Obstacles Techniques au Commerce dans l'OMC précise ce qui suit: « Les spécifications en matière d'achat qui sont élaborées par des organismes gouvernementaux pour les besoins de la production ou de la consommation d'organismes gouvernementaux ne sont pas assujetties aux dispositions du présent accord, mais sont couvertes par l'Accord sur les marchés publics conformément à son champ d'application », paragraphe 4 de l'art. 1. Nous soulignons.

<sup>624</sup> ANDERSON (R) et ARROWSMITH (S), « The WTO regime on government procurement: past, present and future », in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (ANDERSON (R) et ARROWSMITH (S), éditeurs), Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 23.

<sup>625</sup> PELLETIER (Ph), « La révision de 2012 de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d'application », *op. cit.*, p. 124.

<sup>626</sup> DAVEY (W), « Non-discrimination in The World Trade Organization: The Rules and Exceptions », Ail-Pocket, La Haye, 2012, p. 55.

nationaux »<sup>627</sup> et, d'un autre côté, l'obligation de donner un traitement non moins favorable « que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs ». <sup>628</sup> Ces obligations impliquent l'interdiction de la discrimination en comparaison des propres ressortissants et en comparaison des ressortissants d'autres Parties de l'accord. L'AMP 2012 va dans la même direction.<sup>629</sup>

D'ailleurs, l'harmonisation assure une passation « transparente et impartial ». <sup>630</sup> Cet énoncé est renforcé par des règles spécifiques du même accord sur les renseignements communiqués aux fournisseurs, la publication des renseignements sur les adjudications, la conservation de la documentation et des rapports et traçabilité électronique ou l'établissement et communication de statistiques.<sup>631</sup> En somme, les efforts en vue de réduire d'opacité est une caractéristique essentielle de l'harmonisation dans l'OMC et dans ce contexte, on peut dire que l'harmonisation est tributaire de la transparence.

Finalement, en ce qui concerne le principe d'équité procédurale, ce principe sauvegarde les réclamations contre les entités contractantes. Pour le moment, on va retenir que ces

---

<sup>627</sup> Paragraphe 1 de l'art. III.

<sup>628</sup> *Idem.*

<sup>629</sup> Le paragraphe 1 de l'article IV de l'AMP 2012 prévoit: « En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, chaque Partie, y compris ses entités contractantes, accordera immédiatement et sans condition, aux marchandises et aux services de toute autre Partie et aux fournisseurs de toute autre Partie qui offrent les marchandises ou les services de toute Partie, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui que la Partie, y compris ses entités contractantes, accorde:

a) aux marchandises, aux services et aux fournisseurs nationaux; et aux marchandises, aux services et b) aux fournisseurs de toute autre Partie ».

Le paragraphe 2 de cet article dispose ce qui suit: « En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, une Partie, y compris ses entités contractantes:

a) n'accordera pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, en raison du degré de contrôle ou de participation étrangers; ou

b) n'établira pas de discrimination à l'égard d'un fournisseur établi sur le territoire national au motif que les marchandises ou les services que ce fournisseur offre pour un marché donné sont les marchandises ou les services d'une autre Partie ».

<sup>630</sup> Sur ce sujet, le paragraphe 4 de l'article IV de l'AMP 2012 prévoit ce qui suit:

« Une entité contractante procédera à la passation de marchés couverts d'une manière transparente et impartiale qui:

a) est compatible avec le présent accord, au moyen de méthodes telles que l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité;

b) évite les conflits d'intérêts; et

c) empêche les pratiques frauduleuses ». Voir l'art. XVII et le paragraphe 8 de l'art. XXIV de l'AMP 1994.

<sup>631</sup> Voir l'art. XVI. De la même manière, l'AMP 2012 assure la divulgation de renseignements aux Parties de l'accord (art. XVII).



trois principes constituent la base du développement de l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC.

## **B. L'harmonisation par l'accord révisé en tant que source de droits et d'obligations**

L'AMP 2012 est composé de vingt-deux articles et quatre appendices. La passation et les contrats sont harmonisés en fonction du système de listes où l'Appendice I est le protagoniste parce qu'il détermine les contrats couverts (1) et les entités couvertes (2).

### **1. La passation et les contrats couverts par les règles de l'harmonisation**

L'établissement d'une terminologie propre facilite la construction et le maintien d'un régime juridique. Sur la base d'une terminologie, l'OMC détermine ses règles et les contrats publics couverts par ses règles, spécifie les processus de passation et détermine les contrats exclus de l'harmonisation.

L'AMP 2012 établit sa propre terminologie<sup>632</sup> avec définitions comme « norme »<sup>633</sup>, « marchandises ou services commerciaux »<sup>634</sup>, « entité contractante »<sup>635</sup>, « mesure »<sup>636</sup> etc. Dans ce contexte, le terme « fournisseur » identifie « une personne ou d'un groupe de personnes qui fournit ou pourrait fournir des marchandises ou des services ».<sup>637</sup> La

---

<sup>632</sup> Article premier du AMP 2012.

<sup>633</sup> « Le terme « norme » s'entend d'un document approuvé par un organisme reconnu qui fournit pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des marchandises ou des services ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut traiter aussi en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour une marchandise, un service, un procédé ou une méthode de production donnés » (lettre « s » de l'article premier du AMP 2012).

<sup>634</sup> « L'expression « marchandises ou services commerciaux » s'entend des marchandises ou des services d'un type généralement vendu ou offert à la vente sur le marché commercial à des acheteurs autres que les pouvoirs publics et habituellement achetés par eux pour des besoins autres que ceux des pouvoirs publics » (lettre « a » de l'article premier du AMP 2012).

<sup>635</sup> « L'expression « entité contractante » s'entend d'une entité couverte par l'Annexe 1, 2 ou 3 de l'Appendice I concernant une Partie » (lettre « o » de l'article premier du AMP 2012).

<sup>636</sup> On peut lire que « le terme « mesure » s'entend de toute loi, réglementation, procédure, directive ou pratique administrative ou de toute action d'une entité contractante concernant un marché couvert » (Article premier, lettre « i », du AMP 2012).

<sup>637</sup> Lettre « t » de l'article premier. Nous soulignons.

terminologie entre l'harmonisation au sein de l'OMC et au sein de l'UE n'est pas identique.<sup>638</sup>

D'ailleurs, pour déterminer les contrats compris, il est nécessaire de vérifier, d'abord, si une entité contractante et l'objet du contrat même sont inclus à l'appendice I.

L'appendice I de l'AMP 2012 reflète la flexibilité nécessaire pour attirer des adhésions. Cet appendice permet que les Parties de l'accord puissent introduire ses entités publiques et les différents contrats concernés:

« Annexe 1: entités du gouvernement central.

Annexe 2: entités des gouvernements sous-centraux.

Annexe 3: autres entités.

Annexe 4: marchandises.

Annexe 5: services.

Annexe 6: services de construction.

Annexe 7: notes générales ». <sup>639</sup>

En outre, ces annexes constituent indirectement, ou directement, un instrument politique à la mesure qu'ils permettent que chaque gouvernement de tour puisse introduire, retirer ou conserver ses entités publiques, marchandises et services concernés. Dans ce sens, le

---

<sup>638</sup> Et « opérateur économique », « soumissionnaire » et « candidat » ont une signification propre dans le cadre de la directive 24/2014 de l'UE, paragraphes 10, 11 et 12 de l'art. 2. Et « concessionnaire » dans la directive 23/2014 est « un opérateur économique auquel une concession a été attribuée », paragraphe 5 de l'art. 5.

<sup>639</sup> < [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_app\\_agree\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_app_agree_f.htm) > Vu le 14.01.2018. Sur un analyse des annexes de l'appendice I, voir: PELLETIER (F), « La révision de 2012 de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d'application », op. cit, pp. 139-159. Dans une perspective comparée: « Dans le cadre de l'AMP de 1994, la liste de chaque Partie contient seulement les cinq annexes suivantes: Annexe 1: entités du gouvernement central. Annexe 2: entités des gouvernements sous-centraux. Annexe 3: autres entités. Annexe 4: services. Annexe 5: services de construction. Les notes, qui figurent désormais à l'Annexe 7 de l'AMP révisé, sont présentées sous la forme de « notes générales » dans l'AMP de 1994.

En outre, toutes les marchandises sont couvertes au titre des deux versions de l'Accord, à moins qu'elles ne fassent l'objet d'une exemption spécifique. Alors que l'AMP de 1994 ne contient pas d'annexe consacrée aux marchandises, cette règle générale figure dans une annexe distincte sur les marchandises dans l'AMP révisé » Nous soulignons (repris du même site).

système de listes donne le lieu à une harmonisation adaptée à la politique interne<sup>640</sup> et à la politique de commerce extérieur de chaque Partie. Les autres appendices de l'AMP 2012<sup>641</sup> permettent de donner corps aux exigences de la publicité et la transparence. En somme, en vertu du système de listes, il ne s'agit pas d'une harmonisation statique, mais d'une harmonisation qui peut changer *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis*: une entité publique peut être concernée aujourd'hui et demain non; le contrat qui n'est pas couvert aujourd'hui, demain il peut être couvert. De cette façon, une analyse quotidienne du système de listes utilisé dans l'OMC peut servir comme un formidable indicateur pour mesurer le niveau d'harmonisation réelle et effective entre les Parties de l'AMP 2012.

En ce qui concerne la nécessité d'harmoniser les procédures de passation, l'AMP 1994 assume trois types de procédures de passation: la procédure d'appel d'offres ouverte, la sélective et la limitée.<sup>642</sup> Cet accord permet que les entités publiques puissent faire des négociations avec les fournisseurs qui ont soumissionné<sup>643</sup>; l'AMP 2012 va dans la même direction et il assume ces trois modalités de passation en précisant la définition de chaque modalité: « appel d'offres limité »<sup>644</sup>, « appel d'offres ouvert »<sup>645</sup> et « appel

---

<sup>640</sup> Penser, par exemple, aux groupes ou des forces politiques régionales; ou aux gouvernements régionaux ou locaux avec des compétences sur un secteur de l'économie.

<sup>641</sup> « Appendice II. Publications utilisées par les Parties en vue de la publication des avis de marchés envisagés (paragraphe 1 de l'article IX), et des avis postérieurs à l'adjudication des marchés (paragraphe 1 de l'article XVIII).

Appendice III. Publications utilisées par les Parties en vue de la publication annuelle de renseignements sur les listes permanentes de fournisseurs qualifiés dans le cas des procédures sélectives (paragraphe 9 de l'article IX).

Appendice IV. Publications utilisées par les Parties en vue de la publication, dans les moindres délais, des lois, règlements, décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale et procédures, relatifs aux marchés publics visés par le présent accord (paragraphe 1 de l'article XIX) »

Source: < [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/appendices\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/appendices_f.htm) >.

<sup>642</sup> Art. VII, paragraphe 3. « Aux fins du présent accord: a) La procédure d'appel d'offres ouverte est celle selon laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner. b) La procédure d'appel d'offres sélective est celle selon laquelle, conformément au paragraphe 3 de l'article X et aux autres dispositions pertinentes du présent accord, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité. c) La procédure d'appel d'offres limitée est celle selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées à l'article XV ». Nous soulignons.

<sup>643</sup> Art XIV.

<sup>644</sup> « ... s'entend d'une méthode de passation des marchés suivant laquelle une entité contractante s'adresse à un ou à des fournisseurs de son choix » (article premier, lettre « h »).

<sup>645</sup> « ... s'entend d'une méthode de passation des marchés suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent présenter une soumission » (article premier, lettre « m »).

d'offres sélectif ». <sup>646</sup> Ces modalités de passation offrent une gamme parfaitement adaptée aux besoins des contrats.

En plus, indépendamment des contrats exclus de l'harmonisation en raison du système de listes et du seuil, l'AMP 2012 exclut expressément certains contrats et accords de son champ d'application. <sup>647</sup> En effet, l'AMP 2012 n'est pas applicable aux contrats passés:

« i. dans le but spécifique de fournir une assistance internationale, y compris une aide au développement;

ii. conformément à la procédure ou condition particulière d'un accord international relatif au stationnement de troupes ou à l'exécution conjointe d'un projet par les pays signataires;

iii. ou conformément à la procédure ou condition particulière d'une organisation internationale, ou financés par des dons, des prêts ou une autre aide au niveau international dans les cas où la procédure ou condition applicable serait incompatible avec le présent accord ». <sup>648</sup>

Cette clause témoigne de la prudence en face du secteur de la défense et des contrats publics financés par des banques multilatérales de développement <sup>649</sup> (*The Inter-*

---

<sup>646</sup> « ... s'entend d'une méthode de passation des marchés suivant laquelle seuls les fournisseurs qualifiés sont invités par l'entité contractante à présenter une soumission » (article premier, lettre « q »).

<sup>647</sup> « À moins que les annexes de l'Appendice I concernant une Partie n'en disposent autrement, le présent accord ne s'applique pas:

a). à l'acquisition ou à la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou aux droits y afférents;

b). aux accords non contractuels, ni à toute forme d'aide qu'une Partie fournit, y compris les accords de coopération, les dons, les prêts, les participations au capital social, les garanties et les incitations fiscales;

c). aux marchés ou à l'acquisition de services de dépositaire et agent financier, de services de liquidation et de gestion destinés aux établissements financiers réglementés ou de services liés à la vente, au rachat et au placement de la dette publique, y compris les prêts et les obligations, les bons et autres titres publics; aux contrats d'emploi public;... ». Art. II, paragraphe 3.

<sup>648</sup> Nous soulignons. Art. II, paragraphe 3, lettre e). Garder à l'esprit que la norme permet des exceptions sous réserve du jeu des annexes de l'appendice I, ce qui pourrait projeter un problème de collision de devoirs entre des traités.

<sup>649</sup> Sur ce sujet, voir: AUDIT (M), BOLLÉE (S) et CALLÉ (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2016, pp. 192-196. Penser aussi aux contrats au cadre d'accords militaires.

*American Development Bank*, la Banque africaine de développement, *The Asian Development Bank*, la Banque mondiale).

## 2. L'harmonisation en fonction des destinataires des règles

En adaptant la définition de l'OMC du professeur Sacerdoti comme une source d'obligations, dans le contexte des contrats publics, on peut dire que les règles d'harmonisation génèrent des droits et des obligations spécifiques pour les pouvoirs publics et pour les fournisseurs. On va voir le jeu des principes de non discrimination et de transparence en raison des entités publiques couvertes et des fournisseurs.

Les entités publiques concernées en raison des annexes 1, 2 et 3 de l'appendice I de l'AMP 2012 doivent respecter l'ensemble de règles relatives à l'interdiction de la discrimination et à la transparence, tels comme, par exemple: les renseignements sur le système de passation des contrats publics<sup>650</sup>, la neutralité technologique à la passation de contrats publics par voie électronique<sup>651</sup>; les avis<sup>652</sup>; l'obligation de ne pas utiliser les

---

<sup>650</sup> Article VI: « 1. Chaque Partie:

a) publiera dans les moindres délais toutes lois, réglementations, décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale, clauses contractuelles types prescrites par la loi ou la réglementation et incorporées par référence dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres ainsi que toute procédure concernant les marchés couverts, et toute modification y afférente, dans un média électronique ou papier officiellement désigné qui a une large diffusion et qui reste facilement accessible au public; et

b) fournira une explication à ce sujet à toute Partie qui en fera la demande.

2. Chaque Partie indiquera:

a) à l'Appendice II, le média électronique ou papier dans lequel elle publie les renseignements décrits au paragraphe 1; b) à l'Appendice III, le média électronique ou papier dans lequel elle publie les avis requis aux articles VII, IX:7 et XVI:2; et

c) à l'Appendice IV, l'adresse du ou des sites Web où elle publie:

i) ... statistiques...

ii) ses avis concernant les marchés adjugés conformément à l'article XVI:6.

3. Chaque Partie notifiera dans les moindres délais au Comité toute modification apportée aux renseignements indiqués par elle à l'Appendice II, III ou IV ». Nous soulignons.

<sup>651</sup> « Lorsqu'elle procédera à la passation de marchés couverts par voie électronique, une entité contractante:

a) fera en sorte que le marché soit passé à l'aide de systèmes et programmes informatiques, y compris ceux qui ont trait à l'authentification et au cryptage de l'information, qui sont généralement disponibles et interopérables avec d'autres systèmes et programmes informatiques généralement disponibles; et

b) mettra et maintiendra en place des mécanismes qui assurent l'intégrité des demandes de participation et des soumissions, y compris la détermination du moment de la réception et la prévention d'un accès inapproprié », paragraphe 3 de l'art. IV.

<sup>652</sup> Art. VII.

spécifications techniques<sup>653</sup> pour créer des obstacles<sup>654</sup>, l'obligation de transmettre les modifications à tous les fournisseurs qui participent au processus d'appel d'offres<sup>655</sup>, etc.

D'ailleurs, en ce qui concerne les enchères électroniques, l'harmonisation introduit un ensemble de règles de transparence comme la publication des renseignements relatifs aux adjudications, la traçabilité électronique<sup>656</sup>, etc.

Les entités publiques concernées sont engagées de respecter les règles d'harmonisation conformément à l'objet et la fin de l'accord; ce qui se traduit en l'interdiction d'introduire conditions contraires au « cadre multilatéral efficace »<sup>657</sup> créé. En ce qui concerne la France, l'harmonisation comprend différentes institutions comme les Services du Premier Ministre, les ministères<sup>658</sup>, les universités<sup>659</sup>, la Présidence de la République, l'Assemblée Nationale, le Sénat, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État<sup>660</sup>, etc.

Les titulaires des droits créés par l'harmonisation (les fournisseurs) sont des personnes physiques et morales. Dans ce contexte, il est nécessaire de préciser que l'harmonisation permet l'exclusion de quelques fournisseurs en fonction des circonstances déterminées et, d'ailleurs, l'harmonisation permet l'évaluation de l'expérience mondiale du fournisseur.

En ce qui concerne l'exclusion des fournisseurs dans le cadre des appels d'offres, dans le cadre des conditions de participation aux adjudications, les entités contractantes

---

<sup>653</sup> Sur la définition de « spécification technique », voir la lettre « u » du premier article.

<sup>654</sup> Art. X.

<sup>655</sup> « Dans les cas où, avant l'adjudication d'un marché, une entité contractante modifiera les critères ou les prescriptions énoncés dans l'avis de marché envisagé ou dans la documentation relative à l'appel d'offres remis aux fournisseurs participants, ou modifiera ou fera paraître de nouveau l'avis ou la documentation relative à l'appel d'offres, elle transmettra par écrit toutes ces modifications ou l'avis ou la documentation relative à l'appel d'offres... », paragraphe 11 de l'art. X.

<sup>656</sup> Art. XVI.

<sup>657</sup> Le préambule.

<sup>658</sup> Par exemple, de la santé, de l'intérieur, de la justice, de la défense, des affaires étrangères et européennes, de l'éducation nationale, de l'économie, etc. (Annexe 1 de l'appendice I).

<sup>659</sup> Voir le point 10.2.140 de l'annexe 1 de l'appendice I.

<sup>660</sup> L'information est à jour 21/02/2017.

peuvent exclure des candidats à cause de quelques motifs comme: la faillite, les fausses déclarations, les jugements définitifs concernant des délits ou d'autres infractions graves ou le non paiement d'impôts.<sup>661</sup> Cette règle a des bonnes intentions mais elle soulève une question: Qu'est-ce qui signifie exactement le terme « grave » ? Le casier judiciaire par corruption, est-il compris ?

Dans un autre ordre d'idées, il faut souligner que l'harmonisation permet l'évaluation de l'expérience mondiale des fournisseurs.

Effectivement, en matière de détermination des conditions de participation, l'AMP 2012 permet l'évaluation des candidats en raison de toutes ses activités commerciales « tant sur le territoire de la Partie de l'entité contractante qu'en dehors de celui-ci ». <sup>662</sup> Ce critère peut être une bonne motivation pour la participation des petites et moyennes entreprises dans le cadre d'appel d'offres publics à l'étranger; ce circonstance évite « une discrimination entre des fournisseurs... ou des services étrangers ». <sup>663</sup> Si on va considérer que normalement les petites et moyennes entreprises acquièrent son expérience initiale en ses propres pays, l'évaluation de cette expérience est un élément attrait pour ces entreprises.

## **§2. L'adaptation du cadre juridique à la réalité mondiale**

Le droit des contrats publics de l'OMC, d'un côté, constitue un régime juridique composé par des règles flexibles pour une société internationale « inégale, asymétrique et complexe » <sup>664</sup> où le terme « multipolarité » occupe un lieu visible (A); et, d'un autre côté, c'est un régime juridique qui sauvegarde ses règles par soi-même (B).

---

<sup>661</sup> Paragraphe 4 de l'art. VIII.

<sup>662</sup> Lettre a) du paragraphe 3 de l'art. VIII.

<sup>663</sup> Préambule de l'AMP 2012. Nous soulignons.

<sup>664</sup> DIAZ (C), « La sociedad internacional en busca de un orden constitucional », *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, numéro VI, 1994-1995, p. 13.

## **A. La nécessité de règles flexibles pour une communauté internationale complexe**

La flexibilité du régime juridique des contrats publics à l'OMC n'existe pas uniquement par les annexes de l'appendice I, mais aussi par l'introduction de règles spécifiques pour les pays en développement (1) et par la reconnaissance d'exceptions (2).

### **1. La flexibilité de l'harmonisation en ce qui concerne les pays en développement**

Généralement, les pays en développement sont bénéficiaires d'un traitement spécial et différencié<sup>665</sup> au sein de l'OMC.<sup>666</sup> Dans le cadre de l'AMP 2012, le même préambule reconnaît déjà « la nécessité de tenir compte des besoins en termes de développement, de finances et de commerce des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés ». <sup>667</sup> Dans cette ligne, l'article V permet des « mesures transitoires ». Effectivement, le paragraphe 1 de l'article V précise que « en vue de l'accession » à l'accord « les Parties accorderont une attention spéciale aux besoins en termes de développement, de finances et de commerce, et à la situation des pays en développement et des pays les moins avancés ». Cette flexibilité se traduit par considérations spécifiques (programmes de préférences en matière de prix, de compensations, l'inclusion progressive d'entités ou de secteurs spécifiques et la possibilité d'introduire un « seuil qui est plus élevée que sa valeur de seuil permanente »).<sup>668</sup> Ces considérations

---

<sup>665</sup> Sur ce sujet dans l'OMC, les professeurs Chantal Thomas et Joel J. Trachtman ont décrit que le traitement spécial et différencié: « *includes the aspiration to provide enhanced market access to developing country products. Partly because of the principle of non reciprocity, this aspiration was often ignored. However the area in which* » le traitement spécial et différencié « *has had its greatest effect is in connection with the Generalized System of Preferences (GSP), which provides for reduced tariff treatment for certain developing country products* », THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J), « Editors' introduction », in *Developing Countries in WTO Legal System* (THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J) éditeurs), Oxford University Press, 2009, p. 5.

<sup>666</sup> KESSIE (E), « The Legal Status of Special and Differential Treatment Provisions under the WTO Agreements », in *WTO Law and Developing Countries* (BERMANN (G) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Cambridge University Press, 2007, p. 13; voir aussi TRACHTMAN (J), « Developing Countries, The Doha Round, Preferences, and Right to Regulate », in *Developing Countries in WTO Legal System, op. cit.* pp. 111-126; DUNOFF (J), « Dysfunction, Diversion, and the Debate over Preferences: (How) Do preferential Trade Policies Work? », in *Developing Countries in WTO Legal System* », *op. cit.* pp. 45-73; ROLLAND (S), *Development at the WTO*, Oxford University Press, 2012, pp. 105-140; GHÉRARI (H), *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 331-332 et pp. 378-398.

<sup>667</sup> Il faut noter que « sur les 164 membres environ de l'OMC, à peu près deux tiers sont des pays en développement ». Source : < [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/dev1\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/dev1_f.htm) >.

<sup>668</sup> Paragraphe 3 de l'art. V de l'AMP 2012. Voir: l'art. V de l'AMP 1994 sur le « *traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement* » aussi.



spécifiques n'ont pas été conçus pour établir politiques discriminatoires parce que telles politiques seraient une contradiction avec l'objet et la fin du traité. En tout cas, les pays en développement n'ont pas été séduits par ces avantages, au moins par le moment.

## **2. Les exceptions du régime juridique**

Les mesures nécessaires pour protéger les intérêts essentiels en matière de sécurité nationale, ils sont une caractéristique du droit international économique, de l'OMC<sup>669</sup> et de l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC aussi. Le paragraphe 1 de l'article III de l'AMP 2012 permet ces exceptions.<sup>670</sup>

En plus, en vertu du paragraphe 2 de l'article III, le droit des contrats publics de l'OMC n'empêche pas la classique adoption de « mesures nécessaires » pour la protection de « la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique », la protection de « la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », la protection de « la propriété intellectuelle », ni mesures « se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus ». En tout cas, ces permissions ne peuvent pas être interprétées ou être manipulées dans le but de discriminer.<sup>671</sup>

### **B. Le reflet d'un ordre juridique sauvegardé par lui-même**

L'ordre juridique plurilatéral des contrats publics dans l'OMC reste sauvegardé par trois mécanismes: un mécanisme non contentieux de contrôle interne au sein de la même OMC à travers le Comité des marchés publics (1) et deux mécanismes contentieux: le mécanisme de règlement des différences de l'OMC (avec nuances) et les mécanismes du droit interne au sein de chaque Partie (2).

---

<sup>669</sup> CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, *op. cit.*, pp. 258-261; GHÉRARI (H), *Droit international des échanges*, *op. cit.*, pp. 270-272.

<sup>670</sup> Art. III, paragraphe 1 de l'AMP 2012: « Rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale ». Voir le paragraphe 1 de l'art. XXIII du AMP 1994 sur les exceptions à l'accord.

<sup>671</sup> Voir aussi, le paragraphe 2 de l'art. XXIII du AMP 1994.

## 1. La nécessité d'un contrôle interne, le Comité des marchés publics

Dans le cadre de l'AMP 2012, le Comité des marchés publics est un organe au service du bon fonctionnement de l'harmonisation. Il est « composé de représentants de chacune des Parties ». <sup>672</sup> On peut définir le Comité comme l'organe de contrôle de l'harmonisation; il se réunit au moins une fois par année et il reçoit les consultations des Parties <sup>673</sup>. Il s'agit d'un organe non contentieux. <sup>674</sup>

L'harmonisation octroie un rôle spécial au Comité en matière de pays en voie de développement. Dans ce sens, le Comité peut établir des conditions pour les programmes de préférence de prix de ces pays <sup>675</sup>, « prolonger la période de transition » sur ces pays <sup>676</sup> et « approuver l'adoption d'une nouvelle mesure transitoire ». <sup>677</sup>

En plus, le Comité examine le fonctionnement et l'efficacité des règles sur ces pays <sup>678</sup> en évitant que les facilités pour les pays en voie de développement puissent dénaturer l'objet et la fin du traité. Dans ce contexte, le Comité peut éviter l'abus du droit.

D'ailleurs, les membres de l'OMC qui ne font pas Partie de l'AMP peuvent participer « aux réunions du Comité en qualité d'observateur en présentant un avis écrit au Comité » <sup>679</sup>, ce qui permet écouter tous les membres de l'OMC. En plus, le Comité compile les statistiques et, d'ailleurs, les Parties restent obligées d'informer annuellement sur la valeur de ses contrats. <sup>680</sup>

---

<sup>672</sup> Paragraphe 1 de l'art. XXI.

<sup>673</sup> Paragraphe 3 de l'art. XXI. Dans le cadre de l'AMP 1994, voir: l'art. XXI.

<sup>674</sup> Sur le contrôle par les organes contentieux dans le cadre de l'OMC, voir: MATRINGE (J), *Le droit international des échanges entre l'unité et la pluralité*, Paris, Pedone, 2009, pp. 26-28; GHÉRARI (H), *Droit international des échanges, op. cit.*, pp. 116-128.

<sup>675</sup> Lettre a) paragraphe 3 de l'art. V.

<sup>676</sup> Lettre a) du paragraphe 6 de l'art. V.

<sup>677</sup> Lettre b) du paragraphe 6 de l'art. V.

<sup>678</sup> Paragraphe 10 de l'art. V.

<sup>679</sup> Paragraphe 4 de l'art. XXI de l'AMP 2012.

<sup>680</sup> Paragraphe 4 article XVI « Chaque Partie recueillera des statistiques ... et les communiquera au Comité. Chaque rapport couvrira une période d'un an, sera présenté dans les deux ans suivant la fin de la période couverte par le rapport et contiendra:

a. pour les entités couvertes par l'Annexe 1:

En vertu de ses fonctions, le Comité nous approche à l'idée du droit administratif global, en tant qu'un domaine juridique entre le droit administratif traditionnel et le droit international. L'idée d'un droit administratif global a été critiquée en raison de l'existence d'une « difficulté théorique pour édifier un objet d'étude précis et une notion matérielle concrète d'administration supranational ». <sup>681</sup> Cependant, il est nécessaire de remarquer que, comme un objet d'étude, le Comité pourrait impliquer, d'une certaine manière, la présence d'un contrôle de l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre du droit administratif global et vice-versa.

## **2. La nécessité de règles contentieuses pour garantir le respect des règles de droit matériel**

En ce qui concerne les différences entre les Parties, l'harmonisation assume le propre mécanisme de règlement des différences de l'OMC, avec quelques particularités.

Effectivement, l'AMP 2012 prévoit que les Parties peuvent recourir aux dispositions du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC <sup>682</sup>; cependant, l'utilisation du Mémorandum de l'OMC présente des nuances en comparaison de son usage ordinaire <sup>683</sup>

---

i). le nombre et la valeur totale, pour toutes ces entités, de tous les marchés couverts... iii). le nombre et la valeur totale de tous les marchés couverts par le présent accord qui ont été adjugés par chacune de ces entités par voie d'un appel d'offres limité;

b. pour les entités couvertes par les Annexes 2 et 3, le nombre et la valeur totale des marchés... ».

<sup>681</sup> SIERRA (G), *L'internationalisation pluraliste du droit public d'intégration régionale*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 446.

<sup>682</sup> Sur le règlement des différends dans le cadre de l'OMC, voir: CANAL-FORGUES (E), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2008; LESAFFRE (H), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007; CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 687-696; GHÉRARI (H), *Droit international des échanges*, op. cit, pp. 95-172.

<sup>683</sup> Voir, l'art. 2 ; la lettre g) du paragraphe 3 de l'art. 22 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends; et DOPAGNE (F), *Les contre-mesures des organisations internationales*, Lovain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 326-332.

En tout cas, comme l'on dit, en raison de ce mécanisme est écarté « en principe toute alternative permettant de soumettre un litige... à autre forum ». <sup>684</sup> L'autoprotection de l'harmonisation du droit des contrats publics est indubitable dans l'OMC, comme à l'UE.

Sur le terrain, il attire l'attention la faible teneur de contentieux entre les Parties des accords. En effet, uniquement quatre affaires ont existé dans le cadre de l'AMP 1994 (*République de Corée c. les États Unis*<sup>685</sup>, *les États Unis c. Japon*<sup>686</sup>, *les États-Unis c. Communautés européennes*<sup>687</sup>, *Japon c. Communautés européennes*<sup>688</sup>) et zéro contentieux dans le cadre de l'AMP 2012. Cette teneur de contentieux oblige à poser une question: y a-t-il une harmonisation presque parfaite ? Ou, tout simplement, y a-t-il une limitée application du droit des contrats publics de l'OMC ?

D'ailleurs, l'harmonisation engage les Parties de prévoir, dans son droit interne, un « recours administratif ou judiciaire » pour les questions suivantes:

- « a). pour violation du présent accord; ou
- b). dans les cas où le fournisseur n'aura pas le droit de déposer directement un recours pour violation du présent accord en vertu du droit... d'une Partie, pour non respect de mesures prises par une Partie pour mettre en œuvre le présent accord, dans le contexte de la passation... ». <sup>689</sup>

Cette règle n'a pas été prévue de la même manière dans l'AMP 1994<sup>690</sup>, elle constitue un témoignage irréfutable de l'évolution du droit de l'OMC et confirme la nécessité d'éliminer tout obstacle à la défense contentieuse des droits des fournisseurs dans le droit interne des Parties. Cette clause suscite la question suivante: le droit des contrats publics de l'OMC, est-il applicable directement par la justice interne ?

---

<sup>684</sup> GHÉRARI (H), *Droit international des échanges*, op. cit., p. 109.

<sup>685</sup> DS163. Demande de consultations: 16 février 1999.

<sup>686</sup> DS95. Demande de consultations: 18 juillet 1997.

<sup>687</sup> DS88. Demande de consultations: 20 juin 1997.

<sup>688</sup> DS73. Demande de consultations: 26 mars 1997.

<sup>689</sup> Paragraphe 1 de l'art. XVIII.

<sup>690</sup> Voir : DAVIES (A), « The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future », op. cit. pp. 31-32 (Dans ce contexte, on va lire « GPA » comme « AMP 1994 »).

## Conclusions de la section 1

L'harmonisation dans le cadre de l'OMC constitue un travail de haute qualité technique; cependant l'expression « difficile harmonisation » que nous avons utilisé pour décrire cette harmonisation reste justifiée par sa faible taux d'adhésions; à cet égard, il existe une limitée harmonisation parce qu'après six ans de l'AMP 2012 cet accord est uniquement contraignant pour quarante-cinq membres de l'OMC parmi les plus de deux cents États de la communauté internationale (et sans comprendre tous les contrats publics des quarante-cinq membres concernés à cause du seuil et du système de listes).

En vertu de futures adhésions, l'harmonisation pourrait être plus forte. Dans ce ligne, presque tout dépend de la volonté politique des États. Et, dans ce contexte, on dit qu'il y a une « progressive insignifiance »<sup>691</sup> de l'OMC dans le scénario commerciale internationale, ce qui implique un sujet incontournable pour analyser l'évolution du droit des contrats publics dans le droit international.

Cette « progressive insignifiance » de l'OMC nous conduit aux scénarios du régionalisme, du sous-régionalisme et du transrégionalisme. Le droit de l'OMC, les régionalismes, les sous-régionalismes et les transrégionalismes, peuvent-ils construire un droit international des contrats publics ou, plutôt, contribuer à la fragmentation du droit international ?

## Section 2. Les progrès et écueils en matière pénale

L'AMP 2012 introduit un régime pour contrats publics « *in ways that avoid conflicts of interest and corrupt practices* ». <sup>692</sup> Les lettres *c*) et *d*) du paragraphe 4 de l'article IV sont très fermes sur ce sujet<sup>693</sup> et le droit pénal des États devient un ordre juridique

---

<sup>691</sup> MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, Barcelone, JM Bosch editor, 2018, p. 323.

<sup>692</sup> ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development », *op. cit.*, p. 26.

<sup>693</sup> « *The language ... creates a new treaty-based obligation* », *idem.*

indispensable pour lutter contre la corruption tandis que la corruption est nuisible pour le développement économique et pour la libre concurrence.<sup>694</sup>

La corruption attaque directement l'efficacité des règles de toute harmonisation du droit des contrats publics. Les circonstances qui peuvent conduire à la corruption aux contrats publics sont très variées. Les causes de la corruption peuvent varier d'un pays l'autre, d'une époque à l'autre, ou simplement d'un contrat à l'autre. Un fait de corruption peut exister à cause de circonstances particuliers individuels (corruption isolé), mais aussi il peut exister un système de corruption institutionnalisé dans le cadre des contrats publics et de l'État lui-même. Certains auteurs<sup>695</sup> décrivent trois circonstances intéressantes dans la corruption dans le cadre des contrats publics: Premièrement, dans les contrats publics « il faut que l'agent public dispose d'un pouvoir discrétionnaire ».<sup>696</sup> Deuxièmement, ils remarquent que les interdépendances entre les acteurs économiques, les responsables politiques et les agents publics peuvent conduire à une « *situation where the sale and purchase of political influence is mutually beneficial* ». <sup>697</sup> Et en troisième lieu, selon ces auteurs la difficulté à déterminer le prix final peut compliquer la détection de la corruption.<sup>698</sup> En plus, on dit « qu'une presse libre et indépendante peut... être un élément important du processus de détection et de sanction des activités corruptives ». <sup>699</sup> Ces affirmations sont intéressantes, bien que chacune de ces causes puisse être plus accentuée selon les types de contrat, le pays et s'il s'agit d'une corruption planifiée pour financer un parti politique par le biais des contrats publics, ou s'il s'agit d'adjudications directes visant à favoriser un fournisseur donné, ou s'il s'agit d'un avantage propre.

---

<sup>694</sup> HESSAMI (Z), « Political corruption, public procurement, and budget composition: Theory and evidence from OECD countries », *European Journal of Political Economy*, vol. 34, 2014, vol. p 372.

<sup>695</sup> NEU (D), EVERETT (J) et RAHAMAN (A), « Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject », *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 28, 2015, pp. 51-52.

<sup>696</sup> LAVALLÉE (E), RAZAFINDRAKOTO (M) et ROUBAUD (F), « Ce qui engendre la corruption: une analyse microéconomique sur données africaines », *Revue d'économie du développement*, vol. 18, 2003, p. 9

<sup>697</sup> NEU (D), EVERETT (J) et RAHAMAN (A), « Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject », *op. cit.* p. 52.

<sup>698</sup> *Idem.*

<sup>699</sup> LAVALLÉE (E), RAZAFINDRAKOTO (M) et ROUBAUD (F), « Ce qui engendre la corruption: une analyse microéconomique sur données africaines », *op. cit.* p. 11. Et, dans ce sens, l'absence de liberté de la presse peut constituer un autre élément propice à la corruption, évidemment. On dit que « la liberté de la presse est importante, ou encore où l'ouverture au commerce international est plus grande », *idem*, p. 6.

D'ailleurs, « l'asymétrie de l'information entre les fonctionnaires et ses supérieurs »<sup>700</sup> peut constituer aussi une opportunité pour la corruption. Sur ce sujet, la professeure Sope Williams-Elegbe explique: « *As the public official hold more information about the public procurement process and procurement market, the official is able to use this knowledge to his advantage by manipulating the procurement process, should he choose to do so* ». <sup>701</sup> Cette circonstance demande l'introduction de règles et programmes de *compliance* dans les contrats publics pour détecter et décourager la corruption.<sup>702</sup>

De la même manière, dans une macro-perspective, d'autres facteurs existent comme, par exemple, la « *State capture* » dans les économies en transition.<sup>703</sup> En tout cas, les déficiences dans le cadre des traités internationaux et les asymétries législatives entre les États ne peuvent jamais être un facteur favorable pour la lutte contre la corruption aux contrats publics.

En matière de libre concurrence, la corruption est une terrible barrière factuelle contre les candidats honnêtes dans la mesure où elle empêche une véritable concurrence. La lutte contre la corruption transnationale aux contrats publics, d'un côté, demande la criminalisation homogène des conduites à punir et, d'un autre côté, demande la coopération entre les États au sens large. Dans ce contexte, on va pencher l'harmonisation du droit pénal de États (§1) avec un accent spécial sur la Convention des Nations Unies contre la corruption, convention où on peut différencier entre des clauses obligatoires et des clauses facultatives (§2). Cette convention constitue une grande progression dans la lutte contre la corruption à niveau mondiale et, en même temps, elle permet de voir quelques incertitudes en matière de compétence judiciaire en matière pénale et en matière des droits de l'homme, comme nous verrons à la Deuxième Partie.

---

<sup>700</sup> WILLIAMS-ELEGBE (S), *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford, Hart, 2012, p. 25.

<sup>701</sup> *Idem.*

<sup>702</sup> Sur ce sujet, voir: OCHRANA (F), PUCEK (M) et PLACEK (M), *Detecting and reducing corruption risk and fraud in the public sector*, Praha, Karolinum, 2018.

<sup>703</sup> Voir: SOREIDE (T), « Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures », Bergen, Michelsen Institute, 2002. pp. 6-10 < <https://brage.bibsys.no/xmlui/handle/11250/2435744> >.

## **§1. L'harmonisation du droit pénal des États dans la lutte contre la corruption**

L'espoir de la corruption est l'« invisibilité » de la conduite<sup>704</sup> et l'espoir de la société civil est l'éradication de la corruption. Les organisations internationales (c'est le secteur public internationalisé) jouent un rôle spécial<sup>705</sup> dans la lutte contre la corruption parce que, précisément, la corruption peut être un obstacle pour les objectifs des mêmes organisations internationales<sup>706</sup> ou un problème économique et social qui mérite une initiative multilatérale (A). Dans ce contexte, on va pencher l'harmonisation du droit pénal contre la corruption au sein de Nations Unies qui est cité par l'AMP 2012 (B).

### **A. Le recours au multilatéralisme dans la lutte contre la corruption**

En 2008, le professeur Mark Pieth commentait l'existence d'une « *explosion of international instruments* » contre la corruption.<sup>707</sup> Ces instruments présentent plusieurs traits communs (1); il s'agit de traités qui sont fréquemment présentés en perspective géographique (2) et ils pourraient dévoiler quelques problèmes comme on va voir.

#### **1. Les caractéristiques générales des traités internationaux contre la corruption**

Dans une macro-perspective, les conventions contre la corruption peuvent être décrites de la manière suivante: Premièrement, il s'agit de traités internationaux criminalisant la corruption à travers normes *non-self-executing* (les États doivent transposer les comportements criminalisés sur son droit interne) ; et en plus, ces traités assument la

---

<sup>704</sup> ROBERTS (J), « The 'subject' of corruption », *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 28, mai, 2015, p. 87.

<sup>705</sup> Le secteur privé, la société civile et les organisations internationales sont très importants pour la lutte contre la corruption; le professeur Mark Pieth décrit la présence de ces trois secteurs comme « *the power triangle* » dans le cadre de « *The agents of harmonisation* », PIETH (M), « Preventing corruption, a case study », in *Les Chemins de l'harmonisation pénale* (DELMAS-MARTY (M), et al, directeurs), Paris, Société de Législation Comparé, 2008, p. 249.

<sup>706</sup> En ce sens, par exemple, le préambule du Protocole sur la lutte contre la corruption de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest du 21 décembre 2001 considère « les buts et objectifs de la Communauté sont de réaliser l'intégration de ses membres » et les « graves conséquences de la corruption sur les investissements, la croissance économique et la démocratie ».

<sup>707</sup> PIETH (M), « Preventing corruption, a case study », *op. cit.* p. 229.



responsabilité des personnes morales<sup>708</sup>, ce qu'implique un abandon de la maxime *societas delinquere non potest*<sup>709</sup> dans le droit pénal.<sup>710</sup> En deuxième lieu, ces traités introduisent de diverses règles sur la compétence judiciaire des États et, en plus, ils renforcent la coopération et la prévention. En troisième lieu, ces textes n'oublient pas le recouvrement d'avoirs, introduisent un mécanisme de contrôle pour chaque convention.

En termes académiques, ces traités de nature pénale harmonisent des aspects de la partie générale et de la partie spéciale du droit pénal et en plus renforcent ou génèrent, selon le cas, des règles sur la procédure pénale. La coopération interétatique devient un élément fondamental dans ce contexte.<sup>711</sup> Et dans ce même contexte, les organisations internationales se font sentir dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où ils canalisent la politique criminelle des États.

---

<sup>708</sup> L'acceptation de la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas unanime entre les États. Par exemple, les professeurs Markus Dubber et Tatjana Hörnle notent que la « *Corporate criminal liability, at first glance, appears as a clear instance of a categorical difference between Anglo-American and German criminal law: one has it, the other does not* », DUBBER (M) et HÖRNLE (T), *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2014, p. 330. Ils citent l'arrêt de la *Supreme Court* des États unis du 23 février 1909 sur l'affaire *N.Y. Central & Hudson River Railroad Co. c. United States*, 212 U.S. 481 (1909), qui dispose:

« *Without citing the state cases holding the same view, we may note Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth, 172 Mass. 294, in which it was held that a corporation was subject to punishment for criminal contempt, and the Court, speaking by Mr. Chief Justice Field, said:*

*"We think that a corporation may be liable criminally for certain offenses of which a specific intent may be a necessary element. There is no more difficulty in imputing to a corporation a specific intent in criminal proceedings than in civil. A corporation cannot be arrested and imprisoned in either civil or criminal proceedings, but its property may be taken either as compensation for a private wrong or as punishment for a public wrong.*

*It is held in England that corporations may be criminally prosecuted for acts of misfeasance as well as nonfeasance. Queen v. Great North of England Railway Company, 9 Q.B. 315 ».*

< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/> >.

<sup>709</sup> « La personne morale ne peut pas commettre un délit ».

<sup>710</sup> Art. 26 CNUCC, art. 2 de la Convention de l'OCDE de 1997.

<sup>711</sup> Dans ce contexte, Interpol et Europol entrent en jeu. En plus, un *Network* interétatique apparaît. Comme le professeur Frank Madsen résume: « *It is of the utmost importance that such prosecutorial cooperative devices exist in order to counter the difficulties inherent in judicial cooperation in criminal matters. In itself, an indication of the weak point in international criminal cases, namely the obtaining of evidence from one jurisdiction in such a form that it is useable in another, is the fact that several of these organisations— or indeed most of them— consist in networks of prosecutors, who are particularly knowledgeable about and interested in overcoming the differences between legal systems* », MADSEN (F), « The Historical Evolution of the International Cooperation against Transnational Organized Crime: An Overview », in *International Law and Transnational Organized Crime* (HAUCK (P) et PETERKE (S), éditeurs), Oxford University Press, 2016, p. 15.

## 2. Le droit pénal contre la corruption en démarche internationale et régionale

En ce qui concerne la lutte contre la corruption dans le cadre du respect des droits de l'homme, la Convention des Nations Unies contre la corruption du 2003 peut comporter une lacune en ce qui concerne le principe *non bis in idem*. Ce principe n'est pas traité de manière uniforme en droit international des droits de l'homme, ce qui pourrait avoir une incidence sur la construction du droit international des contrats publics. Pour analyser ce problème, il est nécessaire, d'abord, de connaître les traités internationaux de lutte contre la corruption.

Bien qu'il existe des caractéristiques communes, les conventions contre la corruption de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)<sup>712</sup>, des Nations Unies (i) et des traités régionaux d'harmonisation (ii)<sup>713</sup> ne sont pas identiques.

### (i) Les traités internationaux contre la corruption

L'harmonisation du droit pénal contre la corruption dans le cadre de l'OCDE et des Nations Unies représente l'effort des organisations internationales pour lutter contre ce type de criminalité à l'échelle mondiale.

La Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE du 17 décembre 1997 constitue le premier pas conventionnel pour la définition du délit et pour l'harmonisation mondiale<sup>714</sup>

---

<sup>712</sup> La Convention de Paris établissant l'Organisation de coopération et de développement économiques du 14 décembre 1960 fixe pour but: « promouvoir des politiques visant:... b) à contribuer à une saine expansion économique... c) à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales ». Nous soulignons.

<sup>713</sup> Voir le travail de WILLIAMS-ELEGBE (S), *Fighting Corruption in Public Procurement*, *op cit.* pp. 19-24.

<sup>714</sup> Sur ce sujet voir: NASTOU (P), « L'évaluation des Parties à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales: un mécanisme institutionnel de suivi au service de l'harmonisation des législations et pratiques nationales », in *La corruption et le droit international* (DORMOY (D), directeur), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 5-48 (L'auteur conclut que cette convention « et le travail de suivi effectué au sein du Groupe de travail devraient être considérés plutôt comme des moyens d'harmonisation, à long terme, des législations et des pratiques nationales en matière de corruption d'agents publics étrangers », p. 48).

hors du régionalisme.<sup>715</sup> Sagement, cette convention était, et elle est, prudente avec « d'autres initiatives récentes qui font progresser l'entente et la coopération internationales en matière de lutte contre la corruption d'agents publics ». <sup>716</sup> En ce qui concerne la criminalisation des actes de corruption, la convention de l'OCDE demande harmoniser les éléments du crime sur le droit pénal des États dans les termes suivants:

« Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». <sup>717</sup>

Du point de vue de la partie générale du droit pénal, cette définition comprend la punition des responsables en qualité d'auteur et d'autres formes de participation criminelle<sup>718</sup>, y compris la commission du délit par auteur indirect.

Dans une perspective critique, la Convention de l'OCDE a donné lieu à différents commentaires. Par exemple, la professeure Williams-Elegbe commente que la convention criminalise la corruption active (la corruption du particulier), mais elle ne touche pas la corruption passive (la conduite du fonctionnaire).<sup>719</sup> En ce qui concerne la corruption aux contrats publics, la conduite des fonctionnaires publics est un élément fondamental pour l'infraction pénal. Le délit, il est impossible sans la conduite du

---

<sup>715</sup> Voir l'art. VI de la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996.

<sup>716</sup> Préambule.

<sup>717</sup> Paragraphe 1 de l'art. 1, nous soulignons. D'ailleurs, le paragraphe 4,a) de l'art. 1 « adopte une définition autonome du fonctionnaire public, déliée du droit interne de l'État », TORRES (M), « Marco normativo internacional contra la corrupción », in *Urbanismo y corrupción política* (MORILLAS (L), Directeur), Madrid, Dykinson, 2013, p. 173.

<sup>718</sup> « Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger devront constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction », paragraphe 2 de l'art. 1. Nous soulignons.

<sup>719</sup> WILLIAMS-ELEGBE (S), *Fighting Corruption in Public Procurement...*, *op cit*, p. 18.

fonctionnaire. Comme conséquence du silence de la corruption du fonctionnaire dans cette convention, il y avait une lacune légale.<sup>720</sup>

La Convention de l'OCDE permet l'assomption de compétences judiciaires en vertu de la territorialité et l'extraterritorialité pénale.<sup>721</sup> Le même titre de la convention de 1997 et son contenu mettent en évidence que ce traité n'a pas été conçu pour lutter contre la corruption « domestique ». L'extraterritorialité s'impose sur la base du principe de personnalité active.<sup>722</sup> Cependant, punir la corruption des ressortissants à l'étranger n'est pas une nouveauté introduite par ce traité; et voilà ici une circonstance insolite: aux États-Unis, la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977<sup>723</sup> était déjà dans cette direction; mais cette loi américaine représentait une ironie en face de la législation d'autres pays où les paiements dans le cadre de la corruption transnationale pouvaient conduire à la déduction d'impôts.<sup>724</sup> Cette contradiction dévoile que la communauté internationale était très loin d'un consensus nécessaire pour l'harmonisation du droit pénal contre la corruption. Le manque d'un consensus nécessaire, c'était un grand problème à cette époque.

En tout cas, la convention de l'OCDE est assumée comme un pas significatif pour l'harmonisation et l'harmonie international du droit pénal contre la corruption<sup>725</sup> à mesure que ce traité introduit la première définition conventionnelle de la corruption. Il

---

<sup>720</sup> *Idem.*

<sup>721</sup> Voir: arts. 4 et 5.

<sup>722</sup> Paragraphe 2 de l'art. 4. « Chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ».

<sup>723</sup> Voir: PEIKIN (S), *Reflections on the Past, Present, and Future of the SEC's Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 2017 < <https://www.sec.gov/news/speech/speech-peikin-2017-11-09> >.

<sup>724</sup> FACH (K), « Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática », p. 15 < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2923716](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923716) >.

Le professeur Gerry Ferguson résume « *Not surprisingly, American companies complained loudly that the FCPA put them at a serious competitive disadvantage in obtaining foreign government contracts* », FERGUSON (G), *Global corruption. Law, Theory & Practice*, troisième édition, University of Victoria, 2018, p. 49

< <http://dspace.library.uvic.ca/handle/1828/9253> >.

Voir le paragraphe 4 de l'art. 12 de la CNUCC.

<sup>725</sup> Voir aussi les Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption.

s'agit d'une criminalisation partielle en comparaison avec la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003, comme nous le verrons.

D'ailleurs, la Convention des Nations Unies contre la corruption du 2003 et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 2000 représentent deux instruments sophistiqués contre la corruption, comme on va voir au point B; pour le moment, on va présenter brièvement la « carte » (le « *mapa* ») régionale de la lutte pénale contre la corruption.

*(ii) La prise en compte des instruments régionaux*

Dans une perspective régionale, la lutte contre la corruption a conduit à une harmonie législative considérable entre les États à l'Europe, à l'Amérique et l'Afrique. Cependant, n'oublions pas que l'absence d'un instrument conventionnel contre la corruption à l'Asie et l'absence d'instruments de coopération bilatérale entre différents États de la terre remarquent l'importance de la Convention de Nations Unies contre la corruption,

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention pénale sur la corruption<sup>726</sup>, faite en Strasbourg, du 27 janvier 1999, criminalise la corruption, contient un « arsenal » de qualifications pénales<sup>727</sup> contre différents délits liés à la corruption, assume la territorialité et l'extraterritorialité pour punir la corruption; cependant, le caractère obligatoire de ses normes est réduit aux 14 pays qui ont ratifié ce traité.<sup>728</sup>

En plus, la Convention civile sur la corruption faite en Strasbourg, du 4 novembre 1999<sup>729</sup>, c'est un instrument important dans la mesure que celle-ci demande des « recours

---

<sup>726</sup> Série des traités européens numéro 173.

<sup>727</sup> Elle comprend la corruption active d'agents publics nationaux, la corruption passive d'agents publics nationaux, la corruption de membres d'assemblées publiques nationales, la corruption d'agents publics étrangers, la corruption de membres d'assemblées publiques étrangères, la corruption de membres d'assemblées publiques étrangères, la corruption active et passive dans le secteur privé, la corruption de fonctionnaires internationaux, la corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales, la corruption de juges et d'agents de cours internationales, le trafic d'influence, le blanchiment du produit des délits de la corruption et les infractions comptables (arts. du 2 au 14).

<sup>728</sup> Art. 17.

<sup>729</sup> Série des traités européens numéro 174.

efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption afin de leur permettre de défendre leurs droits et leurs intérêts ». <sup>730</sup> Cette convention facilite les actions en justice pour l'indemnisation en faveur des lésés par la corruption, y compris la responsabilité de l'État. <sup>731</sup>

La responsabilité civile découlant du délit de corruption est un sujet très important et assimilé aussi dans le cadre de la Convention des Nations Unies. <sup>732</sup> Dans le cadre de la multiplicité de compétences pénales, l'indemnisation peut être un sujet polémique parce que la multiplicité de compétences pénales pourrait conduire à une multiplicité de procédures et à une multiplicité d'indemnisations aussi.

Dans le cadre de l'Organisation d'États Américains (OEA), la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996 criminalise la corruption active et la corruption passive <sup>733</sup>, demande punir la corruption transnationale <sup>734</sup> et l'enrichissement illicite <sup>735</sup> et remarque le critère de la territorialité <sup>736</sup> et assume l'extraterritorialité pénale aussi. <sup>737</sup>

Cette convention permet aussi une multiplicité de compétences judiciaires; cependant, cette multiplicité de compétences peut être limitée par règles régionales de protection des droits de l'homme, comme on va voir dans la deuxième partie.

---

<sup>730</sup> Art. 1.

<sup>731</sup> Voir l'art. 5.

<sup>732</sup> Art. 35.

<sup>733</sup> Article VI.

<sup>734</sup> Art. VIII: « ...chaque État interdira et sanctionnera l'acte d'offrir ou d'octroyer un fonctionnaire public de l'autre État... ».

<sup>735</sup> L'art. IX fait punir « l'augmentation du patrimoine d'un fonctionnaire public avec un excès significatif un rapport de ses recettes légitimes durant l'exercice de ses fonctions et qui ne peut pas raisonnablement être justifié... ».

<sup>736</sup> Art. IV.

<sup>737</sup> Art. V.

Dans le cadre régional africain<sup>738</sup>, il y a<sup>739</sup> trois conventions contre la corruption: la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003<sup>740</sup>, le Protocole contre la corruption de la Communauté de Développement d'Afrique australe du 14 août 2001<sup>741</sup> et le Protocole sur la lutte contre la corruption de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest du 21 décembre 2001.<sup>742</sup> Cependant, on dit que « les pays africains perdent 148 milliards de dollars USD annuellement à travers la corruption ». <sup>743</sup> S'agit-il d'instruments décoratifs à la pratique ? S'il s'agit d'instruments décoratifs, dans n'importe quel pays du monde, on peut dire que l'impunité qui règne justifie l'extraterritorialité pénale des pays non concernés par ces traités. Cependant, l'activation de la territorialité et de l'extraterritorialité peut conduire à un problème de *non bis in idem* comme on va voir à la deuxième partie.

---

<sup>738</sup> Pour voir l'évolution de la lutte contre la corruption à l'Afrique, voir le document: « Lutte contre la corruption, renforcement de la gouvernance en Afrique. Programme régional pour l'Afrique en matière de lutte contre la corruption (2011-2016) » de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique et le Conseil consultatif de l'Union africaine sur la corruption (document sans date).

< <https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/lutte-contre-la-corruption-renforcement-de-la-gouvernance-en-afrique-2011-2016.pdf> >. Vu le 28.11.2017.

<sup>739</sup> Voir le document: « Les conventions contre la corruption à l'Afrique », de *Transparency International* (rédigé et préparé par Gillian Dell) < <http://uncaccoalition.org/resources/advocacy/les-conventions-contre-la-corruption-en-afrique-transparency-international.pdf> >.

<sup>740</sup> Il faut retenir l'art. 13 de cette convention pour le reprendre à la deuxième partie de cette thèse (*non bis in idem*).

<sup>741</sup> Voir les arts. 3 et 4. L'art. 5 de cette convention reconnaît la territorialité et l'extraterritorialité pénale (paragraphe 1), la loi de chaque État (paragraphe 2) et précise que « Le paragraphe 1 du présent article est régi par le principe portant qu'une personne ne saurait subir deux procès pour la même infraction ». Nous retenons ce critère pour la deuxième partie de cette thèse.

< [http://www.eods.eu/library/SADC\\_Protocol%20Against%20Corruption\\_2001\\_FR.pdf](http://www.eods.eu/library/SADC_Protocol%20Against%20Corruption_2001_FR.pdf) >

<sup>742</sup> Voir l'art. 6. D'ailleurs, l'art. 4 assimile la territorialité et l'extraterritorialité pénale (paragraphe 1); mais, voici une chose intéressante, cette convention dispose que: « Chaque État partie doit étudier si sa compétence juridique actuelle est efficace dans la lutte contre la corruption active des agents publics étrangers et procéder à une harmonisation », paragraphe 3. En plus, en ce qui concerne les conflits de compétence, celle-ci précise ce qui suit « Les États parties se consultent en cas de conflit de compétence afin de déterminer la juridiction la plus appropriée pour engager les poursuites », paragraphe 4.

< [http://demarchesadministratives.gouv.ml/files/upload/justice/Protocole\\_afrique\\_corruption.pdf](http://demarchesadministratives.gouv.ml/files/upload/justice/Protocole_afrique_corruption.pdf) >.

<sup>743</sup> Document: « La corruption dans les passations de marchés publics: le cas des infrastructures en Afrique » de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique

< <https://www.uneca.org/fr/stories/la-corruption-dans-les-passations-de-marchés-publics-le-cas-des-infrastructures-en-afrique> >. Vu le 28.11.2017.

## **B. L'harmonisation du droit pénal contre la corruption au sein de Nations Unies**

Dans le cadre des Nations Unies, la Convention contre la corruption de 2003<sup>744</sup> (1) et la Convention contre la criminalité transnationale organisée de 2000<sup>745</sup> (2) constituent un contrepoids à la faiblesse du droit conventionnel régional contre la corruption dans quelques zones géographiques.

### **1. La Convention des Nations Unies contre la corruption**

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) est composée d'huit chapitres.<sup>746</sup> Le texte de cette convention et son chiffre élevé d'adhésions impliquent un progrès notable pour le droit pénal (i) et pour la procédure pénale (ii) contre la corruption. Cette convention engendre un ensemble de normes minimales (iii) qui revêtent une importance particulière pour la sauvegarde du libre marché dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics.

#### *(i) La convention du point de vue du droit pénal*

Du point de vue du droit pénal, la CNUCC génère une harmonisation des aspects de la partie générale et de la partie spéciale du droit pénal des États.

En ce qui concerne les sujets de la partie générale du droit pénal, la convention harmonise la criminalisation de la conduite des auteurs, la participation et la tentative<sup>747</sup> ; cependant, la criminalisation de la tentative est facultative. En plus, cette harmonisation n'élimine pas le risque d'arrêts contradictoires en ce qui concerne le même délit, selon la perception de différentes juridictions, comme on va voir.

---

<sup>744</sup> Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, en date du 31 octobre 2003.

<sup>745</sup> Résolution 55/25 de l'Assemblée générale, en date du 15 novembre 2000.

<sup>746</sup> Chapitre I: Dispositions générales. Chapitre II: Mesures préventives. Chapitre III: Incrimination, détection et répression. Chapitre IV: Coopération internationale. Chapitre V: Recouvrement d'avoirs. Chapitre VI. Assistance technique et échange d'informations. Chapitre VII. Mécanismes d'application. Chapitre VIII: Dispositions finales.

<sup>747</sup> Art. 27.2 « Chaque État Partie peut adopter les mesures... pour conférer le caractère d'infraction pénale,... au fait de tenter... ».



En ce qui concerne l'harmonisation du délit, l'article 15 de la CNUCC criminalise la corruption d'agents publics nationaux en mettant en place la corruption active et la corruption passive aux suivants termes:

« Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement:

a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles;

b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles ». <sup>748</sup>

En tant que norme d'harmonisation, l'article 15 évite et sanctionne l'impunité au plan national; mais, sur le plan international, la lutte contre la corruption dans la CNUCC s'affaiblit à cause du langage utilisé: en ce qui concerne la lutte contre la corruption internationale la rigueur des obligations conventionnelles n'est pas la même.

L'article 16 de la CNUCC criminalise aussi la corruption internationale; mais le libellé utilisé pour criminaliser la corruption active et le libellé utilisé pour criminaliser la corruption passive n'est pas identique, comme on va voir.

En plus, l'harmonisation du délit de corruption demande la criminalisation des faites connexes. En effet, en vertu des qualifications pénales, la CNUCC criminalise la corruption même et d'autres faits qui peuvent être connexes comme, par exemple, la soustraction et l'usage illicite de biens <sup>749</sup>, le trafic d'influence <sup>750</sup>, l'abus de fonctions <sup>751</sup>,

---

<sup>748</sup> Nous soulignons.

<sup>749</sup> Art. 17.

<sup>750</sup> Art. 18.

<sup>751</sup> Art. 19.

l'enrichissement illicite<sup>752</sup>, la corruption dans le secteur privé<sup>753</sup>, le blanchiment<sup>754</sup> et le recel « sans préjudice des dispositions » sur le blanchiment.<sup>755</sup> De cette façon, la CNUCC criminalise, d'un côté, la conduite qui facilite la corruption et, d'un autre côté, la conduite post-délictueuse relative au bénéfice économique de la corruption. C'est intéressant; mais, comme la professeure Marie Elena Torres a noté, parfois la convention utilise parfois « termes contraignants » et des fois « termes à titre d'orientation ».<sup>756</sup> En résumé, dans le cadre de la CNUCC, il n'y a pas une rigueur uniforme pour les différentes conduites criminelles autour de la corruption aux contrats publics.

*(ii) La convention du point de vue de la procédure pénale*

Dans le cadre de la procédure pénale, la CNUCC prévoit un ensemble de règles de coopération en incluant l'extradition.<sup>757</sup> Cet ensemble de règles permet de réparer l'absence de traités d'extradition<sup>758</sup> parce que la même CNUCC peut constituer la base juridique pour demander et pour accepter une extradition s'il n'y a pas de traité d'extradition applicable entre les États concernés. De cette façon, la convention élimine le risque de dénégation d'une extradition à cause de l'inexistence d'un traité bilatéral ou de la réciprocité. Cependant, comme nous verrons plus loin, la CNUCC ne résout pas tous les problèmes qui peuvent apparaître en matière des droits de l'homme dans le cadre d'une extradition dans la lutte contre la corruption.

*(iii) La convention est une harmonisation de règles minimales*

La Convention assume que: « Chaque État Partie peut prendre des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir

---

<sup>752</sup> Art. 20.

<sup>753</sup> Art. 21.

<sup>754</sup> Art. 23.

<sup>755</sup> Art. 24.

<sup>756</sup> TORRES (M), « Marco normativo internacional contra la corrupción », *op. cit.*, p. 171.

<sup>757</sup> Art. 44.

<sup>758</sup> Paragraphe 5 de l'art. 44 : « Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique ». Nous soulignons.

et de combattre la corruption ». <sup>759</sup> En conséquence, la CNUCC n'est pas un obstacle pour établir des lois plus dures dans le droit pénal interne en vertu de la souveraineté législative de l'État et/ou d'autres traités internationaux.

## **2. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée**

Le Préambule de la CNUCC se félicite « de l'entrée en vigueur, le 29 septembre 2003, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ». La convention contre la criminalité transnationale organisée de 2000 érige la corruption comme une infraction pénale <sup>760</sup> exactement avec les mêmes termes que la CNUCC. C'est très positif parce qu'il n'y a pas d'obligations législatives contradictoires, mais un renforcement mutuel entre les deux conventions en ce qui concerne la définition du délit.

### **§2. Les clauses obligatoires et les clauses facultatives dans la Convention des Nations Unies contre la corruption**

Une lecture de la CNUCC nous permet de voir deux niveaux d'harmonisation en fonction des verbes utilisés. En ce sens, il y a quelques règles obligatoires (A) et il y a d'autres règles accordant quelques pouvoirs d'appréciation en faveur du législateur étatique (B).

#### **A. Les clauses d'harmonisation obligatoires**

Parmi les clauses génératrices d'obligations dans la CNUCC, il y a deux types de clauses: les clauses génératrices d'obligations législatives pour ériger la corruption dans le cadre du droit interne (1) et les clauses génératrices d'obligations sur la compétence judiciaire (2).

---

<sup>759</sup> Paragraphe 2 de l'art. 65.

<sup>760</sup> Voir l'art. 8.

## 1. L'obligation d'ériger des délits en droit interne

La CNUCC criminalise la corruption active et passive d'agents publics nationaux<sup>761</sup>, la corruption active d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques<sup>762</sup>, le blanchiment du produit du crime<sup>763</sup> et autres délits connexes<sup>764</sup> aussi. Cependant, l'obligation d'ériger la corruption passive au droit interne n'est pas vraiment claire et précise, comme on peut voir si nous comparons les paragraphes 1 et 2 de l'article 16.<sup>765</sup> Cette formulation, dévoile-t-elle une incohérence ? C'est un point faible ?

L'obligation d'ériger tous les délits de la CNUCC au droit interne n'est pas homogène. Il ne s'agit pas d'un problème idiomatique à cause de différentes versions de la convention. La professeure Marie Elena Torres remarque déjà ce détail sur la version en Espagnol.<sup>766</sup> Effectivement, la version en anglais n'utilise pas non plus les mêmes mots pour la criminalisation de la corruption active et la criminalisation de la corruption passive. En matière de corruption active de fonctionnaires étrangers ou de fonctionnaires des organisations internationales, les termes de la version en anglais sont contraites; ils sont les suivants: « *Each State Party shall adopt such legislative and other measures as*

---

<sup>761</sup> Art. 15.

<sup>762</sup> Art. 16.

<sup>763</sup> Art. 23.

<sup>764</sup> Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17), entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 25).

<sup>765</sup> En ce qui concerne la corruption active, le paragraphe 1 de l'art. 16 est impératif: « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international ». Nous soulignons.

Le paragraphe 2 de l'art. 16 dispose: « Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, au fait, pour un agent public étranger ou un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Nous soulignons. Voir aussi, l'abus de fonctions (art. 19) et le recel (art. 24).

<sup>766</sup> TORRES (M), « Marco normativo internacional contra la corrupción », *op. cit.*, p. 171.

*may be necessary to establish as a criminal offence... »<sup>767</sup>; et en ce qui concerne la corruption passive, il n'y a pas une obligation impérative: « *Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence* ». <sup>768</sup>*

Dans le cadre de l'article 16 il y a un langage pour la criminalisation de la conduite du candidat et un autre langage pour la criminalisation de conduite du fonctionnaire public; et tout cela dans le cadre du même fait délictueux. En somme, la criminalisation de la corruption au sein des Nations Unies n'est pas uniforme. Pourquoi un traitement pour le candidat corrompu et un différent traitement pour le fonctionnaire corrompu ?

D'ailleurs, il y a certains comportements criminels assumés par la convention où il n'est pas possible de constater l'existence d'une obligation législative *stricto sensu* pour les États, ce qui peut affaiblir la lutte contre la corruption dans la mesure qui n'existerait pas l'obligation de transposition des délits connexes comme le trafic d'influences ou l'enrichissement illicite. Effectivement, la rédaction de la CNUCC assume le caractère délictueux de quelques actes connexes à la corruption mais sans établir une obligation législative claire et précise de transposition. <sup>769</sup>

## **2. Les clauses obligatoires relatives à la compétence judiciaire et à l'extradition**

La CNUCC impose le principe de territorialité, en incluant le principe de pavillon<sup>770</sup>, sans aucune condition.<sup>771</sup> C'est la règle générale. Cependant, la territorialité absolue peut être un critère inutile pour quelques faits ou modalités de corruption aux contrats publics.

---

<sup>767</sup> Nous soulignons.

<sup>768</sup> Nous soulignons.

<sup>769</sup> Trafic d'influences (art. 18), enrichissement illicite (art. 20).

<sup>770</sup> C'est la théorie du « territoire flottant », comme on dit.

<sup>771</sup> « 1. Chaque État Partie adopte les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention dans les cas suivants:

a) Lorsque l'infraction est commise sur son territoire; ou

b) Lorsque l'infraction est commise à bord d'un navire qui bat son pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à son droit interne au moment où ladite infraction est commise ».

D'ailleurs, en vertu de l'article 44 de la CNUCC, les États assument l'extradition comme un mécanisme de coopération. Cependant, comme nous savons, une extradition peut être refusée pour des raisons diverses<sup>772</sup> comme, par exemple, la non-extradition des ressortissants, ce qu'est « une question extrêmement controversée »<sup>773</sup> longue date. La lutte contre la corruption au niveau international doit surmonter les vieux problèmes du droit procédural. En ce contexte, l'article 42 de la CNUCC met en place ce qui suit:

« 3... chaque État Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il n'extrade pas cette personne au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants.

4. Chaque État Partie peut également prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas ». <sup>774</sup>

Les paragraphes cités assument la règle *aut dedere aut judicare*<sup>775</sup> pour deux hypothèses distinctes.<sup>776</sup> Les verbes utilisés pour l'une et l'autre hypothèse sont différents. D'un côté, la convention introduit une compétence obligatoire (paragraphe 3) et, d'un autre côté, il y a une marge d'appréciation facultative (paragraphe 4). Cette différence entre ce qui est obligatoire et ce qui est discrétionnaire est incontestable aux versions en Français, en espagnol<sup>777</sup> et en anglais.<sup>778</sup> Il ne s'agit pas d'incidents idiomatiques entre

---

<sup>772</sup> Les droits de l'homme de l'*extraditatus* peuvent être déterminants pour refuser une extradition comme à l'*affaire Soering c. UK*, où la Cour européenne de droits de l'homme indiquait qu'une extradition pourrait être contraire à l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (arrêt du 7 juillet 1989).

<sup>773</sup> ROLIN (A), « Quelques questions relatives à l'extradition », *R.C.A.D.I.*, vol. 1, 1923, p. 218.

<sup>774</sup> Nous soulignons.

<sup>775</sup> *Aut dedere aut judicare* signifie: « extradier où poursuivre ».

<sup>776</sup> Le paragraphe 1,a) de l'art. 6 de la Convention européenne d'extradition, fait à Paris, le 13 décembre 1957 annonce « Toute Partie contractante aura la faculté de refuser l'extradition de ses ressortissants ».

<sup>777</sup> 3. « ... cada Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción... ».

4. « Cada Estado podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción... ».

Nous soulignons.

<sup>778</sup> 3. «... *each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction...* ».

4. « *Each State Party may also take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction ...* ».

Nous soulignons.

les distinctes versions de la convention mais d'une disparité juridique dans le cadre de la politique pénale des États au sein de Nations Unies.

## **B. Les pouvoirs d'appréciation en faveur des États**

Les pouvoirs d'appréciation en matière de droit pénal (1) et en matière de compétence judiciaire (2) prouvent l'existence d'un *soft law* de la lutte contre la corruption.

### **1. Les pouvoirs d'appréciation en matière de droit pénal**

La CNUCC n'engendre pas d'obligations législatives en ce qui concerne la récidive internationale obligatoire (i) et l'annulation du contrat comme conséquence de la corruption (ii).

#### *(i) L'absence de la récidive internationale obligatoire*

Quelques traités internationaux en matière pénale introduisent la récidive internationale de manière obligatoire<sup>779</sup> et d'autres traités prévoient la récidive « dans la mesure où le permet la législation nationale ». <sup>780</sup> La Convention de Nations Unies contre la corruption ne génère pas d'obligation législative sur ce sujet. En effet, la convention annonce que:

« Chaque État Partie peut adopter les mesures législatives ou autres nécessaires pour tenir compte, dans les conditions et aux fins qu'il juge appropriées, de toute condamnation dont l'auteur présumé d'une infraction aurait antérieurement fait l'objet

---

<sup>779</sup> Convention unique sur les stupéfiants de New York du 30 mars 1961. Le paragraphe 2.iii, de l'art. 36 annonce: « Les condamnations prononcées à l'étranger pour ces infractions seront prises en considération aux fins d'établissement de la récidive ». Nous soulignons.

<sup>780</sup> Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 (l'art. 7 annonce: « Toute condamnation antérieure prononcée dans un Etat étranger pour un des actes visés dans la présente Convention sera, dans la mesure où le permet la législation nationale, prise en considération: 1) Pour établir la récidive; 2) Pour prononcer des incapacités, la déchéance ou l'interdiction de droit public ou privé »). Nous soulignons.

dans un autre État, afin d'utiliser cette information dans le cadre d'une procédure pénale relative à une infraction établie conformément à la présente Convention ». <sup>781</sup>

D'un point de vue optimiste, le droit international renforce toute décision étatique pour introduire la récidive sur le droit interne, mais le droit international n'oblige pas. Mais, par des simples raisons de cohérence, la construction du droit international des contrats publics devrait considérer la récidive internationale comme un élément clef pour la lutte contre la corruption. Si la récidive internationale n'est pas considérée dans le cadre de l'ouverture du marché, cette omission législative pourrait faire un avertissement ironique:

« Si tu es corrompu plusieurs fois dans ton pays uniquement, tu auras une condamnation comme récidiviste; par contre, si tu corromps des fonctionnaires de différents États dans le cadre de divers appels d'offres publiques, tu seras toujours un délinquant primaire sans casier dans chaque pays et, de cette façon, tu pourrais profiter de tous les bénéfices de la loi national comme ceux qui commettent un délit pour la première fois ».

Promouvoir la « transnationalisation » de la corruption, c'est la politique criminelle désirée ?

*(ii) Il n'y a pas une obligation en ce qui concerne l'annulation du contrat affecté par la corruption*

Les traités internationaux de nature pénale ne obligent pas toujours annuler les contrats de nature publique « infectés » par la corruption. Ces contrats ont différent traitement, selon chaque traité. Les règles de Nations Unies sont flexibles en ce qui concerne la nullité. Effectivement, même si la CNUCC oblige « Compte dûment tenu des droits des tiers acquis de bonne foi, chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la

---

<sup>781</sup> Art. 41. Nous soulignons.



corruption »<sup>782</sup>, la nullité est considéré comme une simple possibilité (il ne s'agit pas d'un impératif). Cette flexibilité est vérifiable par la libellé de l'article 34 de la CNUCC: « Dans cette perspective, les États Parties peuvent considérer<sup>783</sup> la corruption comme un facteur pertinent dans une procédure judiciaire pour décider l'annulation ou la rescision d'un contrat, le retrait d'une concession ou de tout autre acte juridique analogue ou prendre toute autre mesure correctrice ». En résumé, la nullité du contrat infecté par la corruption n'est pas une obligation législative *stricto sensu* pour les États, mais c'est un sujet interne de chaque État; ce qui peut être une ambiguïté. Par contre, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention civile sur la corruption de 1999 introduit une obligation législative plus claire et directe stipulant ce qui suit:

« 1. Chaque Partie prévoit dans son droit interne que tout contrat ou toute clause d'un contrat dont l'objet est un acte de corruption sont entachés de nullité.

2. Chaque Partie prévoit dans son droit interne que tout contractant dont le consentement a été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages-intérêts ». <sup>784 785</sup>

En résumé, le régionalisme peut être plus contondant; mais, la flexibilité de la CNUCC permet de sauvegarder les droits des tierces personnes de bonne foi et l'intérêt public (sans oublier que « l'intérêt public » est un concept juridique indéterminé).

---

<sup>782</sup> Art. 34. Le même texte en espagnol dit « *eliminar* » non « *ataquer* »: « *Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción ».*

« *Eliminar* » implique un résultat, « *ataquer* » implique une activité. Nous soulignons. En anglais, l'art. 34 dit: « *each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to address consequences of corruption* ». Nous soulignons.

<sup>783</sup> Ce n'est pas impératif. En anglais, la convention dit: « *In this context, States Parties may consider corruption a relevant factor in legal proceedings to annul or rescind a contract, withdraw a concession or other similar instrument or take any other remedial action ».*

La version en espagnol dispose : « *En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva* ». Nous soulignons.

<sup>784</sup> Art. 8. Nous soulignons.

<sup>785</sup> Voir aussi, le paragraphe 3 de l'art. 3 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et les Commentaires sur ce paragraphe adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997. Voir, l'art. 19 de la directive 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics du 9 décembre 2005.

## 2. Les pouvoirs d'appréciation en matière de compétence judiciaire

L'activité judiciaire, c'est une manifestation de la souveraineté. L'article 4 de la CNUCC sauvegarde le principe d'égalité souveraine<sup>786</sup> et les compétences des États.<sup>787</sup> Dans le cadre de l'activité judiciaire, la CNUCC permet la compétence extraterritoriale des États comme une discrétion des mêmes États<sup>788</sup> et cela pourrait générer un double problème: d'un côté, un choc de compétences judiciaires sur le même cas de corruption (conflit de compétences); et, d'un autre côté, la compétence judiciaire de deux États ou plus États sur le même délit de corruption pourrait impliquer une contradiction avec le droit international des droits de l'homme en raison du *non bis in idem*.

Les problèmes découlant de la conjugaison entre le *non bis in idem* et l'extraterritorialité dans le droit international ne sont pas un sujet nouveau qui est apparu avec les traités contre la corruption. Déjà dans les premiers cours de l'Académie de droit international, cette question a été abordée. Par exemple, le professeur Sigismond Cybichowski citait certains problèmes comme une « décision étrangère », « les effets de l'abolition de la peine ou de la grâce extraterritoriale »<sup>789</sup> ou une note particulier: « le droit de Florence,

---

<sup>786</sup> « 1. Les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États ». Nous soulignons.

<sup>787</sup> « 2. Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne ». Nous soulignons.

<sup>788</sup> Le paragraphe 2 de l'article 42, dédié à la compétence judiciaire des États, permet la compétence extraterritoriale de la justice étatique dans les limites suivantes:

« Sous réserve de l'article 4 de la présente Convention, un État Partie peut également établir sa compétence à l'égard de l'une quelconque de ces infractions dans les cas suivants:

- a) Lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un de ses ressortissants; ou
- b) Lorsque l'infraction est commise par l'un de ses ressortissants ou par une personne apatride résidant habituellement sur son territoire; ou
- c) Lorsque l'infraction est l'une de celles établies conformément à l'alinéa b ii du paragraphe 1 de l'article 23 de la présente Convention et est commise hors de son territoire en vue de la commission, sur son territoire, d'une infraction établie conformément aux alinéas a i ou ii ou b i du paragraphe 1 de l'article 23 de la présente Convention; ou
- d) Lorsque l'infraction est commise à son encontre ». Nous soulignons.

<sup>789</sup> « Il est vrai que M. Brierly affirme que selon les principes généraux du droit la règle ne bis in idem oblige partout; mais, comme nous l'avons déjà noté, cette règle ne répond pas à bien des questions. Ainsi, elle ne dit pas si une décision étrangère, relevant l'inculpé de la peine, constitue un obstacle à la poursuite du délinquant. Elle ne précise pas non plus les effets de l'abolition de la peine ou de la grâce extraterritoriale, etc. Sans les catégories des droits de punir originaire et dérivé, les difficultés qui

qui date de 1415, permet de poursuivre de nouveau, n'appliquant le principe *ne bis in idem* qu'aux sentences prononcées dans le pays ». <sup>790</sup> Manifestement, les paramètres d'une société internationale d'aujourd'hui et le respect des droits de l'homme d'il y a six cents ans ne sont pas les mêmes. Et, précisément, la question des droits de l'homme ne peut être exclue de la lutte contre la corruption dans le cadre du droit international.

## Conclusions de la section 2

Nous savons que les instruments pour la lutte contre la corruption <sup>791</sup> fortifient l'intégrité des contrats publics <sup>792</sup> et la libre concurrence. <sup>793</sup> Nous savons aussi que la multiplicité de compétences judiciaires peut conduire à deux ou plus procédures pénales dans différents États, en vertu de la coexistence de la territorialité et l'extraterritorialité, surtout en vertu du principe de personnalité active. <sup>794</sup> Cependant, dans une macro perspective, l'extraterritorialité ne doit pas être perçue toujours comme un problème, mais aussi comme un outil pour la protection du marché international en matière de contrats publics et, en plus, comme l'engagement des États exportateurs de capital (les pays de la nationalité des investisseurs en tant que co-contractants) contre la corruption transnationale à mesure que ces pays peuvent punir les délits de ses ressortissants contre le libre marché. En ce contexte, la négation de l'extraterritorialité pour remarquer la territorialité absolue peut être le meilleur allié de la corruption et de l'impunité, ce qui ne serait pas bon pour la construction d'un droit international des contrats publics.

---

surgissent à ce propos ne sauraient être résolues », CYBICHOWSKI (S), « La compétence des tribunaux A raison d'infractions commises hors du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 12, 1926, p. 376.

<sup>790</sup> *Idem*, p. 272.

<sup>791</sup> L'art. 1 de la Convention de Nations Unies contre la corruption reflète l'objectif: « a) De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace; b) De promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs; c) De promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics ».

<sup>792</sup> Voir, par exemple, les arts. 5; le paragraphe 1 de l'art. 8.

<sup>793</sup> Par exemple, l'art. 9, il oblige les États prendre « les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption... ». Nous soulignons.

<sup>794</sup> Parmi les auteurs, voir: JENNINGS (R) et WATTS (A), éditeurs, *Oppenheim's International Law. Peace. Introduction and Part I*, vol I, Essex, Longman Group UK Limited, 1992, pp. 462-466.

D'ailleurs, la corruption transnationale aux contrats publics peut comprendre un ensemble de faits sur le territoire de différents États, ce qui peut également conduire à une multiplicité de procédures en raison du même délit sur la base de la territorialité pénale. Dans le cadre de la territorialité, il n'est pas difficile d'imaginer la simultanéité de compétences pénales par différents États sur un même délit de corruption transnationale; ça peut conduire à une contradiction avec le principe *non bis in idem* ?

Évidemment, la territorialité et l'extraterritorialité peuvent créer beaucoup de polémique dans le cadre du droit pénal des contrats publics.

### **Conclusions du chapitre 1**

L'harmonisation du droit des contrats publics permet de parler d'une « *global revolution* ». <sup>795</sup> On dit que « *The idea of a “global revolution” in international procurement regulation may never have been more apt* ». <sup>796</sup> Avec ou sans révolutions, l'harmonisation dans le cadre de l'OMC demande l'élimination de la corruption pour le bon fonctionnement du marché mondial des contrats publics. Dans ce sens, on dit qu'un marché des contrats publics efficient et compétitif est un défi « *for global prosperity and development in the 21st Century* ». <sup>797</sup>

Dans ce contexte, nous remarquons la nécessité de sauvegarder:

- la cohérence entre toutes les harmonisations du droit des contrats publics, en évitant des règles contradictoires entre les différentes harmonisations,

---

<sup>795</sup> Voir le titre: ARROWSMITH (S) et DAVIES (A), éditeurs), *Public Procurement. Global Revolution*, La Haie, Kluwer Law International, 1998.

<sup>796</sup> DAVIES (A), « The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future », *op. cit.*, p. 53.

<sup>797</sup> ANDERSON (R), KOVACIC (W) et MULLER (C), « Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalisation », *International Centre for Trade and Sustainable Development / World Economic Forum*, 2016, p. 2; vu le 12.08.2018 < <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Anderson-Kovacic-Muller-Final.pdf> >.

- l'harmonie entre l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC et le droit international général, et
- l'harmonie entre la multiplicité de compétences pénales des États et les droits de l'homme.

Ces trois questions doivent être sauvegardées dans le cadre de diversité de rythmes et de régimes des contrats publics qui existent à la lumière du sous-régionalisme, régionalisme et le macro-régionalisme, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

## **Chapitre 2. La diversité de rythmes et de régimes à la lumière du sous-régionalisme, du régionalisme et du macro-régionalisme**

On peut identifier qu'il y a différents régimes juridiques et différents rythmes d'harmonisation du droit des contrats publics. En conséquence, il serait plus précis de parler des « harmonisations » au lieu d'une « harmonisation ». Effectivement, dans une macro-perspective, il n'y a pas une harmonisation monolithique. Les harmonisations ne sont pas homogènes. Même si toutes les harmonisations sont construites sur la base du critère de l'interdiction de la discrimination et du protectionnisme, il y a une hétérogénéité de rythmes à cause de diverses circonstances comme les suivantes:

Premièrement, toutes les organisations internationales d'intégration économique n'ont pas introduit un régime spécifique pour harmoniser le droit des contrats publics dans son sein.

En deuxième lieu, non toutes les organisations internationales d'intégration économique, ou ses États membres en bloc, sont devenues Parties à l'AMP 2012 de l'OMC. L'explication est simple: toutes les organisations internationales n'ont pas développé une politique commerciale commune aussi sophistiquée que la politique commerciale commune de l'UE.<sup>798</sup>

Et en troisième lieu, en ce qui concerne les phases du contrat, une comparaison entre les régimes établis par chaque harmonisation permet de voir que les harmonisations ne comprennent pas toutes les phases du contrat. Les harmonisations fréquemment introduisent uniquement des règles pour l'ouverture du marché, pour l'harmonisation des modalités de passation et pour assurer un recours contre les décisions des entités publiques dans ce contexte. La majorité d'harmonisations n'introduisent pas de règles précises sur la phase d'exécution du contrat.

D'ailleurs, en ce qui concerne les mécanismes de solution des différences entre l'entité contractante et le co-contractante dans la phase d'exécution du contrat, l'assomption (ou non)

---

<sup>798</sup> Voir l'art. 207 TFUE.

de l'arbitrage n'est pas uniforme. L'arbitrage est un mécanisme fréquemment utilisé pour régler des différences aux contrats de grande envergure (comme les contrats d'État), mais les différents textes d'harmonisation du droit des contrats publics au sein des organisations internationales ne disent rien sur ce sujet.<sup>799</sup> Cependant, si nous rappelons que les contrats publics peuvent être une modalité d'investissement, il y a un fait intéressant: la jurisprudence de la CJUE a récemment déclaré l'incompatibilité entre le TFUE et les clauses d'arbitrage d'un traité entre les États membres.<sup>800</sup> C'est une collision entre le droit international et le droit de l'UE ? S'il y a une collision, comment influe-t-elle sur la construction du droit international des contrats publics ? Pour le moment, simplement on va retenir la question.

D'ailleurs, l'harmonisation n'est pas un phénomène exclusif des organisations internationales, en incluant l'OMC. Les ALE harmonisent aussi le droit des contrats publics entre les États concernés à travers des régimes spécifiques.

L'hétérogénéité de régimes et rythmes d'harmonisation à l'intérieur et à l'extérieur des organisations internationales nous conduit à réfléchir sur le risque d'une fragmentation du droit international en matière de contrats publics: il y a un risque de fragmentation du droit international en ce qui concerne les contrats publics ? Pour tenter de répondre cette question, on va faire un parcours analytique à travers de l'harmonisation à l'Amérique Latine et le Caraïbe (Section 1), l'Afrique et l'Asie (Section 2).

## **Section 1. La diversité de rythmes et de régimes en Amérique Latine et dans les Caraïbes**

Malgré l'existence de différentes organisations internationales d'intégration économique à l'Amérique latine, le niveau d'harmonisation du droit des contrats publics de la région n'est pas très élevé au sein de ses organisations internationales. C'est notre perception après avoir cherché des règles d'harmonisation au sein des organisation sous-régionales comme le

---

<sup>799</sup> Si on ne légifère pas sur l'exécution du contrat dans le cadre d'une harmonisation, on ne légifère pas sur la solution de différences dans le cadre de l'exécution du contrat; on peut comprendre.

<sup>800</sup> Arrêt du 6 mars 2018. C-284/16. La question est inévitable: Droit des organisations internationales c. droit international ?

Marché commun du Sud (Mercosur), la Communauté andine de nations (CAN), la Communauté des États latino-américains et caribéens (CELAC), le Système économique latino-américain et des Caraïbes (SELA), l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI), le Marché commun centraméricain (MCCA), la Communauté des Caraïbes (CARICOM), l'Union des nations sud-américaines (Unasur) et le système d'intégration centraméricaine (SICA).

Avant de poursuivre, nous devons souligner que l'une des caractéristiques des organisations internationales d'intégration sous-régionale en Amérique du Sud est l'instabilité des organisations créées. Au milieu de la rédaction de cette thèse, les mutations au sein de l'Unasur et la création du Forum pour le progrès de l'Amérique du Sud (Prosur) confirment cette perception. Au milieu des mutations, le Prosur a été décrit comme le « dernier Frankenstein de l'intégration sud-américaine ».<sup>801</sup> Cependant, il n'est pas possible d'oublier que l'Amérique latine est un espace géographique où les œuvres d'infrastructure sont à l'agenda de chaque pays. Dans ce contexte, le site de la affaiblie Unasur<sup>802</sup> avait expliqué que les États membres « continuent à travailler sans relâche pour l'intégration physique de la région ».<sup>803</sup> Dans le contexte de l'intégration physique, où les contrats publics sont une nécessité, il est incontournable de reconnaître que « dans le cadre des ALE, un nombre important de pays de la région ont élargi leurs contrats publics à des fournisseurs régionaux et extrarégionaux ».<sup>804</sup> Dans le même contexte, il est important de remarquer le dialogue intergouvernemental: une *Red Intergubernamental de Compras Públicas*<sup>805</sup> réunit déjà les responsables maximaux du secteur à la région; mais, en synthèse, il n'est pas possible de parler d'une harmonisation au sens d'avoir un texte commun pour toute la région.<sup>806</sup>

---

<sup>801</sup> FRENKEL (A), « Prosur: el último Frankenstein de la integración sudamericana », *Nueva Sociedad*, junio, 2019 < <https://nuso.org/articulo/prosur-integracion-america-latina-derecha-alianza/> >

<sup>802</sup> < <https://www.unasursg.org/es/node/1166> >. Vu le 15.11.2017.

<sup>803</sup> Les membres à ce moment-là, ils étaient l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, la Guyane, le Paraguay, le Pérou, le Surinam, l'Uruguay et Venezuela.

<sup>804</sup> SELA, « Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe », 2015, < <https://www.studocu.com/es/document/universidad-ute/direccion-de-ventas/informe/vi-s1-pdf-las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc/5098139/view> > p. 22 (SP/RRSSCPALC/DT n°2-15).

<sup>805</sup> < <http://www.ricg.org> >.

<sup>806</sup> Nous suggérons de voir la table de matières du suivant document: MORENO (J), « La contratación pública en los países de la Comunidad Andina. Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea », Lima, Comunidad Andina, 2007. La date de la publication implique une omission des directives de l'UE de 2014,



D'ailleurs, les organisations sous-régionales d'intégration économique à l'Amérique latine n'ont pas une politique commerciale commune complètement homologable à la politique commerciale commune de l'UE. Par exemple, dans le cadre des pays de la CAN, la Colombie et le Pérou (deux de quatre États membres de la CAN) et les pays de l'UE ont signé un ALE à Bruxelles, le 26 juin 2012. Cet ALE « *between the European Union and its Member States and the signatory Andean Countries* » assume les « *respective rights and obligations under the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* »<sup>807</sup> et établit des règles en matière de contrats publics en générant un régime juridique euro-péruvien et euro-colombien.<sup>808</sup> L'Équateur s'est adhéré à l'ALE en 2017 (cinq ans après)<sup>809</sup> et la Bolivie ne fait pas Partie de cet ALE (au moins pour l'instant; et un changement politique à La Paz pourrait changer le panorama). En résumé, il y a quatre États au sein de la CAN et il y a deux (ou trois) rythmes nationaux différents en ce qui concerne un même ALE.

En plus, la proximité géographique entre l'Amérique latine et les États-Unis<sup>810</sup> et le Canada<sup>811</sup> mérite ici la prise en compte l'harmonisation entre les États de la région et de ces pays à travers les ALE.

Après ces brèves précisions, on va exposer la disparité de rythmes entre les harmonisations existantes dans le cadre des organisations internationales (§1) et l'implication des États-Unis et du Canada (§2). En tout cas, on doit tenir compte que les rythmes et les régimes peuvent changer selon la volonté politique des États impliqués et de ses gouvernements en place.

---

mais cette table de matières reflète une harmonisation dans l'UE et une absence d'harmonisation dans la CAN.  
< [http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165201429libro\\_atrc\\_contratacion.pdf](http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165201429libro_atrc_contratacion.pdf) >.

Vu le 16.08.2018.

<sup>807</sup> Préambule < [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc\\_147704.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147704.pdf) >. Nous soulignons.

<sup>808</sup> Le Titre VI de cet accord est dédié aux contrats publics.

<sup>809</sup> Selon les statistiques, en 2015, les exportations de l'Équateur à l'UE comprenaient 15,1 % de ses exportations et 10,4 % de ses importations.

< [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/cartilla\\_acuerdo\\_comercial\\_ue-ecuador\\_0.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/cartilla_acuerdo_comercial_ue-ecuador_0.pdf) >.

<sup>810</sup> Sur l'internationalisation du droit des contrats publics des États unis, voir: HUFBAUER (G) et MORAN (T), « Government Procurement in US Trade Agreements », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 288-299.

<sup>811</sup> Sur l'internationalisation du droit des contrats publics du Canada, voir: LALONDE (P), « The Internationalization of Canada's Public Procurement », in *Internationalization of Government Procurement Regulation*, *op. cit.*, pp. 300-318.

## §1. Les avancées sectorielles et géographiques

Si le mot « disparité » implique l'absence d'un contenu homogène et l'absence d'un rythme unique entre deux ou plus harmonisations, une brève comparaison entre le droit des contrats publics au sein du Mercosur et de la CAN peut conduire à un bon exemple de la disparité existante à l'Amérique latine. Le rythme de chacune de ces deux organisations internationales n'est pas le même. Dans le cadre de la CAN, il existe l'embryon d'une harmonisation qui est réduit au domaine du commerce des services (A). Au sein du Mercosur il y avait de textes d'harmonisation intéressants dans le cadre d'une longue incertitude jusqu'à l'an 2017, an où le Protocole de Brasilia a concrétisé une harmonisation contraignant (B).

### A. L'embryon d'un droit des contrats publics de la Communauté andine de nations

La CAN est une organisation internationale sous-régionale créée par l'Accord de Carthagène (AC) du 26 mai 1969<sup>812</sup> qui vise, entre autres objectifs:

*« ... facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano... mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros ».*<sup>813</sup>

Selon cet accord, la CAN ne perd jamais de vue l'Amérique latine dans le cadre de l'économie mondiale. Actuellement, on perçoit que le rôle de la CAN (et le rôle d'autres organisations d'intégration) a été réduit à cause de la prolifération des ALE.<sup>814</sup>

En ce qui concerne les contrats publics, parler de l'existence d'un droit des contrats publics au sein de la CAN peut être une exagération. Cependant, il est possible de percevoir

---

<sup>812</sup> Sur les institutions de la CAN, voir: SALMON (E), « Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas », in *Derecho comunitario andino* (ouvrage collective), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 21-56.

<sup>813</sup> Art. 1. Nous soulignons.

<sup>814</sup> MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*, Barcelona, Bosch editor, 2018, p. 55-56.

l'embryon d'une harmonisation du droit des contrats publics en vertu de sa législation communautaire; c'est-à-dire, il y a quelques éléments pour considérer qu'il pourrait y avoir une harmonisation en phase embryonnaire en matière du commerce des services (1). Dans cette phase embryonnaire, nous pouvons constater certaine relation entre l'embryon andin et le droit de l'OMC (2).

## 1. Une harmonisation limitée au commerce de services

Pour expliquer la phase embryonnaire, les sources du droit de la CAN seront évoquées rapidement. La CAN assume la nécessité d'harmoniser politiques et de rapprocher les législations (i). Cette nécessité a donné lieu à l'inclusion des contrats publics à la libéralisation du commerce des services dans le cadre du droit dérivé, mais sans une norme spécifique (ii). Malgré l'absence d'une norme spécifique sur les contrats publics, il y a des précisions très importantes (iii).

*(i) Le droit de la Communauté andine de nations et la nécessité de rapprocher les législations*

Le droit communautaire andin comprend un droit originaire et un droit dérivé. L'AC et le Traité du Tribunal de justice de la Communauté andine (TTJCA) sont droit originaire. Les décisions, qui sont les normes qui nous intéressent pour expliquer l'embryon de l'harmonisation détectée, font partie du droit dérivé.<sup>815</sup>

El article 4 du TTJCA introduit une double obligation pour les États; d'un côté, il impose l'adoption des « mesures nécessaires pour assurer le respect des normes de l'ordre juridique

---

<sup>815</sup> L'art. 1 du TTJCA indique ce qui suit:

« *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:*

a) *El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;*

b) *El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;*

c) *Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;*

d) *Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y*

e) *Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina ».*

Sur les sources du droit de la CAN, voir: NOVAK (F), « La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico », in *Derecho comunitario andino* (NOVAK (F), *et al*), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 57-100.

de la Communauté andine »; et, d'un autre côté, il demande l'obligation de « ... ne pas prendre ou utiliser des mesures contraires » au droit de la CAN. Dans ce qui concerne les contrats publics, il y a deux avis en remarquant cette obligation, comme on va voir.

En ce qui concerne la nécessité d'harmoniser les politiques et de rapprocher les législations, l'AC reconnaît la nécessité d'une « harmonisation graduelle des politiques économiques et sociales » et la nécessité d'une « approche de la législation nationale en ce qui concerne les matières pertinentes »<sup>816</sup>; et, précisément, les contrats publics sont une matière pertinente pour toute intégration économique.

*(ii) Les contrats publics dans la libération du commerce de services*

L'AC prévoit la création d'un *Marco general* de principes et de normes visant à libéraliser le commerce intra-sous-régional des services.<sup>817</sup> Concrètement, le Chapitre VII de l'AC établit ce qui suit:

« Article 79.- La Commission de la Communauté andine, sur la proposition du Secrétariat général, approuvera un Marco general de principes et de normes pour obtenir la libération du commerce intra-subrégional aux services ».<sup>818</sup>

e *Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios* en la Comunidad Andina<sup>819</sup> (ci-après « Marco general ») a été approuvé par la Décision 439 du 11 juin 1998. L'article 4 du Marco general fait la précision suivante:

« L'acquisition de services faite par les organismes gouvernementaux ou par les entités publiques des Pays membres sera liée au principe du traitement national entre les Pays

---

<sup>816</sup> Paragraphe *a*) de l'art. 3. Il faut prendre en compte le paragraphe *d*) de l'art. 54 de l'AC.

<sup>817</sup> Art. 79 (traduit comme « Cadre général de principes et de normes pour obtenir la libération du commerce intra-subrégional des services »).

<sup>818</sup> Le texte originel dit: « *La Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intra-subregional de los servicios* ».

<sup>819</sup> *Nonagésimo cuarto Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión*. Lima, 11 de juin 1998  
< <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec439s.asp> >.

membres à travers une décision. Cette décision sera adoptée le 1 janvier 2002 au plus tard. Si cette décision n'est pas adoptée à la date indiquée, les Pays membres octroieront un traitement national immédiatement ». <sup>820</sup>

La décision annoncée par l'article 4 du *Marco General* n'avait pas été adoptée. Dans ce contexte, le CAN considère le traitement national comme une règle en vigueur, comme on va voir au point *iii*.

(iii) Les « dictámenes » (avis) du Secrétariat général

Les « dictámenes » 03-2006 du 24 mars 2006 (iii.a) <sup>821</sup> et 06-2006 du 13 juillet 2006 (iii.b) <sup>822</sup> permettent vérifier l'interdiction de la discrimination en matière de services aux contrats publics.

(iii.a). Le « dictamen » 03-2006

Selon le *dictamen* 03-2006, l'entité publique *Provias Nacional* du Pérou avait fait un appel d'offres publiques en octroyant une bonification en faveur de quelques entreprises en vertu du droit interne. La Note d'Observations de cette *dictamen* remarque, entre d'autres choses, ce qui suit:

« En vertu de la Loi 27143 et ses modifications, le Gouvernement du Pérou établirait un avantage en faveur des entreprises qui utilisent une production nationale du Pérou et qui participent aux appels d'offres publics. Cet avantage consisterait à octroyer 20 % de

---

<sup>820</sup> Nous soulignons. Le texte original dit: « *La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1° de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata* ».

<sup>821</sup> Titre originel: « *Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado de oficio por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 4, 6, 8, 10 y 23 de la Decisión 439* ».

<sup>822</sup> Titre originel: « *Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por la República de Colombia contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y del artículo 4 de la Decisión 439* ».

qualification additionnelle au concours, ce qui impliquerait un inaccomplissement de l'article 4 de la Décision 439, selon laquelle l'acquisition de services faite par des organismes gouvernementaux ou des entités publiques des Pays membres sera soumise au principe du traitement national ....<sup>823</sup>

Le *dictamen* indique que l'introduction de « bonifications »<sup>824</sup> en conduisant à la discrimination est interdite.

Le *dictamen* analyse aussi le décret d'urgence 064-2000, c'est une norme de droit interne. Selon le *dictamen*, ce décret d'urgence octroyait une bonification discriminatoire parce qu'il faisait une différenciation en raison du domicile des candidats. Dans le panorama décrit, le *dictamen* reprend la jurisprudence du tribunal de Luxembourg<sup>825</sup> et du Tribunal Andin de Justice<sup>826</sup> en admettant que la discrimination implique de faire un traitement des situations similaires de différente manière.

Ce même *dictamen* remarque que le traitement national doit être entendu comme un principe du processus d'intégration andine tandis que: « ...les critères développés dans la jurisprudence ... en ce qui concerne le traitement national ... ils comprennent tous les domaines du droit communautaire andin, comme le commerce des services ». <sup>827</sup> En conséquence, les contrats publics de services ne constituent pas une exception.

D'ailleurs, le *dictamen* indique que respecter le principe de traitement national « signifierait ne pas exiger aux entreprises ... des Pays membres ... des conditions plus onéreuses que les

---

<sup>823</sup> Nous soulignons. Le texte original dit: « *Mediante su Nota de Observaciones la Secretaría General señaló que el Gobierno del Perú, a través de la Ley 27143 y sus modificaciones, estaría estableciendo una ventaja consistente en el otorgamiento de un 20% de calificación adicional a las empresas que utilicen producción nacional y que participen en concursos públicos, lo cual implicaría un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 439, conforme al cual la adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros* ».

<sup>824</sup> « *Calificación adicional* » en termes du *dictamen*.

<sup>825</sup> Note de bas 23, arrêt du TJCE de 15 avril de 1997, sur l'affaire *The Irish Farmers Association* (C-22/94).

<sup>826</sup> Note de bas 22, arrêt sur le Cas 3-AI-97; GOCA numéro 422 du 30 mars 1999.

<sup>827</sup> Texte original dit: « *la Secretaría General considera que los criterios desarrollados en la jurisprudencia... en lo relativo a Trato Nacional... pasan a abarcar todos los campos de acción del derecho comunitario andino, como es el comercio de servicios* »

conditions exigés aux entreprises ... péruviennes ». <sup>828</sup> La ligne du *dictamen* contre des critères protectionnistes est très claire et précise; dans la Partie des conclusions, l'avis considère que les normes de droit interne octroyaient des avantages en faveur de quelques entreprises sont une contradiction avec la règle du traitement national prévu au *Marco general*. <sup>829</sup>

Le *dictamen* a fini par remarquer ce qui suit:

« Le Gouvernement du Pérou, conformément à l'article 4 du TTJCA, devra respecter des dispositions du droit communautaire; c'est-à-dire, il doit respecter et appliquer le principe de traitement national. Pour cela, le Gouvernement du Pérou devra octroyer la bonification de 20 % aux entreprises de tous les Pays membres de la Communauté andine, sans établir de distinctions en raison du domicile, ou en raison des opérations faites sur le territoire péruvien. C'est nécessaire pour satisfaire les dispositions des articles 4 et 8 de la Décision 439 en matière de achats publics de services sans faire de discriminations ». <sup>830</sup>

Au vu du *dictamen*, l'absence d'une norme communautaire spécifique relative aux contrats publics de services (la décision spécifique prévue par la décision 439 n'existait pas) ne justifie pas la non application de la règle du traitement national.

(iii.b). Le « *dictamen* » 06-2006

Le *dictamen* 06-2006, aux même sens que le *dictamen* 03-2006, remarqué que le droit interne ne peut pas être opposé à l'art. 4 du TTJCA ni à l'art. 4 du *Marco general*. Ce *dictamen* a renforcé l'applicabilité directe du droit andin en matière des services: « les entités

---

<sup>828</sup> Texte original dit: « *Un cabal cumplimiento del principio de Trato Nacional por parte del Gobierno peruano, significaría que no se exija a las empresas prestadoras de servicios de los Países Miembros el cumplimiento de requisitos más onerosos que los exigidos a las empresas prestadoras de servicios peruanas* ».

<sup>829</sup> Voir les arts. 4 y 8 du *Marco General*. Paragraphe 2 des conclusions du *dictamen*.

<sup>830</sup> Nous soulignons. Paragraphe 5 des conclusions. Le texte originel dit: « *El Gobierno del Perú, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá cumplir con lo dispuesto en el derecho comunitario, es decir, respetar y aplicar el principio de Trato Nacional. Para ello deberá otorgar el beneficio de la bonificación del 20% a las empresas provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, sin establecer distinciones en base a su domicilio, o a que sus operaciones sean realizadas en territorio peruano a efectos de cumplir con lo dispuesto en los artículos 4 y 8 de la Decisión 439 en materia de adquisición pública de servicios sin discriminación alguna* ».

gouvernementales et les fonctionnaires publics... ont l'obligation... d'appliquer la réglementation communautaire andine, y compris l'élaboration des conditions des contrats publics ». <sup>831</sup> En conséquence, les conditions des appels d'offres publics, en incluant des spécifications techniques, ne peuvent pas être contraires au droit de la CAN. Effectivement, à ses conclusions, le *dictamen* 06-2006 remarque le principe de primauté et le principe d'effet direct du droit communautaire andin:

« Les conditions <sup>832</sup> pour les contrats publics d'un bien ou d'un service constituent des actes administratifs... qui doivent tenir compte... l'ordre juridique andine en vertu du caractère supranational de ce droit, qui s'applique immédiatement ayant un effet direct sur le droit des États membres ». <sup>833</sup>

L'application directe du *Marco general* a évité une lacune à cause de l'absence d'une norme spécifique.

## 2. L'influence du droit de l'OMC

La CAN ne fait pas partie de l'OMC; cependant, au sein de la CAN, le critère suivi en ce qui concerne les contrats publics en matière des services lie les appels d'offres publiques avec les critères de l'AGCS .

La doctrine précise que, « d'un point de vue formel, le CAN n'a pas assumé aucune obligation conventionnelle dans le cadre des accords de l'OMC ». <sup>834</sup> Cependant, la relation entre le droit

---

<sup>831</sup> *Proceso* 6-IP-1993, GOAC n° 150 du 25 de mars 1993. Le texte originel dit : « ...las entidades gubernamentales como los funcionarios públicos... están en la obligación de cumplir y aplicar la normativa comunitaria andina, incluso en cuanto al diseño de las bases de contratación pública que establezcan ».

<sup>832</sup> Le texte originel dit « Las bases para la contratación pública... ».

<sup>833</sup> Point 3 des conclusions. Le texte originel dit: « Las bases para la contratación pública de un bien o un servicio son actos administrativos emitidos por las autoridades de un País Miembro, que deben tener en cuenta lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino, toda vez que el mismo es de carácter supranacional, de aplicación inmediata y efecto directo en los ordenamientos internos de los Países Miembros ».

<sup>834</sup> BALDEON (G), « La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino », *Agenda Internacional*, année XVII, numéro 28, 2010, pp. 59. Le texte originel dit: « Desde un punto de vista formal, la CAN no ha asumido ninguna obligación frente a la OMC. Son sus Estados Miembros, individualmente considerados, quienes se encuentran formalmente vinculados y son internacionalmente responsables por el cumplimiento de las normas comerciales multilaterales ».



de la CAN et le droit de l'OMC n'est pas complètement inexistante.<sup>835</sup> En ce qui concerne les services, le texte du *Marco general* (qui annonce un texte spécifique pour les contrats publics) précise ce qui suit:

« Pour... garantir la consistance et la clarté du Marco General ... les concepts, les définitions et les éléments interprétatifs contenus à l'Accord Général sur le Commerce de Services (AGCS), ils s'appliqueront à ce Marco General, dans toute question pour laquelle cet accord est pertinent ». <sup>836</sup>

Cette précision conduit à une question: l'AGCS, s'applique-t-il aux contrats publics en matière des services entre les pays andins ? On va continuer en analysant l'avis 06-2006 pour répondre.

Le *dictamen* 06-2006 a pris en compte l'AGCS pour déterminer l'existence d'une discrimination. Concrètement, dit le *dictamen*<sup>837</sup>, si « les critères interprétatifs contenus dans l'AGCS » sont pris en considération, alors on peut savoir :

«... quand on est devant une mesure ou une conduite qui transgresse le principe de Traitement National:

« Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de la concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre ». <sup>838</sup>

---

<sup>835</sup> *Idem*.

<sup>836</sup> Art. 26. Le texte originel dit: « Para los efectos de garantizar la consistencia y claridad del Marco General establecido por la presente Decisión, los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), se aplicarán a dicho Marco General, en todo lo que sea pertinente ».

<sup>837</sup> < <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/Gace1371.pdf> >. Vu le 20.08.2018.

<sup>838</sup> Le *dictamen* cite ici le paragraphe 3 de l'art. XVII de l'AGCS de l'OMC. Le texte originel dit : « Así, al considerar los criterios interpretativos contenidos en el AGCS, existen elementos para saber cuando se está ante una medida o conducta que vulnera el principio de Trato Nacional:

Après cette affirmation, le *dictamen* regarde le droit de la concurrence en remarquant ce qui suit:

« Dans le cas analysé, le Gouvernement du Pérou octroie des préférences ou des bénéfices spéciaux pour... des entreprises nationales..., de sorte que beaucoup d'entreprises des pays membres de la Communauté andine qui satisfont les spécifications techniques de l'appel d'offres public sont exclues en restant en conditions moins favorables de concurrence ». <sup>839</sup>

Le *dictamen* dévoile que, bien que l'AGCS exclu les contrats publics du champ d'application de ses règles sur le traitement national<sup>840</sup>, l'article XVII de l'AGCS (dédié au traitement national) est assumé comme un critère utile pour la sauvegarde de la libre concurrence en ce qui concerne les contrats publics en matière des services. Dans cette direction, l'embryon de l'harmonisation andine des contrats publics se nourrit du droit de l'OMC sur une scène curieuse: l'AGCS exclut les contrats publics de ses règles du traitement national, la CAN comme sujet de droit international n'est pas membre de l'OMC (ni de l'AMP 2012), mais l'AGCS influe sur la phase embryonnaire de l'harmonisation du droit des contrats publics de la CAN parce qu'il s'applique comme un critère d'interprétation. C'est un peu curieux parce que, d'un côté, aucun des États membres de la CAN n'est partie de l'AMP 2012 ni de l'AMP 1994 de l'OMC<sup>841</sup>; et, d'un autre côté, la décision sur des acquisitions de services annoncée par le *Marco general* (décision 439)<sup>842</sup> n'existe pas actuellement, deux décennies plus tard.

---

*“se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro”* ».

<sup>839</sup> C'est une traduction. Le texte originel dit: « *En el caso estudiado, el Gobierno del Perú otorga preferencias o beneficios especiales a aquellos proponentes considerados empresas nacionales que cumplan con desarrollar operaciones sustanciales dentro del territorio del Perú, con lo cual se excluye y pone en condiciones de competencia menos favorables a muchas empresas de Países Miembros de la Comunidad Andina que cumplen con las bases técnicas de la licitación pública* ».

<sup>840</sup> Art. XIII de l'AGCS: « Les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations ou prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics... ». Article II: Traitement de la nation la plus favorisée. Article XVI: Accès aux marchés. Article XVII: Traitement national.

<sup>841</sup> Parmi les quatre pays membres de la CAN, uniquement la Colombie a le statut d'observateur auprès du Comité de l'AMP, à partir du 27 février 1996.

< [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/memobs\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm) >.

<sup>842</sup> Le texte originel dit: « *La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros,*

## B. Les développements irréguliers au sein du Mercosur

Le Brésil, l'Uruguay, l'Argentine et le Paraguay font partie du Mercosur<sup>843</sup>, une organisation internationale d'intégration économique où le période de gestation de l'harmonisation du droit des contrats publics comprend quelques textes qui n'ont jamais été en vigueur (1). Finalement, le Protocole de Brasília de 2017 a mise en place une harmonisation du droit des contrats publics qui revitalise le sujet remarquant la différence de rythmes à la région et introduisant la clause de la nation la plus favorisée (2), une clause non prévue dans l'harmonisation du droit des contrats publics à l'UE.

### 1. La différence de rythmes entre le Mercosur et la Communauté andine

Le Mercosur a été créé par le Traité de l'Asunción de 26 mars 1991, lequel a parmi ses objectifs la « libre circulation de biens, de services et des facteurs productifs » et l'harmonisation législative.<sup>844</sup> L'intégration économique dans le cadre du Mercosur est fondée sur la « réciprocité de droits et d'obligations entre les États partie ».<sup>845</sup>

En ce qui concerne l'harmonisation du droit des contrats publics, un Groupe *ad hoc* sur achats publics a été créé en 1997 pour travailler en faveur de la création d'un régime d'achats gouvernementaux de biens et de services.<sup>846</sup> Dans cette ligne, le premier traité sur les contrats publics fût le Protocole de Montevideo du 16 décembre 2003, protocole abrogé par la décision 27/04. Un deuxième protocole, le protocole de Brasilia du 9 décembre 2003, a été abrogé par la décision 23/06. Un troisième protocole, le protocole de Cordoba du 20 juillet 2006<sup>847</sup>, fût uniquement ratifié par l'Argentine le 28 avril 2009. L'incertitude, l'indécision et

---

*mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata » (art. 4).*

<sup>843</sup> La Venezuela est suspendu de cette organisation conformément à la décision prise à Sao Paulo, le 5 août 2017, en vertu du Protocole d'Ushuaia sur l'engagement démocratique dans le MERCOSUR du 24 juillet 1998; la Bolivie est dans un processus d'adhésion. Ils se considèrent comme « États associés »: le Pérou, le Chili, l'Équateur, la Colombie, la Guyane et le Surinam.

<sup>844</sup> Voir l'art. 1.

<sup>845</sup> Voir l'art. 2.

<sup>846</sup> MERCOSUR/GMC/RES N° 79/97.

<sup>847</sup> Les textes des trois protocoles sont disponibles sur:

< [http://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx) >.

l'oubli étaient palpables si nous retenons la date de chaque texte. Finalement, presque une décennie plus tard du troisième protocole, le Protocole de Brasília du 21 décembre 2017 a été signé et il est déjà en vigueur.

Le Protocole de Brasilia assume le traitement national<sup>848</sup> entre les États partie<sup>849</sup>, utilise le système de listes<sup>850</sup> et harmonise la passation en introduisant deux types de passation: la procédure compétitive<sup>851</sup> (*procedimiento competitivo*) et la procédure d'exception<sup>852</sup> (*procedimiento de excepción*), ce qui permet d'affirmer la naissance d'une vraie harmonisation au Mercosur. Effectivement, dans une macro perspective, nous pouvons dire que l'harmonisation des modalités de passation sont un élément fondamental pour déterminer (ou nier) l'existence d'une harmonisation au sein des organisations internationales; une harmonisation existe quand il y a modalités de passation harmonisées; par cette raison, la libre circulation de services comprenant les contrats publics au sein de la CAN ne peut pas constituer une harmonisation du droit des contrats publics *stricto sensu* mais uniquement un embryon pour une harmonisation future. L'harmonisation de la passation remarque la différence de rythmes entre la CAN et le Mercosur.

## 2. L'extrapolation des avantages par la clause de la nation la plus favorisée

L'harmonisation au Mercosur introduit la clause de la nation la plus favorisée, aux termes suivantes: « En ce qui concerne les dispositions établies par ce protocole, chaque État Partie accorde... en faveur des biens, services, fournisseurs et prestataires de tout autre État Partie,

---

<sup>848</sup> Art. 6.

<sup>849</sup> Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

<sup>850</sup> Annexe I: les Entités. Annexe II: les Biens. Annexe III: les Services. Annexe IV: les Services de construction. Annexe V: les Seuils. Annexe VI: Notes générales. Annexe VII: Publication du renseignement. Annexe VIII: Note complémentaire. Annexe IX: le traitement de la nation la plus favorisée.

<sup>851</sup> Ce « *significa un procedimiento de contratación pública en el que todos los proveedores interesados puedan presentar una oferta, en cuanto cumplan las condiciones... Este tipo de procedimiento podría implicar, entre otros, la posibilidad de invitar a un número determinado de proveedores interesados a presentar ofertas, incluyendo proveedores del MERCOSUR; y simultáneamente, publicar el aviso en su portal electrónico y en cualquier otro medio que se entienda oportuno y conveniente, pudiendo abreviarse los plazos sujetos al ordenamiento jurídico vigente de cada Estado Parte* » (art. 1).

<sup>852</sup> C'est « *un método de contratación pública en que la entidad contratante selecciona, un proveedor o proveedores de su elección* » (art. 1).

un traitement pas moins favorable de ce qu'il accorde » à ceux « de tout autre État Partie ou de pays tiers, conformément à l'Annexe IX « traitement de la nation la plus favorisée ». ».<sup>853</sup>

Il convient garder à l'esprit que, à travers la clause de la nation la plus favorisée, un marché des contrats publics harmonisé (et tout marché libéralisé) pourriez augmenter/extrapoler ses règles, de plus en plus, en vertu de nouveaux traités qui impliquent de nouvelles ouvertures.<sup>854</sup> Dans ce sens, le critère de la nation plus favorisée au Protocole de Brasília extrapole les avantages des traités internationaux (de chaque État partie) en faveur des biens, des produits et des ressortissants d'autres États membres du Mercosur. C'est un sujet très important pour la construction du droit international des contrats publics.

Cependant, l'Annexe IX de ce protocole limite le critère de la nation la plus favorisée; cette annexe réduit son application aux traités futurs; c'est-à-dire, ce critère n'est pas applicable aux « traités en vigueur ou souscrits avant la date d'entrée en vigueur » du protocole de Brasília de 2017. En résumé, un avantage postérieur au protocole de Brasília accordé entre un État membre du Mercosur et un pays tiers peut conduire à un avantage pour des biens, des produits et des ressortissants de chaque partie du Protocole de Brasilia aussi.

## **§2. Les accords de libre-échange**

L'asymétrie de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'Amérique latine est une réalité (A). Dans une perspective géographique, il est inévitable de remarquer l'absence d'un marché régional à l'Amérique latine. Il n'y a aucun grand ALE en engendrant une zone de libre-échange dans la région. Les pays de la région ont signé différents ALE avec des pays géographiquement proches et lointains générant différents régimes juridiques comme, par exemple, le régime créé par l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine,

---

<sup>853</sup> Art. 5. Le texte originel dit: « *Respecto a las disposiciones establecidas por el presente Protocolo, cada Estado Parte otorgará inmediata e incondicionalmente a los bienes servicios y a los proveedores y prestadores de cualquier otro Estado Parte un trato no menos favorable de aquel que conceda a los bienes, servicios, y a los proveedores y prestadores de cualquier otro Estado Parte o de terceros países, de acuerdo a lo establecido en el Anexo IX "Trato de Nación Más Favorecida" ».*

<sup>854</sup> On va voir ce sujet en macro perspective à la deuxième partie de la thèse.

l'Amérique centrale<sup>855</sup> et les États-Unis de l'Amérique du nord. Cet accord génère un régime juridique régional entre sept États latino-américains et les États-Unis (B).

### A. L'asymétrie de l'harmonisation en l'Amérique latine

L'Amérique latine présente une harmonisation asymétrique à cause des différents rythmes. Cette perception est confirmée par el droit communautaire comparé (CAN-Mercosur) et cette réalité existe aussi à cause de l'absence d'harmonisation du droit des contrats publics au sein de quelques organisations internationales d'intégration économique comme, par exemple, el Système d'intégration de l'Amérique centrale (1).

Dans ce contexte géographique, il n'est pas possible d'omettre que la Banque Interaméricaine de Développement (BID) « propose un traité de commerce libre pour l'Amérique latine et les Caraïbes »<sup>856</sup>, ce qui pourrait être une opportunité pour l'harmonisation du droit des contrats publics à la région.<sup>857</sup>

Dans une perspective géographique, les États de la région et ses voisins de l'Amérique du Nord conviennent différentes harmonisations dans le cadre de la droit international des traités; mais ces harmonisations peuvent présenter quelques incertitudes futures parce que ces traités internationaux ont été mis en doute comme, par exemple, l'ancien Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) (2).

---

<sup>855</sup> Lire: Guatemala, Honduras, El Salvador, Panamá, Nicaragua y Costa Rica.

<sup>856</sup> < <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/el-bid-propone-un-tratado-de-libre-comercio-para-am%C3%A9rica-latina-y-el> > Vu le 17.08.2018.

<sup>857</sup> Il a été rapporté une « fragmentación del mercado de la región en 33 acuerdos comerciales preferenciales. Se argumenta que estos acuerdos no permiten generar las suficientes ganancias de escala y especialización como para mejorar la competitividad en el mercado global. De hecho, en otro informe de reciente publicación, el BID señala que la región está desaprovechando el contexto de vigoroso crecimiento del comercio mundial. En lo referente al comercio intrazona, si bien los acuerdos existentes generaron un impacto positivo, el resultado en América Latina sigue siendo insuficiente ». Source: *Idem*. Voir aussi:

< <http://conexionintal.iadb.org/2018/07/03/las-ventajas-de-un-tratado-de-libre-comercio-para-america-latina-y-el-caribe/> >. Vu le 17.08.2018.

## 1. L'absence d'une harmonisation au Système d'intégration de l'Amérique centrale

Le Système d'intégration de l'Amérique centrale (SICA) est une organisation sous régional créée par le Protocole de Tegucigalpa du 13 décembre 1991 qui constitue « le cadre institutionnel de l'intégration régionale de l'Amérique centrale ».<sup>858</sup>

Dans ce qui concerne les contrats publics, il y a une décennie, on avait déjà réfléchi sur ce sujet: « il faut commencer par l'uniformisation des procédures de passation du secteur public de chaque pays et poursuivre une harmonisation des procédures de passation de tous les pays de l'Amérique centrale ».<sup>859</sup> Néanmoins, il n'existe aucun instrument communautaire d'harmonisation contraignant au sein du SICA comparable à l'UE ou au Mercosur.

En ce contexte, quelques règles de l'ALE entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et des États-Unis de l'Amérique du nord (voir le point B) et de l'ALE entre Colombie, El Salvador, Guatemala et Honduras du 9 août 2007<sup>860</sup> ont introduit une harmonisation en internationalisant le droit des contrats publics des pays de la sous-région. Fait important: le SICA n'harmonise pas le droit des contrats publics en vertu d'une législation communautaire autonome, mais les pays du SICA font partie d'une harmonisation avec quelques États à travers de chaque ALE signé.

## 2. De l'ALENA de 1998 à l'ALENA 2.0: le paradigme des changes (?)

Dans le cadre de l'ALENA du 4 octobre 1988, le chapitre IV introduisait une harmonisation du droit des « marchés publics »<sup>861</sup> entre le Mexique, les États-Unis et le Canada. L'ALENA harmonisait le droit des contrats publics à partir d'un seuil<sup>862</sup>, utilisant un système de listes<sup>863</sup>

---

<sup>858</sup> < [https://www.sica.int/sica/sica\\_breve.aspx](https://www.sica.int/sica/sica_breve.aspx) >.

<sup>859</sup> SÁENZ (R), *Contratación Administrativa en Centroamérica. Procedimientos en licitaciones y adquisiciones para proyectos de desarrollo*, Tegucigalpa, Banco Centroamericano de Integración Económica, 2006, p. 304.

<sup>860</sup> Chapitre 11.

<sup>861</sup> Arts. 1001-1025.

<sup>862</sup> Paragraphe 1 de l'art. 1001.

<sup>863</sup> Lire tout l'art. 1001.

et établissant la règle du traitement national<sup>864</sup> avec l'interdiction des compensations<sup>865</sup>, entre autres dispositions.

L'ALENA de 1988 précisait que les spécifications techniques des appels d'offres ne peuvent pas avoir « pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce »<sup>866</sup>, harmonisait les procédures de passation<sup>867</sup> et, entre autres aspect, ce traité avait également introduit aussi des règles en matière des investissements internationaux.<sup>868</sup> Comme nous savons, l'ALENA a été renégocié et la renégociation a donné le lieu à un nouveau texte connu comme l'USMCA (ALENA 2.0<sup>869</sup>) qui entrerait en vigueur le 2020.

Du point de vue juridique, la renégociation de l'ALENA nous rappelle que les règles des accords commerciaux peuvent changer et, par conséquent, ce changement de règles peut retoucher ou modifier les règles du droit des contrats publics. Dans ce sens, la renégociation d'un accord commercial peut impliquer l'évolution, ou l'involution, d'une harmonisation du droit des contrats publics. Dans ce contexte, on peut dire que le droit international économique peut se présenter sous la forme d'une « nébuleuse »<sup>870</sup>, parce qu'il peut changer soudainement, dans une direction ou l'autre.

En ce qui concerne la lutte contre la corruption, l'USMCA introduit des règles spécifiques sur la prévention et la sanction dans le cadre du chapitre 13 qui est dédié aux contrats

---

<sup>864</sup> Art. 1003.

<sup>865</sup> Art. 1006.

<sup>866</sup> Art. 1007.

<sup>867</sup> Procédures de passation des marchés (arts. 1008-1016) et la contestation des offres (art. 1017).

<sup>868</sup> Partie V: Investissement, services et questions connexes.

<sup>869</sup> < <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/united-states-mexico#> >.

<sup>870</sup> GERMAIN (M), « Pluralisme et droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 49, 2006, p. 235.



publics<sup>871</sup>, en incluant des règles de *compliance*.<sup>872</sup> De la même manière, l'article 27 a introduit des mesures de nature pénale contre la corruption dans les domaines du commerce et d'investissements.<sup>873</sup> Dans le cadre de la lutte contre la corruption, l'USMCA implique une progression en ce qui concerne règles internationales pour sauvegarder l'intégrité des contrats publics par rapport à l'ALENA de 1988, ce qui révèle un critère de non-régression en la matière derrière une évolution.

## **B. Des anciennes concessions unilatérales vers la multilatéralité**

Parmi les ALE des pays d'Amérique centrale, l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis de l'Amérique du nord (CAFTA-DR) du 5 août 2004<sup>874</sup> est un traité important, il est signé par les États-Unis, la République dominicaine, Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras et Nicaragua.

---

<sup>871</sup> Art. 13.17 (*Ensuring Integrity in Procurement Practices*): « 1. Each Party shall ensure that criminal, civil, or administrative measures exist that can address corruption, fraud, and other wrongful acts in its government procurement.

2. These measures may include procedures to debar, suspend, or declare ineligible from participation in the Party's procurements, for a stated period of time, a supplier that the Party has determined to have engaged in corruption, fraud, or other wrongful acts relevant to a supplier's eligibility to participate in a Party's government procurement...

3. Each Party shall ensure that it has in place policies or procedures to address potential conflicts of interest on the part of those engaged in or having influence over a procurement.

4. Each Party may also put in place policies or procedures, including provisions in tender documentation, that require successful suppliers to maintain and enforce effective internal controls, business ethics, and compliance programs, taking into account the size of the supplier, particularly SMEs, and other relevant factors, for preventing and detecting corruption, fraud, and other wrongful acts ».

<sup>872</sup> Article 13.2: « 5. Each Party shall ensure that its procuring entities comply with this Chapter in conducting covered procurements.

6. No procuring entity shall prepare or design a procurement, or otherwise structure or divide a procurement into separate procurements in any stage of the procurement, or use a particular method to estimate the value of a procurement, in order to avoid the obligations of this Chapter.

7. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party, including its procuring entities, from developing new procurement policies, procedures or contractual means, provided that they are not inconsistent with this Chapter ».

<sup>873</sup> « Each Party shall adopt or maintain legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offenses under its law, in matters that affect international trade or investment, when committed intentionally, by any person subject to its jurisdiction: ... ». Nous soulignons.

<sup>874</sup> < [http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/CAFTADRin\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp) >.

Cet accord prend comme point de départ le GATT et l'AGCS, il établit une zone de libre-échange<sup>875</sup> et fait siens les principes de traitement national, de la nation la plus favorisée et de la transparence.<sup>876</sup> Quelques auteurs ont considéré le CAFTA-DR comme le traité international qui a remplacé la base juridique des anciennes relations commerciales, lesquelles étaient « fondées par simples concessions unilatérales des États-Unis d'Amérique ».<sup>877</sup> Le CAFTA-DR introduit une base « plus forte et robuste qui supposent des droits et des obligations réciproques pour tous les États parties ».<sup>878</sup> Parmi les vingt-deux chapitres de ce traité, le chapitre 9 libéralise quelques contrats publics (1). Le CAFTA-DR n'est évidemment pas le seul instrument d'harmonisation des contrats publics contraignant pour les pays d'Amérique centrale, mais ce traité pourrait servir d'exemple, ou référence, pour expliquer l'incertitude dans la sous-région et la région (2).

## 1. Les contrats publics dans le CAFTA-DR

Le Préambule du CAFTA-DR permet de vérifier que la « transparence » et « l'élimination du pot-de-vin et de la corruption dans le commerce international et l'investissement » font partie de l'objet et fin de cet ALE.<sup>879</sup>

---

<sup>875</sup> Art. 1.1: « *The Parties to this Agreement, consistent with Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and Article V of the General Agreement on Trade in Services, hereby establish a free trade area* ».

<sup>876</sup> « *The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment, and transparency, are to: (a) encourage expansion and diversification of trade between the Parties; (b) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties; (c) promote conditions of fair competition in the free trade area; (d) substantially increase investment opportunities in the territories of the Parties; (e) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory; (f) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration, and for the resolution of disputes; and (g) establish a framework for further bilateral, regional, and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement* ». Nous soulignons.

<sup>877</sup> RODRÍGUEZ (J), MORENO (J), JINESTA (E), NAVARRO (K), *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, San José, Guayacán, 2011, p. 277.

<sup>878</sup> *Idem*. L'Observatoire Politique de l'Amérique latine et des Caraïbes de Sciences Po Paris a quelques documents sur la CAFTA-DR < <https://www.sciencespo.fr/opalc/node/693.html> >.

<sup>879</sup> Nous soulignons. Voir l'article 9.13 sur la « *garantie d'intégrité* ».

Dans le cadre de CAFTA-DR, le terme « mesure » inclut « toutes les lois, réglementes, procédures, conditions ou toute pratique »<sup>880</sup>, comme à l'OMC.<sup>881</sup> Cette terminologie est très précise parce elle permet d'éviter tout type de comportement étatique illicite, législatif ou non législatif, contraire à l'accord.

Dans ce que concernent les contrats de nature publique, le chapitre 9 du CAFTA-DR introduit des règles commerciales en internationalisant le droit administratif des États sur la base du principe de non discrimination.<sup>882</sup> Pour ça, le CAFTA légifère sur de divers sujets, en commençant par la détermination des contrats publics couverts, remarque les règles la publicité, harmonise la passation, prévoit des règles relatives aux recours au droit interne (iv), etc.

En ce qui concerne les contrats couverts, les règles du CAFTA-DR sont applicables aux contrats publics couverts en fonction des annexes de cet accord.<sup>883</sup> Ces règles établissent un régime d'exceptions<sup>884</sup> en comprenant la protection de la morale, de la sécurité, de l'ordre public, de la santé, l'environnement, etc.

Dans cette harmonisation, l'aspect social fait se sentir aussi et, sur ce sujet, il faut de noter que les mesures sur « les marchandises ou les services des handicapées, d'institutions philanthropiques ou du travail pénitentiaire »<sup>885</sup> ne constituent pas, par eux-mêmes, une contradiction avec le libre-échange. En ce qui concerne l'aspect social, on peut percevoir que

---

<sup>880</sup> Art. 2.1: « ... *incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica* ». Nous soulignons.

<sup>881</sup> *Cfr.* Lettre *i*) de l'art. 1 de l'AMP 2012.

<sup>882</sup> Voir l'art. 9.2.

<sup>883</sup> De la même manière, le paragraphe 3 de l'art. 9.1 prévoit que l'accord n'est pas applicable aux contrats ou accords relatifs à l'assistance étrangère, aux contrats de la fonction publique, etc.

<sup>884</sup> Art. 9.14 sur les « *exceptions* »:

« 1. *Provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on trade between the Parties, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures:*

*(a) necessary to protect public morals, order, or safety;*

*(b) necessary to protect human, animal, or plant life or health;*

*(c) necessary to protect intellectual property; or*

*(d) relating to goods or services of handicapped persons, of philanthropic institutions, or of prison labor.*

2. *The Parties understand that paragraph 1(b) includes environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health* ».

<sup>885</sup> Lettre *d*) du Paragraphe 2 de l'art. 9.14.

l'acceptation des clauses sociales est constamment répétée dans le cadre de l'harmonisation. Cette répétition reflète une standardisation en la matière dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

Pour toute harmonisation, la publicité est un allié de la libre concurrence. Dans le cadre du CAFTA-DR aussi<sup>886</sup> et les prévisions généralement coïncident avec les règles de publicité de l'OMC<sup>887</sup> et à ce stade, il est impossible de ne pas percevoir que les règles transparence et publicité se répètent parmi les différents textes d'harmonisation. Quel est l'effet de cette répétition ? La notion de transparence se répète constamment et « s'inscrit progressivement dans le droit international public »<sup>888</sup>; et, en ce qui concerne les contrats publics, la transparence devient un principe accueilli au sein de l'OMC et au sein des ALE et elle se présente également comme un standard dans le droit des contrats publics.<sup>889</sup>

En ce qui concerne l'harmonisation de la passation, l'appel d'offres ouvert est la règle générale dans le CAFTA-DR. Cependant, l'adjudication « par d'autres moyens qui ne sont pas les procédures ouvertes d'appel d'offres » est acceptée à condition que ces moyens ne soient pas instrumentalisés « pour éviter la libre concurrence ou pour protéger des fournisseurs nationaux ». <sup>890</sup> Ces modalités de passation ne sont pas exactement les mêmes modalités de l'AMP 2012<sup>891</sup>; mais à la lumière de la politique de renégociation de traités, cet aspect n'est pas si important comme l'incertitude sur la durée du même accord. Serait-il renégocié ? Voici l'incertitude.

---

<sup>886</sup> Art. 9.3 (Publication of Procurement Measures).

<sup>887</sup> Comparer cette article et l'art. 9.6 du CAFTA-DR avec le paragraphe 1 de l'art. VI de l'AMP 2012. Voir aussi l'art. 9.4 et les paragraphes 1 et 3 de l'art. 9.8.

<sup>888</sup> PETERS (A), « La transparence comme principe du droit international public », in *Le cosmopolitisme juridique* (FROUVILLEP (O), directeur), Paris, Pedone, 2015, p. 172.

<sup>889</sup> Dans le cadre de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics, on peut constater que L'Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 66/95 adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2011) déjà considère que « La Loi type révisée devrait contribuer dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé et moderne pour la passation des marchés publics, qui favorise l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés ».

<sup>890</sup> Paragraphe 2 de l'art. 9.9.

<sup>891</sup> Voir les lettres *h*), *m*) et *q*) de l'art. I de l'AMP 2012.

D'ailleurs, le CAFTA-DR assume aussi le droit à un recours dans le cadre des appels d'offres.<sup>892</sup> On peut remarquer ici que les recours sont aussi une autre caractéristique des différents textes d'harmonisation.<sup>893</sup>

L'existence d'un recours réel et effectif, c'est une question fondamentale pour toute ouverture du secteur des contrats publics. Dans l'univers des harmonisations, les recours peuvent être un problème sur le terrain par plusieurs facteurs comme l'inexistence d'un pouvoir judiciaire vraiment indépendant, vraiment impartial et libre de corruption au sein des différents États. Dans un sens large, ces facteurs peuvent convertir les recours en une simple formalité législative et promouvoir une déconnexion entre les contrats publics et chaque harmonisation.

## 2. Des incertitudes à la construction du droit international des contrats publics

La sauvegarde des espaces d'intégration sous-régionale semble être une préoccupation pour certains États. Par exemple, dans le cadre du CAFTA-DR, en vertu du même chapitre 9 les États peuvent promouvoir « *new procurement policies, procedures, or contractual means, provided they are not inconsistent with this Chapter* »<sup>894</sup> mais en plus le CAFTA-DR ne limite pas l'intégration des pays centraméricains, mais il suit la logique de permettre nouveaux instruments juridiques d'intégration (« *new legal instruments of integration, or adopting measures to strengthen and deepen these instruments, provided that such instruments and measures are not inconsistent with this Agreement* »).<sup>895</sup> Le CAFTA-DR conditionne des accords futurs sous réserve de compatibilité (« *not inconsistent with this Agreement* »), ce qui est cohérent avec l'objet et fin du traité. Toutefois, depuis 2017, le thème de la renégociation de ce traité apparaît dans la presse constamment comme une préoccupation inévitable.

---

<sup>892</sup> « *Each Party shall establish or designate at least one impartial administrative or judicial authority, which shall be independent from its procuring entities, to receive and review challenges that suppliers submit relating to the obligations of the Party and its entities under this Chapter and to make appropriate findings and recommendations* », paragraphe 1 de l'art. 9.15. Nous soulignons.

<sup>893</sup> Sur les recours au droit des États, voir la Première partie du livre: *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts* (FOLLIOU-LALLIOT (L) et TORRICELLI (S), Bruxelles, Bruylant, 2018).

<sup>894</sup> Paragraphe 7 de l'art. 9.1.

<sup>895</sup> Paragraphe 2 de l'art. 1.3.

Une renégociation des ALE, peut-elle affecter les contrats publics ? La modification d'un cadre juridique du libre-échange, peut-elle signifier une involution de l'harmonisation des contrats? O un recul dans la construction du droit international des contrats publics ? Ces interrogatrices conduisent à rappeler un classique de la théorie du droit de l'époque de la Licence à l'université: Julius Von Kirchmann, qui avait dit que « trois mots rectificatifs du législateur, et des bibliothèques entières deviennent du papier de rebut ».<sup>896</sup> Toutefois, en ce qui concerne la question de savoir si les changements de normes peuvent constituer un recul dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il faut évaluer, ou contraster, non seulement les règles commerciales *stricto sensu* dans un ancien et un nouveau texte, mais il est également nécessaire d'évaluer et de comparer la portée des règles sur la protection de l'environnement et les clauses sociales, sur la transparence, sur la publicité et sur les garanties d'un recours effectif. Cette comparaison permettra de vérifier si les changements dans le cadre d'une harmonisation donnée constituent une évolution ou une régression. Dans cette optique, tout changement normatif dans les traités commerciaux n'est pas toujours négatif; le négatif pour la construction d'un droit international des contrats publics serait si ces changements entraînent une régression en ce qui concerne les standards ou clauses susmentionnées et en ce qui concerne l'ouverture du marché.

En effet, la construction du droit international des contrats publics n'est pas simplement une concaténation de règles pour l'ouverture du marché, mais cette construction implique aussi l'articulation de divers domaines juridiques autour des contrats publics et dans le cadre de chaque harmonisation. Le développement humain et les droits de l'homme justifient l'existence des contrats publics dans la mesure où la conception d'un projet et la signature d'un contrat pour le lancement d'un tel projet répondent à un besoin des êtres humains, directement ou indirectement, ce qui conduit, parallèlement, à la nécessité d'assurer le respect de l'environnement, des règles de transparence et des objectifs secondaires dans le cadre de l'ouverture du marché des contrats publics. Dans ce même contexte, il n'est pas possible de dire que l'existence d'un nombre important d'ALE et la diversité des organisations

---

<sup>896</sup> Traduction de ZUJTAY (E), de la note bibliographique sur le livre de Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, *Revue internationale de droit comparé*, année 1967, 19/1, pp. 319.

internationales sous-régionales -avec une permanence notoire (comme le Mercosur ou la Communauté andine) ou d'une importance éphémère- est le binôme parfait pour harmoniser le marché latino-américain des contrats publics (ce qui n'existe pas)<sup>897</sup> ou pour articuler les différents domaines juridiques concernés dans le droit des contrats publics à l'unisson dans la région. La construction du droit international des contrats publics ne peut échapper à la réalité suivante: il existe une internationalisation incontestable du droit des contrats publics dans les pays d'Amérique latine, mais il n'y a pas de texte unique dans la région, ni l'adoption d'un texte mondial (l'AMP 2012) par les pays de la région.

En résumé, la non-limitation de l'intégration d'un marché sous-régional est saine pour telle intégration. Et si tel est le cas, la prise en compte des standards (de transparence, de protection de l'environnement et des clauses sociales) et l'adaptation des sous-régionalismes à une harmonisation à l'échelle mondiale, ce sont deux questions fondamentales dans la construction du droit international des contrats publics; toutefois, la non-adhésion des pays latino-américains à l'AMP 2012 rendrait difficile la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où cette construction ne peut pas exclure des régions entières où, précisément, les projets d'infrastructure exigent la signature de contrats de nature publique.

## **Conclusions de la section 1**

L'Amérique latine ne constitue pas un marché unique, mais les États de la région sont concernés par les chapitres des ALE dédiés au droit des contrats publics. En plus, il y a diverses États concernés par une harmonisation dans le cadre des organisations internationales sous-régionales. Dans le contexte de l'absence d'une harmonisation latino-américaine du droit des contrats publics au niveau régional, il y a des opinions qui remarquent l'existence de « tendances générales »<sup>898</sup> en ce qui concerne le droit des contrats publics à la région. L'inexistence d'un ensemble de règles d'harmonisation contraignantes pour toutes

---

<sup>897</sup> D'un point de vue juridique, il serait préférable de parler des « marchés » en Amérique latine.

<sup>898</sup> Voir: BENAVIDES (J), « Tendencias generales de la contratación pública en América Latina », in MORENO (P) et BENAVIDES (J) (éditeurs) *La Contratación Pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 49-71.

les États de la région est la réalité. Cependant, quelques documents intéressants permettent de réfléchir sur la possibilité d'articuler un droit des contrats publics à la région comme, par exemple, la Déclaration de Ministres du Commerce faite à San José le 19 mars 1998 dans le cadre de la Zone de libre-échange des Amériques (*Área de Libre Comercio de las Américas*) (ALCA). L'annexe II de cette déclaration reconnaît que « l'objectif général des négociations sur des achats du secteur public consiste à agrandir l'accès aux marchés pour les achats du secteur public des pays de l'ALCA ». <sup>899</sup> Les termes mêmes de cette déclaration sont encourageantes, sans doute; mais la réalité, c'est autre: l'ALCA « a été » un projet plein d'attentes qu'il est arrivé à un point mort.

D'ailleurs, parmi les instruments d'intégration à l'Amérique latine, le Traité de Montevideo de 1980 est un texte intéressant aussi parce qu'il poursuivait: « la promotion et la régulation du commerce réciproque, le complément économique et le développement des actions de coopération économique qui poussent l'agrandissement des marchés ». <sup>900</sup> Les contrats publics pourraient rester inclus dans cet objectif commercial. <sup>901</sup> Pour le moment, les contrats publics sont simplement assumés comme un instrument pour le développement de la région. <sup>902</sup> Au-delà des idées théoriques sur la possibilité d'une harmonisation des contrats

---

<sup>899</sup> Le texte précise: « *Más específicamente, los objetivos son:*

a). *Lograr un marco normativo que asegure la apertura y la transparencia en los procedimientos de las compras del sector público, sin que implique necesariamente el establecimiento de sistemas idénticos de compras del sector público en todos los países;*

b). *Asegurar la no discriminación en las compras del sector público dentro de un alcance que será negociado;*  
y c). *Asegurar un examen imparcial y justo para la resolución de los reclamos y apelaciones relativos a las compras del sector público por los proveedores, y la implementación efectiva de dichas resoluciones ».*

<sup>900</sup> Texte originel: « *la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuden a la ampliación de los mercados ».*

<sup>901</sup> « *ALADI, CEPAL, SIECA E INTAL trabajarán en un estudio técnico para un acuerdo económico comercial integral latinoamericano... En su Sesión 1247, el Comité de Representantes de la ALADI, compuesto por embajadores de 13 países de la región... indicó su respaldo a la propuesta de la Secretaría General de trabajar en un Acuerdo Económico Comercial Integral Latinoamericano. ... Además del componente comercial, la propuesta base contemplará un segundo aspecto referido a la cooperación, que aproveche la experiencia de la región en diversas áreas tales como facilitación del comercio, inversiones, servicios, compras públicas... »*

Source: < <http://www.aladi.org/nsfaladi/Prensa.nsf/vbusquedaComunicadoswebR/AA4E3DA3A3928555032580D1004FE5A0> >. Vu le 15.12.2017.

<sup>902</sup> PULGAR (T), « Las compras públicas como herramientas de desarrollo en América Latina y el Caribe », in *América Latina y El Caribe integran sus sistemas de Compras Públicas, I Reunión Regional, compilación de ponencias*, Quito, Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015, pp. 6-10 (c'est un document de travail qui réunit les exposés) < <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/america-latina-y-el-caribe-integran-sus-sistemas-de-compras-publicas.pdf> >.



publics en Amérique latine, il faudrait explorer une position collective en ce qui concerne le droit des contrats publics de l'OMC par les pays de la région (aucun pays de l'Amérique latine ne fait partie de l'AMP 2012)<sup>903</sup> et, à partir de ce moment, explorer une harmonisation régionale, ou sous-régionale, évitant toute collision avec le droit des contrats publics de l'OMC, afin de conserver l'harmonie entre toutes les harmonisations.

## **Section 2. La diversité de rythmes et de régimes en Afrique et en Asie**

Dans une perspective comparée, l'Union économique et monétaire du ouest africaine (UEMOA) occupe une place particulière parmi les harmonisations du droit des contrats publics en vertu de quelques règles *sui generis* (§1). Dans d'autres aires géographiques, comme l'Asie, nous observons qu'il n'y a pas des harmonisations sophistiquées contraignantes dans le cadre des organisations internationales bien qu'il y a quelques choses intéressantes dans la zone économique l'Asie Pacifique (§2).

### **§1. L'harmonisation sous-régionale au milieu d'une zone de libre-échange continentale en Afrique**

Dans une perspective communautaire<sup>904</sup>, l'UEMOA<sup>905</sup> représente une harmonisation très intéressant pour le droit communautaire comparé en raison de quelques particularités par rapport à l'harmonisation d'autres organisations internationales (A). Dans la perspective du régionalisme comparé, le régionalisme africain pourrait représenter un avenir plein d'attentes juridiques pour les contrats publics par la récente création d'une zone de libre-échange dans le cadre de l'Organisation de l'unité africaine (B).

---

<sup>903</sup> L'Argentine, le Chili, le Brésil, la Colombie, la Costa Rica et le Panama ont le statut d'observateur dans le Comité de l'Accord des marchés publics. Et il n'y a pas un seul pays de l'Amérique latine en négociations en vue d'adhésion. Source: < [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/memobs\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm) >. Vu le 5.09.2018.

<sup>904</sup> Sur les ordres juridiques communautaires de l'Afrique, voir: NOROU TALL (S), *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, l'Harmattan, 2015, pp. 245-504. Les sources du droit africain des trois organisations internationales que nous citons ici sont expliquées entre las pp. 245-254.

<sup>905</sup> Les membres sont: Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

## **A. L'ouverture des contrats publics dans l'Union économique et monétaire ouest africaine**

L'UEMOA, c'est une organisation internationale constituée par le traité constitutif de l'Union économique ouest africaine du 10 janvier 1994, modifié le 29 janvier 2003. Cette organisation a utilisée les directives de son système de sources<sup>906</sup>; c'est-à-dire, elle a légiféré lient « à tout État membre destinataire des directives, quant au résultat à attendre, tout en lisant aux instances nationales la compétence quant à la forme et les moyens ». <sup>907</sup> C'est la réplique exacte des directives de l'UE en tant qu'instrument d'harmonisation.

Dans le cadre de l'UEMOA, il y a cinq textes basiques pour l'harmonisation. Les trois premiers textes de l'harmonisation sont: la directive 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics du 9 décembre 2005 et la directive 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulations des marchés publics et des délégations de service public.<sup>908</sup> De plus, trois directives complètent ce droit des contrats publics: la directive 04/2012/CM/UEMOA relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de services publics, la directive 01/2009/CM/UEMOA portant code de transparence dans la gestion des finances publiques et la directive 02/2014/CM/UEMOA relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée.

Vu ce panorama, on va pencher l'harmonisation à travers la directive 04/2005/CM/UEMOA (1) et la directive 05/2005/CM/UEMOA (2).

---

<sup>906</sup> L'art. 43 du traité modifié de l'UEMOA, sur le droit dérivé, précise ce qui suit:

« Les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre.

Les directives lient tout Etat membre quant aux résultats à atteindre.

Les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent.

Les recommandations et les avis n'ont pas de force exécutoire ». Nous soulignons.

<sup>907</sup> NOROU TALL (S), *Droit des organisations internationales africaines*, op. cit, pp. 248.

<sup>908</sup> Tenir compte que les deux directives ont la genèse commune: la décision 01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000.

## 1. La directive 04/2005/CM/UEMOA, entre l'ouverture et le protectionnisme intracommunautaire

D'abord, le droit des contrats publics au sein de l'UEMOA se construit sous quelques principes qui sont la base de cette harmonisation. Cette harmonisation utilise le terme « marchés publics » et la directive 04/2005/CM/UEMOA, en vigueur du 1er janvier 2006<sup>909</sup>, est structurée en quatre chapitres<sup>910</sup> contenant 94 articles. L'article 2 soumet les contrats publics aux principes suivants:

« - L'économie et l'efficacité du processus d'acquisition;  
- Le libre accès à la commande publique;  
- L'égalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle;  
- La transparence des procédures, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures ».

Ces principes ne constituent pas de nouveauté dans l'univers juridique de l'harmonisation, mais le développement législatif sous ces principes est très intéressant par quelques particularités en comparaison d'autres harmonisations. En effet, l'harmonisation au sein de l'UEMOA implique quelques particularités *ratione personae* et *ratione materiae*, en matière de publicité, en ce qui concerne la passation et en ce qui concerne l'exécution du marché.

Les règles de la directive 04/2005 sont applicables aux: « procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et aux procédures de passation des délégations de service public, au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, mises en œuvre par les autorités contractantes ... »<sup>911, 912</sup>

On va analyser cette harmonisation *ratione personae* et *ratione materiae*.

---

<sup>909</sup> Art. 94.

<sup>910</sup> Le Titre I est consacré aux dispositions générales. Titre II, consacré aux processus de passation. Le Titre III est consacré à l'exécution et au règlement des contrats. Titre IV, dédiée aux dispositions finales.

<sup>911</sup> Nous soulignons. Autorité contractante est « La personne morale de droit public ou de droit privé visée aux articles 4 et 5 de la présente Directive, signataire d'un marché public, tel que défini dans le présent article » (art. 1).

<sup>912</sup> Art. 3.

*Ratione personae*, la directive s'applique aux « autorités contractantes personnes morales de droit public »<sup>913</sup> et aux « autorités contractantes personnes morales de droit privé ».<sup>914</sup>

D'ailleurs, il y a un détail très important *ratione personae* : l'entreprise communautaire dans le cadre de la préférence communautaire. L'entreprise communautaire (qui est « dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'UEMOA »<sup>915</sup>) a un traitement spécial (« un traitement différencié » on pourrait dire) parce que la directive a adopté une priorité en faveur des entreprises communautaires au détriment entreprises non communautaires:

« Lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être attribuée à l'offre présentée par une entreprise communautaire. Cette préférence communautaire remplace les préférences nationales existant dans les Etats membres. Elle doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder quinze (15) pour cent. La marge de préférence communautaire doit être prévue au dossier d'appel d'offres ».<sup>916</sup>

Cette norme pourrait impliquer un protectionnisme intracommunautaire. Dans notre perception, voici une différence entre l'harmonisation au sein de l'UEMOA et au sein de l'UE: l'adhésion de l'UE à l'AMP 2012 de l'OMC et le principe d'équivalence<sup>917</sup> entravent un traitement de préférence communautaire au sein l'UE contre les pays tiers qui sont Partie

---

<sup>913</sup> L'art. 4 précise que cette directive s'applique « aux marchés publics et délégations de service public conclus par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les agences et organismes, personnes morales de droit public bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation financière publique majoritaire et les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ».

<sup>914</sup> L'art. 5 dit que la directive s'applique: « a) aux marchés et délégations de service public passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation financière publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public; b) aux marchés et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public mentionnées à l'article 4 de la présente Directive ».

<sup>915</sup> Art.1.

<sup>916</sup> Art. 62. Nous soulignons. Il continue: « La Commission de l'UEMOA est chargée de prendre les mesures visant à déterminer les conditions et modalités d'application de la préférence communautaire, notamment par référence aux types d'acquisition concernée et à ses bénéficiaire ».

<sup>917</sup> Voir: art. 25 de la directive 23/2014.

de l'AMP 2012 (et de l'AMP 1994 aussi). Comme les professeurs Vincent Tomkiewicz et David Pavot ont décrit : « l'étude des relations normatives entre le droit de l'OMC et celui de l'Union européenne atteste du dynamisme » de chaque ordre juridique « pour s'adapter aux différents contraintes qui peuvent résulter du rapport avec l'autre ».<sup>918</sup> Ce dynamisme ne pourrait pas accepter des contradictions si directes entre le droit de l'UE et l'AMP 2012 comme la préférence communautaire, sauf s'il s'agissait d'une circonstance vraiment justifié par le même droit international.<sup>919</sup>

*Ratione materiae*, la directive comprend les « marchés publics »,<sup>920</sup> les concessions de service public<sup>921</sup> et les délégations de service public.<sup>922</sup> L'harmonisation est faite essentiellement sur ces types de contrats et, de la même manière, il faut noter que le terme « marchés publics » utilisé au sein de l'UEMOA ne coïncide pas exactement avec le sens du terme « marchés publics » à l'OMC.

Cette directive n'utilise pas le système de listes (ni *ratione personae* ni *ratione materiae*) pour déterminer les contrats publics couverts par ses règles; c'est une différence par rapport à l'harmonisation dans l'UE, le Mercosur ou l'OMC. Cependant, pour déterminer les contrats couverts, les renvois à l'intérieur de la même directive se font sentir; par exemple, conformément l'art. 10, l'harmonisation compris les « marchés publics qui n'en sont pas exclus en vertu de l'article 9<sup>923</sup> et dont la valeur estimée hors taxes est égale ou supérieure

---

<sup>918</sup> TOMKIEWICZ (V) et PAVOT (D), « Les rapports normatifs entre l'Union Européenne et l'OMC », in *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et droit international* (BURGORGUE-LARSEN (L) et al, directeurs), Paris, Pedone, 2012, p. 209.

<sup>919</sup> Les pays de l'UEMOA ne font pas partie de l'AMP 2012.

<sup>920</sup> « Le contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens de la présente Directive » (art. 1).

<sup>921</sup> « Le mode de gestion d'un service public dans le cadre duquel un opérateur privé ou public, le concessionnaire, est sélectionné conformément aux dispositions de la présente Directive. Elle se caractérise par le mode de rémunération de l'opérateur à qui est reconnu le droit d'exploiter l'ouvrage à titre onéreux pendant une durée déterminée » (art. 1).

<sup>922</sup> « Le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la présente Directive confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service. Au sens de la présente Directive, les délégations de services publics comprennent les régies intéressées, les affermagés, (l'opération de réseau) ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage » (art.1).

<sup>923</sup> Article 9 (sur les exclusions) « La présente Directive ne s'applique pas aux marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le

aux seuils nationaux de passation des marchés tels que définis par les réglementations nationales applicables des Etats membres ». Le seuil, il est déterminant.

D'ailleurs, la directive s'applique aussi aux contrats « financés par des ressources extérieures, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions des accords de financement »<sup>924</sup> et, en même temps, celle-ci n'est pas applicable « aux marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ».<sup>925</sup> Cette harmonisation, comme l'harmonisation au sein de l'UE et du Mercosur, permet la sauvegarde des intérêts essentiels des États membres.<sup>926</sup>

Dans le cadre du seuil<sup>927</sup>, la directive évite la fragmentation artificielle du contrat<sup>928</sup>, comme les différentes harmonisations. Dans ce contexte, on va faire une parenthèse pour nous demander si la répétition de plusieurs clauses dans le cadre des diverses harmonisations, démontrent-elles une standardisation du droit des contrats publics ? La réponse est affirmative, plusieurs des clauses des différentes harmonisations sont présentes dans la Loi type de la CNUDCI.<sup>929</sup>

---

secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ».

<sup>924</sup> Art. 8.

<sup>925</sup> Art. 9. Sur les aspects de la publicité, voir le chapitre 2 du titre II.

<sup>926</sup> En ce qui concerne les intérêts essentiels de l'État, une question intéressante est de savoir si ce terme englobe l' « intelligence économique » dans chaque harmonisation. Voir: CAMMILLERI-SUBRENAT (A), *Le droit de la politique européenne de sécurité et de défense dans le cadre du Traité de Lisbonne*, Paris, Lavoisier, 2010, p. 156.

<sup>927</sup> L'art. 10 établit: « La présente Directive s'applique aux marchés publics qui n'en sont pas exclus en vertu de l'article 9 et dont la valeur estimée hors taxes est égale ou supérieure aux seuils nationaux de passation des marchés tels que définis par les réglementations nationales applicables des Etats membres ».

<sup>928</sup> Voir l'article 11.

<sup>929</sup> La CNUDMI (UNCITRAL) permet de connaître les pays qui suivent la loi type. Toutefois, le professeur Stephen de la Harpe note que l'influence de ce texte « *is... not limited to these countries. All countries do not notify UNCITRAL that they based their public procurement regimes on the Model Law and many of the principles used in the Model Law indirectly influenced. To a large extent, the Common Market for Eastern and South Africa (COMESA) based its public procurement regulations on the UN Model Law. Member States are required to align their domestic procurement legislation to these market* », DE LA HARPE (S), « Substantive and Objective Criteria in Preferential Public Procurement: The Case of 2011 Regulations in South Africa », in *Public Procurement Reform and Governance in Africa*, (NYECK (S.N), éditeur) N. York, Clarkson University, 2016, p. 100.

En ce qui concerne la publicité (chapitre 2 du Titre II de la directive 04/2005), il y a un aspect qui mérite une considération spéciale: la nullité du contrat à cause de l'omission de la publicité. Du point de vue du droit comparé, la nullité est un aspect très intéressant; et surtout dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où la nullité implique une attaque au favoritisme éhonté et à la corruption aussi et, évidemment, entraîne un mécanisme de sauvegarde de la libre concurrence.

Effectivement, cette harmonisation présente deux types d'avis: l'avis « communautaire »<sup>930</sup> et les avis « nationaux »<sup>931</sup> de publication. Dans ce contexte, y a une différence très intéressante entre ces deux avis: l'article 42 de la directive, dédié à l'avis national, indique qu'une omission de l'avis implique la nullité du contrat et l'article 41 de la directive, dédié à l'avis communautaire, ne dit pas la même chose<sup>932</sup>. Voici deux niveaux de rigueur dans le cadre de la sauvegarde de la transparence.

En ce qui concerne l'harmonisation des modalités de la passation, la directive harmonise la passation<sup>933</sup> et couvre les procédures spécifiques au marché de prestations intellectuelles<sup>934</sup>

---

<sup>930</sup> Notez que les délais pour la publicité sont très stricts: « Sous réserve de la détermination du seuil communautaire de publication, la Commission de l'UEMOA publie les avis de marchés ou de délégations avec appel d'offres douze (12) jours ouvrables au plus tard après leur réception par la Commission. En cas d'urgence, ce délai est réduit à cinq (5) jours ouvrables. Le contenu, le mode de communication et les modalités de publication des avis communautaires fera l'objet d'une Décision de la Commission. La publication des avis, en application des dispositions des réglementations nationales, ne peut intervenir avant la publication effectuée par la Commission de l'UEMOA. Toutefois, à défaut de publication par la Commission de l'UEMOA dans les délais impartis par la présente Directive, l'autorité contractante nationale peut procéder à la publication » (art. 41). Nous soulignons.

<sup>931</sup> « Les marchés publics par appel d'offres, dont le montant est supérieur ou égal au seuil visé à l'article 10 de la présente Directive doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans une publication nationale et/ou internationale et sous format électronique, selon... . Cette obligation concerne également les avis de pré qualification.

L'absence de publication de l'avis est sanctionnée par la nullité de la procédure » (art. 42). Nous soulignons.

<sup>932</sup> Voir les deux notes en bas antérieures.

<sup>933</sup> C'est sont: L'appel d'offres ouvert (art. 30), l'appel d'offres ouvert précédé de pré qualification (art. 31), l'appel d'offres restreint (art. 32), l'appel d'offres en deux étapes (art. 33), les procédures applicables en matière de maîtrise d'ouvrage déléguée (art. 35), la procédure applicable au marché à commandes (art. 36), la procédure applicable au marché de clientèle (art. 37).

<sup>934</sup> L'art. 34 indique qu'il « est relatif aux activités qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable... ».

et l'adjudication directe.<sup>935</sup> Cependant, la règle générale est l'appel d'offres ouvert.<sup>936</sup> En ce contexte, l'harmonisation reconnaît un régime spécial de passation pour les délégations de service public et la pré-qualification des candidats aussi afin de pouvoir « identifier les cocontractants potentiels qui offrent les garanties techniques et financières suffisantes et qui ont la capacité d'assurer la continuité du service public dont ils seront délégataires ».<sup>937</sup> De cette façon, on permet la recherche de la meilleure option pour prévenir la paralysations des services publics.

En ce qui concerne les règles sur l'exécution du contrat, dans une perspective comparée, il y a un autre aspect important de l'harmonisation au sein de l'UEMOA: l'existence d'un ensemble de règles sur l'exécution du marché. Effectivement, en vertu du titre III de la directive (« exécution et règlement des marchés publics »), cette harmonisation est allée plus loin en comparaison des autres harmonisations. Ce titre est composé par quatre chapitres dédiés aux conditions du marché public<sup>938</sup>, au changement en cours d'exécution du marché<sup>939</sup>, à la résiliation et l'ajournement des marchés<sup>940</sup> et au règlement des marchés.<sup>941</sup> Cependant, un détail affleure: l'UEMOA, c'est l'une de ces petites organisations sous-régionales qui ont été décrites comme une organisation en processus de « désintégration »<sup>942</sup> (parce que quelques de ses membres ont signé des accords commerciaux et autres de ses membres n'ont pas signé ce type d'accords avec l'UE<sup>943</sup>). Cependant,

---

<sup>935</sup> L'art. 32 précise: « Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres restreint que lorsque les biens, les travaux ou les services, de par leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, d'entrepreneurs ou de prestataires de services ». Voir l'art 38.

<sup>936</sup> Art. 28, consacré aux modes de passation des marchés: « L'appel d'offres ouvert est la règle; le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics ».

<sup>937</sup> Art. 73.

<sup>938</sup> Chapitre 1.

<sup>939</sup> Dans le chapitre 2, il est important l'article 86, sur le « non respect des délais contractuels » qui dit: « En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités, sous réserve que les conditions de mise en œuvre de ces pénalités soient prévues dans le marché. Ces pénalités ne peuvent excéder le montant fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché... Les empêchements résultant de la force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter ». Nous soulignons.

<sup>940</sup> Chapitre 3.

<sup>941</sup> Chapitre 4.

<sup>942</sup> MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*, op. cit. p. 55-56.

<sup>943</sup> *Idem*.



l'harmonisation au sein de l'UEMOA est académiquement intéressante par ses particularités, comme on va voir aussi dans la directive 05/2005, laquelle nous allons expliquer ensuite.

## **2. La surveillance multilatérale de l'harmonisation à travers la directive 05/2005**

Le but de la directive 05/2005, c'est la « convergence des législations ». <sup>944</sup> Cette convergence nécessite « la mise en place d'un mécanisme de surveillance multilatérale visant à la réalisation des objectifs communautaires ». Dans cette ligne, la directive introduit aussi un ensemble de règles qui concernent l'harmonisation des recours (i), des sanctions (ii) et des règles sur la nullité du contrat infectée par la corruption (iii).

### *(i) L'harmonisation en perspective contentieuse: les recours*

L'article 11 de la directive 05/2005 assume l'importance d'un « recours effectif » en faveur des candidats dans les appels d'offres publiques parce que: « les Etats membres s'engagent à prendre les mesures nécessaires permettant aux soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions de la Directive N°04/2005/CM/UEMOA ».

Comme toutes les harmonisations, l'harmonisation au sein de l'UEMOA tend à éliminer le manque de défense juridique à travers des recours. Curieusement, en ce qui concerne les recours, la directive 05/2005 prévoit trois différentes instances, à savoir: un recours « devant le représentant de l'autorité contractante » <sup>945</sup>; un recours devant la « autorité hiérarchique » <sup>946</sup> qui peut réviser la décision du représentant de l'autorité contractante; et, finalement, un recours devant « Autorité de recours non juridictionnels » (ARNJ). <sup>947</sup>

L'ARNJ nous attire attention parce qu'elle n'est pas composée uniquement de fonctionnaires de l'État ni exclusivement de non fonctionnaires; nous percevons ici une instance mixte: « composée de membres de l'administration, du secteur privé et de la société civile,

---

<sup>944</sup> Préambule.

<sup>945</sup> Art. 11.

<sup>946</sup> Voir les arts. 11 et 12.

<sup>947</sup> Art. 12.

reconnus pour leur professionnalisme, leur indépendance et leur représentativité ».<sup>948</sup> Cette composition représente un mécanisme administratif de « participation citoyenne » *sui generis* au sein du droit administratif et du droit comparé.

*(ii) L'harmonisation des sanctions*

La directive 05/2005 considère que « l'hétérogénéité » juridique est « préjudiciable »<sup>949</sup> et le législateur lie les sanctions avec l'État de droit remarquant que: « la consolidation d'un État de droit exige, en ces matières, la mise en œuvre d'un dispositif éthique et de sanctions des infractions définies par les réglementations communautaires et nationales... ».<sup>950</sup> De cette façon, la directive sauvegarde le principe de légalité des sanctions.

Pour la « convergence des législations »<sup>951</sup> et « la mise en place d'un mécanisme de surveillance multilatérale »<sup>952</sup>, la directive a instauré un mécanisme de contrôle et de sanctions en créant des obligations pour les États en incluant des sanctions disciplinaires pour les fonctionnaires publics<sup>953</sup> et des sanctions administratives pour les candidats<sup>954</sup> et pour le soumissionner.<sup>955</sup> Avec ces clauses, la disparité des sanctions au sein des États est évitée.

*(iii) La nullité du contrat à cause de la corruption, un autre élément différenciateur*

L'article 10 de la directive introduit la nullité des contrats publics infectés par la corruption. Cependant, la même directive prévoit que l'intérêt public peut justifier la non déclaration de nullité du contrat (« si l'intérêt public s'y oppose »).<sup>956</sup> De la même manière, la directive

---

<sup>948</sup> Art. 12.

<sup>949</sup> Huitième considération de la directive.

<sup>950</sup> Neuvième considération.

<sup>951</sup> Préambule.

<sup>952</sup> Voir le préambule et l'art. 13.

<sup>953</sup> La sanction reste au compte des États; c'est-à-dire que l'UEMOA n'assume pas la compétence disciplinaire pour les fonctionnaires des États membres. De la même manière, les sanctions disciplinaires découlant de la directive ne sont pas incompatibles avec les sanctions du droit pénal en vertu de la même directive (voir l'art. 9).

<sup>954</sup> Dans le cadre de cette organisation internationale, le terme candidat signifie: « La personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation ... » (art. 1).

<sup>955</sup> Le terme soumissionnaire signifie « la personne physique ou morale qui participe à un appel d'offres en soumettant un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre » (art. 1).

<sup>956</sup> Art.10.

établit que « tout contractant dont le consentement aura été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation » du contrat, « sans préjudice de son droit de demander des dommages et intérêts ».<sup>957</sup> Le mot « nullité » du contrat et/ou le mot « annulation » du contrat n'existent pas dans le vocabulaire des directives de l'UE de 2014. La force des mots remarque la différence entre l'une et une autre harmonisation.

## **B. Les contrats publics dans la zone africaine de libre-échange**

L'Union africaine (l'UA) a été créée à Lomé, le 11 juillet 2000.<sup>958</sup> Le texte de son Acte constitutif précise notamment l'objectif d'« accélérer l'intégration politique et socio-économique du continent ».<sup>959</sup>

En ce qui concerne les contrats de nature publique, l'UA mérite une attention spéciale non seulement en raison du *Procurement Manual*<sup>960</sup> de sa Commission<sup>961</sup> mais en raison de l'Accord portant création de la zone de libre-échange continental africaine signé à Kagali le 21 mars 2018 et de son Protocole sur le commerce des marchandises, de son Protocole sur le commerce des services et son Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement de différences.

L'Accord de Kagali de 2018 « régit le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence ».<sup>962</sup> C'est la volonté du législateur sous, entre autres principes, le traitement de

---

<sup>957</sup> Art. 10.

<sup>958</sup> L'OU est créée « conformément aux objectifs fondamentaux de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et du Traité instituant la Communauté économique africaine » (Préambule de l'Acte Constitutif de l'Union Africaine).

<sup>959</sup> Paragraphe *c*), de l'art. 3.

<sup>960</sup> < [http://www.grmf-eastafrika.org/application/documents/acc010-auc\\_procurement\\_manual-01.pdf](http://www.grmf-eastafrika.org/application/documents/acc010-auc_procurement_manual-01.pdf) >. Vu le 23.05.2018.

<sup>961</sup> « Les organes de l'Union sont les suivants: a) La Conférence de l'Union; b) Le Conseil exécutif; c) Le Parlement panafricain; d) La Cour de justice; e) La Commission; f) Le Comité des représentants permanents; g) Les Comités techniques spécialisés; h) Le Conseil économique, social et culturel; i) Les institutions financières » (art. 5 de l'Acte constitutif de l'Union africaine).

<sup>962</sup> Art. 6

la nation la plus favorisée, le traitement national et la réciprocité.<sup>963</sup> Cet accord détermine parmi les objectifs généraux, un marché unique africain.<sup>964</sup>

Une lecture initiale du texte peut provoquer enthousiasme et attentes futures en face d'une harmonisation africaine, surtout si l'Accord de Kagali remarque, entre les objectifs spécifiques, que les États « éliminent progressivement les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce des marchandises » et « libéralisent progressivement le commerce des services ».<sup>965</sup> Cependant, les deux protocoles de l'Accord de Kagali présentent ses propres règles en ce qui concerne les services (1) et en ce qui concerne les marchandises (2). On va voir les contrats publics dans le cadre des protocoles.

### **1. L'exclusion des contrats publics en matière de services**

Le Protocole sur le commerce des services ne permet pas un grand enthousiasme pour une harmonisation du droit des contrats publics. Ce protocole identifie « l'urgente nécessité de s'appuyer et de consolider les réalisations obtenues en matière de libéralisation des services et d'harmonisation réglementaire au niveau des Communautés économiques régionales (CER) et à l'échelle continentale »<sup>966</sup>, reconnaît le traitement de la nation la plus favorisée<sup>967</sup>, mais il exclut de son champ d'application « l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ».<sup>968</sup> Cette clause d'exclusion directe peut faciliter la conclusion d'ALEs entre les États de l'UA et États tiers et conduire à nouvelles harmonisations en ce qui concerne les contrats publics en matière de services sans aucun risque de contradiction entre les règles des ALE et de l'UA.<sup>969</sup> De la même façon, cette exclusion expresse peut faciliter l'adhésion des

---

<sup>963</sup> Art. 5.

<sup>964</sup> Voir l'art. 3.

<sup>965</sup> Art. 4.

<sup>966</sup> Préambule.

<sup>967</sup> Paragraphe 1 de l'art. 4: « En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent Protocole, chaque État partie accorde, dès son entrée en vigueur, immédiatement et sans condition, aux services et fournisseurs de services de tout autre État partie un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de toute tierce partie ».

<sup>968</sup> Paragraphe 4 de l'art. 2.

<sup>969</sup> Sans des règles d'harmonisation régionale il n'y a pas aucun risque de contradiction régionale avec les règles d'harmonisation mondiale.

États de l'UA à l'AMP 2012 sans aucun risque de contradiction entre les règles des ALE et de l'UA. Cependant, pour une harmonisation à l'échelle planétaire, il serait désirable une adhésion des États africains à l'AMP 2012, en bloc ou individuellement.

## **2. La non exclusion des contrats publics en matière de marchandises**

Les contrats publics ne sont pas exclus du champ d'application du Protocole sur le commerce des marchandises.<sup>970</sup>

En tout cas, la réalité est la suivante: à l'UA, il n'y a pas une harmonisation des modalités de passation des contrats publics. Sans une harmonisation des modalités de passation, il est difficile de parler d'une harmonisation en sens juridique. En conséquence, la nouvelle zone de libre-échange à l'Afrique pourrait impliquer un embryon d'harmonisation en ce qui concerne les contrats publics de marchandises.<sup>971</sup>

### **§2. L'absence d'harmonisation du droit des contrats publics en Asie**

L'intégration régionale à l'Asie n'est pas comparable avec l'intégration d'autres régions et sous-régions. Pour commencer, une Communauté d'États Asiatiques n'existe pas. Le professeur Razeen Sally a décrit l'intégration en Asie dans les suivants termes: « *increasing integration is confined pretty much to east Asia. Correspondingly, regional economic institutions are thin on the ground, weak or embryonic* ». <sup>972</sup> Cependant, l'absence d'une

---

<sup>970</sup> Art. 3: « 1. Le présent Protocole s'applique au commerce des marchandises entre les États parties. 2. Les annexes sur les Listes de concessions tarifaires (Annexe 1); les règles d'origine (Annexe 2); la coopération douanière et l'assistance administrative mutuelle (Annexe 3); la facilitation des échanges (Annexe 4); les barrières non-tarifaires (Annexe 5); Les obstacles techniques au commerce (Annexe 6); les mesures sanitaires et phytosanitaires (Annexe 7); le transit (Annexe 8) et les mesures correctives commerciales (Annexe 9), dès leur adoption, font partie intégrante du présent Protocole ».

<sup>971</sup> Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit les objectifs secondaires. À cet égard, les professeurs Geo Quinot et Sue Arrowsmith, ont noté que l'utilisation de ces contrats pour des politiques sociales « *purposes also often stands in conflict with a final objective* » dans l'ouverture des marchés, QUINOT (G) et ARROWSMITH (S), « Introduction », in *Public Procurement Regulation in Africa* (QUINOT (G) et ARROWSMITH (S) éditeurs), Cambridge University Press, 2013, p. 16.

<sup>972</sup> SALLY (R), « Regional economic integration in Asia. The track record and prospects », *ECIPE Occasional Paper*, numéro 2, 2010, p. 2. < <http://ecipe.org/app/uploads/2014/12/regional-economic-integration-in-asia-the-track-record-and-prospects.pdf> >.

organisation internationale à laquelle les États attribuent des « compétences souveraines » pourrait remettre en cause l'utilisation du terme « intégration »<sup>973</sup> en ce qui concerne les États asiatiques. Dans cette région, nous n'avons pas trouvé des normes d'une harmonisation contraignante du droit des contrats publics au sein des organisations internationales; cependant, il y a des textes qui pourraient être considérés comme l' « embryon » pour des harmonisations futures (A). En plus, il y a un texte très significative à la macro-région Asie-Pacifique (B).

### **A. Vers une harmonisation en Asie ?**

Quelques normes de l'*Agreement on South Asia Free Trade Area* (1) et d'autres « embryons normatifs » (2) attirent l'attention.

#### **1. Le *Agreement on South Asia Free Trade Area***

*The Agreement on South Asia Free Trade Area* (SAFTA) d'Islamabat du 6 janvier 2004, c'est un ALE très important pour l'harmonisation juridique du commerce à la sous-région du sud de l'Asie par trois raisons.

Premièrement, parce que les États conviennent « *to maximise the realization of the region's potential for trade and development for the benefit of their people, in a spirit of mutual accommodation* » et « *that a number of regions are entering into such arrangements to enhance trade through the free movement of goods* »<sup>974</sup>; tout cela pour « *to promote and enhance mutual trade and economic cooperation among the Contracting States, through exchanging concessions in accordance with this Agreement* ».<sup>975</sup> En tout cas, on parle des biens, non des services.

---

<sup>973</sup> Dans ce contexte, il convient de souligner que le professeur José Manuel Sobrino Heredia précise qu' « *un proceso de integración supone que los Estados atribuyen el ejercicio de competencias soberanas a un nuevo sujeto internacional: la Organización internacional de integración* », SOBRINO (J), « Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y supranacionalidad », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, numéro 5, 2001, p. 866.

<sup>974</sup> Préambule.

<sup>975</sup> Art. 2.

En deuxième lieu, parce que le terme « *Direct Trade Measures* » dans ce traité implique:

« *measures conducive to promoting mutual trade of Contracting States such as long and medium-term contracts containing import and supply commitments in respect of specific products, buy-back arrangements, state trading operations, and government and public procurement* ». <sup>976</sup>

Le texte dévoile sa vocation de couvrir les contrats des pouvoirs publics.

En troisième lieu, le SAFTA considère les distinctes circonstances particulières. Et à cet égard, le SAFTA accepte un traitement spécial et différencié pour les pays en voie de développement en matière de contrats publics<sup>977</sup> comme à l'OMC.

En résumé, le SAFTA pourrait déjà avoir introduit les bases d'une harmonisation du droit des contrats publics. Cependant, il y a certaine absence d'optimisme<sup>978</sup> au milieu de l'incertitude.

## **2. L'exclusion des contrats publics de l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement***

En ce qui concerne l'Association des nations du sud-est asiatique (ASEAN), les événements académiques mettent sur la table un intérêt spécial aux contrats publics à la sous-région.<sup>979</sup> Néanmoins, curieusement, l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement* de Cha-am du 26 février 2009 exclut les contrats publics du champ d'application de ce traité.<sup>980</sup> Mais quelque chose de nouveau bouge entre les pays de l'ASEAN et l'Australie, la Corée, la Chine, le Japon et la Nouvelle-Zélande ont signé, le 15 de novembre de 2020, un accord commercial

---

<sup>976</sup> Art. 1.

<sup>977</sup> Voir l'art. 11.

<sup>978</sup> Dans une perspective critique, voir: WEERAKOON (D) et THENNAKOON (J), « SAFTA: Myth of Free Trade », *Economic and Political Weekly*, vol. 41, numéro 37, 2006, pp. 3920-3923.

<sup>979</sup> Pour le moment, l'intérêt académique sur ce sujet est très vivant.

< <http://www.worldbank.org/en/events/2017/11/15/asean-public-procurement-knowledge-exchange-forum#2>  
>. Vu le 24.05.2018.

<sup>980</sup> Paragraphe 4 de l'art. 3: « *This Agreement shall not apply to: ... (c) government procurement* ».

où un chapitre est consacré aux contrats publics<sup>981</sup>, ce qui représente un grand progrès pour les relations commerciales dans le cadre du *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP).<sup>982</sup>

## **B. Les contrats publics dans la macro-région Asie-Pacifique**

En ce qui concerne l'Asie-Pacifique, le professeur Jean-François Guilhaudis résume que « il n'existe pas pour cette très vaste région l'équivalent de l'OEA, de l'OUA ou de l'OSCE... L'APEC représente 39% de la population mondiale, 59% du PBI mondial, 48% du commerce mondial » et « le commerce entre pays membres a très fortement augmenté, sur la base d'accords bilatéraux et sous-régionaux ». <sup>983</sup>

Dans le cadre de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), les *Non-binding Principles on Government Procurement* de 1999 et les *Transparency Standards on Government Procurement* de 2004 constituent un *soft law* intéressant. En gros, le *soft law* a lieu spécial dans le droit des contrats publics dans une perspective transnationale.

D'ailleurs, l'Accord de partenariat transpacifique du 4 février 2016 constitue un instrument utile pour l'établissement d'un régime juridique en vertu du chapitre 15 (Texte du TPP consolidé)<sup>984</sup> dédié spécialement aux contrats publics.<sup>985</sup> Le TPP introduit trois modalités de

---

<sup>981</sup> < <https://rcepsec.org> >. Voir aussi: < <https://www.iisd.org/itm/2019/12/17/asia-pacific-leaders-clinch-rcep-trade-and-investment-deal-pledge-to-continue-talks-with-india/> >. Enfin, l'Inde ne fait pas partie de l'accord.

<sup>982</sup> Voir le Chapitre 16. L'art. 16.1, consacré aux objectifs, précise ce qui suit : « *The Parties recognise the importance of promoting the transparency of laws, regulations, and procedures, and developing cooperation among the Parties, regarding government procurement* ».

<sup>983</sup> GUILHAUDIS (J-F), *Relations internationales contemporaines*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 639-640.

<sup>984</sup> Voir: FRANCIS (D), « Choices and Consequences: Internationalizing Competition Policy After TPP », in *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP* (KINGSBURY (B), et al, éditeurs), Oxford University Press, 2019, pp. 414-418.

<sup>985</sup> GORSKI (J), « Opening Government Procurement to International Competition in the Asia-Pacific Region: Impact of the Transpacific Partnership » (March 18, 2016). *Chinese University of Hong Kong, Centre for Financial Regulation and Economic Development, Working Paper* numéro 16. < <https://ssrn.com/abstract=2749410> >.



passation: l'appel d'offres limité<sup>986</sup>, l'appel d'offres ouvert<sup>987</sup> et l'appel d'offres sélectif.<sup>988</sup> Ce traité utilise le système de listes pour déterminer les entités publiques de chaque État qui restent concernées par l'harmonisation des contrats publics; il présente des normes générales<sup>989</sup> et normes spécifiques<sup>990</sup> contre la corruption, établit les conditions de participation aux contrats publics<sup>991</sup>, demande d'avoir des recours internes « pour procéder à un examen non discriminatoire, en temps opportun, transparent et efficace, d'une contestation ou d'une plainte déposée par un fournisseur »<sup>992</sup> et, fait intéressant, le TPP met en évidence une préoccupation par le *green public procurement* dans le cadre de la transcontinentalisation des règles sur les contrats publics.<sup>993</sup>

Le *green public procurement* conduit à une réflexion positive: les règles des harmonisations des contrats publics fortifient le droit international de l'environnement. Par exemple, en ce qui concerne l'AMP 2012, la professeure Maria Anna Corvaglia résume que cet accord « *included a new substantive provision, legitimising the preparation of technical specifications based on environmental considerations* ». <sup>994</sup> En ce qui concerne les spécifications techniques dans le cadre du TPP, le paragraphe 1 de l'article 15.12 stipule ce qui suit: « une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce entre les Parties »; et le paragraphe 6 de cet article précise que cette règle n'empêche pas « d'établir, d'adopter ou d'appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement ». Les

---

<sup>986</sup> Qui « désigne une méthode de passation des marchés suivant laquelle une entité contractante s'adresse à un ou à des fournisseurs de son choix ». Dans ce contexte, il y a la condition suivant « qu'elle n'utilise pas » ce méthode de passation « dans le but d'éviter la concurrence entre des fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre Partie, ou protège les fournisseurs nationaux, une entité contractante peut recourir à l'appel d'offres limité », paragraphe 1 de l'article 15.10.

<sup>987</sup> Qui « désigne une méthode de passation des marchés suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent présenter une soumission ».

<sup>988</sup> Qui « désigne une méthode de passation des marchés suivant laquelle une entité contractante n'invite que des fournisseurs qualifiés à présenter une soumission ».

<sup>989</sup> Le chapitre 26 du TPP, il est dédié à la « transparence et lutte contre la corruption ».

<sup>990</sup> Art. 15.18.

<sup>991</sup> Art. 15.8.

<sup>992</sup> Art. 15.19.

<sup>993</sup> Voir les documents: *APEC Committee on Trade and Investment, Annual Report to Ministers, 2013*; GIMENEZ-PUJOL (A) et CASTAÑO (J), *Green Public Procurement in the Asia Pacific Region: Challenges and Opportunities for Green Growth and Trade*, Asian Pacific Economic Cooperation Secretariat, 2013.

<sup>994</sup> CORVAGLIA (A-M), *Public Procurement and Labour Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 236.

spécifications techniques peuvent être l'instrument nécessaire pour l'application administrative du droit international de l'environnement. L'article 15.12 du TPP est un bon exemple de cela.

## Conclusions de la section 2

D'ailleurs, l'harmonisation du droit des contrats publics à travers les ALE et l'apparition « du méga-régionalisme et transrégionalisme »<sup>995</sup> ont donné lieu à une sorte de méga-régionalisation et de « transrégionalisation » du droit des contrats publics.<sup>996</sup> Dans ce contexte, l'AMP 2012 peut devenir comme l'axe cardinal des harmonisations et l'adhésion à cet accord peut conduire à une interaction utile entre le droit de l'OMC et les régimes juridiques introduits par les traités internationaux et par des ordres juridiques communautaires aussi.

La construction du droit international des contrats publics implique non seulement d'articuler les différents domaines juridiques autour des contrats publics, mais aussi de relier les divers marchés ouverts dans le cadre des ALE, les ordres communautaires et le marché mondial créé par l'AMP 2012. Dans ce contexte, on peut dire que la présence, ou l'absence, des pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine à l'AMP 2012 peuvent être déterminants pour le succès, ou l'échec, de l'harmonisation mondiale du droit des contrats publics dans le cadre de la libre concurrence à l'échelle mondiale.

Le besoin d'infrastructures dans ces trois régions du monde constitue un vaste marché pour les contrats publics qui peut mettre à l'épreuve le pouvoir du protectionnisme, de la

---

<sup>995</sup> CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 511 et 515.

<sup>996</sup> Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit les explications du professeur Karl Zemanek, alors que les traités multilatéraux ou les organisations internationales peuvent déjà créer une sorte de sous-système. Il a noté que: « *Often such multilateral treaties do not simply create norms of conduct but establish a special régime or an organized sub-system, occasionally in the form of a universal or regional international organization. Some of these sub-systems have institutionalized the making of additional rules in their respective issue-areas, the control of their application, and remedies against their violation to such a degree that they have become comparatively autonomous sectional (and nearly always also sectorial) legal systems* », ZEMANEK (K), « The legal foundations of the international system: general course on public international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 266, 1997, p. 63.

discrimination et de la corruption, trois obstacles pour le libre marché et la libre concurrence qui sont présents sur les cinq continents, à des degrés divers, selon les circonstances, les gouvernements et les entreprises de chaque pays.

## Conclusions du chapitre 2

On dit que « la complexité et la quantité des règles ont augmenté » et que c'est un « paradis pour les avocats ».<sup>997</sup> Ce peut-être vrai. Il y a de nouveaux scénarios juridiques<sup>998</sup> où le droit international public fait partie de la réalité plus récente du droit des contrats publics.

Dans ce contexte, la multiplication des harmonisations génère non seulement une multiplicité de régimes juridiques, mais aussi l'existence d'une multiplicité de mécanismes de solution de différences au sein de chaque régime juridique des contrats publics. Ce n'est pas tout à fait rare parce que « les juridictions régionales ont toutes la particularité d'être créées dans un contexte systémique donné ».<sup>999</sup> Cependant, la multiplicité des mécanismes de solution de différences peut conduire à une jurisprudence contradictoire sur les mêmes sujets comme, par exemple, l'acceptation ou non des clauses sociales dans le cadre de la libre concurrence et l'élimination des barrières, etc. L'expérience européenne implique l'acceptation de clauses sociales aux contrats publics; mais, en macro perspective, les clauses sociales seront-elles toujours acceptées à l'intérieur de chaque régime d'harmonisation des contrats publics avec la même rigueur ?

Finalement, un parcours par les harmonisations met en évidence que si chaque sous-région, région ou un groupe d'États immergés dans un ALE ont ses propres règles et sans tenir

---

<sup>997</sup> « *The complexity and volume of the regulation have increased once again and the new Public Procurement Directive remains a lawyer's paradise* » TREUMER (S), « Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive », in *Modernising Public Procurement: The New Directive* (LICHÈRE (F), CARANTA (R) et TREUMERS (S), éditeurs), København, Djøf, 2014, p. 10.

<sup>998</sup> Voir: BOWN (C), « Mega-Regional Trade Agreements and the Future of the WTO », *Global Policy*, vol. 8, numéro 1, 2017, pp. 107-112; STOLL (P-T) « Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions Forthcoming », in *Mega-Regional Trade Agreements and the Future of International Trade and Investment Law* (RENSMANN (T), éditeur), Springer, 2015  
< [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2872160](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2872160) >.

<sup>999</sup> BURGORE-LARSEN (L), « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 204.

compte de l'existence d'autres harmonisations et d'autres domaines du droit international, le risque de fragmentation du droit international en matière de contrats publics ne serait pas très loin. Ce risque peut être accentué par la présence d'ordres juridiques communautaires en légiférant sur les contrats publics dans la mesure où chaque ordre communautaire peut introduire leurs propres règles secondaires en matière de contrats publics.<sup>1000</sup>

---

<sup>1000</sup> Le professeur Mariano Aznar décrit ce qui suit: « *como síntoma o consecuencia del problema general sobre la unidad o fragmentación del derecho internacional, ... se multiplicó exponencialmente la producción científica alrededor del mismo advirtiendo, esencialmente, sobre dos cuestiones íntimamente ligadas entre sí: de un lado, la multiplicación de instancias judiciales internacionales y que el impacto de sus decisiones discordantes pudieran tener sobre la unidad del sistema jurídico internacional; y, de otro, la confirmación de regímenes normativos particulares, con normas secundarias propias, distintas de las del derecho internacional general* », AZNAR (M), « En torno a la unidad sistemática del Derecho internacional », in *La constitucionalización de la comunidad internacional* (PETERS (A) et al, éditeurs), Valencia, Cedri, irant lo blanch, 2012, pp. 267-269.



## Conclusions du titre II

Les règles du droit de l'OMC n'ont pas conduit, pour le moment, à une harmonisation réelle et effective du droit des contrats publics à l'échelle planétaire en raison du taux actuel d'adhésions à l'AMP 2012 (qui n'est pas très élevé). Si l'applicabilité des règles de l'OMC est très faible ou réduit, le rôle du droit de l'OMC comme l'axe cardinale du droit des contrats publics peut être une réalité « *under construction* »<sup>1001</sup>; ou peut-être un « mirage » juridique.<sup>1002</sup>

D'ailleurs, l'harmonisation du droit pénal contre la corruption mérite une reconnaissance spéciale; cette harmonisation implique une évolution du droit pénal international très louable en macro perspective. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de nier l'insuffisante harmonie entre les compétences judiciaires des différents États en fonction de la personne humaine. Cette insuffisante harmonie à une échelle planétaire arrive à tel point que le principe général du droit « la loi ne protège pas l'exercice abusif des droit » peut devenir en « poudre aux yeux » si devers États, parmi les plus de deux cents États de la Communauté internationale, pourrait s'attribuer la compétence, de manière illimitée, sur un même délit de corruption (ou peut-être pas?). On va reprendre le sujet de l'insuffisante harmonie du droit pénal contre la corruption à la deuxième partie.

Dans ce contexte, il est évident qu'une significative progression de l'harmonisation des règles d'ouverture du marché des contrats publics et des règles pour la lutte contre la corruption existe, mais ces progressions sont progressions inachevées en face d'un marché libre au plan mondial. L'insuffisance de l'actuelle harmonisation fait se sentir.

---

<sup>1001</sup> Pour voir « *some robust evidence on the relative openness of the public procurement markets of the major trading nations of the world* », MESSERLIN (P), « How Open Are Public Procurement Markets? », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 548-567.

<sup>1002</sup> « *La deficiente regulación del regionalismo por parte de la misma OMC es la que ha cimentado el crecimiento imparabable de los acuerdos a nivel global* », MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*, op. cit, p. 34.



## Conclusions de la première partie

La multiplicité et la multiplication des règles d'harmonisation constituent une caractéristique des contrats publics dans le cadre du droit international, en incluant la transcontinentalisation. L'UE participe à la transcontinentalisation du droit des contrats publics en vertu des traités existants et des méga-accords<sup>1003</sup> comme, par exemple, l'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada<sup>1004</sup> ou en vertu des traités futurs. Il est impossible d'expliquer l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre du droit international sans prévenir que le scénario peut être agrandi. En effet, le scénario du droit des contrats publics est un scénario qui comprend des normes internationales en constante expansion, quantitativement (règles de diverses harmonisations) et qualitativement (règles sur diverses matières dans le cadre de chaque harmonisation). Dans ce sens, le droit des contrats publics cesse d'être un sujet propre du droit administratif et du droit communautaire et il devient un sujet du droit international économique (n'oublions pas que les règles d'harmonisation du droit des contrats publics, sur tout dans le cadre de l'OMC et des ALE, sont règles de nature commerciale).

Dans une macro perspective, il est important de remarquer que l'objet d'étude de l'harmonisation du droit international des contrats publics n'est pas statique parce que les règles d'harmonisation sont en augmentation et le droit international des contrats publics présente un objet en constante évolution à mesure que des nouveaux régimes juridiques apparaissent. Par exemple, quand nous avons commencé à rédiger cette thèse, nous ne pouvions pas parler d'une harmonisation contraignant dans le cadre du Mercosur en vertu du Protocole de Brasilia de 2017, ni parler de l'ALENA 2.0, ni analyser la zone de libre-échange créée par l'Accord de Kagali de 2018, ni citer l'Accord UE-Mercosur de 2019.

D'ailleurs, l'étude de la construction du droit international des contrats publics ne se limite pas aux règles d'une ouverture du marché et de libre concurrence dans le cadre des traités et au sein des organisations communautaires; l'objet du droit international des contrats publics

---

<sup>1003</sup> Sur les relations commerciales de l'UE et ses méga-accords, voir MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*, op. cit, pp. 142-295.

<sup>1004</sup> Chapitre 19 de cet accord.



se prolonge vers d'autres matières parfois non légiférées par les règles de chaque harmonisation; ou, autrement dit, il y a différentes normes de droit international qui ne sont pas indifférentes aux contrats publics. Dans ce contexte, une analyse de la construction du droit international des contrats publics ne peut pas oublier l'harmonie nécessaire entre le droit international des investissements (en raison de la considération du contrat comme une modalité d'investissement et de la considération du co-contractant comme un investisseur), le droit international des droits de l'homme (en vertu des clauses sociales et d'autres aspects du droit international des droits de l'homme comme protection de l'environnement ou la multiplicité de procédures pénales contre la même personne et par le même fait délictueux en raison de la multiplicité de compétences pénales), le droit international des peuples indigènes (dans le cadre de quelques contrats d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles et des concessions, en vertu des textes du droit international des peuples autochtones et de la jurisprudence internationale), l'« inexistant »<sup>1005</sup> mais perceptible droit international de la libre concurrence, et/ou le droit international de la responsabilité. En somme, la construction du droit international des contrats publics est entourée d'autres domaines du même droit international.

À l'échelle mondiale, il y a une caractéristique, peut-être géopolitique, de l'harmonisation: dans le cadre de l'OMC, l'harmonisation concerne l'hémisphère nord (les pays africains et de l'Amérique latine ne sont pas concernés par l'AMP 2012), ce qui invite à réfléchir à la viabilité d'une vraie harmonisation à l'échelle mondiale; sera-t-elle possible ? Les États-Unis, ils vont abandonner finalement l'OMC ? Et d'autres pays, pourraient-ils aller par le même chemin ?

Dans le contexte de la naissance d'un éventuel droit international des contrats publics, il est nécessaire d'éviter des contradictions entre l'harmonisation régionale et sous-régionale, les règles des ALE et le droit de l'OMC. Ces contradictions peuvent apparaître, par exemple,

---

<sup>1005</sup> ABDELGAWAD (W), « Les règles de la concurrence dans les accords de l'OMC: le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration* (Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon) (ABDELGAWAD (W), sous la direction de), Paris, LexisNexis Litec, 2008, p. 239.

en matière de clauses sociales: une comparaison entre le droit de l'UE et le droit des contrats publics de l'OMC permet de voir que ces deux ordres juridiques n'ont pas de règles identiques en matière des clauses sociales.<sup>1006</sup> Cela n'est pas très rare dans la mesure où une « difficulté de l'insertion d'une « clause sociale » dans le système de l'OMC »<sup>1007</sup> est déjà assumée entre la doctrine. Cependant, il y a une question: l'AMP 2012, interdit-il l'introduction de clauses sociales dans le droit interne des Parties ? L'AMP 2012, peut-il imposer ses règles aux dépens des règles d'autres traités ?

Pour le moment, dans une macro-perspective il y a une pluralité d'harmonisations sous-régionales, régionales et méga-régionales hors de l'OMC. Cette pluralité d'harmonisations conduit à l'existence d'une diversité de règles et d'organes ou de tribunaux qui peuvent interpréter et appliquer des différentes règles des divers domaines du droit international dans le cadre de chaque harmonisation. Bien entendu, « la diversification des juridictions et le risque d'une création jurisprudentielle anarchique »<sup>1008</sup> existent et sont présents dans la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte, la multiplicité d'harmonisations ne devrait pas conduire à une jurisprudence anarchique (le risque existe toujours) parce que une jurisprudence anarchique n'est pas un bon élément pour la construction d'un droit international des contrats publics, ce qui souligne la nécessité de parvenir à une harmonie entre les harmonisations.<sup>1009</sup> Et dans ce même contexte, l'assimilation du principe d'équivalence dans le droit de l'UE peut aussi être un bon exemple à considérer dans l'avenir régional et transrégional des contrats publics, un avenir où la pluralité d'harmonisations semble inévitable. Dans ce paysage juridique, le principe d'équivalence garantit la sécurité juridique dans le cadre de la libre concurrence.

---

<sup>1006</sup> CORVAGLIA (A-M), *Public Procurement and Labour Rights*, op. cit, p. 235.

<sup>1007</sup> CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, op. cit, p. 479. Voir pp. 477-479.

<sup>1008</sup> BASTID-BURDEAU (G), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *Archives de philosophie du droit*, tome 50, 2007, pp. 289.

<sup>1009</sup> Voici une note curieuse en ce qui concerne la relation entre les harmonisations intercontinentales et l'AMP 2012: Dans le chapitre consacré aux « *government procurement* » de l'Accord UE-Mercosur du 2019, l'OMC est cité uniquement pour une question linguistique: « *For each case of intended procurement, a procuring entity shall publish a summary notice that is readily accessible, at the same time as the publication of the notice of intended procurement, in one of the WTO languages. Each such notice shall include the information set out in Appendix V* » (paragraphe 2 de l'art. 13) < <https://www.cancilleria.gob.ar/en/node/100500> >.

D'ailleurs, en ce qui concerne la sécurité juridique, il convient de noter que l'accord Brexit sauvegarde les procédures déjà lancées. En effet, une lecture de l'accord Brexit permet de voir que la sortie d'un État d'un espace d'intégration régionale, ou d'un traité, ne devrait pas affecter les appels d'offres publics en cours.<sup>1010</sup> Dans cette ligne, le texte de l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique est intéressant parce qu'il peut être utile dans le cadre du droit communautaire comparé dans la mesure où ce texte prévoit des règles sur les contrats publics dans le cadre de la séparation d'un État membre d'un espace d'intégration régionale. Et, dans ce contexte, il convient de noter que la considération du Royaume-Uni comme un État tiers souligne que l'AMP de l'OMC.

---

<sup>1010</sup> Le titre VIII est intéressant parce qu'il est dédié aux « marchés publics et procédures similaires en cours ». Dans le cadre de ce titre, l'article 76 de l'Accord est consacré aux « Règles applicables aux procédures en cours ». En ce qui concerne les règles des directives d'harmonisation de l'UE, l'article 76 établit que ces règles sont applicables « en ce qui concerne les procédures lancées par... États membres ou du Royaume-Uni en vertu de ces règles avant la fin de la période de transition et non encore achevées le dernier jour de la période de transition, y compris les procédures utilisant des systèmes d'acquisition dynamiques, ainsi que les procédures pour lesquelles l'appel à la concurrence prend la forme d'un avis de préinformation, d'un avis périodique indicatif ou d'un avis sur l'existence d'un système de qualification ».

## DEUXIÈME PARTIE: LES CONSÉQUENCES DE L'HARMONISATION DES DROITS DES CONTRATS PUBLICS

L'ouverture du marché est sans doute la conséquence la plus visible parmi l'ensemble d'harmonisations du droit des contrats publics, mais pas la seule. Dans ce contexte, on peut remarquer aussi l'assimilation conventionnelle et communautaire des diverses méthodes de passation (l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif, l'appel d'offres limité, la négociation et le dialogue compétitive), ce qui révèle l'assimilation d'un ensemble de standards relatifs à la passation.

Les harmonisations du droit des contrats publics contribuent à, et font partie de, l'évolution du droit des contrats publics<sup>1011</sup> dans la mesure où chaque harmonisation introduit des règles en ce qui concerne la phase d'appels d'offres publiques et la passation dans le cadre de l'ouverture d'un marché mondial, régional, sous régional, bilatéral ou transrégional. Si une harmonisation pour l'ouverture du marché mondial existe au sein de l'OMC, la cohérence entre cette harmonisation et l'ensemble des harmonisations existantes constituerait une bonne avancée dans la construction du droit international des contrats publics; et dans le cadre de cette construction, il est nécessaire d'articuler les différents domaines juridiques concernés parce que la construction du droit international des contrats publics n'est pas une question de nature exclusivement économique. Il y a différents aspects ou domaines concernés comme, par exemple, la propriété dans le cadre du droit international des peuples autochtones, la responsabilité des sociétés multinationales en matière de droits de l'homme, la territorialité et l'extraterritorialité en matière de responsabilité dans l'exécution du contrat, etc; ce sont des domaines vraiment pertinents pour la construction du droit international des contrats publics et, simultanément, ce sont des sujets absents dans les règles d'harmonisation aussi.

Depuis une macro perspective, nous avons perçu que les harmonisations généralement n'introduisent pas de règles pour la phase d'exécution du contrat, ni pour le règlement des

---

<sup>1011</sup> Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'« harmonisation » et la « construction » ne sont pas synonymes parce que la construction du droit international des contrats publics implique un phénomène juridique plus large. Un hypothétique droit international des contrats publics impliquerait évidemment un haut degré de développement, ou d'évolution, du droit des contrats publics.

différents dans le cadre de l'exécution du contrat.<sup>1012</sup> Cependant, les harmonisations permettent d'envisager l'assimilation interétatique des droits de l'homme dans le cadre des contrats publics (titre I). Et, en plus, l'ensemble d'harmonisations nous permet de nous demander si à partir des harmonisations, on peut commencer à percevoir la construction du droit international des contrats publics Cette construction, est-elle visible ? (titre II).

---

<sup>1012</sup> Les recours prévues dans le cadre des harmonisations analysées dans la première partie apparaissent dans le cadre des appels d'offres publics, pas dans la phase d'exécution du contrat.

## TITRE I. LA VISIBILITÉ DES DROITS DE L'HOMME DANS LES CONTRATS PUBLICS

L'harmonisation mondiale au sein de l'OMC est nécessaire pour l'ouverture du marché, mais elle est insuffisante pour la construction d'un droit international des contrats publics. En effet, nous savons bien que la sauvegarde pénale de l'intégrité des contrats publics est nécessaire pour la libre concurrence; cependant, les règles spécifiques de nature pénale contre la corruption restent en dehors des règles d'harmonisation pour l'ouverture des marchés. Dans le cadre des harmonisations, il existe simplement une référence à la sauvegarde pénale de l'intégrité des contrats publics sans introduire de sanctions spécifiques de droit pénal; dans ce sens, l'harmonisation de l'OMC<sup>1013</sup> ne criminalise aucun comportement spécifique<sup>1014</sup> mais elle cite la Convention des Nations Unies contre la corruption précisément.<sup>1015</sup>

Comme nous le savons, la Convention des Nations Unies contre la corruption permet une multiplicité de compétences pénales de différents États, ce qui peut alimenter la polémique autour du principe *non bis in idem*; et cette multiplicité de compétences pose quelques questions telles que les suivantes: Combien de fois une personne peut être pénalement sanctionnée en raison de la même infraction qu'elle a commise dans le cadre d'un appel d'offres public transnational ? Le délit de corruption dans les contrats publics, est-il une exception dans le *non bis in idem* ? Le principe *non bis in idem*, permet-il une *res judicata* frauduleuse ?

La construction du droit international des contrats publics demande l'articulation du droit international des droits de l'homme et du droit international économique autour des contrats publics (chapitre 1), y compris aussi le principe *non bis in idem* dans l'ordre pénal et tout en évitant le risque de *forum shopping* et d'une chose jugée frauduleuse dans le cadre de la lutte contre la corruption (chapitre 2).

---

<sup>1013</sup> Lire l'Accord de l'OMC de 2012 sur les marchés publics. Voir aussi les directives de l'Union européenne du 2014, les règles de la Communauté andine en matière de contrats publics, des règles des accords de libre-échange, etc.

<sup>1014</sup> L'harmonisation du droit pénal n'est pas un objectif de l'OMC. D'ailleurs, comme nous le savons, les antécédents judiciaires peuvent conduire à l'exclusion des candidats dans le cadre d'un appel d'offres publics.

<sup>1015</sup> Préambule de l'Accord sur des marchés publics de 2012.



## **Chapitre 1. L'articulation du droit international des droits de l'homme et du droit international économique autour des contrats publics**

L'articulation des différents domaines juridiques dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics demande la prise en considération du droit international des droits de l'homme. En conséquence, on va analyser la pertinence du droit international des peuples autochtones (section 1) et la sauvegarde des droits de l'homme dans la phase d'appel d'offres publics et dans la phase d'exécution du contrat (section 2).

### **Section 1. La pertinence du droit international des peuples autochtones**

Les textes et la jurisprudence autour de certains contrats, comme les contrats d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles, révèlent que l'acceptation des droits des peuples autochtones implique, d'un côté, la pertinence de la consultation préalable (§1) et, d'un côté, une nuance à la notion romaniste de propriété (§2). Ces deux aspects sont pertinents dans la construction du droit international des contrats publics.

#### **§ 1. Du refus à l'acceptation des peuples autochtones dans le droit international**

L'acceptation des peuples autochtones dans le droit international est la conséquence d'une évolution des critères. Sur ce sujet, le professeur James Anaya cite comme exemple la sentence arbitrale du 2 janvier 1926 sur l'affaire *Cayuga Indians (Grande-Bretagne c. États-Unis d'Amérique)*<sup>1016</sup>, où un tribunal arbitral a décidé qu'une « *tribe is not a legal unit of international law* ». <sup>1017</sup> Après ce rejet initial<sup>1018</sup>, le thème a suscité l'intérêt dans l'agenda

---

<sup>1016</sup> ANAYA (J), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 23.

<sup>1017</sup> *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 76.

< [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/173-190\\_Cayuga.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf) >. Pour contextualiser cet arrêt dans le temps et dans le cadre de la protection des minorités et des droits de l'homme, voir: VERZIJL (J), *International Law in Historical Perspective (Volume V: Nationality and other matters relating to individuals)*, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 183.

<sup>1018</sup> Suivant le fil de l'histoire, le professeur Anaya signale également une autre jurisprudence intéressante dans la même direction: la sentence arbitrale du 4 avril 1928 sur l'affaire de l'Île de la Palma (*États-Unis c. Pays-Bas*). Cette jurisprudence précisait ce qui suit: « *As regards contracts between a State or a Company such as the Dutch East India Company and native princes or chiefs of peoples not recognized as members of the community of nations, they are not, in the international law sense, treaties or conventions capable of creating rights and*



international et on commençait à reconnaître un « statut spécial des populations autochtones ». <sup>1019</sup> Aujourd'hui, les droits des peuples autochtones ont été reconnus. <sup>1020</sup> Dans le cadre des sujets de droit international <sup>1021</sup>, les peuples autochtones apparaissent comme des sujets de droit international dans la mesure où ces peuples sont destinataires de normes de droit international et dans la mesure où ils peuvent défendre leurs droits par la voie contentieuse dans le cadre des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. En effet, le paysage juridique a changé. <sup>1022</sup> Cependant, un traité international spécifique sur les droits des peuples autochtones n'existe pas (A); et dans ce contexte, il est important de souligner que la jurisprudence remarque la pertinence du droit de consultation préalable en faveur des peuples autochtones (B), ce qui est très important autour de certains contrats de nature publique.

#### **A. L'absence d'un traité international spécifique sur les droits des peuples indigènes**

La dispersion des règles du droit international des peuples (1) n'empêche pas de vérifier la pertinence de ce domaine juridique dans le cadre des contrats publics (2).

---

*obligations such as may in international law arise out of treaties* », *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 858 < [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/829-871.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf) >.

<sup>1019</sup> LANGENHOVE (F), « Le problème de la protection des populations autochtones aux Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, vol. 89, 1956, p. 367.

<sup>1020</sup> « Si le statut juridique des peuples autochtones est distinct de celui des minorités, ils sont souvent -mais pas toujours- minoritaires dans les pays où ils vivent », NATIONS UNIES, *Les peuples autochtones et le système de protection des droits de l'homme des Nations Unies* (Fiche d'information 9/Rev.2), N. York / Genève, 2013

< [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_fr.pdf) >.

<sup>1021</sup> En ce qui concerne la subjectivité internationale, l'avis consultatif de la CIJ du 11 avril 1949 sur la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, a précisé que « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ». *Recueil CIJ*, 1949, p. 8.

Déjà en 1938 le professeur Cezary Berezowski a noté qu'on « ne peut pas soutenir qu'en général telles ou telles entités sont sujets du droit international; une telle construction serait fautive, puisqu'elle limiterait le nombre de ces sujets », BEREZOWSKI (C), « Les sujets non souverains du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 65, 1938, p. 11.

<sup>1022</sup> L'élément procédural dans le cadre d'un contentieux entre un peuple autochtone et un État confirme la subjectivité internationale des peuples autochtones. Cependant, l'acceptation des peuples autochtones en tant que sujets de droit international peut être controversée. Voir aussi: BROWNLIE (I), « International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 255, 1995, p. 52; MERON (T), « International law in the age of human rights: general course on public international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 301, p. 365.

## 1. La dispersion des règles comme point de départ

En l'absence d'une convention sur les droits des peuples autochtones et d'un traité spécifique sur les droits des peuples autochtones dans le cadre des contrats publics, on peut affirmer que les divers textes des Nations Unies<sup>1023</sup> et de l'Organisation internationale du travail (OIT) sont des éléments importants dans le droit international des droits des peuples autochtones et dans la construction du droit international des contrats publics.

En effet, nous n'avons pas trouvé de règles spécifiques en matière de peuples autochtones parmi les normes d'harmonisation du droit des contrats publics pour l'ouverture du marché dans l'OMC. Cependant, il y a quelques instruments pour combler cette lacune. Dans ce contexte, la Convention de l'OIT numéro 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989 demande un comportement actif des États<sup>1024</sup> en faveur des peuples autochtones et reconnaît certains droits.<sup>1025</sup> Cette convention comble, d'une certaine façon, une lacune de l'harmonisation, mais il faut également préciser que, *ratione personae* et *ratione loci*, l'obligation découlant de cette convention de l'OIT ne concerne que vingt-un Etats. Dans le cadre du droit international conventionnelle, il s'agit d'une convention d'application limitée parce que celle-ci couvre les peuples autochtones sur le territoire de ces Etats. Toutefois, la convention 169 présente une notion des peuples autochtones en raison de son champ d'application.<sup>1026</sup>

---

<sup>1023</sup> Voir la lettre 2 de l'art. 8 de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique de 1992; la Recommandation générale numéro 23 sur les Peuples autochtones du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de 1997. Voir aussi le paragraphe 3 de l'art. 2 et le paragraphe 1 de l'art. 7 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005.

<sup>1024</sup> « Des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés », paragraphe 1 de l'article 4.

<sup>1025</sup> « Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources », paragraphe 1 de l'art. 15. Nous soulignons.

<sup>1026</sup> « La présente convention s'applique:

(a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale;

(b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur

*Ratione materiae*, la convention 169 établit des règles spécifiques pour la consultation des peuples autochtones qui concernent quelques contrats comme, par exemple, les concessions et les contrats pour l'exploitation des ressources naturelles,<sup>1027</sup> ce qui est très importante dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

En ce qui concerne la définition des peuples autochtones, de façon intéressant, la professeure Aurélie Laurent note que le droit de l'UE permet voir une définition des peuples autochtones dans le cadre du Règlement (CE) 1007/2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque<sup>1028</sup> qui établit que le terme « autres communautés indigènes » comprends:

« les communautés dans les pays indépendants qui sont considérées comme indigènes du fait qu'elles descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation, ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles ». <sup>1029</sup>

À la lumière de cette définition, il semble que l'on reconnaisse que les droits de ces peuples précèdent la création même de l'État comme modèle d'organisation politique.

---

statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » (art. 1).

<sup>1027</sup> « Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres », paragraphe 2 de l'art. 15. Nous soulignons.

<sup>1028</sup> Modifié par le Règlement (UE) 2015/1775 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015.

<sup>1029</sup> Paragraphe 4 bis de l'art. 2. Elle note aussi que cette définition « correspond mot pour mot (à l'exception du mot « peuple » remplacé par celui de « communauté ») à la définition donnée par l'article premier de la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux », LAURENT (A), « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen » < [https://www.academia.edu/32410870/LA\\_RECONNAISSANCE\\_DES\\_DROITS\\_ET\\_DES\\_ORDRES\\_NORMATIFS\\_AUTOCHTONES\\_EN\\_DROIT\\_EUROPEEN](https://www.academia.edu/32410870/LA_RECONNAISSANCE_DES_DROITS_ET_DES_ORDRES_NORMATIFS_AUTOCHTONES_EN_DROIT_EUROPEEN) >, p. 6.

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics et les droits de l'homme, il y a une jurisprudence intéressante des cours interaméricaine et européenne de droits de l'homme sur les peuples autochtones. Dans les prochaines pages on va connaître la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH); par l'instant on va retenir deux questions: d'un côté, ni la Convention de Rome pour la protection de droits et libertés fondamentales ni les protocoles additionnels n'ont reconnu directement les droits des peuples autochtones; et d'une autre côté, la Cour européenne du droits de l'homme a été considérée comme un tribunal qui « semble demeurer en retrait de ces évolutions ».<sup>1030</sup> En effet, la jurisprudence du tribunal de Strasbourg semble réduire les droits de propriété au droit interne<sup>1031</sup>, cependant dans le cadre de cette jurisprudence il y a aussi une reconnaissance de l'évolution des droits des peuples autochtones dans le cadre du droit international des droits de l'homme<sup>1032</sup>. En plus, en ce qui concerne de droit de propriété, l'ancienne Commission a estimé que « les droits exclusifs en matière de chasse et de pêche que revendiquent les

---

<sup>1030</sup> GESLIN (A), « La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010, p. 677.

<sup>1031</sup> L'arrêt du 18 janvier 2005 sur l'affaire *Johti Sappmelaccat at al c. Finlande* indique ce qui suit: « *Sámi landowners have fishing rights in connection with their land ownership and the State owns the fishing rights in the State-owned water-areas. The fishing rights of Sámi people who do not own any land has been based on custom from time immemorial (ylimuistoinen nautinta, urminnes hävd). It entitles them to fish within the State-owned water-areas in the municipalities of Enontekiö, Inari and Utsjoki. The right is based on civil law and enjoys, as such, the constitutional protection of property* ». Nous soulignons.

Les professeurs Ghislain Otis et Aurélie Laurent ont noté que « reconnaître la propriété ancestrale autochtone n'ouvrirait pas une boîte de Pandore à l'égard de revendications d'autres groupes car cette solution trouve son fondement dans la spécificité historique des autochtones qui détiennent depuis longtemps des droits sur leurs terres mais qui en ont été privés d'une manière que l'on considère aujourd'hui discriminatoire », OTIS (G) et LAURENT (A), « Le défi des revendications foncières autochtones: La Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 89, 2012, p. 69.

<sup>1032</sup> La juge Ineta Ziemele a précisé: « *The case has arisen in the context of the dispute between the Sami, an indigenous people, and landowners in Sweden. In the last ten to twenty years, significant developments have taken place as far as the rights of indigenous peoples in international human rights law are concerned. As a result of new instruments (including the 1989 ILO Convention No. 169... and the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples), old and new monitoring institutions (including the UN Working Group on Indigenous Populations, the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples and the UN Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples), and concluding observations on State reports, general comments and case-law from existing UN human rights treaty bodies (including General Comment No. 23 and several cases examined by the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights), special rights and special measures have been introduced in an attempt to overcome discrimination against indigenous peoples and thus to achieve equal rights. With the stated purpose of guaranteeing their cultural identities and other cultural rights, these special steps include the right of indigenous peoples to own the land which such groups have traditionally used and to engage in traditional economic activities* », avis séparé dans le cadre de l'arrêt de 30 mars 2010 sur l'affaire *Handölsdalen Sami Village et al c. Suède*.

villages sames requérants en l'espèce peuvent être considérés comme des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »<sup>1033</sup> de la Convention de Rome.

D'ailleurs, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007<sup>1034</sup>, bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte de nature contraignant, souligne aussi le caractère international de la matière<sup>1035</sup> et place le sujet dans le cadre du droit international des droits de l'homme.<sup>1036</sup>

À partir de la dispersion évidente des règles que nous avons décrites, on va articuler les règles et la jurisprudence en ce qui concerne le droit international des peuples autochtones et le droit étatique dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

## **2. La relation entre contrats publics et droit international des peuples autochtones**

La relation juridique entre contrats publics et peuples autochtones n'est pas seulement visible à travers la convention 169 de l'OIT, mais aussi à travers le *soft law* et la jurisprudence. La convention 169 ne mentionne pas le mot « contrat public » ni « marché public », mais elle remarque le droit des peuples autochtones à être consultés lorsque les actions de l'État affectent leurs intérêts.<sup>1037</sup> De toute évidence, la convention 169 peut entrer en jeu en raison

---

<sup>1033</sup> Décision du 25 novembre 1996 sur la recevabilité de la requête sur l'affaire *Konkama et 38 autres villages sames c. Suede*.

<sup>1034</sup> Résolution 61/295.

<sup>1035</sup> « Estimant que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international » (préambule).

<sup>1036</sup> « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme » (article premier).

<sup>1037</sup> L'art. 6 annonce ce qui suit:

« 1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent:

(a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement;

...

2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées ».

des projets et des contrats de nature publique qui exigent de modifier un espace géographique ou qui impliquent l'extraction de ressources.

Dans cette direction, la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 reconnaît également le droit de consultation<sup>1038</sup> et, plus précisément, le paragraphe 3 de l'article 32 de cette Déclaration conditionne l'action des États en ce sens que: « Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable... pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel ». Ce texte met l'accent aussi au sujet de la « réparation »<sup>1039</sup> en renforçant la convention 169 de l'OIT, laquelle reconnaissait déjà le droit à une « indemnisation » pour les dommages subis dans le cadre de l'exploration et de l'exploitation des ressources naturelles.<sup>1040</sup>

---

<sup>1038</sup> L'article 32 aussi note ce qui suit: « 1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.

2. Les États consultent les peuples autochtones concernés... en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne... des ressources minérales, hydriques ou autres ». Nous soulignons.

<sup>1039</sup> Voir aussi le paragraphe 2 de l'art. 8, le paragraphe 2 de l'art. 11, le paragraphe 2 de l'art. 20, le paragraphe 2 de l'art. 28, et l'art. 40.

<sup>1040</sup> Paragraphe 2 de l'art. 15 : « Dans les cas où l'Etat conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ». Nous soulignons.

Article 16 «1. Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent.

2. Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause....

3. Chaque fois que possible, ces peuples doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles, dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister.

4. Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, ainsi que déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen de procédures appropriées, ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées.

5. Les personnes ainsi déplacées et réinstallées doivent être entièrement indemnisées de toute perte ou de tout dommage subi par elles de ce fait ». Nous soulignons.

Comme nous savons, la réparation et l'indemnisation tombent sous le coup de la logique de la responsabilité comme « l'épicentre d'un système juridique »,<sup>1041</sup> ce qui met en évidence que la relation entre contrats publics et peuples autochtones est absolument pertinent dans la construction du droit international des contrats publics en vertu des droits en jeu.

La question de la responsabilité internationale comme la conséquence d'un fait internationalement illicite conduit à penser à l'hypothèses d'un refus dans le cadre du sujet de la consultation préalable; à cet égard, certains auteurs parlent du « droit de dire non »<sup>1042</sup> et, bien que notre analyse soit juridique et non politique, il est impossible d'éviter la question suivante: la reconnaissance d'un éventuel « droit à dire non »<sup>1043</sup> dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'échelle planétaire, entraverait-elle la construction conventionnelle d'un droit international des contrats publics ? Avant de réfléchir sur cette question, il est nécessaire d'analyser la consultation préalable comme une obligation juridique des États.

---

<sup>1041</sup> DUPUY (P-M), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 188, 1984, p. 21.

<sup>1042</sup> Voir : BELLIER (I), « Retour sur la négociation de la déclaration des droits des peuples autochtones: reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », in *Le statut des peuples autochtones: à la croisée des savoirs* (PESSINA (S) directeur), Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris UMR de droit comparé-Paris I, Paris, Karthala, 2012, p. 91.

<sup>1043</sup> « Il n'y a pas de recette unique pour appliquer le principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause, puisque l'histoire, la culture et les institutions des peuples concernés doivent nécessairement être respectées. Il est néanmoins possible d'explicitier certains des éléments fondamentaux de l'exercice de ce principe... Le droit des peuples autochtones de refuser leur consentement ou de dire « non » à des activités de développement inappropriées doit être un de ces éléments », *Document de travail préliminaire sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept* (présenté par Antoanella-Iulia Motoc et la Fondation Tebtebba), Conseil économique et social des Nations Unies, paragraphe 12, 8 juillet 2004 (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4)

< [https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/wgip22/4\\_F.pdf](https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/wgip22/4_F.pdf) >.

## B. La consultation préalable en tant que facteur incontournable pour certains contrats

Le droit à la consultation préalable est perçu comme une « forme de participation » des peuples autochtones.<sup>1044</sup> Ce droit a des objectifs spécifiques (1) et il est renforcé pour la jurisprudence de la CIDH (2).<sup>1045</sup>

### 1. La nature et l'effet de la consultation préalable

Pour le droit international, la consultation préalable est une question de droits de l'homme<sup>1046</sup> qui concerne les pouvoirs publics en général.<sup>1047</sup> C'est une obligation de l'État.

L'objectif de l'obligation serait de sauvegarder la consultation. Dans le cadre de l'OIT, le Rapport du 14 novembre 2001 du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Colombie de la convention 169<sup>1048</sup> confirme la nature obligatoire de la consultation préalable dans le cadre du droit international conventionnel.<sup>1049</sup>

---

<sup>1044</sup> GALVIS (M) et RAMÍREZ (A), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, Due process of Law Foundation, 2013, p. 65; voir les pp. 65-68.

<sup>1045</sup> Le Rapporteur spécial des Nations Unies pour les peuples autochtones, James Anaya, a commenté que la Cour a « *contribuido a marcar hitos jurisprudenciales a nivel mundial en relación con los derechos de los pueblos indígenas* », dans le Avant-propos (*prólogo*) du livre: GALVIS (M) et RAMÍREZ (A), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, *op. cit.*, p. ix. Quelques auteurs parlent d'une « *apertura al universo de fuentes de derechos humanos* », ESTUPIÑAN-SILVA (R) et IBÁÑEZ (J), « La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de pueblos indígenas y tribales », p. 307.

< [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.301-336.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.301-336.pdf) >.

<sup>1046</sup> Voir les *Observations finales concernant le rapport de l'Argentine valant vingt et unième à vingt-troisième rapports périodiques* du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 1997, paragraphes 17 et 18. CERD/C/ARG/CO/21-23.

<sup>1047</sup> Voir les documents: *El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El rol de los Ombudsman en América Latina. Encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Lima, 25 y 26 de abril de 2013*, Defensoría del Pueblo del Perú, 2013 (c'est un mémoire); ILO, *Procedures for consultations with indigenous peoples Experiences from Norway*, Genève, 2016.

<sup>1048</sup> La réclamation avait été présentée par la Centrale unitaire des travailleurs de la Colombie, en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT.

<sup>1049</sup> « Le comité fait observer que le droit des peuples indigènes d'être consultés chaque fois que sont envisagées des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement, de même que l'obligation faite au gouvernement de consulter préalablement les peuples indigènes procèdent directement de la convention no 169 et non de la reconnaissance de ce droit par la législation nationale. L'article 6, paragraphe 1 a), de la convention dispose que... », paragraphe 72. Réclamation (article 24) -Colombie C169- 2001. Nous soulignons.



La consultation préalable en tant qu'obligation pour les États a un double effet: d'un côté, l'impossibilité de déléguer la consultation aux tiers<sup>1050</sup> et, d'un autre côté, la nécessité d'adapter les législations étatiques à la réalité juridique internationale.<sup>1051</sup> Les lois des États ne pourraient pas contourner à cette réalité<sup>1052</sup>; cependant, il n'est pas possible de dissimuler l'existence de conflits sociaux au sein des États, à commencer par l'identification des terres autochtones.<sup>1053</sup>

## 2. La fortification de la consultation préalable en tant que devoir de l'État

La vulnérabilité des peuples autochtones est reconnue parmi les publicistes.<sup>1054</sup> Face à la dispersion des règles et la faiblesse du droit international conventionnel en matière de peuples autochtones, il est important de souligner que le système interaméricain de protection des droits de l'homme a conduit à une progression spéciale en la matière à la région.

Le professeur Jo M. Pasqualucci a décrit la CIDH comme un tribunal qui « *decided seminal indigenous rights cases, giving its judicial imprimatur to evolving principles of international*

---

<sup>1050</sup> Paragraphe 187. Arrêt de 27 juin 2012 sur l'affaire *Kichwa de Sarayaku*. Le texte originel dit: « *la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta* ».

<sup>1051</sup> Dans ce sens, dans le cadre du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les *Observations finales concernant le rapport de la Mongolie valant vingt-troisième et vingt-quatrième rapports périodiques* du 2019 on fait la suivante observation: « *Le Comité recommande à l'État partie de modifier la loi relative aux minerais, la loi sur l'octroi de concessions et la loi sur l'administration générale pour garantir aux minorités, en particulier à celles qui pratiquent l'élevage des rennes, le droit d'être consultés avant l'octroi d'une concession minière ou d'un permis d'exploitation ou d'exploration minières concernant des terres traditionnellement exploitées ou occupées par ces populations* », paragraphe 26 (CERD/C/MNG/CO/23-24).

<sup>1052</sup> Voir: HARTLING (J), *Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2017, pp. 29-40.

<sup>1053</sup> « *Tal como ha sido observado en países latinoamericanos y del sureste de Asia, simplemente la cuestión de mapear y demarcar tierras y territorios indígenas tradicionales –para no hablar del proceso de adjudicación– requiere de procedimientos cuidadosos, costosos, conflictivos y a menudo prolongados* », STAVENHAGEN (R), « *Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas* », *Revista IIDH*, vol.48, 2008, p. 266.

<sup>1054</sup> « *La jurisprudencia interamericana se ha referido a los pueblos indígenas y tribales como grupos humanos “en situación de debilidad o desvalimiento”, “en situación de vulnerabilidad y marginalidad” (Yatama, pár. 201 y 202), en “estado de vulnerabilidad” (Moiwana, voto Caçado Trindade, pár. 79), “en situación de especial vulnerabilidad” (Yakye Axa, pár. 63); “en situación de vulnerabilidad” (Saramaka, pár. 174)* ». ESTUPIÑAN-SILVA (R) et IBAÑEZ (J), « *La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de pueblos indígenas y tribales* »,

< [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.301-336.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.301-336.pdf) >, p. 303.

*indigenous law* ». <sup>1055</sup> La jurisprudence de la cour interaméricaine constitue un élément utile, *ratione loci*, pour le droit des contrats publics dans la région; mais elle est également très importante, *ratione materiae*, pour l'univers du droit des contrats publics. Cette jurisprudence facilite l'articulation entre le droit de l'OIT, l'ouverture du marché des contrats publics et l'exécution du contrat.

Dans ce sens, l'arrêt sur l'affaire *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur* du 27 juin 2012 est illustratif parce que la Haute cour a précisé que l'obligation de consultation préalable prévue par la Convention 169 de l'OIT est fondamentale « pour garantir la participation des peuples et communautés autochtones aux décisions relatives à des mesures affectant leurs droits, et notamment leur droit à la propriété communale... <sup>1056</sup> ». <sup>1057</sup> Fait intéressant, cette jurisprudence assimile et interprète un traité qui ne découle pas du système interaméricain de protection des droits de l'homme <sup>1058</sup> *stricto sensu* <sup>1059</sup>, ce qui confirme que la construction du droit international des contrats publics n'est pas délimitée par les règles d'harmonisation pour l'ouverture des marchés. <sup>1060</sup>

---

<sup>1055</sup> PASQUALUCCI (J), « Evolution of International Indigenous Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 6, numéro 2, 2006, p. 283.

<sup>1056</sup> « Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 134. *Asimismo, véase Convenio N° 169 de la OIT, artículos 19, 30.2, 32.2 y 38* » (c'est une note en bas de l'arrêt).

<sup>1057</sup> Paragraphe 160.

<sup>1058</sup> Paragraphe 161, et la Cour a continué: « *Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento)... Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría "abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano"..., aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección... En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua..., Paraguay... y Surinam..., por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT... ».*

<sup>1059</sup> Conformément à sa jurisprudence, la CIDH estime que « *los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales* », paragraphe 161.

<sup>1060</sup> Dans le cadre de la science politique, les professeurs Martin Papillon et Thierry Rodon notent ce qui suit: « *In essence, the right to free, prior, and informed consent requires that Indigenous peoples be empowered to make autonomous decisions regarding the appropriateness of a development project that could have an impact on their traditional lands* », PAPILLON (M) et RODON (T), « Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada », *Environmental Impact Assessment Review*, numéro 62, 2017, p. 217.

D'ailleurs, l'arrêt de la CIDH du 27 juin 2012 sur l'affaire *Kichwa de Sarayaku c. Équateur* souligne que conformément à la « convention 169 de l'OIT, les consultations doivent être « faites [...] de bonne foi et d'une manière appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir le consentement sur les mesures proposées »<sup>1061</sup> ». <sup>1062</sup> Au fil de la jurisprudence, le même arrêt souligne que l'obligation de consultation n'est pas seulement une règle conventionnelle, mais « un principe général du droit international »<sup>1063</sup> aussi. Si tel est le cas, la signature de la convention 169 (ou d'un autre traité sur ce sujet) matérialiserait une obligation du droit international général simplement.<sup>1064</sup>

## **§ 2. La propriété indigène dans la construction du droit international des contrats publics**

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il faut garder à l'esprit que la jurisprudence nuance la perception romaniste du droit de propriété (A). D'ailleurs, les droits des peuples autochtones doivent être examinés dans le contexte de la souveraineté des États sur les ressources naturelles (B).

### **A. Le droit de propriété indigène selon la jurisprudence interaméricaine**

Si l'on parle du droit à la propriété, on parle d'une question de droits de l'homme et nous savons bien que le droit international protège le droit à la propriété.<sup>1065</sup> Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il faut considérer que la jurisprudence

---

<sup>1061</sup> « *Convenio No. 169 de la OIT, art. 6.2. En el mismo sentido véase Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten” (art. 19 y 32.2) » (c'est une note en bas de l'arrêt).*

<sup>1062</sup> Paragraphe 185. L'arrêt original est en espagnol.

<sup>1063</sup> Paragraphe 164.

<sup>1064</sup> Une question est donc incontournable, un tribunal régional comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, peut-il dévoiler un principe général du droit international ?

<sup>1065</sup> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (article 1 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

interaméricaine élargit la notion de propriété (1) conçue sous l'influence du droit romain.<sup>1066</sup> C'est une nuance qui affecte directement la planification de quelques projets et contrats. En outre, cette jurisprudence remarque les effets juridiques de la possession de la terre et la réparation en raison de la perte de la propriété (2).

## 1. La reconnaissance de la propriété collective autochtone

Avant de poursuivre, il est nécessaire de préciser que l'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme reconnaît également le droit à la propriété.<sup>1067</sup> La jurisprudence de la CIDH faite une nuance sur ce droit. D'abord, dans le contexte des peuples autochtones, il convient de retenir que l'arrêt du 31 août 2001 sur l'affaire *de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* a remarqué l'autonomie des termes juridiques en matière de droits de l'homme<sup>1068</sup>: les traités internationaux sur les droits de l'homme « sont des instruments vivants » et l'interprétation de ces traités doit être « adaptée à l'évolution des temps, et notamment aux conditions de vie actuelles ».<sup>1069</sup> Effectivement, la cour recourt à l'« interprétation évolutive des instruments internationaux de protection des droits de l'homme » pour affirmer que l'article 21 couvre la protection de la « propriété collective »<sup>1070</sup> des membres des communautés autochtones.<sup>1071</sup> Ainsi, la propriété collective est apparue comme un néologisme juridique dans l'évolution du droit des contrats publics et dans la construction du droit international des contrats publics.

---

<sup>1066</sup> Sur la base de la jurisprudence est résumé ce qui suit :

« Il n'est pas possible d'imposer les définitions de la propriété du droit romain aux notions autochtones et tribales de propriété », ESTUPIÑAN-SILVA (R), « Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 14, 2014, p. 605.

<sup>1067</sup> « 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi ».

<sup>1068</sup> « *Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno* », paragraphe 146.

<sup>1069</sup> Paragraphe 146.

<sup>1070</sup> « *Propiedad comunal* », en termes de cette jurisprudence en espagnol.

<sup>1071</sup> Paragraphe 148.

En outre, l'arrêt de la CIDH sur l'affaire de la *communauté Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005 il est très intéressant dans la mesure où elle se fait l'écho de l'affaire de la *communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* et elle distingue la protection du droit de propriété en face des formalités législatives et administratives des États. Les arguments de cette jurisprudence méritent d'être reproduits en raison de la particularité du raisonnement: « la possession de la terre devrait suffire pour la reconnaissance officielle de cette propriété »<sup>1072</sup> et « les membres de la communauté, un peuple tribal N'djuka, ont une relation globale avec leurs terres traditionnelles et leur concept de propriété sur ce territoire n'est pas centré sur l'individu, mais axé sur la communauté comme un tout ».<sup>1073</sup> Donc, si la propriété des peuples autochtones ne nécessite pas de formalités d'enregistrement pour obtenir la reconnaissance juridique, la diligence voulue exigerait de vérifier, de manière raisonnable, l'existence (ou non) de liens ancestraux sur un espace géographique déterminé dans le cadre de la planification de projets tels que des concessions, des contrats de travail, l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, etc.

## 2. L'importance de la possession de la terre et la réparation de la perte de propriété

Pour la construction du droit international des contrats publics, la jurisprudence de la Cour interaméricaine peut être pédagogique. Effectivement, l'arrêt du 25 novembre 2015 sur l'affaire *Peuples Kaliña et Lokono c. Surinam* récapitule la jurisprudence de cette cour et souligne trois éléments importants<sup>1074</sup> que les parties au contrat devraient examiner afin

---

<sup>1072</sup> Paragraphe 131. Nous soulignons.

<sup>1073</sup> Paragraphe 133. Nous soulignons. Le texte originel dit: « *Esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexa comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*

...

*En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una “relación omnicomprendiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo ».* Nous soulignons.

<sup>1074</sup> Paragraphe 131.

d'éviter des circonstances imprévues après la signature du contrat. Ces trois éléments sont les suivants:

- l'équivalence de la possession autochtone à titre de propriété<sup>1075</sup>,
- la récupération du droit de propriété en cas de perte involontaire de terres, sauf lorsque les terres ont été légitimement transférées à des tiers de bonne foi<sup>1076</sup>, et
- la réparation en cas de perte de propriété.<sup>1077</sup>

De cette façon, la possession des terres apparaît comme une question importante dans la construction du droit international des contrats publics et, si la possession a un effet équivalent à la propriété, la possession peut présenter les mêmes problèmes, débats et incertitudes que la propriété en hors du cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme. Dans ce contexte, une question se pose à nouveau: il y a un droit de dire non ? Dans le cadre du droit international conventionnel, le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention 169 de l'OIT indique que les consultations « effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi... en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées ». <sup>1078</sup> En tout état de cause<sup>1079</sup>, le rapporteur James Anaya a précisé qu'il n'existe pas de droit de veto dans le cadre de la consultation préalable.<sup>1080</sup>

---

<sup>1075</sup> « A lo largo de su jurisprudencia en la materia, la Corte ha enfatizado la relevancia de garantizar la protección del carácter colectivo de la propiedad indígena (supra párr. 129). Al respecto, en los casos paraguayos de las comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek se estableció que:

a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo que el área poseída en la práctica es equivalente a la propiedad ». Nous soulignons.

<sup>1076</sup> « b) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe ».

<sup>1077</sup> « c) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad ».

<sup>1078</sup> Nous soulignons.

<sup>1079</sup> Au sein du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, un droit de non-exploitation a été noté: « Respect for indigenous peoples' right to free, prior and informed consent was emphasized as a key component in the development of improved relations among indigenous peoples, States and extractive industries, including the right of indigenous peoples to decide not to proceed with resource development if they so choose », paragraphe 26, *Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples on its fifth session (Geneva, 9-13 July 2012)*, A/HRC/21/52.

<sup>1080</sup> « Cuando el Relator Especial afirma que los pueblos indígenas no gozan de un derecho al veto en el contexto de los procesos de consulta, se refiere a aquel planteamiento, a su juicio insostenible, de un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base en cualquiera justificación o sin ninguna, toda

Cependant, il est perceptible que la possession et la propriété conduisent à la consultation préalable<sup>1081</sup>, à la réparation en cas d'omission à la consultation préalable et à la possibilité de répéter la consultation préalable en cas de refus.<sup>1082</sup>

## **B. La distinction nécessaire entre la propriété autochtone et la souveraineté de l'État**

La souveraineté des États sur leurs ressources naturelles (1) n'est pas un sujet éloigné du droit international des investissements et, précisément, la jurisprudence en matière d'investissements internationaux souligne l'importance de la consultation (2).

### **1. La souveraineté des États sur les ressources naturelles**

Comme nous le savons, « la souveraineté nationale appartient au peuple »<sup>1083</sup> et, précisément, le droit de disposer librement de leurs ressources naturelles est une manifestation de la souveraineté. Les États peuvent conclure des contrats pour l'exploitation de leurs ressources naturelles; toutefois, dans le cadre du droit international des peuples autochtones, certaines expressions peuvent être source de confusion. En effet, la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962 sur la souveraineté

---

*propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar. Hablar de un derecho de veto en tal sentido, cuando se trata de asuntos que puedan ser de interés legítimos no solo por la parte indígena sino también para la sociedad nacional en general, no es coherente con la norma de consulta participativa que se incorpora en la normativa internacional », Déclaration du Rapporteur des Nations unies James Anaya sur la Loi sur la consultation préalable au Pérou*

< [www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/nws/632-declaracion-consulta-peru.html](http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/nws/632-declaracion-consulta-peru.html) >.

<sup>1081</sup> Il est dit que le fait à mettre en cause ne devrait pas être la concession, mais « l'omission de l'État de mener le processus de consultation », RUIZ (J), « Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los « Pretextos Jurídicos » del Gobierno para Incumplirla », *Derecho & Sociedad*, numéro 42, 2014, p. 191. En tout cas, l'assimilation du droit international des peuples autochtones dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics impliquerait aussi de déterminer la validité ou non des contrats en violation de l'obligation de la consultation préalable.

<sup>1082</sup> « *The rejectionist position of most communities in which consultations have taken place reflects both the absence of consent and the lack of a proper consultation procedure. The Special Rapporteur considers, however, that the holding of community consultations should neither preclude the organization nor prejudge the content of fresh consultation procedures that comply with international standards and in which the State actively participates in accordance with its obligations* », *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Addendum. Preliminary note on the application of the principle of consultation with indigenous peoples in Guatemala and the case of the Marlin mine*, paragraphe 20. *Human Rights Council, Fifteenth session, 2010. A/HRC/15/37/Add.8.*

<sup>1083</sup> Art. 3 de la Constitution de la France du 4 octobre 1958.

permanente sur les ressources naturelles utilise trois termes différents pour désigner le détenteur de la souveraineté: « peuples », « nations » et « l'État ».<sup>1084</sup> Si l'on parle de « peuples », les peuples indigènes, sont-ils titulaires d'une souveraineté en même temps que les États ? Les peuples autochtones, peuvent-ils disposer librement des ressources naturelles et lancer un appel d'offres comme les États souverains?<sup>1085</sup>

La réponse à toutes ces questions est négative. Pour commencer, nous ne serons pas les premiers à constater qu'une lecture complète de la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies ne permet pas de percevoir une reconnaissance de la « souveraineté » en faveur des peuples autochtones sur les ressources naturelles, mais plutôt un renforcement de la souveraineté des États parce que, à travers cette résolution, l'Assemblée générale reprend une résolution antérieure, la résolution 1515 (XV) du 15 décembre 1960, « par laquelle elle a recommandé le respect du droit souverain de chaque État de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles ». Et cette résolution 1515 considère que toute mesure sur ce sujet « doit se fonder sur la reconnaissance du droit inaliénable qu'a tout État de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément à ses intérêts nationaux et dans le respect de l'indépendance économique des États ». La reconnaissance des peuples autochtones en tant que sujets de droit international n'implique pas un trait de souveraineté et ne leur confère pas un statut de partie aux contrats publics.<sup>1086</sup>

À cet égard, la même convention 169 de l'OIT ne permet pas une équivalence entre les peuples autochtones et les États souverains, mais elle précise plutôt que: « L'emploi du terme peuples dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant

---

<sup>1084</sup> « 1. Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé ». « 7. La violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix ». Nous soulignons.

<sup>1085</sup> Une réponse affirmative impliquerait une révision de la théorie générale des contrats du secteur public en ce qui concerne les parties au contrat et ce n'est pas la question.

<sup>1086</sup> La professeure Anne-Thida Norodom note ce qui suit: « La Déclaration ne s'émancipe donc pas du principe de souveraineté étatique, respectant ainsi pleinement la logique du droit international », NORODOM (A-T) « L'Organisation des Nations Unies au service des peuples autochtones; quelle efficacité? », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2011, p. 61.



des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international ». <sup>1087</sup> En conséquence, le pouvoir de faire un appel d'offres et de signer des contrats publics et d'exploitation des ressources naturelles dans le territoire étatique appartient exclusivement à l'État et à ses entités publiques. <sup>1088</sup>

## 2. Les peuples indigènes face au droit international des investissements

Si les contrats publics peuvent être une forme d'investissement en droit international, la relation entre le droit international d'investissements et le droit international des peuples autochtones <sup>1089</sup> est incontestable. Dans ce contexte, l'« interaction » <sup>1090</sup> entre ces deux secteurs du droit international n'est pas une nouveauté. L'équilibre entre le développement économique et les droits des peuples autochtones <sup>1091</sup> apparaît comme une nécessité pour la cohérence de l'ordre juridique international dans son ensemble. Le droit étatique <sup>1092</sup> et la jurisprudence internationale renforcent la pertinence de la question des peuples autochtones

---

<sup>1087</sup> Paragraphe 3 de l'art. 1.

<sup>1088</sup> À l'exception des contrats des organisations internationales, et des concessions de l'Autorité internationale des fonds marins en vertu de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer. Sur les contrats de l'Autorité internationale des fonds marins: < <https://www.isa.org.jm/fr/contractants-des-fonds-marins> >.

<sup>1089</sup> Dans le cadre des Nations Unies, il est intéressant le Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones du 11 août 2016 qui note ce qui suit: « Harmoniser le droit international de l'investissement et le droit international des droits de l'homme est un prérequis essentiel pour faire face à cette crise de légitimité, faire respecter les droits des peuples autochtones et garantir un cadre juridique international cohérent. En veillant à ce que les accords internationaux d'investissement ne restreignent pas leur marge d'action réglementaire et en prenant des mesures pour protéger les droits des peuples autochtones dans le cadre des activités des investisseurs, les États peuvent éviter des procédures coûteuses de règlement des différends et éliminer les incertitudes quant aux limites que le droit international de l'investissement impose à leur souveraineté et à celle des peuples autochtones. Par ailleurs, si les États utilisent des arguments de droit international des droits de l'homme dans les procédures de règlement des différends, les investisseurs se sentiront davantage obligés de faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme avant d'engager des procédures de règlement des différends », paragraphe 81. A/HRC/33/42.

<sup>1090</sup> Voir: LEVINE (J), « The Interaction of International Investment Arbitration and the Rights of Indigenous Peoples », *Transnational Dispute Management*, numéro 1, 2017. < [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2435](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2435) >.

<sup>1091</sup> FOSTER (G), « Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium between Economic Development and Indigenous Rights », *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, numéro 4, 2012, pp. 627-691.

<sup>1092</sup> Voir: sous le droit du Canada, l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. O'REILLY (J), « La Loi constitutionnelle de 1982. Droit des autochtones », *Les Cahiers de Droit*, vol. 25, numéro 1, 1984, pp. 126-144; HENDERSON (W), « Indigenous Peoples in Canadian Law », in *The Canadian Encyclopedia* < <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/aboriginal-people-law> >.

dans le présent et dans l'avenir des contrats publics dans le cadre du droit administratif des États concernés<sup>1093</sup> et du droit international.

En effet, dans le cadre de l'arbitrage international, on a commencé à reconnaître les droits des peuples autochtones dans le cadre du droit international de l'investissement. À cet égard, la sentence arbitrale CIRDI de 30 novembre 2017 sur l'affaire *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou* affirme que les instruments pertinents établissent le devoir de la consultation avec les communautés indigènes.<sup>1094</sup> De cette façon, le droit international de l'investissement renforce le droit international des peuples autochtones, qui à son tour renforce la construction du droit international des contrats publics, notamment en matière de contrats pour l'exploration et/ou l'exploitation des ressources naturelles.

## **Conclusions de la section 1**

L'absence de règles en matière de peuples autochtones au sein des harmonisations du droit des contrats publics révèle, d'un côté, qu'il s'agit d'harmonisation limitées *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis* et *ratione personae*; et, d'autre part, que les lacunes entre les harmonisations n'affaiblissent pas toujours la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où le droit international, en tant que système juridique, permet l'articulation des différents domaines.

Dans le cadre de cette articulation, la pertinence du droit international des peuples autochtones montre que la souveraineté de l'État et le pouvoir contractuel des entités publiques ne sont pas absolus. Dans ce sens, il est vrai que, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse, nous assistons à un processus d'humanisation du droit des

---

<sup>1093</sup> « Déterminer les droits des peuples autochtones sur le domaine public est un problème juridique complexe. Depuis quelques années, les revendications des autochtones... se sont faites pressantes. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont d'ailleurs entrepris... négociations qui visent notamment à définir avec plus précision les droits qu'ils possèdent sur le territoire », les professeurs René Dussault et Louis Borgeat ont déjà noté il y a décennies au Canada, DUSSAULT (R) et BORGÉAT (L), *Traité de droit administratif*, vol. 2, Les Presses de l'Université Laval, 1986, pp. 88.

<sup>1094</sup> Paragraphe 406. Le texte original dit: « *Even though the concept of "social license" is not clearly defined in international law, all relevant international instruments are clear that consultations with indigenous communities are to be made with the purpose of obtaining consent from all the relevant communities* ». ARB/14/21.

contrats publics; mais cette humanisation peut être incomplète si les harmonisations ne parviennent pas à articuler les différents domaines du droit international des droits de l'homme. Cette circonstance révèle aussi, une fois encore, le rôle de la jurisprudence des tribunaux internationaux; et précisément, en matière de peuples autochtones, la Cour interaméricaine met particulièrement l'accent sur la relation entre le droit de participation citoyenne et la consultation préalable.<sup>1095</sup> Il semble intéressant de constater que cette jurisprudence non seulement établit critères et lignes à considérer dans le cadre interaméricain, mais aussi contribue à dévoiler les peuples autochtones dans construction du droit international des contrats publics.

D'ailleurs, les termes « consentement » et « consultation »<sup>1096</sup> peuvent conduire à une sorte de confusion en raison du débat autour de la possibilité d'un droit « à dire non » et, surtout, en raison de la portée de ce droit. En tout état de cause, la réalité est la suivante: il est difficile de tenter d'édifier un droit international des contrats publics sans aborder la question des droits des peuples autochtones si nous considérons le sujet à l'échelle planétaire. Une omission de cette question dans le cadre de la construction entraînerait une lacune dans un éventuel sous-système juridique international des contrats publics. Et dans ce contexte, l'un des problèmes dans la construction pourrait découler de l'inévitable différenciation entre la « consultation » et le « consentement ».<sup>1097</sup> Le « consentement préalable, libre et éclairé » est

---

<sup>1095</sup>Avec un langage très pédagogique, ce tribunal: « *reitera que el artículo 23... dispone que “todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) [...] participar en la dirección de los asuntos públicos [...]”*. En similar sentido, el artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “el derecho [de los pueblos indígenas] a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes [...]”, y el artículo 32, en lo pertinente, dispone el deber de los Estados de “celebr[ar] consultas y coopera[ción] de buena fe [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras [...], particularmente en relación con [...] la utilización o la explotación de recursos minerales [...]”», arrêt du 25 novembre 2015 sur l'affaire des peuples Kaliña et Lokono, paragraphe 202. Nous solignons.

<sup>1096</sup> Monsieur Ban Ki-moon, ancien Secrétaire général des Nations Unies, a indiqué ce qui suit: « *Il ne peut y avoir de développement pour les peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, et sans qu'ils soient impliqués dans chaque étape. Ces principes fondamentaux sont inscrits dans la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones* »

< <http://www.fao.org/indigenous-peoples/our-pillars/fpic/fr/> >

<sup>1097</sup> On remarque qu'une « *consultation significative n'est pas l'équivalent du consentement libre, préalable et éclairé (CLPE), mais c'est un processus nécessaire pour parvenir à une entente de CLPE* », *Guide sur le consentement libre, préalable et éclairé*, Version 1, 13 août 2019,

< <https://ca.fsc.org/preview.guide-sur-le-consentement-libre-pralable-et-clair.a-2512.pdf> > p. 12.

considéré comme « une notion fondée sur les droits de l'homme »<sup>1098</sup> et il est différent de la consultation préalable. Cette différenciation implique la possibilité d'une négative dans le cadre de la consultation<sup>1099</sup>, ce qui pourrait constituer une difficulté<sup>1100</sup> pour incorporer le droit à la consultation dans les règles d'harmonisation dans la mesure où l'harmonisation dans le cadre de l'OMC est dédiée à l'ouverture du marché. Par l'instant, les États ne conviennent pas de reconnaître le consentement dans le cadre du droit international économique conventionnel, surtout si l'on considère le faible nombre d'États rattachés à la Convention 169 de l'OIT.<sup>1101</sup>

## Section 2. La sauvegarde des droits de l'homme autour des contrats publics

Dans l'évolution du droit des contrats publics, il y a des tendances qui peuvent être identifiées au fil du temps. L'assimilation des clauses sociales et environnementales est quelques-unes de ces tendances, lesquelles apparaissent comme « avancées juridiques »<sup>1102</sup> dans un contexte « hétérogène ».<sup>1103</sup> L'harmonisation au sein de l'OMC, dans les ordres juridiques communautaires et des accords de libre-échange (ALE) modernes confirmant cette affirmation. En effet, une lecture des divers textes d'harmonisation au fil du temps<sup>1104</sup> permet de voir que les harmonisations renforcent certains droits des trois générations de droits de l'homme dans le cadre des adjudications publiques.

---

<sup>1098</sup> Document du Conseil des droits de l'homme: *Consentement préalable, libre et éclairé: une approche fondée sur les droits de l'homme. Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, p. 2. Distribution générale du 10 août 2018, A/HRC/39/62.

<sup>1099</sup> Voir: BELLIER (I), « Retour sur la négociation de la déclaration des droits des peuples autochtones: reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>1100</sup> La négative des peuples autochtones est une possibilité dans une consultation. Cette possibilité a été décrite comme « une option que la plupart des décideurs ont du mal à accepter, au nom de l'intérêt supérieur du développement national », BELLIER (I), « Préface » du livre GERMOND-DURET (C), *Banque mondiale, peuples autochtones et normalisation*, Genève / Paris, Institute de Hautes Études Internationales et du Développement / Kathala, 2011, p. 15.

<sup>1101</sup> Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Danemark, Dominique, Équateur, Espagne, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Norvège, Pays-Bas, Paraguay, Pérou, République centrafricaine, Venezuela et Luxembourg.

<sup>1102</sup> PINAUD (X), *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003, p. 79.

<sup>1103</sup> *Idem.*

<sup>1104</sup> Pour percevoir cette évolution, il faut de comparer les indices des manuels de droit des marchés publics et/ou de la partie consacrée aux marchés publics dans les manuels de droit administratif des quarante dernières années. Cette comparaison permet de constater que l'évolution implique une internationalisation. Cette internationalisation se produit non seulement dans le cadre de l'ouverture des marchés, mais aussi dans le cadre du lien, de plus en plus visible, entre le droit des contrats publics et les divers domaines du droit international.

À cet égard, on peut dire que les normes du droits de l'homme dans le cadre des appels d'offres publics (§ 1) et la pratique législative des États en matière de surveillance et de responsabilité du cocontractant (§ 2) font partie de la construction du droit international des contrats publics.

### **§ 1. L'articulation dans la phase de l'appel d'offres public**

L'évolution du droit des contrats publics « n'est pas terminée... il s'agit d'une évolution récente. Mais il ne s'agit pas d'une construction *ex abrupto* ». <sup>1105</sup> Il s'agit en effet d'une progression juridique lente, où l'adaptation des contrats aux exigences des droits de l'homme et aux exigences de la libre concurrence pourrait conduire aussi de façon inattendue à un « choc » <sup>1106</sup> entre droits de l'homme et libre concurrence, ou à un mutuel renforcement où la libre concurrence assimilerait les droits de l'homme dans le cadre de son propre déroulement.

Avant de continuer, nous jugeons nécessaire de faire une appréciation particulière. L'évolution de la libre concurrence dans le droit des contrats publics en assimilant les droits de l'homme est nécessaire pour la cohérence au sein du droit international. Cependant, nous pouvons percevoir qu'au sein de l'OMC, cette assimilation est un aspect un peu faible et peut-être un peu abstrait, du moins par comparaison aux règles du droit des contrats publics de l'UE. Par exemple, dans le droit de l'UE, les motifs d'exclusion des candidats dans un appel d'offres public en raison des antécédents de violation des droits de l'homme sont spécifiés et ils couvrent des matières spécifiques, qui ne sont pas expressément citées dans l'harmonisation dans le cadre de l'OMC. À cet égard, le droit de l'UE cite la traite d'êtres humains et la violation des droits de l'enfance <sup>1107</sup> comme motifs d'exclusion des candidats

---

<sup>1105</sup> GUIHEUX (G), « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: Entre novation et tradition », *Revue générale de droit*, vol. 36, numéro 4, 2006, p. 787. « La croissance de l'investissement public, l'ouverture des frontières, la moralisation de la vie publique ont fortement contribué à refaçonner le processus contractuel de l'administration », le professeur Gilles Guiheux a commenté du point de vue du droit administratif.

<sup>1106</sup> C'est une collision à éviter.

<sup>1107</sup> Art. 57 de la Directive 2014/24/UE: « Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation... » en raison « d'une condamnation... , pour... : f). travail des enfants et autres formes de traite des êtres ». Voir le Paragraphe 4, f) de l'art. 38 de la Directive 2014/23/UE.

parce que les domaines de criminalité concernés sont spécifiés, alors que l'Accord sur les marchés publics de 2012 de l'OMC (AMP 2012) évoque les exclusions en termes généraux. L'AMP 2012 dispose que les « jugements définitifs concernant des délits graves ou d'autres infractions graves »<sup>1108</sup> suscitent l'exclusion d'une candidature mais il ne concrétise pas les infractions ni les domaines de criminalité. Les termes « délits graves » et « infractions graves » sont des termes compréhensibles mais ambigus aussi parce que la gravité d'un comportement peut varier en fonction du droit pénal de chaque État.

La modification que nous proposons, *de lege ferenda*, concerne la lettre *e*) du paragraphe 4 de l'article VIII de l'AMP 2012 afin d'avoir une formulation plus claire et plus précise. Nous proposons le libellé suivant:

«... exclure un fournisseur pour des motifs tels que: ...

e). jugements définitifs concernant la traite d'êtres humains et la violation des droits de l'enfance ou des délits graves ou d'autres infractions graves, en incluant les graves violations des droits de l'homme selon le droit international et le délit de corruption selon la définition de la Convention de Nations Unies contre la corruption de 2003 ou d'autres textes d'un plus grande portée ».

D'ailleurs, le renforcement du droit international des droits de l'homme par les clauses sociales et par les clauses pour la protection de l'environnement (A) et la cohérence entre le droit international économique et le droit international du travail (B) au niveau planétaire apparaissent comme une tendance dans le cadre de cette évolution.

#### **A. Les clauses sociales et de protection de l'environnement**

L'assimilation des clauses sociales (1) et la protection de l'environnement (2) n'échappent pas à la critique.

---

<sup>1108</sup> Lettre *e*) du paragraphe 4 de l'article VIII.

## 1. L'inégale assimilation des clauses sociales entre les harmonisations

Dans la première partie de cette thèse, nous avons déjà analysé la relation entre l'harmonisation du droit des contrats publics et les droits de l'homme au sein de l'Union européenne (UE). Nous avons déjà vu l'assimilation des classiques clauses sociales dans ce contexte.<sup>1109</sup> Les clauses sociales mettent en évidence l'utilisation des contrats publics pour atteindre des objectifs de nature non économiques mais plutôt sociaux.<sup>1110</sup> Toutefois, on constate que l'incorporation de clauses sociales n'a pas la même rigueur dans une perspective comparée entre l'un et l'autre ordre juridique d'harmonisation.

En effet, la portée de ces clauses varie entre le droit des États et entre les ordres juridiques d'harmonisation. En d'autres termes, les clauses sociales ne sont pas monolithiques *stricto sensu*, mais elles reflètent clairement une tendance<sup>1111</sup> dans l'évolution du droit des contrats

---

<sup>1109</sup> Chapitre 2 du titre I de la première partie de cette thèse.

<sup>1110</sup> « *Public procurement is heralded as a means to promote social justice goals through regular market engagement. Evidence also shows that inclusive public procurement policies are a good example of social regulations that encourage non-state actors to actively* », GIANNOUNIS (A) et RAJA (D), « *Harnessing Technology to Realize the Right to Inclusive Education* », in *The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law*, (DE BECO (G), et al, éditeurs) Cambridge University Press, 2019, p. 364-365.

Voir: CORVAGLIA (A), *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Londres, Hart Publishing, 2017, pp. 43-97.

<sup>1111</sup> Par exemple, en France, dans le cadre de la Section 5 (« *Marchés publics réservés* ») de l'Ordonnance numéro 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, la sous-section 1 porte sur la « *Réservation de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés* ». En Belgique, la Circulaire marchés publics du 7 septembre 2017 de la Région wallonne sur l'Obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux en matière de voiries et d'équipement de zones d'activités économiques > 750.000 U.H.T.V.A, elle illustre aussi la tendance législative

< [https://www.uvcw.be/no\\_index/actualite/7227-3964620804710042017122647623902424544.pdf](https://www.uvcw.be/no_index/actualite/7227-3964620804710042017122647623902424544.pdf) >.

Au Pérou, le Règlement de la loi de contrats de l'État du 3 juin 2008 prévoit la participation des personnes handicapées comme un élément à considérer en cas d'un ballottage entre candidats dans le cadre d'un appel d'offres publiques. Art. 73: « *En el supuesto que dos (2) o más propuestas empaten, el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará observando estrictamente el siguiente orden:*

*1. En Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, a favor de las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia* ».

En Espagne, la participation des personnes handicapées est aussi un élément très important pour déterminer les adjudications en cas de ballottage entre des candidats. Selon l'art. 147 de la Loi 9/2017 sur des contrats du secteur public du 8 novembre de 2017:

« *1. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate...*

*Dichos criterios... deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a:*

*a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.*

publics. Au sein de l'OMC, il s'agit de clauses de nature potestative ou de permission, parce que ce ne sont pas des clauses de nature contraignante. Par exemple, dans le cadre de l'AMP 2012, il est prévu que cet accord ne sera pas interprété « comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures: ...se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus ». <sup>1112</sup> Il s'agit presque d'une clause d'interprétation, d'une autorisation dans le cadre de la libre concurrence, mais il ne s'agit pas d'une obligation interétatique. Les États disposent d'une marge de décision, ce qui pourrait permettre l'existence de différences entre les divers ordres juridiques étatiques dans le cadre d'une certaine uniformité.

D'ailleurs, dans une perspective comparée entre les organisations internationales, on peut voir que le *Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina* (approuvé par la Décision 439 du 11 juin 1998 et applicable aux appels d'offres publics, comme nous avons noté) ne fait pas expressément référence aux personnes handicapées. En revanche, l'UE établit quelques règles potestatives <sup>1113</sup> et quelques règles contraignantes <sup>1114</sup> sur ce sujet. La pluralité des rythmes se

---

*En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

....

2. *En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:* a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla ». Nous soulignons.

<sup>1112</sup> Lettre *d*) du paragraphe 2 de l'art. III de l'AMP 2012. Dans le même sens, par exemple, voir la lettre *d*) du paragraphe 2 de l'article 10.4 de l'Accord de libre-échange Canada-Ukraine, consacré aux les « *exceptions concernant la sécurité et exceptions générales* ».

<sup>1113</sup> Par exemple, dans le cadre de la directive 24/2014, le paragraphe 1 de l'art. 20: « Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».

<sup>1114</sup> Paragraphe 1 de l'art. 42 de la directive 24/2014: «... Pour tous les marchés de travaux, fournitures ou services destinés à être utilisés par des personnes physiques, qu'il s'agisse du grand public ou du personnel du pouvoir adjudicateur, les spécifications techniques sont élaborées, sauf dans des cas dûment justifiés, de façon à tenir compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la notion de conception pour tous les utilisateurs.



fait sentir une fois de plus. Il faut toutefois préciser que le droit de la Communauté andine n'est pas indifférent à la question des personnes handicapées. En effet, à travers le *Marco Normativo para el Ejercicio de los Derechos de las Personas con Discapacidad* du 31 mars 2016, un ensemble de règles spécifiques sont introduites dans le domaine des contrats publics<sup>1115</sup>, ce qui atténue l'absence des droits des personnes handicapées dans le cadre de l'ouverture des marchés des contrats publics dans cette organisation internationale. Dans ce contexte, il faut de dire que, malgré les différences existantes, les clauses sociales dans les textes d'harmonisation révèlent une tendance qui contribue à la construction d'un droit international des contrats publics.<sup>1116</sup> Une tendance homogène serait idéale.

## **2. La protection de l'environnement par le biais de l'harmonisation**

Le lien entre les contrats publics et l'environnement est incontestable.<sup>1117</sup> La question de l'environnement est l'un des éléments les plus marquants dans l'évolution du droit des contrats publics au sein de l'OMC et pour la construction du droit international des contrats publics (i). En dehors de l'OMC, les ALE (ii) et les systèmes communautaires (iii) vont dans le même sens.

### *(i) L'évolution du facteur environnemental dans les contrats publics au sein de l'OMC*

Une analyse comparative entre le Code de Tokyo et les accords plurilatéraux de l'OMC en matière de contrats publics permet d'afficher une évolution considérable. En effet, en ce qui concerne les spécifications techniques, l'AMP 2012 reflète une tendance à « la préservation des ressources naturelles », la sauvegarde de l'environnement<sup>1118</sup> et à une considération des

---

Lorsque des exigences d'accessibilité contraignantes ont été arrêtées par un acte juridique de l'Union, les spécifications techniques sont définies par référence à ces normes en ce qui concerne les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la notion de conception pour tous les utilisateurs ».

<sup>1115</sup> Arts. 56 (insertion digne des personnes handicapées), 58 (avantages et incitations pour les entreprises employant des personnes handicapées), 62 (égalité des conditions entre entreprises dans le cadre des marchés publics).

<sup>1116</sup> Dans le cadre du Mercosur, le paragraphe 2 de l'art. 13 du protocole de Brasilia (exceptions générales).

<sup>1117</sup> La Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 25 septembre, consacré à l'adoption du programme de développement pour l'après-2015, fixe l'objectif de: « Promouvoir des pratiques durables dans le cadre de la passation des marchés publics, conformément aux politiques et priorités nationales », Point 12.7 de l'Objectif 12 (« établir des modes de consommation et de production durables ») A/RES/70/1.

<sup>1118</sup> Paragraphe 6 de l'art. X.

« caractéristiques environnementales » entre les « critères d'évaluation ». <sup>1119</sup> En tout état de cause, cette tendance se manifeste par le biais de clauses potestatives <sup>1120</sup>, ce qui témoigne d'une marge de manœuvre pour les États.

D'ailleurs, la *Déclaration des dirigeants du G20 sur bâtir un consensus pour un développement juste et durable* du 1er décembre 2018 faite à Buenos Aires génère des attentes et demande une prudence particulière. <sup>1121</sup>

La tendance à articuler le droit international de l'environnement aux contrats publics se manifeste également dans les ALE. L'évolution des ALE <sup>1122</sup> dévoile aussi l'assimilation de clauses pour la protection de l'environnement dans les contrats publics, comme nous le verrons au point suivant.

#### (ii) *La protection de l'environnement dans les ALE*

Dès le premiers ALE <sup>1123</sup> jusqu'à l'Accord économique et commercial global de 2016 entre l'UE et le Canada (AECG) et d'autres textes contemporaines, l'assimilation de clauses relatives à l'environnement en ce qui concerne les contrats publics est notoire et révèle une évolution qui tend à éviter des incohérences et des contradictions au sein d'un même *corpus juris* qui touche différents domaines du droit international économique.

Dans ce contexte, nous tenons à souligner, d'une part, que certains ALE contiennent des règles spécifiques sur la protection de l'environnement dans leurs propres chapitres consacrés

---

<sup>1119</sup> Paragraphe 9 de l'art. X.

<sup>1120</sup> La conjugaison des verbes se fait sentir: « pourra » (paragraphe 6 de l'art. X) et « pourront » (paragraphe 9 de l'art. X).

<sup>1121</sup> Les dirigeants (ceux qui dirigent la politique commerciale et économique de ces grands acteurs sur la scène mondiale) ont déclaré ce qui suit: « Le commerce international et l'investissement sont d'importants moteurs de la croissance, de la productivité, de l'innovation, de la création d'emploi et du développement. Nous reconnaissons la contribution à ce chapitre du système commercial multilatéral. Pour l'instant, le système n'atteint pas ses objectifs et des améliorations pourraient être apportées. Nous appuyons donc la réforme requise de l'OMC afin d'en améliorer le fonctionnement. Nous évaluerons les progrès accomplis lors du prochain Sommet », paragraphe 27.

<sup>1122</sup> HEYDON (K) et WOOLCOCK (S), « Évolution des accords de libre-échange: stratégies, contenu et comparaison », *La vie économique*, vol. 11, 2007, pp. 8-12.

<sup>1123</sup> Le Traité de commerce franco-britannique de 1860 (« Traité Cobden-Chevalier »), il est considéré comme le premier ALE.

aux « marchés publics »; et, d'autre part, qu'il y a différents ALE qui renvoient le sujet des marchés publics directement vers les règles d'harmonisation des contrats publics au sein de l'OMC comme, par exemple, l'ALE entre Canada et Israël<sup>1124</sup> ou le Traité de l'Association européenne de libre-échange (EFTA).<sup>1125</sup> En d'autres termes, il existe deux façons différentes d'introduire des normes environnementales, et donc deux façons d'assimiler la protection de l'environnement dans le cadre de l'ouverture des marchés publics. Malgré cette différence, la tendance à la sauvegarde de l'environnement dans les contrats publics se fait sentir.

En ce qui concerne l'AECG, il a été considéré comme « l'archétype » du nouveau régime commercial.<sup>1126</sup> L'AECG représente bien l'articulation moderne et nécessaire entre les normes sur l'environnement et les règles d'harmonisation du droit des contrats publics parce que cet accord ne prévoit pas seulement des règles en matière environnementale<sup>1127</sup>, mais

---

<sup>1124</sup> Article 16.2, consacré aux marchés publics, prévoit: « 1. Les droits et les obligations des Parties relatifs aux marchés publics sont régis par l'Accord sur les marchés publics, figurant à l'Annexe 4 de l'Accord sur l'OMC. 2. Les Parties s'efforcent de négocier une libéralisation accrue de l'accès des fournisseurs de l'autre Partie à leurs marchés publics ».

<sup>1125</sup> Chapter XII: Public Procurement.

Art. 37: « 1. *The Member States reaffirm their rights and obligations under the WTO Agreement on Government Procurement (GPA). Under this Convention, the Member States broaden the scope of their commitments under the WTO Government Procurement Agreement with an aim to pursue liberalisation in public procurement markets in accordance with Annex R.*

2. *To this effect, the Member States shall secure non-discriminative, transparent and reciprocal access to their respective public procurement markets and shall ensure open and effective competition based on equal treatment* ». L'objet même du traité est « *to open the public procurement markets of the Member States* » (lettre f) de l'art 2).

<sup>1126</sup> HÜBNER (K), DEMAN (A) et BALIK (T), « EU and trade policy-making: the contentious case of CETA », *Journal of European Integration*, vol. 39, numéro 7, p. 843 (cité par MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, Barcelona, JM Bosch, 2018, p. 277).

<sup>1127</sup> Dans le cadre du chapitre vingt-quatre de l'Accord commercial entre l'UE et le Canada (CETA ou AECG), l'article 24.4, consacré aux « accords multilatéraux sur l'environnement », on établit ce qui suit:

« 1. Les Parties reconnaissent l'intérêt de la gouvernance et des accords internationaux en matière d'environnement en tant que réponse de la communauté internationale aux problèmes environnementaux mondiaux ou régionaux, et elles soulignent la nécessité de renforcer la complémentarité des politiques, des règles et des mesures en matière de commerce et d'environnement.

2. Chaque Partie réaffirme son engagement à mettre effectivement en œuvre, dans son droit et ses pratiques et sur l'ensemble de son territoire, les accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie.

3. Les Parties s'engagent à se consulter et à coopérer, s'il y a lieu, au sujet de questions environnementales d'intérêt commun liées à des accords multilatéraux sur l'environnement, en particulier celles qui touchent au commerce. Cet engagement inclut l'échange d'informations sur:

a. la mise en œuvre des accords multilatéraux sur l'environnement auxquels une Partie est partie;

b. la négociation en cours de nouveaux accords multilatéraux sur l'environnement;

c. le point de vue de chaque Partie concernant l'adhésion à d'autres accords multilatéraux sur l'environnement.

4. Les Parties reconnaissent leur droit de recourir à l'article 28.3 (Exceptions générales) en ce qui concerne les mesures touchant l'environnement, y compris celles prises en application d'accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elles sont parties ».

aussi règles progressistes et progressives sur les spécifications techniques<sup>1128</sup>; et, précisément, les spécifications techniques matérialisent les termes par lesquels le niveau de protection de l'environnement est déterminé sur le terrain, c'est-à-dire pour chaque contrat spécifique. Tout cela sans oublier que, dans le cadre de l'AECG, les États concernés assument également un ensemble de règles spécifiques telles que le maintien des niveaux de protection de l'environnement<sup>1129</sup>, en assimilant aussi le principe de prévention<sup>1130</sup> et d'autres règles relatives au commerce international<sup>1131</sup> et pour la sauvegarde de l'environnement conformément au droit international.<sup>1132</sup> Dans ce contexte, l'AECG établit ses propres règles en cas d'éventuel conflit entre les différentes règles du même traité.<sup>1133</sup> L'AECG permet ainsi de parvenir à la cohérence du système juridique international par le biais de règles pour

---

<sup>1128</sup> Paragraphe 6 de l'art. 19.9: « Il est entendu qu'une Partie, y compris ses entités contractantes, peut établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement, à condition de le faire d'une manière conforme au présent article », paragraphe 9 du même article: « Les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de marché envisagé ou la documentation relative à l'appel d'offres peuvent inclure, entre autres choses, le prix et d'autres facteurs de coût, la qualité, la valeur technique, les caractéristiques environnementales et les modalités de livraison ». Nous soulignons.

<sup>1129</sup> Article 24.5 sur le « maintien des niveaux de protection »:

« 1. Les Parties reconnaissent qu'il ne convient pas de stimuler le commerce ou l'investissement par l'affaiblissement ou la réduction des niveaux de protection prévus par leur droit de l'environnement.

2. Une Partie ne renonce ni ne déroge d'une autre manière à son droit de l'environnement, ni n'offre de le faire, dans le but de stimuler le commerce ou l'établissement, l'acquisition, l'accroissement ou le maintien d'un investissement sur son territoire.

3. Une Partie n'omet pas, par toute action ou inaction soutenue ou répétée, d'appliquer effectivement son droit de l'environnement dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement ».

<sup>1130</sup> Art. 24.8: « 2. Les Parties reconnaissent que, en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

<sup>1131</sup> Art. 24.8: « 1. Chaque Partie tient compte de l'information scientifique et technique pertinente ainsi que des normes, lignes directrices ou recommandations internationales connexes lorsqu'elle élabore et met en œuvre des mesures de protection de l'environnement pouvant avoir une incidence sur le commerce ou l'investissement entre les Parties ». Nous soulignons.

<sup>1132</sup> Art. 24.9: « 1. Les Parties sont résolues à faire les efforts voulus en vue de faciliter et de promouvoir le commerce et l'investissement en ce qui concerne les marchandises et services environnementaux, y compris par la réduction des obstacles non tarifaires attachés à ces marchandises et services.

2. Les Parties, conformément à leurs obligations internationales, veillent spécialement à faciliter l'élimination des obstacles au commerce ou à l'investissement en ce qui concerne les marchandises et les services qui présentent un intérêt particulier pour l'atténuation du changement climatique, notamment le commerce ou l'investissement en ce qui concerne les marchandises et les services liés à l'énergie renouvelable ».

<sup>1133</sup> Le chapitre 19 de cet ALE est consacré aux « marchés publics » et le chapitre 24 au « commerce et environnement ». Comme il n'est pas très difficile d'imaginer, les différences interétatiques pour des questions environnementales peuvent apparaître dans le domaine des marchés publics aussi, c'est-à-dire qu'une différence pourrait comprendre ces deux chapitres. Dans ce contexte, le chapitre 24 impose que « Pour tout différend découlant du présent chapitre, les Parties ont uniquement recours aux règles et aux procédures prévues au présent chapitre », paragraphe 2 de l'art. 24.16. Nous soulignons.

l'autoprotection de l'ordre juridique créé par ce traité et en restant fidèle au droit international général.<sup>1134</sup>

*(iii) La tendance à la sauvegarde de l'environnement dans les ordres communautaires*

Du point de vue du droit communautaire comparé, la protection de l'environnement dans l'harmonisation du droit des contrats publics n'est pas une caractéristique exclusive de l'harmonisation au sein de l'UE. L'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) assimile le développement durable à partir du préambule des directives d'harmonisation en remarquant que « la stabilité macroéconomique et une croissance durable sont soutenues, notamment, par la bonne gestion des affaires publiques »<sup>1135</sup>, ce qui prouve, une fois de plus, le dépassement de critères purement économiques.<sup>1136</sup> Le Mercosur va dans la même direction.<sup>1137</sup> La tendance à la communautarisation de la protection de l'environnement renforce la nécessaire cohérence entre l'environnement et les contrats publics. Toutefois, la multiplicité des harmonisations existantes pourrait entraîner divers solutions sur une même question et augmenter les risques de « difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »<sup>1138</sup> aussi. Dans ce contexte, la multiplicité des harmonisations<sup>1139</sup> accroît le risque d'une fragmentation du droit de

---

<sup>1134</sup> Dans ce contexte, l'art. 8.31, consacré au droit applicable et interprétation, dispose ce qui suit: « Lorsqu'il rend sa décision, le Tribunal institué en vertu de la présente section applique le présent accord tel qu'il est interprété en conformité avec la Convention de Vienne sur le droit des traités, et les autres règles et principes de droit international applicables entre les Parties ».

<sup>1135</sup> Directive 04/2005/CM/UEMOA. Voir le Préambule de la Directive 05/2005/CM/UEMOA aussi.

<sup>1136</sup> Le chapitre 6 de la directive 04/2005/CM/UEMOA, consacré au régime spécial de passation des délégations de service public, n'assume pas des critères strictement économiques mais établit que l'attribution du contrat: « s'effectue sur la base de la combinaison optimale de différents critères d'évaluation prévus dans le dossier d'appel d'offres, tels que les spécifications et normes de performance prévues ou proposées, la qualité des services publics visant à assurer leur continuité, les tarifs imposés sur les usagers ou reversés à l'Etat ou à la collectivité publique, le potentiel de développement socioéconomique offert, le respect des normes environnementales, le coût, le montant et la rationalité du financement offert, toute autre recette que les équipements procureront à l'autorité délégante et la valeur de rétrocession des installations » (art. 76). Nous soulignons.

<sup>1137</sup> Le paragraphe 3 de l'art. 10 permet de recourir au droit international de l'environnement dans la mesure où cette *norme* lie les spécifications techniques aux normes du Mercosur et aux normes internationales.

<sup>1138</sup> *Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international*, 2006, voir en particulier les pp. 31-34 (A/CN.4/L.682).

<sup>1139</sup> « D'un côté, la fragmentation crée effectivement un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnelles. De l'autre, elle reflète l'expansion de l'activité juridique internationale dans des domaines nouveaux et la diversification concomitante de ses objets et techniques. La fragmentation et la diversification correspondent au développement et à l'expansion du droit international en

l'environnement dans le cadre des contrats publics. Il s'agit d'un risque réel dans la mesure où les harmonisations au sein des organisations internationales ne sont pas monolithiques en vertu des différents rythmes que nous avons déjà exposés dans la première partie.

En plus, il faut toujours retenir que « les contentieux sont rarement seulement environnementaux; ils mêlent diverses questions, maritimes, territoriales par exemple, aux problèmes d'environnement »<sup>1140</sup>, et les contrats publics sont également présents dans ce mélange. En conséquence, une même question du droit international de l'environnement dans le cadre des contrats publics pourrait être interprétée de diverses façons à l'intérieur de l'un ou l'autre ordre juridique d'harmonisation communautaire ou non communautaire. La construction du droit international des contrats publics demande de réduire le risque de fragmentation en raison d'interprétations différentes au sein d'organisations internationales différentes.

## **B. La nécessaire cohérence face au droit international du travail**

L'évolution des ALE révèle également l'assimilation des clauses sociales dans ce type de traités.<sup>1141</sup> Pour être plus précis, cette assimilation se produit dans le cadre d'une « *implementation of social and labour policies in the procurement process* ».<sup>1142</sup> En vertu de cette assimilation, le risque d'incohérence entre le droit international économique et le droit international du travail<sup>1143</sup> est réduit.<sup>1144</sup> L'harmonisation au sein de l'OMC va dans le même

---

réponse aux exigences d'un monde pluraliste », *Annuaire de la Commission du droit international 2006, Volume II, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, paragraphe 246, p. 424 < [https://digitallibrary.un.org/record/583937/files/A\\_61\\_10-FR.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/583937/files/A_61_10-FR.pdf) >.

<sup>1140</sup> MARTIN-BIDOU (P), « La Cour internationale de justice et la protection de l'environnement: nouveaux développements », in *Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone 2015, p. 177.

<sup>1141</sup> OIT, *La dimension sociale des accords de libre-échange*, Genève, 2013

< [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_228966.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_228966.pdf) >.

<sup>1142</sup> CORVAGLIA (A), *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, *op. cit.*, pp. 230-237.

<sup>1143</sup> On dit que « le respect des droits des travailleurs, que ce soit dans le cadre de processus d'intégration régionale par des accords de libre-échange, ou à l'échelle mondiale, peut largement contribuer à une mondialisation juste où le développement et les priorités économiques seraient associés à la justice sociale », DOUMBIA-HENRY (C) et GRAVEL (E), « Accords de libre-échange et droits des travailleurs: évolution récente », *Revue internationale du Travail*, vol. 145, numéro 3, 2006, p. 231.

<sup>1144</sup> « Réduit » ne signifie pas « éliminé ».

sens (1). Pour la construction du droit international des contrats publics, la cohérence entre les contrats publics et les droits sociaux est une autre tendance incontournable (2).

## 1. Un éventuel dépassement de la logique mercantile à l'OMC

Pour comprendre la relation entre le droit des contrats publics dans l'OMC et le droit international du travail, il est nécessaire de revenir en arrière dans le temps. L'Accord sur les contrats publics de 1994 (AMP 1994) a été considéré à juste titre comme une conséquence de la « logique mercantiliste »<sup>1145</sup> de l'OMC; et, sans aucun doute, la logique mercantile existe. Cependant, l'assimilation des clauses sociales dans l'AMP 1994<sup>1146</sup> et dans l'AMP 2012<sup>1147</sup> introduisent des nuances en vertu desquelles on peut souligner l'existence d'une évolution du droit des contrats publics favorable aux personnes handicapées et détenus dans certains aspects.

À notre avis, si les clauses sociales n'avaient pas été assimilées par les harmonisations du droit des contrats publics, un problème pourrait exister dans la mesure où le droit interne pourrait les assimiler sans un appui des textes d'harmonisation pour l'ouverture du marché. Cependant, l'assimilation unilatérale ne serait pas un fait internationalement illicite parce que le droit international des droits de l'homme promeut la réinsertion des détenus et la non-

---

<sup>1145</sup> BOY (L), « Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe », p. 5: « Conforme à la stricte logique mercantiliste de l'OMC, l'AMP ne contient aucune disposition permettant la prise en compte de préoccupations non marchandes. Les règles sont celles de la transparence et de la non discrimination qui ne favorisent pas des considérations autres que purement économiques » < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00722829/document> > (C'est la version numérique de cet article dans le livre: BALATE (E) et MENETREY (S), *Quelles réformes de droit économique pour le développement en Afrique?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 132-152, selon la version numérique).

<sup>1146</sup> Paragraphe 2 de l'art. XXIII: « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures: nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons ».

<sup>1147</sup> En effet, l'art. III de l'AMP 2012 prévoit ce qui suit: « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination..., rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures:...

d). se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus ». Nous soulignons.

exclusion sociale des personnes handicapées. En tout état de cause, les règles de l'OMC en matière des droits des personnes handicapées et des détenus évitent les contradictions entre ce qui est strictement commercial et ce qui concerne les droits de ces personnes dans le cadre du droit international des droits de l'homme. Il n'y a donc pas de contradictions entre ces domaines, mais plutôt on peut voir que l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC contribue, de certaine manière, au développement progressif des droits de l'homme.<sup>1148</sup> En conséquence, la logique mercantiliste existe, elle est atténuée et elle pourrait être plus atténuée parce qu'il existe des omissions importantes sur les textes d'harmonisation en général; par exemple, en ce qui concerne le travail dans le cadre des exceptions, l'AMP 2012 prévoit une clause sur le travail des détenus et des personnes handicapées, cependant, cet accord n'est pas un instrument conçu pour promouvoir des politiques de lutte contre les inégalités de genre dans le domaine du travail<sup>1149</sup> à l'intérieur des entreprises et, précisément, ce sont les entreprises qui participent aux appels d'offres publiquement.<sup>1150</sup>

En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que les conditions d'exécution du contrat peuvent faciliter l'exécution de politiques sociales.<sup>1151</sup>

---

<sup>1148</sup> En effet, comme l'a souligné la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans son rapport de 1993: « Le développement progressif des droits n'est pas limité aux droits économiques, sociaux et culturels. Le principe de la progressivité est inhérent à tous les instruments de droits de l'homme à mesure qu'ils sont élaborés et agrandissent. Les traités sur des droits de l'homme incluent fréquemment des dispositions qu'implicite ou explicitement prévoient l'expansion des droits... La méthode d'expansion peut dépendre de l'application directe des dispositions prévues dans le propre traité, ou au moyen des amendements ou les protocoles additionnels... » (OEA/Ser.L/V/II.85. Doc. 8 rev. 11 febrero 1994). Texte originel: « *el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado* ».

Source: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/indice.htm> >.

<sup>1149</sup> Voir, dans le cadre de la loi 9/2017 du 8 novembre des contrats publics de l'Espagne, le paragraphe 2 de l'art. 127, l'art. 129, le paragraphe 2 de l'art. 145 et le paragraphe 5 de l'art. 157.

Voir aussi: BERNAL (M), « La igualdad de género y los contratos públicos », 2012, < <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.67/recategoria.121/reلمenu.3/chk.90fd932912fb278678515cd2d5e9cddb> >; INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, « Égalité des femmes et des hommes dans les marchés publics. Quelques recommandations », Institut pour l'égalité des femmes et des hommes des hommes, Belgique, 2008, < [https://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/gelijke\\_kansen\\_voor\\_vrouwen\\_en\\_mannen\\_in\\_overheidsopdrachten](https://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/gelijke_kansen_voor_vrouwen_en_mannen_in_overheidsopdrachten) >.

<sup>1150</sup> Voir la Recommandation de 2015 du Conseil de l'OCDE sur l'égalité hommes-femmes dans la vie publique.

<sup>1151</sup> Dans ce sens, dans le cadre de l'UE, la *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* a déjà remarqué que: « Un moyen d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux est l'application de



## 2. La relation entre l'harmonisation et d'autres textes relatifs aux droits sociaux

Le travail des détenus (i) et des personnes handicapées (ii) et la propriété intellectuelle (iii) sont des droits sauvegardés par l'harmonisation dans le cadre de la libre concurrence

### *(i) Le travail des détenus*

Le travail des détenus n'est pas un sujet éloigné des contrats publics. D'abord, les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>1152</sup> annoncent que la réinsertion du détenu mérite des opportunités de travail.<sup>1153</sup> L'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 va dans cette direction.<sup>1154</sup> Dans ce contexte, l'harmonisation du droit des contrats publics dans le cadre de l'OMC facilite les politiques de réinsertion future de ces personnes.<sup>1155</sup> La prise en compte du travail des détenus ne constitue pas une contradiction par rapport à la libre concurrence. Cette considération permet de canaliser des politiques publiques en faveur de l'inclusion sociale; il s'agit d'une autorisation normative de l'harmonisation vers ces politiques et ce n'est pas une imposition. Cependant, la construction du droit international des contrats publics exige d'affiner ce sujet en fonction de l'ère numérique et, dans ce contexte, on peut penser à l'accès au télétravail des détenus dans les entreprises qui participent aux appels d'offres publics. Ce n'est pas un sujet éloigné de la construction du droit de los contrats publics dans la mesure où le travail des détenus est déjà

---

clauses contractuelles ou de « conditions d'exécution du marché » pour autant que leur mise en œuvre se fasse dans le respect du droit communautaire et, en particulier, qu'elles n'aient pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires d'autres Etats membres », paragraphe 1.6 (COM/2001/0566 final).

<sup>1152</sup> Résolution 45/111 du 14 décembre 1990.

<sup>1153</sup> Principe 8: « Il faut réunir les conditions qui permettent aux détenus de prendre un emploi utile et rémunéré, lequel facilitera leur réintégration sur le marché du travail du pays et leur permettra de contribuer à subvenir à leurs propres besoins financiers et à ceux de leur famille».

<sup>1154</sup> « 1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

...

3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social... ».

<sup>1155</sup> Ces politiques ne créent pas de contradictions avec l'ouverture des marchés publics dans la mesure où l'AMP 2012 lui-même assimile ces politiques.

concerné dans les clauses sociales à différentes harmonisations, comme dans l'OMC.<sup>1156</sup> Dans cette ligne, si le travail des détenus concerne les clauses sociales aux contrats publics, le télétravail des détenus aussi.<sup>1157</sup>

*(ii) Les droits des personnes handicapées*

Dans la logique de la nécessaire cohérence entre les harmonisations et les droits de l'homme, les considérations en faveur de personnes handicapées sont justifiées dans le droit international et ce sont également compatibles avec la libre concurrence pour les mêmes raisons que nous avons déjà exposées dans le cadre de l'harmonisation dans l'UE. Dans ce sens, la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 13 décembre 2006 demande, d'un côté, une sensibilisation pour « l'ensemble de la société... à la situation des personnes handicapées » et, d'un autre côté, de « promouvoir le respect des droits et de la dignité des personnes handicapées ».<sup>1158</sup> Cette convention oblige aussi « favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures ».<sup>1159</sup> En ce qui concerne les contrats publics, l'assimilation des politiques de l'emploi en faveur des personnes handicapées dans le secteur privé est favorablement reconnue dans les appels d'offres publics, à tel point qu'on peut donc affirmer que cette sensibilisation est une véritable tendance du droit des contrats publics contemporain, à l'intérieur et à l'extérieur des harmonisations.<sup>1160</sup> Cet aspect favorise la construction du droit international des contrats publics tout en révélant la juridification de la sensibilité à ces questions.

---

<sup>1156</sup> Voir: Lettre *d*), paragraphe 2 de l'art. III de l'AMP 2012, dédié aux exceptions concernant la sécurité et exceptions générales.

<sup>1157</sup> La relation entre travail des détenus et contrats publics n'est pas une nouvelle si on considère ce qui suit: « Le marché relatif au travail des détenus a été considéré comme rentrant dans la matière des travaux publics », *Journal du droit administratif*, tome 16, 1868, p. 497.

<sup>1158</sup> Art. 8.

<sup>1159</sup> Lettre *h*) du paragraphe 1 de l'art. 27.

<sup>1160</sup> En France, dans le Code de la commande publique, voir les arts. L2113-12 à L2113-14 (sur la « Réserve de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés ») et les arts. L2113-15 à L2113-16 (sur la « Réserve de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire »).

En effet, on peut percevoir que les États assimilent également le droit au travail des personnes handicapées dans les contrats publics à travers les exceptions au sein des ALE<sup>1161</sup> et sur le droit interne.<sup>1162</sup> La tendance à la sauvegarde du droit au travail des personnes handicapées implique une progression en matière de droits sociaux qui facilite l'articulation entre le droit des contrats publics et le droit international des droits de l'homme, ce qui naturellement est bénéfique pour la construction du droit international des contrats publics. Toutefois, il s'agit d'une progression qui n'est pas exempt de critiques dans la mesure où les harmonisations n'introduisent pas d'obligations, mais « autorisations », ce qui remarque qu'une logique « mercantiliste » existe.

La logique « mercantiliste », ou commercial pour être plus précis, n'est pas toujours mauvaise, elle commence à être mauvaise, ou terrible, quand elle conduit à quelques interprétations qui oublient que les questions commerciales ne sont pas au-dessus de la dignité humaine ou des politiques publiques qui revendiquent la dignité humaine dans le cadre du droit international des droits de l'homme, ni du droit à participer dans le libre concurrence dans un marché humanisé.

### *(iii) La propriété intellectuelle*

Le droit international considère la propriété intellectuelle comme un droit de l'homme. La propriété intellectuelle implique l'innovation et la créativité est un élément important parmi les règles d'harmonisation. L'AMP 2012 confirme cette affirmation alors qu'une clause d'exception permet « d'instituer ou d'appliquer des mesures... nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle »<sup>1163</sup> dans le cadre des appels d'offres publics. En plus, dans le cadre de la divulgation de renseignements, il y a une règle imposant que l'AMP 2012 « ne sera interprété comme obligeant une Partie... à divulguer des renseignements

---

<sup>1161</sup> Voir, par exemple, la lettre *d*) de l'art. 174 de l'ALE entre l'UE et le Pérou et la Colombie.

<sup>1162</sup> Par exemple, comme nous avons vu, une harmonisation du droit des contrats publics au sein de la Communauté andine de nations n'existe pas, mais il y a un embryon pour l'harmonisation. Cependant, le droit interne des quatre États membres de cette organisation internationale promeut le droit au travail des personnes handicapées. Paragraphe 1 de l'art. 49 de la Loi 29973 du Pérou de 2012; art. 47 de la Loi 20422 de 2012 de l'Équateur, art. 13 de la Loi 1618 du 2013 de la Colombie; Loi 997 de 2017 de la Bolivie.

<sup>1163</sup> Lettre *c*) du paragraphe 2 de l'art. III.

confidentiels dans les cas où cette divulgation... porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de personnes particulières, y compris la protection de la propriété intellectuelle ». <sup>1164</sup> En conséquence, l'harmonisation des contrats publics dans le cadre de l'OMC ouvre la voie à l'harmonie entre ce domaine juridique et la propriété intellectuelle <sup>1165</sup>, ce qui est salubre pour la construction du droit international des contrats publics, notamment si le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 permet de vérifier des obligations étatiques sur ce sujet. <sup>1166</sup> Cette harmonie devient de plus en plus nécessaire dans le cadre de l'ère technologique. Dans cette optique, le droit de la propriété intellectuelle est un autre élément clef de la construction du droit international des contrats publics parce que les exigences de l'administration demandent toujours « le dynamisme » et « la créativité » du secteur privé. <sup>1167</sup>

## § 2. La surveillance transnationale et la responsabilité du cocontractant

La surveillance et la responsabilité du cocontractant au stade de l'exécution du contrat sont deux thèmes généralement régis par le droit interne. L'État supervise l'exécution des contrats sur son territoire et il peut aussi exercer un pouvoir de sanction en matière de contravention au contrat et en matière de dommages à des tiers dans l'exécution du contrat. Toutefois, la diversité des contrats existants et l'internationalisation des risques et des dommages dans l'exécution du contrat ne permettent pas de dire que la responsabilité du cocontractant est un sujet exclusivement du droit interne de l'État d'exécution du contrat.

En effet, en matière de droits de l'homme, la pratique internationale dévoile que la responsabilité du cocontractant ne peut être matérialisée que par le critère de la territorialité, mais aussi en vertu de l'extraterritorialité (A). En outre, la responsabilité sociale des

---

<sup>1164</sup> Lettre c) du paragraphe 3 de l'art. XVII

<sup>1165</sup> Cette harmonie n'est pas étonnante si l'on considère que la propriété intellectuelle est présente dans d'autres secteurs de l'OMC.

<sup>1166</sup> Les États « reconnaissent à chacun le droit... de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur », lettre c) du paragraphe 1 de l'art. 15.

<sup>1167</sup> TROUCHU (M), « Le partenariat public-privé dans le droit des États membres de l'Union européenne- Étude comparative (France, Allemagne, Italie et Royaume-Uni) », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TROUCHU (M), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 86.

entreprises<sup>1168</sup> et la surveillance de l'activité des entreprises à l'étranger en matière de droits de l'homme et de lutte contre la corruption apparaissent comme deux éléments importants pour la construction du droit international des contrats publics (B).

## **A. La responsabilité en matière de droits de l'homme par le biais de l'extraterritorialité**

En lignes générales, l'extraterritorialité permet de concrétiser la responsabilité pénale et la responsabilité non pénale en matière de violations des droits de l'homme. En ce qui concerne la responsabilité de nature non pénale, l'extraterritorialité (1) et les nuances et le rejet à l'extraterritorialité (2) méritent une particulière considération dans la construction du droit international des contrats publics.

### **1. La responsabilité du cocontractant dans le cadre de l'extraterritorialité**

Dans le cadre de la responsabilité non pénale, l'*Alien Tort Claims Act* de 1789 des États-Unis (ATCA) peut être considéré comme le paradigme de l'extraterritorialité pour la protection des droits de l'homme en matière civile.<sup>1169</sup> Cette loi autorise la compétence extraterritoriale des tribunaux des États-Unis en matière d'actes contraires au droit international<sup>1170</sup> et celle-

---

<sup>1168</sup> Le professeur Fabrizio Marrella décrit que la responsabilité sociale des entreprises « désigne l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »; et il précise que « Cette intégration peut notamment se faire par l'adoption volontaire de codes de conduite au travers desquels les STN s'engagent à appliquer, dans la conduite de leurs activités commerciales, divers principes et normes de comportement. Elle peut également découler de la « ratification », toujours sur une base volontaire, de normes de comportement établies au niveau international par différents acteurs tels que l'Organisation des Nations Unies, la Banque mondiale, l'OCDE ou encore l'ISO », MARRELLA (F), « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 285, 2017, p. 227. Voir aussi: AEYEYE (O), *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations in Developing Countries: Perspectives on Anti-Corruption*, Cambridge University Press, 2012, pp. 25-29; CISE (I), *Gouvernance d'entreprise, responsabilité sociétale en droit malien*, Paris, L'Harmattan, 2018 p. 26; MARES (R), « Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress », in *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (édité par Radu Mares), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff / Brill, 2012, pp. 19-20; WESTRA (L), *The Supranational Corporation. Beyond the Multinationals*, Leiden / Boston, Brill, 2013, p. 137-139.

<sup>1169</sup> Voir: MUIR WATT (H), « Aspects économiques du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 307, 2004, pp. 307-320.

<sup>1170</sup> Incorporée dans l'*United States Code* comme *The Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350; ATS), il établit que « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ». On dit qu'il s'agit d'un « texte vénérable... sur lequel l'acquis jurisprudentiel sur les contentieux en matière de violations des droits de l'homme à l'étranger a

ci précède d'autres textes intéressants pour la construction du droit international des contrats publics, comme par exemple la Loi type latino-américaine de protection internationale des droits de l'homme.<sup>1171</sup>

En ce qui concerne l'ATCA, l'affaire *Peña Ilara*<sup>1172</sup> est souvent mentionnée pour commencer à expliquer la pertinence de l'extraterritorialité en ce qui concerne la responsabilité des multinationales en matière de droits de l'homme.

L'affaire *Peña Ilara* concernait des actes de torture commis au Paraguay, et la justice des États-Unis s'est déclarée compétente<sup>1173</sup>; il s'agissait d'un cas de droits de l'homme. L'ATCA a également été invoquée en matière de droits de l'homme dans le domaine commercial (dans le cadre du « *Business activity which violates human rights* »<sup>1174</sup>, le professeur Adrian Briggs précise). L'extraterritorialité civile de l'ATCA est très intéressante pour les contrats publics. En ce qui concerne une éventuelle construction du droit international des contrats publics, le sujet des dommages liés aux droits de l'homme

---

été largement édifié », ZAMORA (F), « La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente », in *Papeles en el tiempo de los derechos*, numéro 1, 2012 < [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad\\_zamora\\_PTD\\_2012.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad_zamora_PTD_2012.pdf) >, p. 5.

<sup>1171</sup> Sur ce sujet, voir: ÁLVAREZ (J), IRIARTE (J), MARTÍN-ORTEGA (O), REQUEJO ISIDRO (M), SALES (L), ZAMBRANA (N), ZAMORA (F), « A Propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo DAHL) », 2011.

< <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/159808> >.

<sup>1172</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir., June 30 1980): « *Appellants rest their principal argument in support of federal jurisdiction upon the Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350, which provides: « The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States ».* Since appellants do not contend that their action arises directly under a treaty of the United States », paragraphe 12. « *In the twentieth century the international community has come to recognize the common danger posed by the flagrant disregard of basic human rights and particularly the right to be free of torture* », paragraphe 54.

<sup>1173</sup> « *Upon ratification of the Constitution, the thirteen former colonies were fused into a single nation, one which, in its relations with foreign states, is bound both to observe and construe the accepted norms of international law, formerly known as the law of nations. Under the Articles of Confederation, the several states had interpreted and applied this body of doctrine as a part of their common law, but with the founding of the « more perfect Union » of 1789, the law of nations became preeminently a federal concern* », paragraphe 1.

*Implementing the constitutional mandate for national control over foreign relations, the First Congress established original district court jurisdiction over « all causes where an alien sues for a tort only (committed) in violation of the law of nations. » Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789), codified at 28 U.S.C. § 1350. Construing this rarely-invoked provision, we hold that deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties. Thus, whenever an alleged torturer is found and served with process by an alien within our borders, § 1350 provides federal jurisdiction* », paragraphe 2.

<sup>1174</sup> BRIGGS (A), « The Principle of Comity in Private International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 2011, p. 354.

provoqués pendant la phase d'exécution du contrat attire l'attention dans la mesure où les atteintes aux droits de l'homme peuvent englober divers droits tels que, par exemple, « le droit à un environnement sain » ou sur le « droit à la conservation de l'environnement » en tant que droit de l'homme de la troisième génération ». <sup>1175</sup> Les critères judiciaires sur ce sujet ne sont pas uniformes et la construction d'un droit international des contrats publics devrait s'efforcer d'atténuer ce manque d'uniformité; il faut retenir qu'il y a des nuances et des rejets sur ce sujet, comme nous le verrons au point suivant.

## 2. La non uniformité de l'extraterritorialité

La jurisprudence sur l'ATCA n'est pas uniforme et on a dit qu'elle passe par une « étape inachevée » en vertu de la jurisprudence sur « les affaires *Kiobel*<sup>1176</sup> et *Daimler*<sup>1177</sup>, où une position restrictive est perçue ». <sup>1178</sup> Les études de la doctrine resument que « *in practice, through the use of forum non conveniens and other procedural legal moves, for the most part ATCA cases do not succeed* ». <sup>1179</sup> Ainsi, le critère *forum non conveniens*<sup>1180</sup> agit comme une sorte de filtre procédural pour éviter l'exercice d'une compétence judiciaire qui pourrait être mieux exercée par la justice d'un autre État et, d'ailleurs, pour éviter le *forum shopping*. <sup>1181</sup>

Dans ce contexte, l'acceptation et le rejet de la compétence extraterritoriale des tribunaux d'un État pour juger un fait survenu sur le territoire d'un autre État sont deux éléments à

---

<sup>1175</sup> MOULIER (I) « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, p. 141.

<sup>1176</sup> 569 U.S. (2013). *October Term 2012*, N°. 10-1491, *Decided April 17*, 2013.

<sup>1177</sup> N°. 11-965. *Argued October 15*, 2013—*Decided January 14*, 2014.

<sup>1178</sup> MARULLO (M), « El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas », Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014 (*ICIP Working Papers, 2014/03*), p. 14.

<sup>1179</sup> WESTRA (L), *The supranational corporation, Beyond the Multinationals*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>1180</sup> BALDWIN (J), « International Human Rights Plaintiffs and the Doctrine of Forum Non Conveniens », *Cornell International Law Journal*, vol. 40, numéro 3, 2007, p. 749-780; KOEBELE (M), *Corporate Responsibility Under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Torts Law*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 323 (le chapitre 11 est dédié au *forum non conveniens*); NERSESSIAN (D), *International Human Rights Litigation: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2016, pp. 83-87.

<sup>1181</sup> KOEBELE (M), *Corporate Responsibility Under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Torts Law*, *op. cit.*, p. 325.

considérer dans la construction du droit international des contrats publics.<sup>1182</sup> En effet, un cocontractant pourrait non seulement être soupçonné d'avoir une complicité avec l'État dans le cadre d'une violation des droits de l'homme<sup>1183</sup> mais il, en tant qu'exécutant du contrat, peut aussi individuellement provoquer de graves dommages et/ou être responsable de violations des droits de l'homme.

Sur ce sujet, la Loi type latino-américaine sur la protection internationale des droits de l'homme déjà citée conduit à réfléchir sur la pertinence d'une loi type à l'échelle planétaire dans le cadre du droit uniforme. En plus, les États devraient réfléchir sur la pertinence (ou non) d'une convention pour la détermination de la compétence judiciaire et de la loi applicable en matière de violations graves des droits de l'homme dans le cadre de l'exécution de contrats de nature publique lorsque le critère de la territorialité apparaît comme un instrument utopique.

Bien entendu, on dit que « *the global community must select a mutually acceptable forum* »<sup>1184</sup> et un traité serait toujours une option consensuelle; mais quel modèle d'extraterritorialité serait universellement acceptable ? L'extraterritorialité doit-elle être acceptée comme une exception à la règle ? L'extraterritorialité, pourrait-elle être acceptée comme une sorte de *forum* de nécessité ?<sup>1185</sup> Si ces questions existent, l'extraterritorialité

---

<sup>1182</sup> Au sein de l'OEA, la Commission interaméricaine de droits de l'homme commente que « *there are different roles played by the State of origin of the company executing the project, and by the host State of the activities at issue. The nature and composition of these companies poses new and complex challenges, particularly with respect to supervision and legal redress. Therefore, the various levels of involvement of States make up a multidimensional scenario that has to be taken into consideration for the establishment of responsibilities and the effective enjoyment of human rights.* », in *Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities*, paragraphe 14 (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 December 2015, p.16).

<sup>1183</sup> Voir: MAASSARANI (T), « Four Counts of Corporate Complicity: Alternative Forms of Accomplice Liability Under The Alien Tort Claims Act », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 38, numéros 1-2, 2005-2006, pp. 39-65; FORCESE (C), « ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act », *Yale Journal of International Law*, vol. 26, numéro 2, 2001, pp. 487-515.

<sup>1184</sup> ADAMSKI (T), « The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, numéro 6, 2011, p. 1502.

<sup>1185</sup> Il semble que la Commission de droits de l'homme de l'OEA mésestimait la compétence mondiale en matière de responsabilité civile dans le cadre des *Recommendations on State human rights obligations in the context of extractive, exploitation, and development activities*: « *En Calls on states of origin in the Americas to establish and enforce adequate and effective mechanisms to guarantee the access to justice to peoples, communities, and persons affected by the activities of companies which are registered, domiciled or have their*



dévoile également le rôle du droit international privé dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où cette construction nécessitera des institutions fortement enracinées dans la pratique du droit international privé.

Pour la doctrine, dans la Loi type latino-américaine sur la protection internationale des droits de l'homme, il y a quatre questions intéressantes à examiner: la pertinence de l'instance de nécessité, l'imprescriptibilité des actions en justice, la recevabilité des éléments de preuve obtenus à l'étranger et la pertinence de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale dans le cadre de la Conférence de La Haye.<sup>1186</sup> Ces mêmes questions sont également pertinentes pour une loi type au niveau planétaire ou pour un traité multilatéral en matière de dommages et de responsabilité dans le cadre des contrats publics.

Dans la pratique, l'acceptation de l'extraterritorialité n'est pas exempte de controverse<sup>1187</sup>, ni de problèmes tels que la multiplicité des compétences des divers États; et, à cause de cette multiplicité de compétences, d'autres problèmes pourraient se présenter, tels que la simultanéité de différentes actions en justice devant différentes juridictions et présentées par différents intéressés en raison de l'exécution d'un même contrat.<sup>1188</sup> Précisément, ces questions pourraient être résolues par une convention. Cependant, l'extraterritorialité est très intéressante dans la mesure où celle-ci conduit à envisager des alternatives judiciaires lorsque la justice de l'État de l'exécution du contrat est inopérante (en raison de facteurs tels que le

---

*principal headquarters or center of activities in said country* », paragraphe 14 (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 December 2015, p. 179). Nous soulignons.

<sup>1186</sup> Sur ces sujets, voir: ÁLVAREZ (J), IRIARTE (J), MARTÍN-ORTEGA (O), REQUEJO ISIDRO (M), SALES (L), ZAMBRANA (N), ZAMORA (F), « A Propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo DAHL) », *op. cit.* pp. 10-13.

<sup>1187</sup> Par exemple, le professeur Joseph Sax exposait les questions suivantes: « Il faut se demander, encore une fois, pourquoi exiger l'application du système de droit américain dans le système de droit indien ? Peut-être l'absence de ce système est-elle liée à la politique indienne de développement? Si l'Inde est impuissante face aux entreprises multinationales, ou face à la corruption locale, appartient-il à un tribunal américain de guérir les maladies, quelles qu'elles soient, de la vie indienne? C'est le juge Keenan lui-même qui a reconnu la conclusion correcte: « L'Inde est une puissance mondiale, en 1986, et ses tribunaux ont la compétence de rendre la justice au peuple indien... ». », SAX (J), « L'affaire Bhopal devant les tribunaux américains. Forum non conveniens », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro 4, 1986, pp. 413-419.

<sup>1188</sup> Penser à quelques faits tels que, par exemple, la pollution d'un fleuve qui est source d'eau pour différentes communautés installées sur un ou plusieurs États; la grave pollution de l'environnement et/ou les malformations de personnes dues à un accident dans l'exécution d'un contrat de concession d'une centrale nucléaire, etc.

manque d'indépendance de la justice ou la corruption judiciaire) ou lorsque la justice est déficitaire (en raison d'un déficit législatif manque de moyens, par exemple<sup>1189</sup>) pour enquêter et sanctionner les violations des droits de l'homme, y compris les dommages à l'environnement. L'extraterritorialité est donc pertinente dans la construction du droit international des contrats publics.

De même, si l'acceptation de l'extraterritorialité apparaît comme une sorte de *forum* de nécessité<sup>1190</sup>, on peut réfléchir sur la loi ou l'ordre juridique applicable à la détermination du dommage et à l'indemnisation, ce qui pourrait peut-être conduire à considérer le droit international comme le droit applicable.<sup>1191</sup> Le droit international public, a-t-il des règles pour déterminer la responsabilité civile exclusive des personnes morales en matière de violations graves des droits de l'homme ?

---

<sup>1189</sup> Les carences législatives dans le cadre du droit interne peuvent constituer un élément perturbateur pour la protection des droits de l'homme.

<sup>1190</sup> Cette *forum* de nécessité doit fonctionner dans « les limites qu'autorise la Charte des Nations Unies, permettent au moins partiellement de pallier ces carences. Que cette intervention doive demeurer strictement subsidiaire à celle de l'État territorialement compétent », DE SCHUTTER (O), « Les affaires Total et Unocal: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, p. 100. Un droit interne rudimentaire (par exemple, si la loi prévoit des délais de prescription très courts, par exemple une semaine) ou un droit qui ne permet pas l'indemnisation dans toutes ses dimensions (par exemple, si les dommages-intérêts sont limités à un euro par loi) pourraient donner lieu à une intervention subsidiaire. En tout cas, dans le cadre des dommages à l'exécution du contrat, des droits de l'homme et du *forum necessitatis*, il est nécessaire de garder à l'esprit que le droit d'accès à un tribunal « s'oppose à toute application d'une règle de droit interne qui aboutit à un déni de justice », BASEDOW (J), « Droits de l'homme et droit international privé (travaux préparatoires) », 4ème commission de l'Institute de droit international, La Haye, 2019, p. 26.  
< <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-4-Droits-de-lhomme-et-droit-international-prive-Basedow-Travaux-La-Haye-2019.pdf> >.

<sup>1191</sup> S'appuyant sur l'expérience de la justice américaine, sur l'*Alien Tort Statute* (ATS) et sur la jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda (ICTR), la juriste Erin Stapp commente, en matière de « *procurement* »: « *Courts can also look to the ICTR's decisions to determine the standard for procurement. This standard was applied in the Unocal and Talisman cases, where "the corporation provided the host government with funding, facilities, or equipment to secure its operations, all the while fully cognizant of the fact that it would go towards human rights abuses as forced labor, torture, and extrajudicial killing."* Thus, there are various standards clearly laid out in international law that U.S domestic courts could apply to determine accomplice liability in ATS claims where corporations are named as the defendant », STAAP (E), « Third-Party Liability for Violations of the Law of Nations: Apply International Law, the Law of the Situs, or Domestic Standards », *Santa Clara Law Review*, vol. 49, numéro 2, 2009, p. 521.

## B. La tendance à la surveillance de certains aspects non financiers des sociétés

Dans le domaine des droits de l'homme, certains États ont introduit une législation qui impose des obligations aux sociétés transnationales à l'étranger. Ces sociétés peuvent devenir en co-contractant en raison de leurs contrats avec un État étranger ou avec les entités publiques d'un État étranger.

Actuellement, on perçoit une pratique législative des États pour contrôler l'activité de leurs sociétés à l'étranger, ce qui est un autre élément contribuant à la construction du droit international des contrats publics. En effet, par exemple, la Loi 2017-399 du 27 mars 2017 en France relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (qui modifie le code de commerce)<sup>1192</sup> et la Loi 11/2018 à l'Espagne (qui modifie le

---

<sup>1192</sup> Article 1: « Après l'article L. 225-102-3 du code de commerce, il est inséré un article L. 225-102-4 ainsi rédigé:

Art. L. 225-102-4.-I.-Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes:

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

...

II.- Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter ». Nous soulignons.

Voir: LHUILIER (G), « MNCs' obligations in their 'sphere of influence' », in *Research Handbook on Human Rights and Investment* (RADI (Y) éditeur), Cheltenham / Northampton, 2018, pp. 269-271.

code de commerce et transpose la directive 2014/95<sup>1193</sup>) établissent un contrôle et une surveillance sur les personnes morales à l'extérieur. Ainsi, les candidats et les cocontractants sont concernés selon une loi du pays d'origine. Dans le même sens, la Résolution du Parlement européen sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers adopté le 19 juillet 2016<sup>1194</sup> confirme une sensibilité existante sur cette question à une époque où les entreprises européennes et des pays tiers se disputent les marchés internationaux et exécutent des contrats dans des pays en voie de développement en tant que cocontractants.

## Conclusions de la section 2

La flexibilité des exceptions dans le cadre des règles commerciales constitue un avantage pour articuler les règles de protection des droits de l'homme et les règles d'harmonisation du droit des contrats publics toujours dans la nécessité de protéger l'unité et la cohérence du droit international en tant que système.

---

<sup>1193</sup> Dans le cadre de l'UE, voir la directive 2014/95/UE du Parlement Européen et du Conseil du 22 octobre 2014 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. Cette directive confirme l'existence d'un nouveau paradigme de responsabilité sociétale en matière des droits de l'homme et la lutte contre la corruption. Art. 19 *bis*: « Déclaration non financière.

1. Les grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public dépassant, à la date de clôture de leur bilan, le critère du nombre moyen de 500 salariés sur l'exercice incluent dans le rapport de gestion une déclaration non financière comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption... ». Voir aussi l'art. 29 bis de cette directive, sur la déclaration non financière consolidée. Nous soulignons.

<sup>1194</sup> Paragraphe 24: « Invite la Commission à examiner de près, en concertation avec toutes les parties concernées, notamment la société civile et les entreprises, les entraves à la justice dans les dossiers présentés aux tribunaux des États membres concernant des allégations de violations des droits de l'homme commises à l'étranger par des entreprises de l'Union; insiste pour que cette évaluation ait pour objectif l'identification et la promotion de l'adoption de mesures efficaces supprimant ou atténuant ces entraves ».

Paragraphe 25: « Demande aux États membres de prendre les mesures adéquates, en coopération avec les partenaires internationaux, pour garantir par des moyens idoines judiciaires, administratifs, législatifs ou autres qu'en cas de violation des droits de l'homme, les victimes ont accès à un recours effectif, lorsqu'une entreprise basée dans les États concernés possède, dirige ou contrôle des entreprises responsables de violations des droits de l'homme dans d'autres pays; invite les États en questions à prendre les mesures nécessaires pour éliminer les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient empêcher l'accès à un recours et à mettre en place les voies procédurales appropriées pour permettre l'accès à la justice des victimes originaires de pays tiers aussi bien au civil qu'au pénal; invite à cet égard les États lever le voile de la personnalité morale, qui peut dissimuler les véritables propriétaires de certaines entreprises ».

À cet égard, la flexibilité peut favoriser la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où le droit de l'OMC autorise des exceptions dans le cadre du GATT et de l'AMP 2012.<sup>1195</sup> Cette flexibilité permet d'éviter l'interprétation isolée des règles commerciales et facilite également, en outre, l'interprétation des règles d'harmonisation du droit des contrats publics en fonction de toutes les circonstances juridiques concernées, y compris la pertinence du droit international général. Dans ce contexte, le droit international général réaffirme son rôle en tant que « *source of interpretation for GATT/WTO Law* ». <sup>1196</sup>

D'une manière générale, la flexibilité des exceptions ne facilite pas seulement la cohérence dans le cadre de l'OMC, mais la flexibilité apparaît aussi comme un critère qui facilite la cohérence au sein d'autres organisations internationales et dans le cadre d'autres traités du droit international économique et des investissements.<sup>1197</sup> Toutefois, il ne faut pas oublier que le même article XX du GATT consacré aux exceptions générales<sup>1198</sup> est aussi perçu comme une ambiguïté.<sup>1199</sup> En ce sens, les exceptions à l'AMP 2012 pourraient également être perçues comme des formules ambiguës.

---

<sup>1195</sup> L'absence de telles clauses d'exception pourrait entraver l'assimilation des droits économiques, sociaux et culturels. Toutefois, cette absence n'empêcherait pas de tenir compte de ces droits et d'autres droits de l'homme dans l'interprétation des textes d'harmonisation.

<sup>1196</sup> VANDAELE (A), *International Labour Rights and the Social Clause: Friends or Foes*, Londres, Cameron May, 2004, p. 660, voir: pp. 660-686.

<sup>1197</sup> Par exemple, l'art. 10 du modèle de TBI du Canada de 2010, l'art. 126 (*Procurement public*) et l'art. 168 de l'ALE entre le Japon et le Mexique.

<sup>1198</sup> Ver el art. XX: « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures

a) nécessaires à la protection de la moralité publique;

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

...

e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;

f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique;

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

...

j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits... ». Nous soulignons.

<sup>1199</sup> Le professeur Bradley Condon estime que « *at present, none of the WTO legislative mechanisms provides an appropriate method for resolving the ambiguity of the article XX in a manner that would promote consistency or avoid conflicts between GATT, international environmental law and general international law* », CONDON

Nous préférons parler de flexibilité et non d'ambiguïté parce que la flexibilité est utile pour la construction du droit international des contrats publics et l'ambiguïté ne l'est pas.<sup>1200</sup>

La flexibilité est inhérente à la construction du droit international des contrats publics alors que cette construction implique une construction à caractère multilatéral.<sup>1201</sup> Néanmoins, l'ambiguïté des exceptions générales ne pourrait être ignorée et, dans le domaine des contrats publics, elle pourrait être levée dans la mesure où la jurisprudence sur l'AMP 2012 peut apporter des précisions et/ou consolider des interprétations en ce qui concerne la relation entre droits de l'homme et contrats publics; toutefois, le faible taux de contentieux déjà mentionné dans le cadre de l'harmonisation du droit des marchés publics à l'OMC est une réalité qui, à ce jour, n'a pas donné lieu à des précisions significatives pour le développement progressif des droits de l'homme dans le domaine des contrats publics et vice-versa.

## Conclusions du chapitre 1

L'articulation du droit international des droits de l'homme et du droit international économique dans le cadre des contrats publics demande considérer trois éléments.

Le premier élément à considérer, c'est la flexibilité des critères économiques des textes d'harmonisation au regard des droits de l'homme, de l'environnement et du développement

---

(B), *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, États-Unis, Transnational Publishers, 2006, p. 310.

<sup>1200</sup> L'ambiguïté crée des incertitudes, tandis que la souplesse permet une interprétation conforme aux droits de l'homme dans le cadre du règlement des différends.

<sup>1201</sup> Le professeur Carlos Fernández Liesa résume ce qui suit: « *La flexibilidad es consustancial a los procedimientos nomogenéticos internacionales, en particular a los tratados multilaterales, a las normas consuetudinarias y a las características específicas del ordenamiento internacional* », FERNÁNDEZ (C), « Sobre la unidad del Derecho internacional », in *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (MARIÑO (F), coordinateur), Madrid, Trotta, 2002, p. 271.

humain.<sup>1202</sup> Dans ce contexte, les exceptions prévues dans chaque harmonisation<sup>1203</sup> et les clauses sociales permettent la sauvegarde des droits de deuxième et de troisième génération, en fonction de la rédaction de chaque texte d'harmonisation.<sup>1204</sup>

Le deuxième aspect à considérer, c'est la pertinence des divers domaines du droit international dans le cadre des lacunes de l'harmonisation.

Dans le contexte des lacunes de l'harmonisation, le droit international des peuples autochtones<sup>1205</sup>, qui fait partie de l'évolution du droit des contrats publics, est absolument pertinent. Les droits de ces peuples n'ont pas été expressément pris en compte dans les clauses d'exception du droit international économique<sup>1206</sup>; mais cette circonstance ne pourrait pas être un argument valable pour méconnaître les obligations de l'Etat dans le cadre du droit de l'OIT ou dans le cadre du droit international général.<sup>1207</sup>

Les droits des peuples autochtones pourraient justifier certaines mesures dans le cadre des spécifications techniques des appels d'offres publics à la lumière du droit international général.

---

<sup>1202</sup> Au fil du terme « flexibilité », la flexibilité est importante aussi en ce qui concerne certains contrats. Dans ce contexte, nous ne devons pas oublier, comme Kedar Uttam et Caroline Le Lann Roos expliquent en résumé: « *It is widely accepted by those involved in public infrastructure projects that a procurement procedure requires high degrees of flexibility and dialogue between the contract authority and the contractors bidding to become the private sector partner* », LE LAN ROOS (C) et UTTAM (K), « Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement », *Journal of Cleaner Production*, numéro 86, 2015, p. 405.

<sup>1203</sup> Art. III de l'AMP 2012.

<sup>1204</sup> Dans ce même contexte, il convient de préciser que l'absence de règles spécifiques sur la protection des droits de l'homme dans un texte d'harmonisation pourrait difficilement justifier le non-respect des obligations des États dans le cadre du droit international des droits de l'homme. Un traité de nature commerciale, comme l'AMP 2012 ou les ALE, ne serait un instrument qui, dans la pratique, dérogerait directement les obligations des États en ce qui concerne les droits de l'homme.

<sup>1205</sup> Il y a eu une « reconnaissance difficile » des peuples autochtones, comme il est décrit dans l'avis de 23 février 2017 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur *La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français*, p. 26.

<sup>1206</sup> Art. III de l'AMP 2012. Cependant, il est important de noter que, dans le cadre de l'AECG, les droits des peuples autochtones sont considérés dans le domaine des règles générales sur la réglementation nationale (voir le paragraphe 2 de l'art. 12.2).

<sup>1207</sup> En ce qui concerne les États, la non prise en compte des droits des peuples autochtones dans les appels d'offres publics peut conduire au terrain contentieux devant des tribunaux internationaux de droits de l'homme et à une indemnisation à payer avec l'argent du Trésor public de l'État avec la détérioration de l'image internationale de l'État qui en résulte.

Le troisième aspect, c'est la responsabilité du cocontractant et de l'État en matière d'exécution du contrat.

À cet égard, il est nécessaire de faire une distinction entre la responsabilité pour des dommages en tant que responsabilité civile et la responsabilité pour violations graves des droits de l'homme.

Le droit des États traite de la responsabilité pour les dommages imputables à l'État et au cocontractant. Cependant, en matière de responsabilité des graves violations des droits de l'homme imputables au cocontractant, le droit international privé peut entrer en scène et clarifier le paysage juridictionnel dans la mesure où ses règles permettent de déterminer la compétence des tribunaux nationaux et des tribunaux étrangers,.

D'ailleurs, il convient de souligner que la tension entre les droits de l'homme et le droit des contrats publics ne se produit pas seulement dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats publics, mais elle peut aussi se produire dans le cadre de l'exécution du contrat et dans le cadre du droit international des investissements aussi. Ce thème sera développé dans le Titre II de cette deuxième partie.

Pour le moment, il est nécessaire de remarquer que la « prise de conscience du fait que le processus de passation des marchés publics peut et devrait offrir des possibilités de promotion des objectifs environnementaux »<sup>1208</sup> et en matière de droits de l'homme est nécessaire pour la cohérence du droit international en tant que système juridique à l'échelle planétaire.

Compte tenu de ce qui précède, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme renforcent la cohérence entre les normes du droit international économique et les droits de l'homme, tout en soulignant la nécessité de conserver une marge d'action pour

---

<sup>1208</sup> KUNZLIK (P), « Régimes des marchés publics à l'échelle internationale et possibilités d'intégration des facteurs environnementaux dans les achats publics », in *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, Paris, OCDE, 2003, p. 202.



les États dans la protection de ces droits<sup>1209</sup> sans parvenir à l'acceptation ou l'autorisation de l'abus du droit.

En tout état de cause, la construction du droit international des contrats publics demande une cohérence entre les diverses règles en matière de contrats publics et le droit international des droits de l'homme au sens large.

Compte tenu de l'importance de l'AMP 2012, la cohérence implique également de concevoir le droit de l'OMC et le droit de l'environnement comme deux « régimes juridiques complémentaires ». <sup>1210</sup> Cette cohérence doit être présente à tous les stades du contrat; c'est-à-dire, à la phase des appels d'offres publics et passation, à la phase de l'exécution du contrat et, en outre, à la phase du règlement des différends.

En plus, il convient de souligner que, pour sauvegarder les droits de l'homme et l'environnement, les pouvoirs publics disposent d'une marge de manœuvre particulière entre la diversité des contrats, et non seulement dans le domaine normatif mais aussi du point de vue de l'économie, parce que les pouvoirs publics achètent des marchandises et des services, et ceci est très important à tout moment, dans le cadre des droits de l'homme et dans le cadre du marché.

En tout cas, il est toujours nécessaire de garder à l'esprit que les règles applicables peuvent changer. L'évolution des normes n'est pas inhabituelle dans les différents domaines juridiques (en ce qui concerne les contrats publics, par exemple, il suffit de rappeler le parcours du code de Tokyo à l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de 2012). Et cette évolution peut être favorable à la construction du droit international des contrats publics ; mais, une régression en ce qui concerne les droits de l'homme et/ou la protection de

---

<sup>1209</sup> Principe 9: « Les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement ».

<sup>1210</sup> HILF (M), « ¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente? », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, numéro 1, 2000, p. 27.

l'environnement peut éloigner la possibilité d'arriver à cette construction dans la mesure où les droits de l'homme et la protection de l'environnement fassent partie de cette construction.



## Chapitre 2. L'irruption du « *plus in idem* » et du *forum shopping* dans l'ordre pénal

Combien de fois peut-on poursuivre et sanctionner pénalement la même personne par un même fait de corruption transnationale dans le cadre de l'attribution d'un contrat public ?

Une lecture de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) et des différents traités sur cette matière<sup>1211</sup> permet de voir le risque d'une multiplicité de compétences et de sanctions pénales de différents États en raison d'un même fait.

Si la justice de deux ou plusieurs États est compétente pour juger simultanément la même personne en raison du même fait de corruption autour d'un contrat, il pourrait y avoir un problème de conflit de juridiction et/ou une question de droits de l'homme.<sup>1212</sup> La CNUCC,

---

<sup>1211</sup> Dans le cadre de la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996, l'art. V dispose: « 1. Chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente Convention, lorsque ces infractions sont commises sur son territoire. 2. Chaque Partie peut adopter les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente Convention, lorsque ces infractions auront été commises par l'un de ses ressortissants ou par une personne qui a sa résidence habituelle sur son territoire. 3. Chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente Convention, lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire, et qu'il ne l'a pas extradé vers le territoire d'un autre pays au motif de la nationalité de cet auteur présumé. 4. La présente Convention n'exclut pas l'application de toute autre règle de compétence pénale établie par une Partie en vertu de sa législation nationale ». Nous soulignons.

D'ailleurs, dans le cadre de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, l'art. 13 annonce:

« 1. Chaque Etat partie est compétent pour connaître des actes de corruption et d'infractions assimilées lorsque:

- a) l'infraction est commise en totalité ou en partie sur son territoire;
- b) l'infraction est commise par un de ses ressortissants à l'étranger ou par une personne résidant sur son territoire;
- c) l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et n'est pas extradé vers un autre pays;
- d) l'infraction, bien que commise en dehors de sa juridiction, affecte, du point de vue de l'Etat partie, ses intérêts vitaux, ou lorsque les conséquences ou les effets délétères et nuisibles de ces infractions ont un impact sur cet Etat partie.

2. La présente Convention n'exclut pas l'ouverture d'une procédure judiciaire par un Etat partie, en vertu de ses lois nationales ». Nous soulignons.

<sup>1212</sup> Le professeur Stefan Glaser notait le problème à partir d'une question morale: « C'est d'inspiration morale qu'est, sans aucun doute, l'idée fondamentale du procès moderne exigeant que l'innocent ne soit pas puni (*innocent non condemnari*), idée dont les conséquences s'expriment dans les règles qui disposent que l'accusé doit être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit démontrée (*praesumptio boni*), qu'en cas de doute, la décision doit être favorable à l'inculpé (*in dubio mitius-in dubio pro reo*), que le droit de défense doit être admis et respecté dans toute son étendue (*favor defensionis*). Dans cet ordre d'idées également se trouvent enfin les principes interdisant une nouvelle poursuite pour un fait déjà jugé (*non bis in idem ou non bis de eadem re sit actio*), et, quant aux voies de recours, excluant une décision au désavantage de l'inculpé au cas où l'appel fut formé dans son intérêt (*l'interdiction de reformatio in peius*) », GLASER (S), « Culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, vol. 99, 1960, p. 555.

a-t-elle été conçue pour juger et punir plusieurs fois une même personne en raison d'un même fait ? La corruption dans les contrats publics, constitue-elle une exception dans le *non bis in idem* ?

La CNUCC ne s'occupe pas de la question et, plutôt, l'assimilation du *non bis in idem* n'est pas homogène sur la scène internationale. Si ce le cas, la confusion est présente (section 1). Cependant, la multiplicité de compétences étatiques dans l'ordre pénal est légitime et elle peut être exercée avec soin afin d'éviter l'impunité et toujours en tenant compte des droits de l'homme (Section 2).

### **Section 1. Le principe *non bis in idem* dans le cadre de la lutte contre la corruption**

En termes simples, l'aphorisme *non bis in idem* implique que « nul ne peut être jugé deux fois pour le même crime ». <sup>1213</sup> On dirait que c'est un terme facile et sans complications. La validité du *non bis in idem* au droit étatique n'est pas controversée; toutefois, l'assimilation du *non bis in idem* n'est pas une question simple lorsqu'il s'agit du *non bis in idem* dans une perspective transnationale <sup>1214</sup> parce que la multiplicité des règles nationales et internationales sur la compétence de la justice pénale des États peut conduire à l'existence de procédures parallèles, à une accumulation de peines, à deux sentences pénales contradictoires et/ou à une pluralité de « faits prouvés » dans différentes juridictions, ou aux quatre choses à la fois. <sup>1215</sup>

Le risque de procédures parallèles découlant de la multiplicité de compétences judiciaires étatiques au sens large n'est pas un sujet nouveau. Cette question a existé et elle existe, notamment dans le cadre du droit international privé et dans le cadre des tribunaux

---

<sup>1213</sup> LA ROSA (A-M), *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 65.

<sup>1214</sup> *Non bis in idem* transnationale implique l'interdiction de poursuivre et condamner une personne plus d'une fois, indépendamment du fait que la deuxième ou la troisième procédure pénale est faite dans un autre État.

<sup>1215</sup> Comme simple exemple de l'hypothèse d'avoir différents « faits prouvés » au regard de la justice de différents États: l'ordre ou l'instruction écrite sur un papier pour verser un pot-de-vin, peut être attribué à une personne dans la justice d'un État, puis la même note attribuée à une autre personne dans la justice d'un autre État; et ensuite, la même note est attribuée à une troisième personne dans la justice d'un autre État. Le bon sens exige une question sur cette triple hypothèse sur la même note: qui est vraiment l'auteur de l'instruction pour donner le pot-de-vin sur la note ?

internationaux.<sup>1216</sup> Dans l'ordre pénal, la souveraineté des États au domaine judiciaire, peut-il conduire au rejet du *non bis in idem* transnational ?<sup>1217</sup> Dans ce contexte, il convient de souligner que sans un critère de cohérence entre le droit pénal et le droit international des droits de l'homme, on pourrait arriver à un abus du droit, à une contradiction avec les principes d'humanité de la peine et à un fait internationalement illicite.

En effet, sans le *non bis in idem* une même personne physique ou morale<sup>1218</sup> pourrait être condamnée dans une juridiction et acquittée dans une autre juridiction, selon le critère de la justice de chaque État; et cette contradiction peut avoir des conséquences pour les « acquittés ici, mais condamnés là-bas » (ou « condamnés ici mais innocents là-bas ») dans le cadre des appels d'offres publics. Pourquoi ? Parce que, dans le cadre d'un appel d'offres publics, le casier judiciaire pour corruption peut impliquer l'exclusion des candidats condamnés et; dans ce contexte, si un candidat a déjà été acquitté dans un État et condamné en raison du même fait dans un autre État, il y aurait « deux vérités » judiciaires. Et si tel est le cas, ce candidat, peut-il être exclu en vertu de la condamnation ? Ou, sous un autre angle, peut-il ne pas être exclu en vertu de l'acquittement ? L'hypothèse d'un acquittement coexistant avec une condamnation en vertu d'un même fait pourrait conduire à une incertitude pour les administrations publiques et pour tous les candidats autour des appels d'offres publics.

La doctrine et la pratique ont tenté de résoudre le problème de la multiplicité des procédures selon différentes règles. Parmi la bibliographie, le professeur Yuval Shanis décrit que « *traditional jurisdiction-regulating rules* » donnent lieu à « *several potential jurisdiction-relating rules applicable* ». <sup>1219</sup> En matière pénale, le panorama n'est pas très clair. La CNUCC ne contient pas une norme spécifique relative au *non bis in idem*.

---

<sup>1216</sup> Voir: SHANY (Y), *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2004, pp. 239-245.

<sup>1217</sup> Bref, « les États affirment souvent leur souveraineté en refusant de reconnaître des décisions d'autorité prises par un État étranger », HENZELIN (M), « *Ne bis in idem*, un principe à géométrie variable », *Revue Pénale Suisse*, tome 123, 2005, p. 351.

<sup>1218</sup> Le professeur Laurent Desessard précise que « la neutralité des termes utilisés permet donc d'appliquer le principe aussi bien à une personne physique qu'à une personne morale », DESESSARD (L), « France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3-4, p. 926.

<sup>1219</sup> SHANY (Y), *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 22. Voir aussi: pp. 23-28.

En effet, l'article 65 de la CNUCC, consacré à l'application de ce traité, ne présente aucune solution spécifique pour ce problème.<sup>1220</sup> En résumé, chaque État peut établir sa compétence pénale sur un même fait de corruption et sanctionner la même personne et, ainsi, le principe *non bis in idem* est, volontairement ou involontairement, mise en question.

Du point de vue des droits de l'homme, le principe *non bis in idem*, en tant que règle conventionnelle, présente une notoire incertitude dans une perspective transnationale (§1). Dans le cadre de l'UE, il existe une réglementation spécifique pour le règlement des conflits de compétence qui pourrait être insuffisante au sein d'un marché unique qui reconnaît la corruption comme cause d'exclusion des candidats (§2).<sup>1221</sup>

### § 1. Le principe *non bis in idem* dans la protection des droits de l'homme

L'absence d'uniformité des critères (A) permet de voir un *non bis in idem* renforcé à l'intérieur de chaque État, mais, d'un point de vue transnational, il y a des contradictions (B).

---

<sup>1220</sup> Dans ce contexte, la CNUCC assume et le pouvoir discrétionnaire des États: « 1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Chaque État Partie peut prendre des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la corruption ». Nous soulignons.

<sup>1221</sup> Uniquement comme exemple, au sein de l'Union Européenne, le paragraphe 3 de l'art. 57 de la Directive 24/2014 remarque que (nous soulignons): « Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes: ...

b). Corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil (34), ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique

...  
L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein ».

« Les marchés publics ne devraient pas être attribués à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui ont été déclarés coupables de corruption » (préambule de la directive 25/2014). Voir aussi la lettre b) du paragraphe 4 de l'art. 38 de la directive 23/2014. Nous soulignons.

## A. L'assimilation hétérogène du *non bis in idem*

Dans le cadre de certains traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, le *non bis in idem* est perçu comme une règle faible (1) et, dans d'autres textes, il est perçu comme une garantie (2).

### 1. La faiblesse de la règle

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et le système de protection découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (CEDH) et ses protocoles additionnels assimilent le principe *non bis in idem* à l'intérieur de chaque État<sup>1222</sup>, et voici le point de départ, ou la source, de l'incertitude en ce qui concerne la lutte contre la corruption dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 fortifie le *non bis in idem* au sein des Etats, mais il ne garantit pas le *non bis in idem* transnational. En effet, le paragraphe 7 de l'article 14 du pacte reconnaît le principe *non bis in idem* dans le cadre « de chaque pays ».<sup>1223</sup> Le Comité des droits de l'homme, qui est l'organe chargé de la surveillance du pacte, s'est prononcé sur ce sujet. La recommandation du Comité du 2 novembre 1987, sur l'affaire *A.P. c. Italie*, fait une interprétation très restrictive du *non bis in idem* pour préciser ce qui suit:

« ... since article 14, paragraph 7, of the Covenant, which the author invokes, does not guarantee *non bis in idem* with regard to the national jurisdictions of two or more States. The Committee observes that this provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given State ».<sup>1224</sup>

---

<sup>1222</sup> Art. IV du protocole 7.

<sup>1223</sup> « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ». Nous soulignons.

<sup>1224</sup> Nous soulignons. Paragraphe 7.3

< [http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1987.11.02\\_AP\\_v\\_Italy.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1987.11.02_AP_v_Italy.htm) >



Dans la même ligne, la recommandation du 11 août 1997, sur l'affaire *ARJ c. Australie*, a rejeté le *non bis in idem* transnational.<sup>1225</sup> Cette jurisprudence du Comité a été assimilée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (COEDH).

Le paragraphe 1 d'article 4 du Protocole 7<sup>1226</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le « droit à ne pas être jugé ou puni deux fois » dans les termes suivants: « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ». Ce texte n'assume pas la transnationalisation du *non bis in idem* et, par ailleurs, la jurisprudence de la COEDH indique que « l'expression « par les juridictions du même État » circonscrit au niveau national l'application de l'article ». <sup>1227</sup> C'est une non-assimilation du *non bis in idem* ? Ou il s'agit d'un refus net du *non bis in idem* ?

La spécificité du sujet nous oblige à parcourir la jurisprudence. Dans ce contexte, la décision de la COEDH de 20 février 2018 sur l'affaire *Krombach c. France*<sup>1228</sup> résume le critère existant dans le cadre du Conseil de l'Europe:

« La Cour a ainsi jugé avec constance que l'article 4 du Protocole n. 7 ne visait que les « juridictions du même État » et ne faisait donc pas obstacle à ce qu'une personne soit poursuivie ou punie pénalement par les juridictions d'un État partie à la Convention en raison d'une infraction pour laquelle elle avait été acquittée ou condamnée par un jugement définitif

---

Document: U.N. Doc. CCPR/C/31/D/204/1986

<sup>1225</sup> « *The author has claimed a violation of article 14, paragraph 7, because he considers that... his deportation... would expose him to the risk of double jeopardy. The Committee recalls that article 14, paragraph 7, of the Covenant does not guarantee ne bis in idem with respect to the national jurisdictions of two or more states - this provision only prohibits double jeopardy with regard to an offence adjudicated in a given State See decision on case No. 204/1986 (A.P. v. Italy), declared inadmissible... Accordingly, this claim is inadmissible ratione materiae...* », paragraphe 6.4.

< <http://www.refworld.org/cases,HRC,4028adfa7.html> >

Document: CCPR/C/60/D/692/1996.

<sup>1226</sup> Protocole 7 du 22 novembre 1984.

<sup>1227</sup> *Guide sur l'article 4 du Protocole no 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois* (mis à jour au 30 avril 2019, p. 5).

< [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_FRA.pdf) >.

<sup>1228</sup> Requête 67521/14.

dans un autre État partie (voir, par exemple, l'arrêt *Trabelsi c. Belgique* (n. 140/10, § 164, ... 2014 (extraits)), et les décisions *Ipsilanti c. Grèce* (n. 56599/00, 29 mars 2001), *Amrollahi c. Danemark* (n. 56811/00, 28 juin 2001), *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique* (n. 50049/99, 6 juillet 2006), *Böheim c. Italie* (n. 35666/05, 22 mai 2007), *Sarria c. Pologne* (n. 45618/09, 18 décembre 2012) et *Moreno Benavides...*) ». <sup>1229</sup>

Cette jurisprudence remarque une ligne constante. Dans le cadre de cette décision, la COEDH cite aussi la jurisprudence du Comité des droits de l'homme pour refuser le *non bis in idem* transnational. <sup>1230</sup> Toutefois, suivant également le critère du Comité des droits de l'homme, la COEDH a déjà précisé un petit détail: « cela ne devait pas dispenser les États de chercher, par la conclusion de conventions internationales, à éviter qu'une personne ne soit jugée de nouveau pour la même infraction pénale ». <sup>1231</sup> Le problème et la solution, sont-ils contextualisés dans le cadre du droit international conventionnel ou de l'interprétation judiciaire ?

D'ailleurs, d'un point de vue comparatif, dans l'affaire *Krombach c. France*, la COEDH reconnaît que le principe *non bis in idem* a été conçu de différentes manières dans le cadre d'autres scénarios régionaux de protection des droits de l'homme. À cet égard, la COEDH a noté que la différence entre le *non bis in idem* national et le *non bis in idem* transnational n'existe pas au sein d'autres mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. <sup>1232</sup>

---

<sup>1229</sup> Paragraphe 36.

<sup>1230</sup> En notant ce qui suit: « En l'état de la jurisprudence du comité des droits de l'homme, le principe *ne bis in idem* ainsi énoncé ne fait pas obstacle à des poursuites dans un État partie à l'encontre d'une personne antérieurement définitivement acquittée ou condamnée pour les mêmes faits par les juridictions d'un autre État partie (voir, notamment, *AP c. Italie*, communication n. 2074/1986, U.N. Doc. CCPR/31/D/204/1986 (1987) et *A.R.J. c. Australie*, communication n. 692/1996, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996 (1997)). Par ailleurs, le comité a indiqué dans son observation générale n. 32 (CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, § 57) que l'article 14 du Pacte « n'oblige pas à respecter le principe *ne bis in idem* à l'égard des juridictions nationales de deux États ou plus », tout en précisant que cela ne devait pas dispenser les États de chercher, par la conclusion de conventions internationales, à éviter qu'une personne ne soit jugée de nouveau pour la même infraction pénale », paragraphe 20.

<sup>1231</sup> Paragraphe 20.

<sup>1232</sup> « La convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, les directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique établis par la commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la charte arabe des droits de l'homme contiennent également des dispositions relatives au principe *ne bis in idem*. Il n'y a pas d'indication quant à leur portée transnationale ou non », paragraphe 21. Cependant, il faut noter aussi que la Cour remarque que « la COEDH ne fait pas obstacle à ce que les États parties accordent aux droits et libertés qu'elle garantit une protection juridique plus étendue que celle qu'elle

Cette particularité invite à une réflexion autour de la contradiction qui existe entre les instruments de protection des droits de l'homme autour du *non bis in idem*. Dans le cadre de cette contradiction, la Convention interaméricaine sur les droits de l'homme ne refuse pas le *non bis in idem* transnational en règle générale, comme nous le verrons au point suivant.

## 2. Les garanties de la règle

En ce qui concerne le *non bis in idem*, la Convention américaine des droits de l'homme adoptée le 22 novembre 1996 ne parle pas des « juridictions du même Etat » ni de « la procédure pénale de chaque pays », n'établit pas des conditions ni nuances, ni différences entre le *non bis in idem* national et le *non bis in idem* transnational, mais elle précise que « l'accusé acquitté en vertu d'un jugement définitif ne peut être à nouveau poursuivi pour les mêmes faits ».<sup>1233</sup> Cette convention, pourrait-elle involontairement ouvrir la porte du *forum shopping* pénal ?

Le professeur Bas Van Bockel, citant Treschel, explique que, dans le cadre du droit de la tradition continentale, il y a normalement une distinction entre le rôle du *non bis in idem* en tant que droit individuel et la fonction de ce principe en tant que garantie du caractère définitif des décisions judiciaires.<sup>1234</sup> En réalité, les deux aspects (droit individuel et garantie de la chose jugée) se fondent et se confondent dans la pratique parce que le caractère définitif des sanctions pénales se traduit par une garantie pour le droit individuel de ne pas subir différentes procédures et/ou plusieurs sanctions pénales en raison d'un même fait. En conséquence, le *non bis in idem* est présenté non seulement comme un thème de libre concurrence qui comprend la participation et/ou l'exclusion d'un candidat dans un marché des contrats publics harmonisé, mais aussi comme une question de droits de l'homme dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats publics.

---

met en œuvre, que ce soit par le biais du droit interne, d'autres traités internationaux ou du droit de l'Union européenne », paragraphe 39.

<sup>1233</sup> Paragraphe 4 de l'art.8.

<sup>1234</sup> VAN BOCKEL (B), *The 'ne bis in idem' Principle in EU Law*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 25.

En ce qui concerne le *non bis in idem* du point de vue mondial, il faut remarquer que tous les États de la communauté internationale ne présentent pas la nécessaire garantie d'indépendance judiciaire, libre de toute ingérence du pouvoir politique et du pouvoir de la corruption<sup>1235</sup>; et cette situation pourrait conduire au *forum shopping*<sup>1236</sup> au service de la corruption. Dans ce contexte, il convient de signaler que la construction du droit international des contrats publics devrait également éviter une justice pénale « à la carte » par le biais du *forum shopping*. Une personne qui commet un délit contre le libre marché ne devrait pas avoir la possibilité d'engager une procédure pénale frauduleuse dans un État pour, ensuite, ne pas pouvoir être jugé et sanctionné par la justice d'un autre État légitimé pour exercer sa compétence pénale sur un acte de corruption.

À cet égard, il convient de garder à l'esprit que, dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme, le *non bis in idem* n'a pas été conçu pour être une porte ouverte vers le *forum shopping* ou pour contourner la juridiction pénale d'un État légitimé pour punir la corruption aux contrats publics.

## **B. La différence entre le droit interne et le droit international**

La certitude du *non bis in idem* au sein des États et l'incertitude du *non bis in idem* transnational selon chaque région du monde constituent une contradiction, ce qui demande consensus (1). De même, dans le cadre de l'extradition par un délit de corruption, le *non bis in idem* peut conditionner la décision sur l'*extraditurus* (2).

---

<sup>1235</sup> Si un gouvernement dictatorial, qui contrôle tous les pouvoirs de l'État, attribue un contrat à une société étrangère « grâce à » à un pot-de-vin, il pourrait y avoir une circonstance ironique. Pourquoi ? Parce que si un gouvernement dictatorial contrôle tous les pouvoirs de l'État, il ne serait pas très difficile d'imaginer une « pantomime » de procédure pénale pour un acquittement. Si le *non bis in idem* transnational est accepté dans exceptions dans ces circonstances, la conséquence serait « la transnationalisation des effets de la corruption dans le droit international ».

<sup>1236</sup> Bref, Il faut de pris la signification de ce terme comme la possibilité de choisir une juridiction, de choisir la justice d'un État.

## 1. Le consensus, le rejet et les nuances autour du *non bis in idem*

Dans le droit interne, le *non bis in idem* est une garantie en faveur des droits de l'homme. Toutefois, dans une perspective comparée, le comportement des États sur ce principe n'est pas homogène.<sup>1237</sup> Un assouplissement est perçu dans la « transnationalisation du *ne bis in idem* en tant que droit fondamental ». <sup>1238</sup> Toutefois, les études sur la jurisprudence de certains États européens, comme l'Espagne, ont révélé l'option d'une assimilation du *non bis in idem* transnationale dans quelques conditions spécifiques.

A cet égard, la professeure María del Mar Díaz Pita a indiqué que, pour reconnaître le *non bis in idem*, l'existence de quelques éléments est nécessaire, à savoir: la même personne, même fait, une procédure pénale en Espagne ou dans un autre État et, en plus, cette procédure pénale doit être conclue par une condamnation ou un acquittement, définitif, produisant l'autorité de la chose jugée.<sup>1239</sup> Selon cette logique<sup>1240</sup>, le caractère définitif de l'arrêt pénal déterminerait la pertinence, ou l'impertinence, du *non bis in idem*.

## 2. L'extradition autour du *non bis in idem*

Le *non bis in idem* peut poser des problèmes dans le cadre de l'extradition quand il « est subordonnée à la condition que le jugement précédent ait été rendu par les juridictions de

---

<sup>1237</sup> En France, en ce qui concerne les sanctions en raison des principes de personnalité active (art. 113-6) et de personnalité passive (art. 113-7), l'art. 133-9 du Code pénal dispose que: « aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». D'ailleurs, l'article 368 du Code de procédure pénale assure que « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

<sup>1238</sup> FERNANDEZ (S), *Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international*, Nanterre, Institute Universitaire Varenne, 2016, p. 429.

<sup>1239</sup> DÍAZ (M), « España, informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, p. 886. Elle a noté ce qui suit: « ..., los principios a aplicar en materia de reconocimiento del *ne bis in idem* en la esfera transnacional, coinciden con los que rigen en esta materia a nivel nacional. Es decir, que se de identidad de sujetos y hecho, que se haya desarrollado un proceso, bien en España, bien en otro Estado, y que este proceso haya concluido por sentencia, condenatoria o absolutoria, firme, que produzca el efecto de cosa juzgada ».

<sup>1240</sup> Selon ce raisonnement, les procédures concaténées (l'une après l'autre) doivent être rejetées. Cependant, le doute subsiste en ce qui concerne les procédures pénales simultanées ou parallèles.

l'État requis ». <sup>1241</sup> En ce qui concerne l'extradition <sup>1242</sup>, le droit suisse est intéressant ici. L'article 66 de la Loi fédérale suisse sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981, consacré au *non bis in idem*, considère la résidence et la nationalité comme un élément qui peut conditionner l'extradition. <sup>1243</sup> Ainsi, sous le droit suisse, l'application du *non bis in idem* transnational peut conduire au refus d'une demande d'extradition. Toutefois, en dehors des hypothèses de la nationalité et la résidence de l'*extraditurus*, le problème persisterait.

D'ailleurs, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 est un instrument intéressant pour analyser le *non bis in idem* dans une perspective transnationale en raison des critères établis pour la non-acceptation d'une demande d'extradition et en fonction des réserves de différents États autour de l'article 2 de ce traité. <sup>1244</sup> En effet, certains États ont fait quelques réserves sur cet article 2; à cet égard, la Belgique, la Suisse, le Danemark, la Finlande, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas

---

<sup>1241</sup> REBUT (D), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2019, p. 203.

<sup>1242</sup> On peut voir que le problème a été abordé dans le cadre de la Société des Nations et dans les premiers cours de l'Académie de droit international de La Haye. À cet égard, nous avons trouvé le texte suivant: « Dans son rapport sur l'extradition présenté à la commission de codification de la Société des Nations, M. Brierly a déclaré: « La théorie susmentionnée (qu'un État doit juger ses propres ressortissants coupables d'un crime, quel que soit le lieu où ce dernier a été commis) ne saurait s'appliquer à un ressortissant qui se réfugierait dans son propre pays, après sa condamnation dans un pays étranger, car, selon les principes généraux du droit, un tel individu ne peut être jugé une deuxième fois pour le même délit ».

Le droit pénal des États modernes prouve que le principe soutenu par cet auteur ne s'applique pas d'une manière absolue dans les rapports internationaux. La reconnaissance du principe *non bis in idem* dépend de chaque État, qui peut se contenter de la peine infligée à l'étranger, ou bien s'abstenir en général de poursuivre une personne qui a été jugée à l'étranger et qui a subi ou prescrit la peine, ou obtenu la grâce. Cependant, la liberté de décision n'appartient qu'à l'État dont le jus puniendi est originaire, car l'État qui ne possède qu'un droit de punir dérivé a les mains liées. Cette différence a échappé au Pr Brierly », CYBICHOWSKI (D), « La compétence des tribunaux a raison d'infractions commises hors du territoire », *R.C.A.D.I.*, vol. 12, 1926, p. 286.

<sup>1243</sup> Cet article précise ce qui suit:

« 1. L'entraide peut être refusée, si la personne poursuivie réside en Suisse et si l'infraction qui motive la demande y fait déjà l'objet d'une procédure pénale.

2. L'entraide peut toutefois être accordée si la procédure ouverte à l'étranger n'est pas dirigée uniquement contre la personne poursuivie résidant en Suisse ou si l'exécution de la demande est de nature à la disculper ».

<sup>1244</sup> L'art. 2 dit: « L'entraide judiciaire pourra être refusée:

a. si la demande se rapporte à des infractions considérées par la Partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales;  
b. si la Partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays ».

refusent l'extradition si un risque de *bis in idem* existe. Toutefois, tous les États n'ont pas fait cette réserve. La disparité est donc évidente.<sup>1245</sup>

Dans la pratique, nous savons qu'une demande d'extradition peut être rejetée si l'*extraditurus* est susceptible de subir des actes contraires à l'interdiction de la torture et des peines inhumaines et dégradantes sur le territoire de l'État requérant.<sup>1246</sup> Dans ce contexte, il convient de noter que l'assimilation du *non bis in idem* transnational pourrait conduire au refus d'une extradition, étant entendu qu'une autre procédure pénale (ou plus) pourrait signifier une souffrance excessive et prolongée dans le temps en raison d'un seul fait, ce qui pourrait constituer une « dégradation psychologique »<sup>1247</sup> et une contradiction avec les considérations d'humanité et l'interdiction des traitements et des peines cruels, inhumaines et dégradantes.<sup>1248</sup> Nous aborderons cette question plus tard. Pour le moment, nous allons voir le *non bis in idem* dans le droit de l'UE.

## § 2. L'infructueuse solution dans le cadre de l'Union Européenne

La Décision cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales décrit bien l'ampleur et l'assimilation du problème. Cette décision vise à éviter le *bis in idem* et les « procédures parallèles »<sup>1249</sup> au sein d'un groupe d'États partageant un marché unique, un marché unique qui comprend le marché des contrats publics.

---

<sup>1245</sup> De même, hors des traités, le rejet ou l'acceptation d'une demande d'extradition dépendra également de la loi nationale et du critère de la justice de chaque État, ce qui peut accentuer le risque de disparité.

<sup>1246</sup> L'affaire *Soering*, il est constamment cité dans la jurisprudence de la COEDH.

<sup>1247</sup> Paragraphe 64 de l'arrêt du 7 juillet 1989 de la COEDH sur l'affaire *Soering*.

<sup>1248</sup> En ce qui concerne les « considérations d'humanité », il y a presque un siècle on a dit ce qui suit: « Il serait, dit-on, cruel de soumettre un délinquant à plusieurs procédures successives », TRAVERS (M), « Les effets internationaux des jugements répressifs », *R.C.A.D.I.*, vol. 4, 1924, p. 459.

<sup>1249</sup> « 1. La présente décision-cadre a pour objectif de promouvoir une coopération plus étroite entre les autorités compétentes de deux États membres ou plus menant des procédures pénales, en vue de favoriser une bonne administration de la justice et de la rendre plus efficace.

2. Une telle coopération plus étroite vise à:

a) éviter les situations dans lesquelles une même personne fait l'objet, pour les mêmes faits, de procédures pénales parallèles dans différents États membres qui seraient susceptibles de donner lieu à des jugements définitifs dans deux États membres ou plus, constituant ainsi une violation du principe « non bis in idem »; et  
b) dégager un consensus sur toute solution efficace visant à éviter les conséquences négatives découlant de l'existence de telles procédures parallèles ». Nous soulignons.

Pour sa part, la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS) pourrait être un texte insuffisant pour résoudre l'absence du *non bis in idem* transnational (A). Cependant, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne configure le *non bis in idem* comme un principe commun entre les États membres, mais cette configuration n'évite pas le risque d'une disparité de critères (B). Dans ce contexte, nous ne devons pas perdre de vue la valeur de la dignité humaine dans le cadre du droit international.<sup>1250</sup>

### **A. L'insatisfaisante solution de la Convention d'application de l'Accord de Schengen**

La CAAS présente une règle générale en matière de conflits de juridiction (1). La corruption dans les contrats publics constitue une exception à la règle générale (2).

#### **1. La règle générale de l'article 54 comme point de départ**

La construction d'un espace judiciaire européen et l'espace Schengen visent à créer une harmonie judiciaire sans risque de *plus in idem* à travers l'art. 54 CAAS.<sup>1251</sup> Il s'agit d'assurer la cohérence judiciaire entre les États membres au sein de l'UE. À cet égard, le professeur Eric David décrit l'article 54 comme une norme « destinée à assurer une forme d'uniformisation judiciaire des décisions pénales prises par les autorités judiciaires

---

<sup>1250</sup> Dans ce contexte, il ne faut pas perdre de vue que les États de la communauté internationale sont déterminés « à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites » (Préambule de la Charte des Nations Unies). Nous ne serons pas les premiers à considérer le *ne bis in idem* comme une « garantie propre à tout ordre pénal démocratique respectueux de la dignité personnelle et des droits découlant de la nature humaine », OSSANDÓN (M), « El legislador y el principio *ne bis in idem* », *Política criminal*, vol. 13, numéro 26, 2018, p. 953. Le texte original dit que *le « ne bis in idem es considerado una garantía propia de todo ordenamiento penal democrático que sea respetuoso de la dignidad personal y de los derechos que emanan de la naturaleza humana »*.

< <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00952.pdf> >.

<sup>1251</sup> « Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ».



nationales ». <sup>1252</sup> Effectivement, la ligne jurisprudentielle remarque le *non bis in idem* dans le cadre de la libre circulation des personnes dans un espace de liberté et de sécurité. <sup>1253</sup>

Toutefois, la règle générale de l'article 54 a quelques exceptions applicables aux délits de corruption aux contrats publics, comme nous le verrons au point suivant.

## 2. Les exceptions à la règle générale découlant de l'article 55

Le paragraphe 1 de l'article 55 de la CAAS permet trois exceptions à la règle générale de l'article 54. En même temps, il faut remarquer que chacune des trois exceptions est très pertinente pour le délit de corruption aux contrats publics en fonction du territoire, en fonction des intérêts de l'État et en fonction de la nationalité des fonctionnaires impliqués. <sup>1254</sup>

---

<sup>1252</sup> DAVID (E), *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 32.

<sup>1253</sup> L'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 28 septembre 2006 sur l'affaire *Gasparini* résumait et expliquait ce qui suit: « Il est constant que l'article 54 de la CAAS a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait qu'elle exerce son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États contractants (voir arrêts du 11 février 2003, Gözütok et Brügger, C-187/01 et C-385/01, Rec. p. I-1345, point 38, et de ce jour, Van Straaten, précité, point 57). Il assure la paix civique des personnes qui, après avoir été poursuivies, ont été définitivement jugées. Celles-ci doivent pouvoir circuler librement sans devoir craindre de nouvelles poursuites pénales pour les mêmes faits dans un autre État contractant ». C-467/04, paragraphe. 27.

Le professeur Robert Roth note ce qui suit: « *Au-delà de la dimension traditionnelle de type "garantiste", l'extension recherchée de la portée du principe vise deux objectifs essentiels: assurer la sécurité juridique; favoriser la libre circulation des personnes* », ROTH (R), « *Ne bis in idem* transnational: vers de nouveaux paradigmes ? » < <http://www.unige.ch/droit/static/publications/roth/nouveauxParadigmes.pdf> >, p. 15 (cet article est paru dans: BRAUM (S) et WEYEMBERGH (A), directeurs, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, selon le site).

<sup>1254</sup> Ces exceptions sont les suivantes:

- «1. Une Partie Contractante peut, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 dans l'un ou plusieurs des cas suivants:
- a) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire; dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de la Partie Contractante où le jugement a été rendu;
  - b) lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'État ou d'autres intérêts également essentiels de cette Partie Contractante;
  - c) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire de cette Partie Contractante en violation des obligations de sa charge.
2. Une Partie Contractante qui a fait une déclaration concernant l'exception mentionnée au paragraphe 1, point b), précisera les catégories d'infractions auxquelles cette exception peut s'appliquer.
3. Une Partie Contractante pourra, à tout moment, retirer une telle déclaration relative à l'une ou plusieurs des exceptions mentionnées au paragraphe 1 ». Nous soulignons.

La corruption transfrontière peut donner lieu à l'exercice de la compétence pénale de la justice de différents États en vertu des trois exceptions auparavant cités. En effet, la corruption transfrontière peut utiliser le territoire de différents États pour les différents moments de l'*iter criminis*. Par exemple, si la corruption est planifiée dans un État, le pot-de-vin est versé dans un autre État et l'attribution et la signature du contrat se produisent dans l'État de l'appel d'offres publics<sup>1255</sup>, il pourrait y avoir trois juridictions compétentes en raison du territoire de trois États.

Indépendamment de l'utilisation du territoire de différents États pour la planification et l'exécution du délit (ce qui pourrait déterminer la compétence territoriale selon la législation de chaque État), il n'est pas difficile d'imaginer que les États puissent considérer la corruption dans les contrats de leurs institutions publiques comme une attaque directe à leurs intérêts.<sup>1256</sup> Dans ce contexte, les exceptions de l'article 55 permettent d'activer les critères de territorialité et d'extraterritorialité pénale et le CAAS pourrait permettre un *bis in idem* pénal aussi. Donc, le CAAS n'apparaît pas comme une solution absolue. Cette perception est corroborée par différents opérateurs juridiques. Dans ce sens, déjà en 2007, la Procureure espagnole Rosa Ana Morán, dans le cadre du séminaire sur les *Jurisdiction conflicts and principle ne bis in idem in Europe*, résumait la suivante réalité: « les conflits existent » et « en outre, la solution convenue aux articles 54 et suivants de la convention d'application des accords de Shenghen n'est pas toujours suffisante » et, sans aucun doute, cet ensemble de règles « n'est pas facilement interprété par les autorités des États membres ».<sup>1257</sup> En bref, l'Europe cherche la cohérence, cependant il semble que l'insuffisance normative continue.

## **B. Le *non bis in idem* dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

La Charte des droits fondamentaux de l'UE confirme le *non bis in idem* en tant que principe commun entre les États membres (1). En plus, il est possible de percevoir des interprétations qui soulignent la considération de la personne humaine (2).

---

<sup>1255</sup> Voir la lettre *a*) du paragraphe 1 de l'art. 55 CAAS.

<sup>1256</sup> Lettre *b*), du paragraphe 1 de l'art. 55 CAAS.

<sup>1257</sup> MORÁN (R) « Prólogo » de l'oeuvre collective *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, Madrid, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 9.

## 1. L'article 50 comme principe commun entre les États membres

L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît le « droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction ». De cette façon, le *non bis in idem* est reconnu comme un principe commun entre les États membres.<sup>1258</sup> L'article 50 dispose que: « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ». <sup>1259</sup> Il s'agit d'un libellé qui n'utilise pas les mêmes termes que d'autres textes comme « juridictions du même État »<sup>1260</sup> ni « la procédure pénale de chaque pays ». <sup>1261</sup> Cependant, le texte des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*<sup>1262</sup> sur l'article 50 résume bien la jurisprudence et ce récapitulatif mérite d'être reproduite en tant qu'il dit ce qui suit:

« Conformément à l'article 50, la règle « non bis in idem » ne s'applique pas seulement à l'intérieur de la juridiction d'un même État, mais aussi entre les juridictions de plusieurs États membres. Cela correspond à l'acquis du droit de l'Union; voir les articles 54 à 58 de la Convention d'application de l'accord de Schengen et l'arrêt de la Cour de justice du 11 février 2003 dans l'affaire C-187/01 Gözütok (rec. 2003, p. I-1345), l'article 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté et l'article 10 de la Convention relative à la lutte contre la corruption. Les exceptions très limitées par lesquelles ces conventions permettent aux États membres de déroger à la règle « non bis in

---

<sup>1258</sup> GROUSSOT (X) et ERICSSON (A), « *Ne Bis in Idem* in the EU and ECHR Legal Orders. A matter of Uniform Interpretation ? », in *Ne Bis in Idem in EU Law* (VAN BOCKEL (B), éditeur), Cambridge University Press, 2016, p. 63.

<sup>1259</sup> Nous soulignons.

<sup>1260</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

<sup>1261</sup> Protocole 7 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

<sup>1262</sup> Version 2007.

idem » sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, paragraphe 1<sup>1263</sup>, sur les limitations ». <sup>1264</sup>

D'après ce raisonnement, l'assimilation d'un *non bis in idem* européen de caractère limité permettrait d'éviter le redoutable *forum shopping* au service de la corruption transfrontalière dans les contrats publics, ce qui nous révèle une interrogation: le *non bis in idem*, est-il toujours indispensable (ou pas) dans la lutte contre la corruption ?

Pour l'instant, il faut retenir que le *non bis in idem* peut avoir un effet pratique sur deux domaines: d'une part, en matière de droits de l'homme et, d'autre part, en matière de conflits de juridiction. Dans les deux scénarios, il convient de souligner que le droit de l'UE permet à chaque État d'assumer le *non bis in idem* dans une perspective transnationale; à cet égard, l'article 58 CAAS précise que « les dispositions précédentes ne font pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus larges concernant l'effet *ne bis in idem* attaché aux décisions judiciaires prises à l'étranger ». De cette façon, le législateur national dispose

---

<sup>1263</sup> L'art. 52, il s'agit de la « Portée et interprétation des droits et des principes » et il introduit les précisions suivantes:

« 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.

3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.

5. Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.

6. Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.

7. Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ». Cette note de bas de page a été introduite ici pour illustrer la législation. Cette note n'est pas sur le texte original.

<sup>1264</sup> Nous soulignons. 2007/C 303/02. *Journal officiel de l'Union européenne*. C 303/17. 14.12.2007.

d'une marge de manœuvre. Cependant, la jurisprudence nationale comparée n'est pas toujours uniforme.

## 2. La personne humaine dans le cadre du *jus punendi*

En macro perspective, la pratique des États est « polarisée ». <sup>1265</sup> Dans ce contexte, il y a un groupe d'États qui n'ignorent pas les arrêts étrangers et ils prennent plutôt en considération « le temps que l'accusé a été privé de sa liberté en raison de l'exécution de sa peine » <sup>1266</sup> rendu par un tribunal étranger, ce qui, pour nous, dénote la nécessaire considération à la personne humaine au milieu de l'incertitude.

En France, la professeure Delphine Brach-Thiel a considéré que: « l'absence de règle (bilatérale) de conflits de lois en droit pénal international explique le non-respect du dogme non bis in idem » <sup>1267</sup>. Cette considération conduit à déplacer le problème au cadre du droit international privé, alors qu'un conflit de lois pénales existe comme conséquence de d'un manque de coordination entre les législateurs des États. <sup>1268</sup> Cette option est intéressante; et une autre option intéressante pourrait être d'interpréter le *non bis in idem* autant comme un droit de l'homme et comme une question de conflit de lois et de juridictions à résoudre sans oublier qu'il s'agit d'une question de droits de l'homme parce que, dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, une question technique comme le conflit de lois est très importante et nécessaire, mais cette question ne serait pas suffisante pour omettre, ou ignorer, le facteur droits humains dans le cadre de cette construction. Dans ce contexte, la possibilité de recourir au conflit de lois pour protéger les droits de l'homme serait la bienvenue dans la construction.

---

<sup>1265</sup> MONTOYA (R), « El principio *ne bis in idem* a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », publié sur ligne par l'*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, p. 2164.

< <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/34.pdf> >.

<sup>1266</sup> *Idem*.

<sup>1267</sup> « Seule une règle de conflit unilatérale est appelée à s'exprimer, caractérisant de la sorte de conflits de lois pénales. En effet chaque législateur national édicte lois pénales qui ne trouvent à s'appliquer, stricto sensu, que devant le juge national, sans aucune prise en considération des règles édictées par le législateur étranger ». BRACH-THIEL (D), « Vers la fin des conflits négatifs de compétence en droit pénal international ? », in *Questions de droit pénal international européen et comparé. Mélanges en honneur du professeur Alain Fournier*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2013, pp. 39.

<sup>1268</sup> *Idem*.

En tout cas, en vertu de la Charte des droits de l'homme, le droit de l'UE permet de voir un progrès au sein d'un ordre juridique d'intégration. Toutefois, il faut souligner que l'incertitude transnationale du *non bis in idem* n'aide pas à clarifier l'exclusion, ou non, d'un candidat autour des appels d'offres public. Quel jugement doit être envisagé aux fins de la détermination de l'exclusion d'une candidature ? L'acquittement ou la condamnation ? L'incertitude transnationale persiste et cette incertitude ne semble pas être un élément optimal pour la construction du droit international des contrats publics.

### Conclusions de la section 1

Il n'est pas possible de parler d'une pratique généralisée et/ou uniforme en matière du *non bis in idem* transnationale, mais on peut plutôt parler d'une divergence de critères à la lumière du droit comparé, de la bibliographie<sup>1269</sup>, des traités internationaux et de la jurisprudence. Dans ce contexte, on peut parler aussi des tendances du *non bis in idem* entre les traités internationaux de droits de l'homme et des traités internationaux contre la corruption. En effet, par exemple, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne de 1997 accepte la validité du *non bis in idem* « intracommunautaire »<sup>1270</sup> en principe; mais en même temps, cette convention admet trois exceptions<sup>1271</sup> à la règle générale, tandis que la Convention de l'Union africaine sur la

---

<sup>1269</sup> CONWAY (G), « *Ne Bis in Idem in International Law* », *International Criminal Law Review*, numéro 3, 2003, p. 244. Cet auteur fait une analyse intéressante du *non bis in idem* dans le cadre du *civil law* et du *common law* et il commente que « *Friedland observes that some Continental writers deny the necessity for the principle of ne bis in idem in international affairs and consider that a rule against multiple punishments (ne bis poena in idem) is sufficient. However, in favour of a contrary view it can be argued that the full rule protects interests that are not equally addressed by ne bis poena in idem, including the interest of the accused not to be subjected to the anxiety of repeated prosecution and to an increased likelihood of a flawed guilty verdict* », pp. 243-244.

<sup>1270</sup> Le paragraphe 1 de l'article 10 dit: « Les États membres appliquent en droit pénal interne le principe *ne bis in idem* en vertu duquel une personne qui a été définitivement jugée dans un État membre ne peut être poursuivie pour les mêmes faits dans un autre État membre, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été exécutée, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon la loi de l'État de condamnation ». Nous soulignons.

<sup>1271</sup> Le paragraphe 2 de l'article 10 dit: « Tout État membre peut déclarer, lors de la notification visée à l'article 13 paragraphe 2, qu'il n'est pas lié par le paragraphe 1 du présent article dans un ou plusieurs des cas suivants: a) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont eu lieu, en tout ou en partie, sur son territoire. Dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'État membre où le jugement a été rendu;

prévention et la lutte contre la corruption assume la multiplicité des compétences pénales en faveur de la justice des États <sup>1272</sup> mais en prévoyant que « nul ne peut être poursuivi deux fois pour la même infraction »<sup>1273</sup> sans restriction.

Ces divergences exigent une analyse du *non bis in idem* et de la compétence judiciaire dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme; et c'est ce que nous essaierons de faire sans perdre de vue trois aspects très importants autour de l'extraterritorialité dans la construction du droit international des contrats publics dans l'ordre pénal: l'attaque à la fonction publique de chaque État, l'intérêt légitime de chaque État pour sanctionner la corruption autour de ses contrats publics et la compétence extraterritoriale des États sur ses ressortissants.

## Section 2. La multiplicité des juridictions dans le cadre des droits de l'homme

Le texte de la CNUCC n'empêche pas la compétence pénale sur le même délit.<sup>1274</sup> Dans ce contexte, la possibilité d'un *plus in idem* sur la base de la territorialité et de l'extraterritorialité est grande.<sup>1275</sup>

Manifestement, la CNUCC n'a pas été conçue pour générer une sorte de *plus in idem* ni pour accentuer la confusion autour du *non bis in idem* transnational<sup>1276</sup> dans la lutte contre la corruption.<sup>1277</sup> Dans ce contexte, il est utile d'analyser la légitimité de la multiplicité de

---

b) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger constituent une infraction contre la sûreté ou d'autres intérêts également essentiels de cet État membre;

c) lorsque les faits visés par le jugement rendu à l'étranger ont été commis par un fonctionnaire de cet État membre en violation des obligations de sa charge ».

<sup>1272</sup> Paragraphes 1 et 2 de l'art. 13.

<sup>1273</sup> Paragraphe 3 de l'art. 13.

<sup>1274</sup> Art. 42.

<sup>1275</sup> À cet égard, nous rappellerons les commentaires du professeur José Luis de la Cuesta. Pour lui, la possibilité de la compétence judiciaire multiple augmente « au fur et à mesure que s'ouvrent les opportunités d'application du droit pénal national aux infractions commises à l'étranger, une tendance perçue par quelques rapports nationaux », DE LA CUESTA (J), « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe '*ne bis in idem*'. Rapport général », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, p. 681.

<sup>1276</sup> L'article premier dédié à l'objet de ce traité dit : « La présente Convention a pour objet:

a) De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace;

b) De promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs;

c) De promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics ».

<sup>1277</sup> La professeure Juliette Lelieur remarque que « *no law provides that a person who has violated the provisions of various legal systems with only one type of criminal conduct may be accused as many times as there are*

compétences pénales (§1) conformément à la dignité de la personne humaine et aux droits de l'homme (§2).

## § 1. La légitimité de la multiplicité de compétences judiciaires contre la corruption

La multiplicité des compétences pénales est un instrument juridique légitime contre l'impunité. Dans ce contexte, la lutte contre la corruption doit également éviter la manipulation de la justice d'un État pour éliminer la compétence judiciaire d'un autre État (A). Du point de vue juridictionnel, le point de départ est la multiplicité des compétences judiciaires dans le cadre de la légalité internationale (B).

### A. Le risque d'une manipulation des compétences judiciaires

L'acceptation du *non bis in idem* transnational signifierait, en résumé, l'impossibilité de juger à nouveau une personne déjà condamnée ou déjà acquittée dans n'importe quel État.<sup>1278</sup> Dans la pratique, le *non bis in idem* transnational à caractère absolu pourrait donner lieu au *forum*

---

*legal systems. Consequently, multiple prosecutions for the same conduct covered by different laws could be considered a breach of the 'principle of the legality of accusations' », LELIEUR (J), « 'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, numéro 4, 2013, p. 210.*

<sup>1278</sup> Le professeur Dionysios Spinellis avait commenté qu'une assimilation du *non bis in idem* transnational peut compliquer la procédure pénale et le châtiement de la corruption dans les contrats publics. SPINELLIS (D), « Global report the *ne bis in idem* principle in "global" instruments », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, p. 1152: « *If one would assume, however, that Art. 14, para. 7 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966], has an international validity, the prerequisites for the application of ne bis in idem provided in it would be rather wide and would block the trial and punishment. In particular:*

*a. The person concerned "...has been finally convicted or acquitted..."; it is remarkable that the ICCPR [Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966] does not demand in case of conviction that the sentence has been enforced or that it is being enforced.*

*b. The acquittal or conviction must be "final," rendered in a "penal" and not, for instance, in an administrative procedure.*

*c. It must concern "an offence," not a conduct or a fact; therefore, it can be argued that the provision does not prohibit a new prosecution for a different offence based on the same facts. This wording may be justified by the existence of vague and widely worded provisions on offences, which make it difficult to determine which "facts" were the object of the previous trial. Furthermore, it would be inappropriate to preclude prosecution for offences that could not have been charged in the previous proceedings.*

*d. The acquittal or conviction must have taken place "...in accordance with the law and penal procedure of each country..."; therefore, the State that is bound by the res judicata has to recognize the procedural acts and the whole previous procedure that took place in the other country ».*



*shopping* (1) et, d'ailleurs, la négation du *non bis in idem* transnational pourrait conduire aux arrêts contradictoires rendus par la justice de deux ou plusieurs États (2).

### 1. Le risque du *forum shopping* via le *non bis in idem*

Comme nous le savons, le *forum shopping* implique la possibilité de choisir une juridiction. Dans un tel scénario juridique, la corruption pourrait toujours, par divers artifices, tenter d'éliminer la légitime compétence pénale d'un État à travers l'utilisation frauduleuse de la justice d'autres États. Pourquoi? Pour assurer l'obtention d'une chose jugée frauduleusement.<sup>1279</sup>

La chose jugée frauduleuse en matière pénale n'est pas une fiction dans le cadre du *non bis in idem*, mais c'est une réalité qui a déjà été analysée par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.<sup>1280</sup> Dans ce contexte, après le délit, les personnes corrompues pourraient choisir la justice de certains États pour avoir une procédure judiciaire sans le but de faire la lumière sur les faits, mais plutôt dans le but d'obtenir un acquittement pour bloquer la compétence judiciaire des tribunaux d'autres États habilités à poursuivre l'infraction. Donc, contrairement à l'objectif de la CNUCC, les intérêts de la corruption seraient préservés par la manipulation du principe *non bis in idem*.

---

<sup>1279</sup> MONTOYA (I), « El principio *ne bis in idem* a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *op. cit.*, p. 2161.

<sup>1280</sup> Il convient de garder à l'esprit que la jurisprudence de la Cour interaméricaine de droits de l'homme précise: « En ce qui concerne le principe *non bis in idem*, même s'il s'agit d'un droit humain reconnu dans l'article 8.4 de la Convention américaine, ce n'est pas un droit absolu et, de ce fait, il n'est pas applicable lorsque: i) les délibérations du Tribunal qui a jugé l'affaire et a décidé de prononcer un non-lieu, ou d'absoudre le responsable d'une violation des droits de l'homme ou du droit international, ont obéi au désir de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale; ii) l'instruction de l'affaire n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale, conformément aux garanties procédurales, ou iii) il n'y a pas eu d'intention véritable de soumettre l'individu responsable à l'action de la justice », arrêt du 26 septembre 2006 sur l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, paragraphe 154. Le texte originel dit : « *En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia* ».<sup>162</sup> Une sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta" ». Voir: CHACÓN (A), « La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Implicaciones para el Estado de Derecho contemporáneo », *Revista Prolegómenos*, vol. XVIII, número. 35, 2015, pp. 169-188.

En plus, si le *non bis in idem* transnational est accepté sans réserve, les corrompus n'auraient pas de casier judiciaire et, en conséquence, ils ne pourraient pas être exclus des appels d'offres publics en application des règles sur l'exclusion des candidats en raison de l'existence d'antécédents relatifs à la corruption.

En résumé, l'acceptation du *non bis in idem* transnational à caractère absolu et illimité ne serait pas la meilleure stratégie dans la lutte contre la corruption dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics parce que, involontairement, cette option pourrait générer des espaces pour l'impunité grâce au *forum shopping*.<sup>1281</sup>

## 2. Le risque de deux arrêts contradictoires

Juger et sanctionner pénalement deux fois (ou plus) une même personne en vertu d'un même fait criminel peut conduire à deux (ou plus) arrêts contradictoires. Cette contradiction pourrait engendrer des confusions autour de l'exclusion des candidats.<sup>1282</sup> En ce sens, le *bis in idem* pourrait conduire à deux ou trois évaluations judiciaires différentes sur un même fait que personne ne met en doute (i) et aussi à différents « faits prouvés » dans le cadre de chaque juridiction (ii).

---

<sup>1281</sup> En ce qui concerne le *forum shopping* pénal, nous avons noté il y a longtemps que l'existence d'une multiplicité de juridictions étatiques implique que « les responsables peuvent être présentées au forum de leur choix, en ayant le choix entre les États ayant des peines plus favorables, des avantages pénitentiaires plus importants ou un pouvoir judiciaire manipulable. Cette pluralité juridictionnelle est non seulement un avantage... , mais elle peut aussi jouer contre eux: la compétence peut également être exercée par un État dont la législation pénale prévoit la peine de mort ou dans lequel il n'existe pas de garanties d'une procédure régulière », COLLANTES (J-L), « El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 4, 2002, pp. 18-19

< [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-07.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf) >. Le texte originel dit: « ... pudiendo elegir entre los Estados que tengan penas mas favorables, mayores beneficios penitenciarios o un poder judicial manipulable. Esta pluralidad jurisdiccional no sólo es un beneficio para los responsables sino que también puede jugar en su contra: cabe la posibilidad de que también ejerza jurisdicción un Estado cuya legislación penal contemplara la pena de muerte o donde no existan garantías para un debido proceso ».

<sup>1282</sup> Dans le cadre de l'OMC, la lettre *d*), du paragraphe 4 de l'art. VIII de l'AMP 2012 peut donner lieu à l'exclusion des candidats condamnés par corruption si la corruption est-elle considérée un des délits graves. Voir aussi: le paragraphe 1 de l'art. 57 de la Directive UE 24/2014; la lettre *b*) du paragraphe 4 de l'art. 38 de la Directive UE 23/2014; le paragraphe 4 de l'art. 16 du Protocole de Brasilia de 2017 (le mot « corruption » n'est pas cité, mais cette norme permet l'exclusion en raison de la corruption selon le droit interne des États).

(i) *Évaluations judiciaires différentes sur un même fait dont l'existence n'est pas contestée*

Le silence de la CNUCC sur le *non bis in idem* comporte également un autre risque: la justice de chaque État peut avoir ses propres interprétations et ses propres appréciations sur un même fait et, en conséquence, chaque justice étatique pourrait émettre différentes décisions sans contester l'existence des faits évalués. Cette question peut sembler étrange et contradictoire, mais celle-ci peut être une réalité en vertu des « comportements neutres ».

En effet, les comportements neutres sont un sujet controversé dans le droit pénal et cette question a donné lieu à une abondante bibliographie.<sup>1283</sup> En résumé, les comportements neutres sont identifiés comme des comportements dans lesquels une personne, en raison de son poste ou de ses fonctions, contribue au délit, d'une manière ou d'une autre; c'est-à-dire ce sont « conduites acceptables par l'ordre juridique »,<sup>1284</sup> mais ces comportements « provoquent un résultat criminel », une conséquence pénale on peut dire.<sup>1285</sup> Les opinions sur la question de savoir si les comportements neutres<sup>1286</sup> méritent une sanction pénale (ou non) ne sont pas unanimes et cela peut être un problème parce qu'une personne peut être coupable dans un État qui n'accepte pas les comportements neutres et, en même temps, innocent dans un autre État qui accepte les comportements neutres dans son droit pénal. C'est-à-dire, le comportement d'une personne peut conduire à une sanction dans le droit et la justice d'un État et, en même temps, cette même conduite peut ne pas constituer un blâme pénal dans le droit et la justice d'un autre État. Si tel est le cas, dans le cadre de l'exclusion des candidatures, les fonctionnaires chargés d'un appel d'offres public, doivent-ils considérer (ou non) les casiers judiciaires sur la base de comportements neutres dans l'hypothèse de sentences pénales contradictoires?

---

<sup>1283</sup> Par exemple, la professeure Mirentxu Corcoy résume la polémique: « Une conduite neutre, existe-t-elle ? » CORCOY (M), « Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador », in *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (BACIGALUPO (S) et al (coordinateurs), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 83.

<sup>1284</sup> « *En otras palabras, son conductas conformes con el ordenamiento jurídico* », *idem*.

<sup>1285</sup> « *Causan un resultado lesivo* », *idem*.

<sup>1286</sup> L'exemple typique, c'est chauffeur de taxi. Dans le cadre des contrats publics, on peut s'interroger: le chauffeur qui transporte une personne pour livrer un pot-de-vin, contribue-il au délit en vertu d'un service de mobilité ? Est-il pénalement responsable ?

(ii) *Différents « faits prouvés » dans le cadre de chaque juridiction*

La multiplicité des compétences pénales peut conduire à différentes conclusions sur l'existence ou la non-existence d'un fait, selon le critère de la justice de chaque pays (« ici une chose s'est passée » et « ici une autre chose », en termes simples).<sup>1287</sup> Et si tel est le cas, les fonctionnaires chargés d'évaluer les candidatures autour d'un appel d'offres public pourraient avoir le dilemme d'exclure ou non un candidat parce que, ironiquement, une personne serait innocente mais coupable à la fois, et vice versa. En termes simples, par exemple, une personne ou une société est condamnée dans le pays A et acquittée dans le pays B en raison d'un même fait; et puis cette même personne ou société présente sa candidature dans le cadre d'un appel d'offres public dans le pays C. Les fonctionnaires du pays C chargés de l'évaluation des candidats, qu'est-ce qu'ils doivent accepter ? La condamnation ou l'acquittement ? Quel jugement doit être envisagé aux fins de la détermination de l'exclusion d'une candidature ? L'incertitude transnationale persiste et cette incertitude ne semble pas être un élément optimal pour la construction du droit international des contrats publics.

## **B. La soumission de la multiplicité des compétences à la légalité internationale**

Comme nous le savons, le territoire n'est pas le seul critère pour déterminer la compétence pénale des États.<sup>1288</sup> La possibilité de l'exercice de la compétence territoriale et extraterritoriale simultanée de différents États sur un même fait criminel est souvent expliquée par la doctrine.<sup>1289</sup> Dans ce contexte, on parle de l'« *absolute nature of territorial*

---

<sup>1287</sup> Contrairement à ce qui est indiqué à l'alinéa « i » de ce point 2, où personne ne conteste l'existence d'un fait ni les comportements autour du fait, ici une chose s'est passée dans la perception de la justice d'un État et une autre chose s'est passée perception de la justice d'un autre État.

<sup>1288</sup> BANKETAS (I) et NASH (S), *International Criminal Law*, Londres, Cavendish publishing, 2003, pp. 144-164; BLAKESLEY (Ch), « Extraterritorial Jurisdiction » in *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, vol. II (édité par M. Cherif Bassiouni), Transnational Publishers, Inc. Ardsley, 1999, pp. 33-188 (voir les pp. 43-91); CASSESE (A), *International Criminal Law*, Oxford University press, 2003, pp. 277-295; BOAS (G), *Public International Law, Contemporary Principles and Perspective*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, pp. 250-265; DIXON (M), *Textbook on International Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 148-159; JENNINGS (R) et WATTS (A), *Oppenheim's International Law (Peace. Introduction and Part I)*, vol. 1, pp. 456-488; RYNGAERT (C), *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 85-133; SHAW (M), *International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 474-505; WALLACE (R), *International Law*, Londres, Sweet Maxwell, 2002, pp. 108-116.

<sup>1289</sup> Par exemple, le professeur Jan Klabbers illustre cette possibilité de la manière suivante: « *Imagine, for instance, a shooting spree on San Marco Square in Venice, Italy, with a Bulgarian gunman taking the lives of*

*jurisdiction* »<sup>1290</sup> parce que « *the State has power and authority over all persons, property and events occurring within its territory* ». <sup>1291</sup> À cet égard, le professeur Malcolm Shaw illustre ce qui suit:

« *That a country should be able to legislate with regard to activities within its territory and to prosecute for offences committed upon its soil is a logical manifestation of a world order of independent states and is entirely understandable since authorities of a state are responsible for the conduct of law and the maintenance of good order within that state. It is also highly convenient since in practice the witnesses to the crime will be situated in the country and more often than not the alleged offender will be there too* ». <sup>1292</sup>

En effet, si toutes les personnes impliquées dans le délit de corruption autour d'un contrat public se trouvent sur le territoire d'un État et si les faits se sont produits dans un seul État, la procédure judiciaire pour cette infraction serait une question purement interne.<sup>1293</sup> Toutefois, la corruption transnationale dans les contrats publics se caractérise par l'existence de ramifications de l'activité criminelle dans différents États. Uniquement par exemple, d'après la bibliographie américaine, une société « *through its officers, employees, and agents, made more than 200 corrupt payments to employees of state-owned enterprises and private companies in 36 countries* » à quelques pays comme « *China, Korea, Malaysia, and the United Arab Emirates. The bribes totaled \$ 6.85 million* » et la société a gagné « *\$ 46.5 million in net profits* ». <sup>1294</sup> Des circonstances comme celle-ci justifient l'extraterritorialité pénale (1).

---

*three Germans tourist and a Brazilian diplomat. In this hypothetical example, jurisdiction could be claimed by Italy (territoriality principle) and Bulgaria (nationality principle), and perhaps also by Brazil (if protection of diplomats is considered to fall within the protective principle) and Germany (passive personality principle)* ». KLABBERS (J), *International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 97.

<sup>1290</sup> DIXON (M), *Textbook on International Law*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>1291</sup> *Idem.*

<sup>1292</sup> SHAW (M), *International Law*, *op. cit.*, pp. 474-475.

<sup>1293</sup> À l'exception de quelques questions indirectes, comme, par exemple, un mandat d'arrêt européen, une extradition, etc, selon l'endroit où se trouvent les personnes à juger.

<sup>1294</sup> BEIGEKLAMAN (M) et BEIGEKLAMAN (D), *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption*, N. Jersey, John Wiley & Sons, 2010, p. 2.

En tout cas, l'exercice d'une compétence extraterritoriale en matière pénale ne peut pas justifier l'ingérence d'un État dans les affaires internes d'un autre État; en ce sens, il y a des limites (2).

### **1. Légalité et légitimité de l'extraterritorialité dans le droit pénal des contrats publics**

Avant de poursuivre, il faut clarifier que l'extraterritorialité de la loi pénale et l'extraterritorialité de la compétence pénale des États ne sont pas exactement deux choses identiques; cependant, nous préférons parler d'extraterritorialité de la juridiction et de la compétence judiciaire dans la mesure où la CNUCC parle de « compétence » et de « *jurisdiction* » selon la langue utilisée.<sup>1295</sup>

Dans les pages suivantes, nous démontrerons que les différents critères d'extraterritorialité pénale sont légitimés dans la lutte contre la corruption transnationale aux contrats publics. Pour pouvoir exposer cette justification, nous commencerons par rappeler l'extraterritorialité dans ses grandes lignes et ensuite nous justifierons chaque critère d'extraterritorialité dans son contexte.

Un classique de la jurisprudence internationale, l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) du 7 septembre 1927 sur l'affaire *Lotus*, précise ce qui suit:

« S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire; et cela d'après des systèmes qui changent d'État à État. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale ». <sup>1296</sup>

Cette jurisprudence constitue un point de départ très important pour la cohérence du droit pénal dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics; et cet arrêt

---

<sup>1295</sup> Art. 42. La version en anglais dit « *Jurisdiction* » et en espagnol « *Jurisdicción* ».

<sup>1296</sup> Séries A, n° 10, p. 20.

résume les deux thèses sur l'extraterritorialité; à savoir, d'une part, la thèse de la liberté législative de l'État et, d'autre part, la thèse de la territorialité exclusive de l'État qui accepte des exceptions relatives à ses ressortissants et à la sûreté de l'État.<sup>1297</sup> En conséquence, en règle générale ou à titre d'exception à la règle, l'extraterritorialité pénale jouit de légitimité et n'est pas contraire au droit international. Dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale, l'extraterritorialité contribue à la construction du droit international des contrats publics.

La faiblesse de certains États dans la lutte contre la corruption justifie la compétence pénale de la justice d'autres États, ce qui permet sauvegarder la libre concurrence.

Pour lutter contre la corruption dans les appels d'offres publics, l'extraterritorialité est indiscutable. Dans ce contexte, la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA) des États-Unis est identifié comme l'outil paradigmatique contre les pratiques corrompues à l'étranger. Dans le cadre du droit international des traités, la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997 reconnaît la compétence territoriale et extraterritoriale des États pour juger leurs propres ressortissants aussi.<sup>1298</sup> Dans cette ligne, au Canada, la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers de 1998 assimile l'extraterritorialité contre la corruption en raison de cette convention; la loi des États, comme le code pénal français, sanctionnent également la corruption d'agents publics étrangers<sup>1299</sup>, etc; et les statistiques montrent un nombre

---

<sup>1297</sup> À cet égard, la CPIJ précise ce qui suit: « Cette situation peut être envisagée de deux manières différentes, correspondant aux points de vue auxquels les Parties se sont respectivement placées. Selon l'un de ces systèmes, le principe de la liberté, en vertu duquel chaque État peut régler sa législation selon sa convenance tant que, ce faisant, il ne se heurte pas à une limitation imposée par le droit international, s'appliquerait également dans le domaine de la législation gouvernant l'étendue de la compétence judiciaire en matière pénale. Selon l'autre système, le caractère exclusivement territorial de la législation en cette matière constituerait un principe qui excluerait *ifso facto*, sauf exceptions expresses, le droit pour les États d'étendre au delà de leurs frontières la juridiction pénale de leurs tribunaux; les exceptions en question, qui comprennent, par exemple, la juridiction extraterritoriale sur les propres ressortissants et celle relative aux crimes contre la sûreté de l'État, reposeraient, dès lors, sur des règles permissives spéciales faisant partie du droit international ». *Idem*. Nous soulignons.

<sup>1298</sup> Art. 4: « 1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire.  
2. Chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ». Nous soulignons.

<sup>1299</sup> « Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment,

croissant de poursuites pénales dans une perspective comparative.<sup>1300</sup> L'extraterritorialité contre la corruption, elle fonctionne !

Du point de vue du droit international public, les critères de la protection des intérêts (*i*), de la compétence personnelle passive (*ii*) et de la compétence personnelle active (*iii*) légitiment l'extraterritorialité dans la lutte contre la corruption transnationale dans la construction du droit international des contrats publics, comme nous le verrons.

*(i) La sauvegarde de la fonction publique et de la libre concurrence. Le principe de la protection des intérêts*

Les corrompus, fonctionnaires et particuliers, abîment le bon fonctionnement de l'administration publique. Dans ce contexte, le principe de la protection des intérêts (« *effects principle* ») peut justifier la compétence pénale d'un État dans la mesure où un acte de corruption attaque le bon fonctionnement de l'administration publique de cet État.

Le dommage provoqué à l'État légitimerait en priorité l'« *effects principle* » au détriment d'autres liens de compétence dans la mesure où le dommage construit une « *objective jurisdiction* ». <sup>1301</sup> En effet, l'« *effects principle* » implique un lien de compétence judiciaire

---

directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat... ». (art. 435-3 du code pénal). Nous soulignons.

<sup>1300</sup> « La France fait l'objet de critiques récurrentes de la part des organisations internationales quant au manque d'effectivité de sa répression des faits de corruption transnationale. De fait, la comparaison avec les cinq pays étudiés indique que la France est la seule à ne pas avoir prononcé de condamnation définitive de personnes morales. Si des efforts ont été réalisés depuis 2013, traduits par une forte augmentation du nombre de procédures ouvertes (+105% en trois ans), la France, avec 7 condamnations définitives entre 1999 et 2014, demeure cependant loin des Etats-Unis (150) ou de l'Allemagne (220), mais comparable au Royaume-Uni (10) ou à l'Italie (13) ». D'ACHON (E) et TROTTMANN (C), « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances (Rapport 2016-M-051), 2016, < <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2016/2016-M-051.pdf> > p. 1.

<sup>1301</sup> Le professeur Mark Janis explique que « *the premise is that a State has jurisdiction over territorial conduct when that conduct has an effect within its territory. Effects jurisdiction is sometimes called "objective jurisdiction", since it is the objective of the conduct that is its realm. It is thus, distinguished from "subjective jurisdiction", an other term for territorial jurisdiction, where what is encompassed in the subject or the actor*



où la sauvegarde des intérêts de l'État<sup>1302</sup> est la chose la plus importante (et non le lieu des faits ou les lieux visés par l'*iter criminis*). En vertu de ce principe, le territoire des États n'est pas l'élément de justification de la compétence.

(ii) *La nationalité des victimes. La légitimité de la compétence personnelle passive*

Dans les délits de corruption, y a-t-il un préjudice direct ou les victimes sont-elles un collectif diffus?<sup>1303</sup> Les candidats exclus de l'attribution du contrat en raison d'un pot-de-vin sont les victimes directes du délit des « vainqueurs » et des fonctionnaires corrompus dans le cadre d'un appel d'offres public. Cette circonstance légitimerait la compétence pénale de la justice de l'État de nationalité des victimes.<sup>1304</sup> Cette compétence personnelle passive est confirmée par la CNUCC.<sup>1305</sup> Le raisonnement est facile, mais il exige une réflexion dans le cadre du *non bis in idem*.

En effet, si un acte de corruption peut provoquer un préjudice à plusieurs candidats, ressortissants de différents États, dans le cadre d'un marché harmonisé des contrats publics, il y a une question intéressante: combien d'États pourraient être compétents en raison d'une même infraction ? Et combien de fois une personne peut-elle être pénalement punie en raison d'un même délit dans le cadre d'un appel d'offres où il y a différents candidats de différentes nationalités ? En vertu de la compétence personnelle passive, le risque de *plus in idem* est multiplié dans le cadre de la transnationalisation des appels d'offres publics.<sup>1306</sup>

---

*responsible for conduct* », JANIS (M), *An Introduction to International Law*, Boston / N.York / Londres, Little, Brown and Company, 1993, p. 326.

<sup>1302</sup> Voir l'art. 113-10 du Code pénal de la France.

<sup>1303</sup> Voir: FABIANI (E), « La corrupción de los servicios públicos nacionales y extranjeros », in *Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, (FERRE (J-C) éditeur), Salamanque, Université de Salamanque, 2002, p. 123. Voir aussi: PLANCHADELL (A), « Las víctimas en los delitos de corrupción », *Estudios Penales y Criminológicos* de l'Université de Santiago de Compostela, vol. XXXVI, 2016, p. 70.

<sup>1304</sup> Art. 113-7 du Code pénal de la France: « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». Nous soulignons.

<sup>1305</sup> Lettre a) du paragraphe 2 de l'art. 42.

<sup>1306</sup> Les tribunaux de la nationalité de tous les candidats seraient compétents simultanément. Chacun en raison de la nationalité d'un candidat. Trois États? Cinq États? Six sanctions pénales aussi ?

(iii) *La compétence sur les nationaux à l'étranger. Le principe de la compétence pénale active*

Dans la logique de l'arrêt *Lotus*, le principe de compétence personnelle active<sup>1307</sup> revêt une particulière importance pour la construction du droit international des contrats publics. La reprise de ce principe est très raisonnable s'il s'agit de combattre des actes de corruption dans les pays où la corruption autour des contrats publics est un *modus vivendi* et où l'impunité judiciaire est une sorte de « garantie » de l'État dans le cadre d'une justice soumise au pouvoir politique et/ou à la corruption, comme nous avons antérieurement noté. Dans ces pays, le critère de la territorialité pour punir la corruption peut être une utopie ou un véritable chemin vers l'impunité ou à la chose jugée frauduleusement.

En plus, le principe de la personnalité active empêche un refuge juridique dans le pays de nationalité<sup>1308</sup> et permet de sauvegarder la « réputation de l'État ». <sup>1309</sup> Dans le cas des personnes morales, ce principe peut servir à éviter l'instrumentalisation d'un pays pour créer des sociétés dédiées à « gagner » des contrats internationaux de nature publique par le biais de pots-de-vin dans des pays tiers parce que, le cas échéant, la justice du pays de la nationalité de la société pourrait engager une procédure pénale contre la société et poursuivre également les responsables de la société en vertu d'autres critères en matière d'extraterritorialité pénale comme la résidence<sup>1310</sup> ou la protection des intérêts.

---

<sup>1307</sup> Art. 113-6 du Code pénal de la France:

« La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis... ».

<sup>1308</sup> Dans cette ligne on dit que ce principe « *is often exercised... in criminal law, in particular to prevent nationals from engaging in criminal activity upon return to their state of nationality and from enjoying impunity* », ALLEN (S), COSTELLOE (D), FITZMAURICE (M), GRAGL (P) et GUNTRIP (E), « Introduction. Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law », in *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (ALLENS (S) *et al*, éditeurs), The Oxford University Press, 2019. p. 6.

<sup>1309</sup> *Idem*.

<sup>1310</sup> Dans le cadre du droit belge et l'extraterritorialité, le professeur Olivier de Schutter fait la suivant réflexion: « Si le principe de la personnalité active est donc admis comme étant de nature à justifier la reconnaissance à la loi belge d'une portée extra-territoriale, néanmoins deux questions se posent à propos de la mise en œuvre dudit principe. Une première question concerne l'extension du principe, au-delà du seul lien formel de la nationalité, au rattachement avec la Belgique de la personne qui a sur le territoire du Royaume sa résidence principale. Une seconde question concerne la signification que prend le principe de la personnalité active lorsqu'il est utilisé à propos des personnes morales, dont l'établissement de la "nationalité" s'opère selon des modalités qui diffèrent de celui de la nationalité de la personne physique », DE SCHUTTER (O),

Dans ce contexte, il convient de rappeler que le professeur Ian Brownlie avait déjà noté que la nationalité constituait un critère de compétence judiciaire nécessaire lorsque le principe de territorialité n'était pas approprié.<sup>1311</sup> En ce sens, le professeur Mark W. Janis note que « *a person or a Company doing bussines in a foreign country may be subjec not only to territorial jurisdiction* ». <sup>1312</sup> La compétence personnelle active est ainsi légitimée et elle est pertinente dans le cadre de la transcontinentalisation des investissements, y compris les contrats publics. Cette compétence, en fonction de la nationalité, devrait être assimilée de manière subsidiaire lorsque la compétence territoriale n'est pas la plus optimale pour la sauvegarde pénale du marché.

D'ailleurs, la compétence personnelle active est également pertinente dans la construction du droit international des contrats publics parce qu'elle permet de sanctionner les comportements corrompus des fonctionnaires publics à l'étranger.

En effet, d'un point de vue de droit étatique, la compétence territoriale n'est pas toujours appropriée pour sanctionner les représentants étrangers en raison de l'immunité de ces représentants. L'immunité peut entraver la compétence territoriale de l'État s'il s'agit d'un délit de corruption dans les contrats des organisations internationales<sup>1313</sup> ou s'il s'agit d'un délit où il pourrait y avoir une participation du personnel diplomatique d'autres États.<sup>1314</sup> En termes simples: si un ambassadeur a reçu un pot-de-vin pour l'attribution d'un contrat de travail pour la construction d'un immeuble annexé à l'ambassade, la question est la suivante: la France, pourrait-elle juger et sanctionner cet agent public étranger ? Évidemment non. Dans ces scénarios juridiques, la compétence judiciaire active est un critère très approprié

---

« L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux », Université catholique de Louvain, *CRIDHO Working Paper* 2005/05, < <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.05.pdf> >, p. 10.

<sup>1311</sup> BROWNLIE (I), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1999, p. 316. CRAWFORD (J), *Brownlies' Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 460.

<sup>1312</sup> JANIS (M), *An Introduction to International Law*, Boston / N.York / Londres, Little, Brown and Company, 1993, p. 324.

<sup>1313</sup> Les accords de siège peuvent inclure l'immunité pénale pour les représentants des organisations internationales et pour l'organisation elle-même.

<sup>1314</sup> Voir: ZAGARIS (B), *International White Collar Crime. Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2010, pp. 247-254.

contre la corruption<sup>1315</sup>, d'autant plus que l'État de la nationalité du fonctionnaire diplomatique pourrait juger son ressortissant<sup>1316</sup>; et, dans cette hypothèse, le critère de la protection des intérêts compléterait la compétence pour juger les autres personnes impliquées dans l'infraction.<sup>1317</sup>

## 2. Limites dans l'extraterritorialité

En ce qui concerne le droit pénal des contrats publics, l'extraterritorialité n'est pas illimitée et en ce qui concerne les conséquences juridiques du délit, la compétence extraterritoriale des États pour sanctionner la corruption dans les contrats publics n'implique pas un pouvoir d'annulation des contrats des entités publiques d'autres États. Sur ce point, il est intéressant de souligner que la CNUCC précise ce qui suit: « Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne ». <sup>1318</sup> La CNUCC protège la non-ingérence dans les affaires intérieures et, dans cette ligne, on peut dire que la compétence extraterritoriale pour l'annulation de contrats étrangers n'existe pas.

La nullité des contrats publics c'est un sujet épineux<sup>1319</sup> et c'est une matière normalement réservée à l'État du contrat et qu'elle doit être déterminée conformément au droit interne de chaque État. Sur ce sujet, il est intéressant en plus de noter qu'au sein des États, le juge pénal n'est généralement pas compétent pour déterminer la nullité du contrat. Toutefois, une procédure pénale peut aider à découvrir les éléments nécessaires pour déterminer la nullité du contrat. À cet égard, le professeur Armand Dadoun résume que le juge pénal ne peut pas

---

<sup>1315</sup> On peut penser à l'expulsion du diplomate aussi. Voir l'art. 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961.

<sup>1316</sup> Paragraphe 6 de la CNUCC « Chaque État Partie, dans la mesure compatible avec les principes fondamentaux de son système juridique, envisage d'établir des procédures permettant, s'il y a lieu, à l'autorité compétente de révoquer, de suspendre ou de muter un agent public accusé d'une infraction établie conformément à la présente Convention... ».

<sup>1317</sup> Qui aurait le plus de légitimité pour juger? L'État de nationalité de l'ambassadeur ou de l'État d'accueil ?

<sup>1318</sup> Paragraphe 2 de l'art. 4.

<sup>1319</sup> Il s'agit par nature d'une question épineuse; par exemple, le professeur Gustave Peiser, en traitant ce sujet dans son mémento de droit administratif, ouvre directement un sous-titre consacré à: « Le problème fondamental de la nullité ou de l'annulation du contrat par le juge », PEISER (G), *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 2014, p. 94.

déterminer « la nullité du contrat, alors même que celle-ci se déduit de la condamnation pénale (favoritisme) ». <sup>1320</sup> Dans cette ligne, « les juridictions pénales ne sont pas habilitées à prononcer la résolution d'un contrat » <sup>1321</sup> et, en conséquence, la compétence extraterritoriale pour annuler les contrats d'un autre État n'est pas très pertinente pour la construction du droit international des contrats publics. <sup>1322</sup>

## § 2. Vers une multiplicité de compétences compatibles avec les droits de l'homme

Un *plus in idem* pénal peut être contraire au droit international des droits de l'homme en vertu de l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants. <sup>1323</sup> Dans le cadre cette interdiction (A), nous nous demandons ce qui suit: une multiplicité de sanctions pénales contre une même personne en raison du même fait, peut-elle donner lieu à, ou constituer, une peine et/ou un traitement inhumains et dégradants ? Est-ce qu'il est possible de générer une peine ou un traitement inhumain ou dégradant à travers une pluralité d'actes de différents États? (B).

### A. Approche des peines et traitements inhumains et dégradants à partir du *plus in idem*

Les sanctions pénales ont besoin de respecter la légalité internationale. Dans ce contexte, la sauvegarde du libre marché demande une analyse du *non bis in idem* comme un droit de l'homme et non pas uniquement comme une question de nature procédurale, ni comme un thème exclusif de l'exclusion des candidatures dans le cadre d'un appel d'offres public.

---

<sup>1320</sup> DADOUN (A), *La nullité du contrat et le droit pénal*, Paris, L.G.D.J, 2011, pp. 402-403: « En revanche, la condamnation pénale devrait avoir autorité sur l'administratif quant à la méconnaissance des conditions de formation du contrat ».

<sup>1321</sup> *Idem*, p. 403.

<sup>1322</sup> Dans le dernier chapitre de cette thèse, nous allons analyser l'annulation d'un contrat dans le cadre des sentences arbitrales.

<sup>1323</sup> Dans le cadre du droit comparé, l'arrêt du 7 juin 2012 de la Cour constitutionnelle du Chili affirme avec que le *non bis in idem* lie le législateur étatique parce que le *non bis in idem* interdit de fixer des peines et traitements inhumains et dégradants. « *El principio non bis in idem vincula al legislador al prohibirle establecer penas crueles, inhumanas o degradantes, abriéndole un campo material y formal de decisión bastantemente amplio para definir, determinar y disponer comportamientos valorados negativamente y el establecimiento de penas proporcionales* » (rol 2045-11); à ce sujet, la professeure María Magdalena Ossandón note que le tribunal ne précise pas la raison pour laquelle le principe *non bis in idem* et l'interdiction des peines inhumaines et dégradantes sont liés, mais elle souligne l'importance de la proportionnalité, OSSANDÓN (M), « El legislador y el principio *ne bis in idem* », *op. cit.*, p. 964.

En ce qui concerne les peines, la CNUCC estime que chaque État « rend la commission d’une infraction établie conformément à la présente Convention passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction »<sup>1324</sup>, ce qui implique une obligation législative pour les États. Donc, si la peine est élevée dans chaque code pénal, la multiplicité des compétences pénales pourrait conduire à une accumulation de sanctions pénales sur une même personne, ce qui pourrait conduire à une prison prolongée.<sup>1325</sup> « *If the courts of twenty-eight countries have jurisdiction, he or she might be prosecuted twenty-eight times* »<sup>1326</sup>, et, *de facto*, on peut aller d’une prison prolongée à une prison à vie qui n’est pas prévue par la loi. La multiplicité des sanctions pourrait conduire à une peine inhumaine ?

## **B. L’existence de peines inhumaines**

Nous savons que le droit interne n’est pas pertinent pour la qualification d’un fait internationalement illicite. Comme il est assumé, « la qualification du fait de l’État comme internationalement illicite relève du droit international » et « une telle qualification n’est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne ».<sup>1327</sup> En ce sens, dans la pratique, l’accumulation des peines d’emprisonnement pour un même délit pourrait être en dehors des « considérations élémentaires d’humanité »<sup>1328</sup> en raison de la souffrance multiple de la personne condamnée (qui n’est pas récidiviste, ni multirécidiviste). En conséquence, d’un côté, l’accumulation des sanctions pénales en fonction d’une même infraction serait interdite par le droit international (1) et, d’autre côté, cette circonstance pourrait-elle conduire à la responsabilité internationale des États concernés (2).

---

<sup>1324</sup> Paragraphe 1 de l’art. 50.

<sup>1325</sup> Suivant l’avis du professeur José Luis de la Cuesta (en s’appuyant des commentaires du professeur Baristain), la privation de liberté « *lasting for more than 14 or 15 years is abominable: any detention lasting more than 15 years runs a serious risk of irreversible damage to the prisoner’s personality and this period should therefore constitute the upper limit of effective imprisonment* », DE LA CUESTA (J-L), « The principle of humanity in penal law », *Revue internationale de droit pénal*, 2011/3, vol. 82, p. 468.

<sup>1326</sup> LELIEUR (J), « ‘Transnationalising’ *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty? », *op. cit.*, p. 210.

<sup>1327</sup> Art. 3 du Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour faite internationalement illicite.

<sup>1328</sup> Arrêt de la Cour internationale de justice du 9 avril 1949 sur l’affaire *du Déroit de Corfou*, *Recueil CIJ* 1949, p. 22.

## 1. La pluralité des peines et l'interdiction de peines et traitements inhumains et dégradants

Si dans l'ordre pénal, la construction d'un droit international des contrats publics implique des règles pour prévenir la corruption, promouvoir la coopération entre les États dans le cadre pénal<sup>1329</sup> et promouvoir la bonne gestion des affaires publiques,<sup>1330</sup> il faut remarquer que la CNUCC n'a pas été conçue pour engendrer ou permettre des peines ou traitements inhumains à subir en raison d'une multiplicité d'actes (sanctions pénales) de différents États. Une telle convention n'a jamais été conçue à cet effet.

En ce qui concerne les sanctions pénales, une norme impérative du droit international qui concrétise l'interdiction de peines inhumaines existe, c'est la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984. À cet égard, il est très important de retenir que la Convention de 1984 souligne ce qui suit:

« Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture... commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». <sup>1331</sup>

Ce paragraphe ne remet pas en cause la multiplicité des compétences pénales des États. Cependant, une pluralité de sanctions pénales en raison d'un seul délit, peut-elle constituer une peine inhumaine, un traitement inhumain ou une violation du principe de légalité des peines ?

---

<sup>1329</sup> Chapitre IV de la CNUCC.

<sup>1330</sup> La CNUCC a pour objet:

« a) De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace;

b) De promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs;

c) De promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics » (art. 1).

<sup>1331</sup> Paragraphe 1 de l'art. 16. Nous soulignons.

L'accumulation de sanctions pénales en raison d'un même fait, à savoir le *bis* ou *plus in idem*, peut constituer une sanction inhumaine dans la mesure que « les peines de longue durée peuvent avoir des effets négatifs sur la personnalité »<sup>1332</sup> et donner lieu à une souffrance disproportionnée.<sup>1333</sup>

Nous ne savons pas s'il y a une jurisprudence qui a considéré l'accumulation de sanctions pénales en raison d'un même fait comme une peine inhumaine ou dégradant, sauf l'arrêt du 7 juin 2012 de la Cour constitutionnelle de Chili en référence au *non bis in idem* comme une limitation pour le législateur dans le cadre du droit comparé. Cependant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet d'interpréter que l'accumulation de sanctions peut être considérée comme contraire à l'article 3 de la Convention Européenne des droits de l'homme<sup>1334</sup> dans la mesure où –comme il est bien connu et répété par la jurisprudence- cette convention est un instrument « vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ». <sup>1335</sup> À cet égard, la doctrine a fait valoir que « *the prohibition in the article 3 is not static one* »<sup>1336</sup> et, dans cette ligne, on pourrait arriver à un critère selon lequel un *bis in idem* ou un *plus in idem* transnationaux pourraient constituer, aujourd'hui, une violation des droits de l'homme en fonction de l'article 3.

D'ailleurs, si une personne doit accomplir un cumul de sanctions pénales, cette accumulation apparaît également comme une contradiction avec le principe de légalité dans la mesure où, *de facto*, la multiplicité des sanctions en raison d'un même fait peut conduire à la réclusion à perpétuité, c'est-à-dire à une condamnation jamais prévue pour l'infraction.

---

<sup>1332</sup> SERRANO (A) et SERRANO (I), *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 52.

<sup>1333</sup> C'est le but du droit pénal ? On va citer l'arrêt du 7 juin 2012 de la Cour constitutionnelle du Chili dans les notes de bas de page suivantes.

<sup>1334</sup> « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

<sup>1335</sup> Arrêt sur l'affaire *Tyler c. UK* du 25 avril 1978, paragraphe 31.

<sup>1336</sup> JACOBS (F), WITHE (R) et OVEY (C), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, p. 190.



## 2. L'accumulation des peines pourrait-elle être internationalement illicite ?

Si l'accumulation des sanctions pénales en raison d'un même fait peut donner lieu à une peine inhumaine, la responsabilité internationale des États concernés<sup>1337</sup> serait la conséquence juridique. En conséquent, d'une part, les personnes affectées par un *de facto bis in idem* ou un *de facto plus in idem* pourraient porter plainte devant les tribunaux internationaux des droits de l'homme (sans remettre en cause la légitimité de la multiplicité des compétences pénales) en raison des éventuelles effets d'une multiplicité de peines<sup>1338</sup>; et, d'autre part, les États de la nationalité des personnes qui ont subi *bis in idem* pourraient faire des réclamations par le biais de la protection diplomatique.

En tout cas, il faudrait réfléchir autour de la littéralité des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme afin d'éviter des interprétations qui pourraient conduire directement au *plus in idem* ou au *forum shopping*. D'ailleurs, il faudrait aussi que les tribunaux internationaux analysent le *non bis in idem* et les effets de la multiplicité des peines à la lumière de l'interdiction des peines et traitements inhumains et du principe de légalité des peines en raison d'une pluralité de condamnations non prévue par une loi, ce qui serait contraire au droit international général. Et il semble que la CNUCC montre que la volonté des États a été de sauvegarder le droit international général<sup>1339</sup>, précisément.

### Conclusions de la section 2

La multiplicité des actes judiciaires de différents États ne devrait pas conduire à une accumulation de procédures et de sanctions pénales sur une même personne en raison d'un

---

<sup>1337</sup> « 1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Le paragraphe 1:

a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi;

b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables » (art. 47 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* du 2001).

<sup>1338</sup> Contradiction avec le principe de légalité des peines en raison d'une accumulation des condamnations parce que le cumul des condamnations apparaît comme une peine non prévue préalablement à l'infraction et/ou, en plus, contradiction avec l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants.

<sup>1339</sup> « Sans préjudice des normes du droit international général, la présente Convention n'exclut pas l'exercice de toute compétence pénale établie par un État Partie conformément à son droit interne » (paragraphe 6 de l'article 42).

même fait parce que, par cette voie, on pourrait arriver à la construction de peines et traitements inhumains ou dégradants.

Dans cette optique, les États devraient coordonner et coopérer pour éviter « construire » des peines et traitements inhumains ou dégradants. En ce sens, si le cumul des sanctions pénales conduit à une peine ou traitement inhumain ou dégradant, la même justice étatique pourrait déterminer cette question et mettre fin à la disproportionnalité de cette circonstance, mais évitant aussi le fraude de loi par la bais de l'instrumentalisation de la justice des pays où la justice n'est pas indépendante.

D'un point de vue procédural, la question de la juridiction et/ou de la compétence sur les délits de corruption dans le domaine des contrats publics doit toujours être analysée dans le cadre des droits de l'homme. Le *non bis in idem*, en tant qu'il concerne une matière des droits de l'homme, ne peut pas être analysé du point de vue de la juridiction et/ou de la compétence simplement. Dans ce sens, le professeur John Vervaele considère que le *non bis in idem* est un instrument « très mauvais » (*muy malo*) pour régler la question de la juridiction.<sup>1340</sup> Dans ce contexte, la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE constitue un instrument très utile parce qu'elle a introduit une règle visant aux négociations et aux accords entre les États concernés.<sup>1341</sup> Cette convention n'introduit pas un *non bis in idem* transnational, mais elle tend à éviter les conflits de compétence.

Du point de vue des droits de l'homme, la CNUCC remarque la gravité des actes de corruption tout en introduisant la réinsertion sociale des condamnés comme objectif.<sup>1342</sup> En conséquence, si le *plus in idem* infini était accepté, une personne peut être poursuivie et

---

<sup>1340</sup> VERVAELE (J), « El principio de *non bis in idem* en Europa », Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, p. 23.

< [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele\\_def.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele_def.pdf) >.

<sup>1341</sup> Paragraphe 3 de l'art. 4 consacré à la « compétence »: « Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites ». Nous soulignons.

<sup>1342</sup> Paragraphe 10 de l'art. 30.

condamnée plusieurs fois pour la même infraction et, en conséquence, l'exécution de toutes les peines cumulées éloignerait les attentes de réinsertion sociale du condamné.

Le sujet des candidats ayant des antécédents judiciaires ambigus en raison du même délit (c'est-à-dire innocent dans un État et coupable dans un autre État), c'est un sujet difficile difficile à comprendre dans le cadre d'un appel d'offres public. Une décision d'exclure, ou de ne pas exclure, pourrait varier en fonction de l'ordre juridique applicable. Par exemple, dans le cadre de l'OMC, un candidat peut être exclu en raison de ses antécédents judiciaires; par contre, dans le cadre de l'UE, le même candidat doit être exclu. Dans ce contexte, l'harmonisation au sein de l'OMC apparaît comme un ordre juridique flexible face à l'ambiguïté d'être innocent dans un pays et condamné dans un autre pays pour le même délit.

En résumé, les États devraient envisager d'utiliser des mécanismes de coordination juridictionnelle pour éviter le *forum shopping*, la chose jugée frauduleuse et le *bis in idem* ou le *plus in idem*. La sauvegarde pénale de l'intégrité des contrats publics n'est pas accessoire ni décorative dans la construction du droit international des contrats publics; et, partant, la lutte contre la corruption doit toujours être dans la légalité internationale, y compris le respect des droits de l'homme et aux fins de la peine.

## Conclusions du chapitre 2

L'involontaire irruption<sup>1343</sup> du *plus in idem*<sup>1344</sup> pourrait constituer une déformation de l'universalité des droits de l'homme. En effet, comme le professeur Eric David souligne, l'irrecevabilité jurisprudentielle internationale sur le principe *non bis in idem* transnational « laisse perplexe ».<sup>1345</sup> Cependant, une déformation du *non bis in idem* transnational pourrait conduire, comme nous avons exposé, à une sorte de *forum shopping* qui peut impliquer une

---

<sup>1343</sup> Nous préférons parler du caractère involontaire du *plus in idem* dans la mesure où les États n'ont pas eu l'intention de créer une règle de « *plus in idem* ».

<sup>1344</sup> Le risque, il existe selon l'une ou l'autre zone géographique.

<sup>1345</sup> Il commente: « S'il est vrai qu'aucune règle générale de droit international n'oblige pas formellement à tenir compte d'une peine déjà encourue (pour la même infraction), on peut se demander s'il n'est pas artificiel de voir dans l'existence d'une frontière un fondement à l'inapplication d'un principe aussi élémentaire de justice que celui consistant à ne pas être puni deux fois par la même faute », DAVID (E), *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 32.

route vers la chose jugée frauduleuse. Dans le contexte de cette circonstance, la possibilité de contourner la justice des États sur la voie du *non bis in idem*<sup>1346</sup> devrait être bloquée<sup>1347</sup> (un *non bis in idem* complètement rigide permettrait l'élimination artificielle d'une compétence pénale étatique parfaitement légitimée pour poursuivre et sanctionner la corruption dans les contrats publics).

En ce qui concerne les peines inhumaines, l'interprétation du *non bis in idem* et des textes internationaux pertinents est très important. Cette interprétation joue un rôle fondamental pour les raisons suivantes. D'abord, aucun texte relatif aux droits de l'homme ne prévoit l'obligation de poursuivre, juger et/ou sanctionner une personne plus d'une fois si la deuxième ou la troisième procédure a été faite à l'étranger et, plus précisément, la Charte européenne des droits fondamentaux « *not provide limitations or derogations to the ne bis in idem principle* ». <sup>1348</sup> Cette circonstance signifie que, sur le *non bis in idem* transnational, la justice étatique et international bien pourrait adapter sa jurisprudence à l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants et à la légalité des peines en tant qu'éviter des prisons prolongées *de facto* ou réclusions à perpétuité *de facto* en raison de deux ou plus condamnations pénales à cause d'un même fait.

En ce qui concerne le rejet jurisprudentiel du *non bis in idem* transnational, il y a une « inadaptation des critères « généraux » du droit international ». <sup>1349</sup> Cette inadaptation peut être une conséquence de ce que le professeur Lauterpacht décrivait comme les «

---

<sup>1346</sup> « Sous sa forme la plus rigide, l'imposition d'une sanction empêcherait un deuxième procès et l'imposition d'une autre sanction (même plus sévère) », NIETO (A), « Introducción al Derecho penal económico », in *Derecho penal económico y de la empresa* (DE LA MATA (N), DOPICO (J), LASCURAÍN (J) et NIETO (A), auteurs), Madrid, Dykinson, 2018, p. 55. Le texte original dit : « En su forma más rígida la imposición de una sanción impediría un segundo proceso y la imposición de otra sanción (aunque fuera más grave) ».

<sup>1347</sup> Comme, par exemple, la clause existante dans la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, qui établit que « nul ne peut être poursuivi deux fois pour la même infraction », paragraphe 3 de l'art. 13. Cependant, ce type de rédaction n'empêche pas d'évaluer la fraude juridictionnelle à travers la chose jugée frauduleuse (rappeler également la Convention interaméricaine des droits de l'homme). L'interprétation est la clé.

<sup>1348</sup> TOMKIN (J), « Article 50 », in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (PEERS (S), HERVEY (T), KENNER (J) et WARD (A) éditeurs), Portland, Hart Publishing Ltd, 2014, p. 1409.

<sup>1349</sup> CHILSTEIN (D), *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Paris, Dalloz, 2003, p. 129.

*Imperfections of Conventional International Law* » lorsqu'il a parlé de la authentique interprétation du droit international.<sup>1350</sup>

Une interprétation authentique du droit international ne saurait oublier le respect inéluctable des normes impératives du droit international, ni le droit international général. Dans cette logique, nous estimons que les tribunaux ne devraient pas rejeter le *non bis in idem* transnational comme point de départ, parce que ce rejet pourrait conduire à des peines et traitements inhumains et dégradants. Dans ce contexte, les tribunaux devraient interpréter le *non bis in idem* et les conflits de compétence au cas par cas, en tenant compte les trois facteurs suivants:

- l'absence d'une chose jugée frauduleuse<sup>1351</sup>,
- l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants en droit international, et
- le critère de la protection des intérêts, sur tout dans l'hypothèse de la chose jugée frauduleuse ou dans l'hypothèse de conflits de juridiction préalable à la procédure même.

Ces trois aspects peuvent aider à trois questions. D'abord, ces trois questions peuvent aider à vérifier l'existence d'une chose jugée comme garantie pour la personne humaine en face du *plus in idem*. Deuxièmement, ces trois aspects peuvent aussi être utiles lorsque la justice d'un État doit décider sur l'extradition (ou d'une multiplicité de demandes d'extradition) d'une même personne. En finalement, ces trois aspects peuvent être considérés par les fonctionnaires chargés d'évaluer, dans le cadre d'un appel d'offres public, l'exclusion d'un candidat qui a été condamné dans une juridiction étrangère et acquitté dans une autre

---

<sup>1350</sup> LAUTERPACHT (H), *The function of Law in the International Community*, Oxford University Press, 2011, p. 80.

<sup>1351</sup> Dans le cadre de l'égalité souveraine, c'est déjà un problème: Qui est qui pour évaluer ou valoriser les décisions judiciaires ou l'indépendance de la justice d'autres États ? En ce qui concerne l'évaluation de l'indépendance de la justice d'autres États, il y a jurisprudence des Pays-Bas sur ce sujet; en effet, c'est l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam du 28 avril 2009 qui permet de lire ce qui suit: « [S]ince it is very likely that the judgments by the Russian civil judge setting aside the arbitration decisions are the result of a dispensing of justice that must be qualified as partial and dependent, said judgments cannot be recognized in the Netherlands... » < <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=JOIA2010010> >. Sur cette jurisprudence, on peut voir: VAN DER BERG (A), « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009 », *Journal of International Arbitration*, vol. 29, numéro 2, 2010, pp. 179-198.

D'ailleurs, ce point pourrait poser un problème de preuve.

juridiction étrangère, en raison des mêmes faits. Après tout, il ne faut pas perdre de vue le but de l'exclusion.

L'objectif des exclusions dans le cadre des appels d'offres publics est d'éviter la participation des personnes qui ont commis un délit de corruption. Dans ce contexte, le *plus in idem* soulève la question de savoir si un candidat a vraiment commis ou non un délit de corruption. Dans ce même contexte, il ne faut pas oublier que les sanctions administratives pour corruption<sup>1352</sup> peuvent, selon chaque ordre juridique, constituer aussi un motif d'exclusion de candidats. En conséquence, il faut considérer aussi que, dans l'hypothèse de sentences pénales contradictoires, une décision administrative pourrait, au cas par cas, suffire pour exclure un candidat. À notre avis, lorsqu'il existe une diversité d'arrêts pénaux ou de décisions administratives contradictoires sur un même fait, les fonctionnaires chargés de l'appel d'offres public devraient avoir peut-être une marge d'appréciation pour évaluer les arrêts et décisions en question, selon les arguments de chacune. Toutefois, les complications liées à la diversité des critères applicables au *non bis in idem* constituent un problème pour les contrats publics dans le droit international.

---

<sup>1352</sup> En ce qui concerne les « *administrative arrangements into judicial system for terminating proceedings without a formal conviction* », le professeur Eli Lederman explique de manière illustrative ce qui suit: « *This proceedings are offered more often to corporations than to individuals and the ruling level of punishment in these arrangements are often quite severe. Fines imposed on defendants for bribery reached a record in the case brought by USA, Brazil, and Switzerland in December 2016 against Odebrecht, the largest construction firm in Latin America, and its petrochemical subsidiary Braskem* », LEDERMAN (E), « Corporate Criminal Liability 2.0: Expansion Beyond Human Responsibility », *Manitoba Law Journal*, vol. 43/4, 2020, p. 45.



## Conclusions du titre I

L'harmonisation du droit des contrats publics au sens large contribue inévitablement à la construction du droit international des contrats publics. Cette construction a donné lieu à quelques tensions, progrès, incertitudes et ambiguïtés. Les droits de l'homme dans le cadre des contrats publics confirment cette perception.

Le risque d'incohérence et/ou de contradiction entre les droits de l'homme et le droit économique international existe dans la mesure où, d'une part, le droit international économique exige l'ouverture et la sauvegarde du libre marché des contrats publics et, d'autre part, le droit international des droits de l'homme exige la mise en place de mesures pour la protection de la dignité humaine et de la personne humaine, des groupes humains et de l'environnement.

Dans ce contexte, le rôle de l'interprétation des tribunaux est indiscutable, parce que c'est l'interprétation qui peut atténuer les tensions et également moduler le rythme de la construction du droit international des contrats publics. Cette construction implique une articulation cohérente de tous les domaines du droit international concernés.

Pour la concrétisation de la cohérence, il est évident que les États ont aussi un rôle particulier.<sup>1353</sup> Les États ne doivent pas manipuler leurs prérogatives administratives, ni leur rôle de protection ni de régulation pour aller à l'encontre de principes bien enracinés dans le droit international économique comme, par exemple, le principe de non-discrimination si présent parmi les harmonisations. En conséquence, l'interprétation des règles d'ouverture internationale et de protection du marché des contrats publics doit être faite toujours de bonne foi.

---

<sup>1353</sup> Les États « *juegan un importante rol en la promoción y respeto de los derechos humanos y ellos deben ser los impulsores de la implementación de políticas y medidas legislativas encaminadas a este fin* », LUCENA (I), « *La implementación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Implicaciones para los Estados* », *Universitas*, numéro 25, 2017, pp. 88-89.



Dans le cadre de la nécessaire cohérence, les textes du *soft law* sont également très utiles pour l'interprétation des normes juridiques du droit international économique sans perdre de vue le droit international en tant que système; dans ce contexte, le *soft law* est une pièce fondamentale pour la construction du droit international des contrats publics. Par exemple, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi<sup>1354</sup> évidemment n'est pas un texte contraignant, cependant elle remarque, d'une part, que les États membres de l'OIT ont des obligations en matière de droit international du travail en tant que membres de cette organisation indépendamment de la ratification (ou non) des traités fondamentaux de l'organisation<sup>1355</sup> et, d'une autre part, ce texte souligne que « les normes du travail ne pourront servir à des fins commerciales protectionnistes et que rien dans la présente Déclaration et son suivi ne pourra être invoqué ni servir à pareilles fins ».<sup>1356</sup> Toute en clarté, en ce qui concerne la sauvegarde du libre marché, il est nécessaire d'éviter des subterfuges juridiques contre le libre concurrence.<sup>1357</sup>

Par ailleurs, l'assimilation des droits de l'homme dans l'harmonisation du droit des contrats publics montre que l'harmonisation n'est pas une matière exclusivement économique. En effet, par exemple, le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a déjà remarqué les « fonctions sociales » du marché, en lient l'ouverture du marché et la lutte contre la discrimination avec quelques collectifs.<sup>1358</sup> Dans cette ligne, la Cour

---

<sup>1354</sup> Adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée 15 juin 2010) < [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_467654.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467654.pdf) >.

<sup>1355</sup> « La Conférence internationale du travail,

1. Rappelle:

a) qu'en adhérant librement à l'OIT, l'ensemble de ses Membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, et se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation, dans toute la mesure de leurs moyens et de leur spécificité;

b) que ces principes et droits ont été exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans des conventions reconnues comme fondamentales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation.

2. Déclare que même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions, à savoir:

a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;

b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire;

c) l'abolition effective du travail des enfants;

d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ». Nous soulignons.

<sup>1356</sup> Paragraphe 5.

<sup>1357</sup> Penser aux dérogations dans le cadre de l'AMP 2012 et dans le cadre des ALE.

<sup>1358</sup> Le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme commentait que « une réforme des marchés publics pourrait certes assurer une transparence accrue et une concurrence effective, à l'échelon international,

interaméricaine de droits de l'homme a précisé certaines obligations législatives pour les États en matière de concessions et de droits des peuples autochtones<sup>1359</sup> et c'est un autre élément à considérer dans la construction du droit international des contrats publics.

En ce qui concerne la sauvegarde pénale des contrats publics, l'extraterritorialité pénale contre la corruption devrait être coordonnée à l'échelle mondiale et dans le cadre de chaque harmonisation du droit des contrats publics avec un triple objectif: sauvegarder la dignité humaine, éviter les espaces d'impunité en tant qu'elle est un instrument juridique nécessaire pour la sauvegarde de la libre concurrence et protéger le bon fonctionnement de l'administration publique.<sup>1360</sup>

En ce qui concerne la responsabilité de nature non pénale du cocontractant, on va noter que certains auteurs estiment que l'extraterritorialité pourrait impliquer un « risque d'impérialisme juridique ». <sup>1361</sup> Dans ce contexte, il est nécessaire de distinguer, d'une part,

---

dans ce domaine, mais elle pourrait également empêcher les pouvoirs publics de mettre à profit les possibilités que leur offrent ces procédures de promouvoir les chances des personnes traditionnellement victimes de discrimination, par exemple les femmes sur le marché du travail ou les autochtones. Il importe donc de veiller à ce que la réforme des marchés publics soit menée sans perdre de vue les fonctions sociales de ces marchés », Document: *Les droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux. Utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme*, New York et Genève, 2005, p. 3.

< [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade_fr.pdf) >.

<sup>1359</sup> La déjà citée arrêt de la Cour interaméricaine de droits de l'homme du 27 juin 2012 sur l'affaire *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. l'Équateur* a ordonné (point 4 dans les dispositifs de cette jurisprudence) « *The State must adopt necessary the legislative, administrative or any other type of measures to give full effect, within a reasonable time, to the right to prior consultation of the indigenous and tribal peoples and communities and to amend those that prevent its free and full exercise and, to this end, must ensure the participation of the communities themselves, in the terms of paragraph 301* ». Et dans le paragraphe 301 de cette arrêt on peut lire ce qui suit: « *Regarding domestic laws that recognize the right to prior, free and informed consultation, the Court has already observed that, in the evolution of the international corpus juris, the 2008 Ecuadorian Constitution is one of the most advanced in the world in this area. However, the Court has also noted that the right to prior consultation has not been sufficiently and adequately regulated through appropriate norms for its practical implementation. Thus, under Article 2 of the American Convention, the State must adopt, within a reasonable time, any legislative, administrative or other type of measures that may be necessary to implement effectively the right to prior consultation of the indigenous and tribal peoples and communities, and amend those measures that prevent its full and free exercise and, to this end, the State must ensure the participation of the communities themselves* ».

<sup>1360</sup> Pas oublier que la doctrine remarque que la corruption international est un « délit pluri offensif » et que la loi pénale contre la corruption « protège la concurrence loyale, mais aussi l'impartialité des agents publics étrangers et des organisations internationales », NIETO (A), « Delitos de corrupción en los negocios », in *Derecho penal económico y de las empresas*, op. cit, p. 425. Le texte originel dit : « *delito pluriofensivo que tutela la competencia leal, pero también la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros y de organización internacionales* ».

<sup>1361</sup> ZAMORA (F), « La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente », in *Papeles en el tiempo de los derechos*, numéro 1, 2012

la compétence judiciaire mondiale au stylo de l'ATCA et, d'autre part, la compétence judiciaire en raison d'un lien spécifique. L'extraterritorialité en vertu de lois telles que l'ATCA constitue « *an unusual application of extraterritorial jurisdiction* ». <sup>1362</sup> Toutefois, la compétence extraterritoriale des États pour les dommages causés par les cocontractants est une question totalement raisonnable s'il existe un lien spécifique, comme, par exemple, la nationalité d'une société cocontractante qui a causé le dommage, le lieu de contrôle de cette société, ou un autre lien ou titre pour justifier la compétence; tout cela sans renoncer à l'équilibre nécessaire autour le *forum non conveniens* et autour le *forum necessitatis* pour la construction du droit international des contrats publics.

En tout cas, pour le moment, la possibilité d'intenter une action judiciaire devant les tribunaux étrangers contre un contractant pour des dommages subis au cours de l'exécution du contrat remarque la nécessité de sauvegarder la cohérence entre le droit international public et le droit international privé dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics.

Dans ce contexte, il convient de noter que le sujet de la responsabilité revendique son importance non seulement dans le cadre des dommages dans l'exécution des contrats des États et de leurs institutions publiques, mais aussi dans le cadre d'autres domaines du droit international public comme le droit international de la mer, un domaine juridique où le contrat de concession est un véritable contrat de droit international <sup>1363</sup> à une époque où l'on parle déjà d'une « responsabilité internationale attachée à l'accomplissement d'une mission de service public international au profit de l'humanité » <sup>1364</sup>, ce qui confirme notre perception selon laquelle la construction du droit international des contrats publics n'est pas un sujet exclusif du droit international économique ni un sujet exclusivement interétatique *stricto*

---

< [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad\\_zamora\\_PTD\\_2012.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad_zamora_PTD_2012.pdf) >, p. 9.

<sup>1362</sup> BOAS (G), *Public international Law*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>1363</sup> Le juriste Victor Grandaubert décrit que la concession « prend la forme d'un plan de travail consigné dans un contrat régissant les activités d'exploration ou d'exploitation de l'entreprise. Il s'agit d'un acte juridique international que l'entreprise signe en son nom avec l'AIFM sans que l'Etat patronnant n'intervienne », GRANDAUBERT (V), « La responsabilité internationale de l'entreprise privée patronnée pour ses activités menées dans le cadre de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », 2016, p. 4

< <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2018/01/RJC-2016-GRANDAUBERT.pdf> >.

<sup>1364</sup> *Idem*, p. 5.

*sensu*; cette construction implique la confluence de presque tous les domaines du droit international public y compris la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme aussi<sup>1365</sup> et tout texte juridique, coutume et principes ayant une incidence, directe ou indirecte, sur les contrats publics.

À ce stade, il n'est pas nécessaire de dire que la protection des droits de l'homme est une obligation à considérer dans la planification d'un projet, dans les appels d'offres publics et dans l'exécution du contrat pour matérialiser le projet. Cette protection fait partie de la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte, il faut bien évoquer l'opinion dissidente du juge Tanaka dans l'affaire du *Sud ouest africain* :

« Nous dirons, pour nous résumer, que le principe de la protection des droits de l'homme est reconnu comme constituant une norme juridique au titre des trois sources principales de droit international, savoir: 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux de droit ». <sup>1366</sup>

Ce critère du juge Tanaka est très important aujourd'hui pour l'articulation du droit international des droits de l'homme autour des contrats publics et pour la construction du droit international des contrats publics et en ce qui concerne l'ouverture des marchés, le respect des contrats, les dommages, les contentieux contractuels et extracontractuels autour des contrats publics et, aussi, en ce qui concerne le risque d'une multiplicité de procédures pénales dans la sauvegarde de l'intégrité des contrats publics.

Précisément, la construction du droit international des contrats publics se fait sur la base des traités, de la coutume internationale et des principes généraux du droit; il s'agit d'une

---

<sup>1365</sup> Dans le cadre du préambule de l'*Economic Partnership Agreement* du 17 juillet 2018 entre le Japon et l'UE, les Parties réaffirment « *their commitment to the Charter of the United Nations and having regard to the principles articulated in the Universal Declaration of Human Rights* ». Le chapitre 10 de cet accord est dédié aux marchés publics et lui-même incorpore l'AMP 2012 en son sein: « *The GPA is incorporated into and made part of this Chapter, mutatis mutandis* » (article 10.1). Les implications et les imbrications entre les contrats publics, le droit international des droits de l'homme et le droit de l'OMC sont une réalité qui permet de continuer à expliquer pourquoi nous considérons qu'une articulation des différents domaines du droit international peut conduire à la construction du droit international des contrats publics.

<sup>1366</sup> Arrêt de la Cour internationale de justice du 18 juillet 1966, *Recueil CIJ* 1966, p. 298.

confluence de sources qui renforcent l'unité du droit international. Et, dans ce contexte, les droits de l'homme peuvent impliquer « des opportunités, des risques et des dilemmes pour les Etats ». <sup>1367</sup>

En ce qui concerne les dilemmes pour les gouvernements dans le cadre de l'harmonisation, le premier dilemme, du point de vue du commerce mondial, est probablement l'adhésion à l'AMP 2012, surtout à une époque où le mot « OMC » conduit, consciemment ou inconsciemment, à l'incertitude en ce qui concerne l'avenir même de cette organisation. À notre avis, la multilatéralité que l'OMC offre est nécessaire dans le cadre d'une économie mondiale.

Finalement, il faut de noter que la construction du droit international des contrats publics ne pourrait pas oublier que la corruption n'apparaît pas seulement dans le cadre des appels d'offres publics, mais elle peut apparaître aussi dans l'exécution du contrat. La corruption peut faire pencher la balance en faveur du cocontractant dans le cadre de petits accords dans la phase de l'exécution du contrat sans nuire la libre concurrence autour des appels d'offres publics; la corruption peut affaiblir la rigueur des administrations publiques dans la sauvegarde de l'intérêt public, des droits de l'homme, de l'environnement, etc; et elle peut également attaquer la loyauté des dirigeants des communautés autochtones, au tel point que la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans le cadre de sa progressiste jurisprudence en reconnaissant les droits des peuples autochtones, a précisé que la consultation préalable en faveur des peuples autochtones « est incompatible avec... la corruption des dirigeants communautaires » de ces peuples. <sup>1368</sup> Tout cela confirme aussi que la territorialité et l'extraterritorialité sont un binôme nécessaire pour la sauvegarde de l'intégrité dans la construction du droit international des contrats publics, ce qui demande une plus grande harmonie législative, une coordination permanente dans le domaine pénal et une formation

---

<sup>1367</sup> MARTIN ORTEGA (O) et METHVEN (C) (éditeurs), *Public Procurement and Human Rights Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>1368</sup> Arrêt du 27 juin 2012 sur le *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. l'Équateur*, paragraphe 186. Le texte originel dit : « ... es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales ».

spécifique des fonctionnaires impliqués dans les appels d'offres publics et dans la lutte contre la corruption.



## TITRE II. LA VISIBILITÉ DE LA CONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS PUBLICS

Comme l'on sait, l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de 2012 de l'Organisation mondiale du commerce (AMP 2012) implique un cadre juridique nouveau (ou révisé, si l'on préfère) pour le marché mondial des contrats publics.

L'AMP 2012 n'est pas dédié à la phase d'exécution des contrats<sup>1369</sup>, mais à l'ouverture du marché et à la passation. Toutefois, d'une part, cet accord contribue à la visibilité de la construction du droit international des contrats publics et, d'autre part, les principes de cet accord peuvent servir d'axe de « cohérence de la législation »<sup>1370</sup> des États et des différentes harmonisations.

Dans ce contexte, n'oublions pas que certains contrats de nature publique peuvent être un investissement (contrat d'investissement ou « *investment contract* »)<sup>1371</sup>; et si c'est le cas, le droit international des investissements apparaît comme un domaine juridique important dans la phase d'exécution de ces contrats. Dans ce même contexte, il convient de noter que, parmi l'« extrême diversité »<sup>1372</sup> des contrats de nature publique, les contrats d'investissement sont un type de contrats qui se caractérisent essentiellement par la nationalité étrangère du

---

<sup>1369</sup> Toutefois, les règles relatives aux appels d'offres publics et aux candidats, à la passation et les spécifications techniques de cet accord peuvent entraîner une incidence sur l'exécution du contrat.

D'ailleurs, il faut remarquer que cet accord n'introduit pas de mécanismes de règlement des différends entre le cocontractant et l'entité contractante dans la phase d'exécution.

<sup>1370</sup> ZIEGLER (A), « The WTO Agreement before Swiss Courts », in *The Practice of International and National Courts and the (de-)Fragmentation of International Law*, (FAUCHALD (O) et NOLLKEAMPER (A), éditeurs), Oxford / Portland, Hart Publishing, 2012, p. 337. Voir: pp. 336-338.

<sup>1371</sup> ALVIK (I), « Investor-state contracts », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* (KRAJEWSKI (M) et TAMARA (R), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 271-298; SHAN (W), *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*, Londres, Hart Publishing, 2012, pp. 35-37; SORNARAJAH (M), *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 78; CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 332. Les contrats d'investissement peuvent être d'une extrême complexité. Par exemple, le professeur Lorenzo Cotula résume: « *Negotiations for investment contracts can be extremely complex because they typically involve a large number of sophisticated and context-specific technical, legal, economic and financial issues* », COTULA (L), *Investment Contracts and Sustainable Development*, Londres, IIED, 2010, p. 7.

<sup>1372</sup> WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969, p. 107.



cocontractant.<sup>1373</sup> Les contrats d'État, ce sont un exemple de cette affirmation. Les contrats d'État sont des contrats internationaux de nature publique entre une partie étatique et une personne étrangère<sup>1374</sup> (comme, par exemple, certains contrats de concession<sup>1375</sup>). Ces contrats sont généralement des contrats d'investissement, mais –comme le professeur Charles Leben note– tous les contrats d'investissement ne seront pas toujours des contrats d'État.<sup>1376</sup>

Avant de continuer, il faut remarquer qu'un contrat de nature publique ne constitue pas toujours un investissement international; donc, il n'est pas possible d'extrapoler toutes les règles du droit international de l'investissement à la diversité des contrats de nature publique existants. De même, avant de poursuivre, il faut souligner que le droit international des investissements constitue un domaine juridique spécifique caractérisé, d'un côté, par une pluralité de régimes en raison de la multiplicité de traités bilatéraux de protection des investissements et des accords de libre-échange existants (il y a une « diversité conventionnelle »<sup>1377</sup>) et, d'un autre côté, d'une indéniable complexité.<sup>1378</sup> Dans ce contexte, il est nécessaire de remarquer qu'un cocontractant peut avoir le statut juridique d'un «

---

<sup>1373</sup> La professeure Claire Crépet explique qu'il « est entendu... au sens large comme le contrat conclu entre un opérateur économique étranger et un État ou toute autre personne publique, en vue de la réalisation d'un investissement par le cocontractant privé », CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », *op. cit.* p. 332.

<sup>1374</sup> Sur les Contrat d'État, voir: UNITED NATIONS, CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *State contracts*, N. York/Genève, 2004, pp. 15-17; DUMBERRY (P), « International Investment Contracts », in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations* (GAZZINI (T) et DE BRABANDERE (E) éditeurs), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 216-232; LEBEN (Ch), *The Advancement of International Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2010, p. 6; LEBEN (Ch), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 302, 2003, pp. 197-386.

<sup>1375</sup> VOSS (J), *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 17-25.

<sup>1376</sup> Le professeur Charles Leben précise ce qui suit: « *State contracts are generally investment contracts, but that does not mean that all investment contracts are state contracts nor that there cannot be any state contracts outside the domain of investments* », LEBEN (Ch), *The Advancement of International Law*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>1377</sup> NANTEUIL (A), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, paragraphe 608.

<sup>1378</sup> En effet, le professeur José E. Alvarez commente ce qui suit: « *Like those other regimes, the investment regime is complex. On occasion it may promote harmonization and fragmentation, reflect the views of States and non-State actors, be both a tool of liberalization/economic globalization and of "humanity", enforce both treaty and non-treaty sources of law, and serve, at different times or for different audiences, as a tool for hegemony, for review of national administrative actions, and for "constitutionalization". These are not necessarily dichotomous descriptions -though some might portray them as such- and they are assuredly not unique to the international investment regime* », ÁLVAREZ (J), *Public International Law Regime Governing International Investment*, Pocketbooks of The Hague Academy of International Law, 2011, p. 457.

investisseur » en vertu d'un traité entre l'État de sa nationalité<sup>1379</sup> ou de sa résidence<sup>1380</sup> et l'État d'accueil de l'investissement.<sup>1381</sup> C'est la simple conséquence des traités internationaux dans le cadre de la protection des investissements. Et voici une question incontournable à retenir: le droit international conventionnel introduit différents standards de protection des investissements internationaux<sup>1382</sup> qui créent différentes obligations juridiques pour les États et leurs entités publiques. Les standards de protection des investissements peuvent varier d'un traité à l'autre.

Les professeurs Rudolf Dolzer et Christopher Schreuer<sup>1383</sup> exposent une liste de dix standards internationaux de protection des investissements: le traitement juste et équitable<sup>1384</sup>; la clause de pleine et entière sécurité (« *full protection and security* »)<sup>1385</sup>; la clause parapluie<sup>1386</sup>; la clause d'accès à la justice, à la procédure et à la justice (« *access to justice, fair procedure*

---

<sup>1379</sup> Par exemple, l'art. 1 du TBI entre la Suisse et l'Uruguay du 7 octobre 1988 établit ce qui suit:

« Aux fins du présent Accord:

1. Le terme « investisseur » désigne, en ce qui concerne chaque Partie Contractante:

a). les personnes physiques qui, d'après la législation de cette Partie Contractante, sont considérées comme ses nationaux;

b). les personnes morales, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes ou autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière, conformément à la législation de cette Partie Contractante, et qui ont leur siège sur le territoire de cette même Partie Contractante;

c). les personnes morales établies conformément à la législation d'un quelconque pays, qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par des nationaux de cette Partie Contractante ».

<sup>1380</sup> Par exemple, le TBI entre l'Espagne et le Pérou du 17 novembre 1994 considère qu'une personne physique peut être un « investisseur » en fonction de la résidence, paragraphe a) de l'art. 1.

<sup>1381</sup> Habituellement, c'est l'État de l'exécution du contrat et de l'entité publique contractante.

<sup>1382</sup> Voir: NEWCOMBE (A) et PARADELL (L), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009; TITI (C), « Scope of international investment agreements and substantive protection standards », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, *op. cit.*, pp. 176-190.

<sup>1383</sup> DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 119-194. Voir aussi: NADAKAVUKAREN (K), *International Investment Law*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 271-362.

<sup>1384</sup> Le professeur Christoph Schreuer explique ce qui suit: « *Fair and equitable Treatment (FET) has become the most important standard in investment disputes. The FET standard is designed as a rule of international law and is not determinate by the law of the host State* », SCHREUER (C), « Investments, International Protection », in *Articles from The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R) sous la direction de), Oxford University press, 2015, p. 566.

<sup>1385</sup> Voir: NADAKAVUKAREN (K), *International Investment Law*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>1386</sup> Comme le professeur Christoph Schreuer explique, cette clause « *may operate to convert contract breaches into treaty breaches, although this point is not undisputed* », SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 379. Voir aussi: HO (J), *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 196.

*and denial justice* »)<sup>1387</sup>; les standards en matière d'urgence, état de nécessité, conflits armés et force majeure<sup>1388</sup>; la préservation des droits<sup>1389</sup>; la clause de la nation la plus favorisée; l'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires<sup>1390</sup>; le traitement national<sup>1391</sup>; et le standard de transfert de fonds.<sup>1392</sup> Ces standards peuvent s'appliquer au fond de la question dans le cadre d'un contentieux arbitral<sup>1393</sup>, en vertu d'un traité<sup>1394</sup> ou d'un contrat<sup>1395</sup>; et, en outre, ces standards pourraient directement faire partie du droit interne dans les États de tradition moniste.<sup>1396</sup>

Dans le cadre des contrats d'investissement, le terme « cocontractant-investisseur » apparaît comme un terme approprié; en conséquence, ce terme sera utilisé lorsque les circonstances méritent de distinguer entre un cocontractant et un cocontractant qui est un investisseur. Cette différenciation implique l'existence d'un régime juridique international spécifique pour le cocontractant-investisseur et, dans le cadre de ce régime<sup>1397</sup>, le recours à l'arbitrage peut

---

<sup>1387</sup> « *This type of protection is a sine qua non for any type of constitutional democracy, where the rule of law and the independence of the courts, rather than the benevolence of the ruler, provide the fundamental guarantees of individual rights and freedoms* », FRANCIONI (F), « Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 20, numéro 3, 2009. p. 730.

<sup>1388</sup> Voir: DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Investment Law*, op. cit, pp. 166-172.

<sup>1389</sup> Voir: *idem*, p. 172.

<sup>1390</sup> « *The precise wording varies between 'arbitrary or discriminatory', 'unjustified or discriminatory' and 'unreasonable or discriminatory'* », SHREUER (C), « Investments, International Protection », op. cit, p. 567.

<sup>1391</sup> « *Essentially, it provides that the foreign investor and its investment are to be treated no less favourably than a national of the host house* », *idem*, p. 568.

<sup>1392</sup> « *With respect to the various elements of the obligation, the transfer obligation requires the elimination of restrictions not only on the ability of an investor to receive and repatriate amounts relating to investments, but also on the ability of the investor to convert the currency prior to repatriation. Key issues in this area relate to the type of foreign currency that the investor is entitled to convert into and the applicable rate of exchange* », UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, « Transfer of funds », N. York et Genève, 2000, p. 6. (UNCTAD/ITE/IIT/20) < <https://unctad.org/en/Docs/psiteiitd20.en.pdf> >.

<sup>1393</sup> NEWCOMBE (A) et PARADELL (L), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, op. cit, pp. 147-479.

<sup>1394</sup> Le professeur Federico Ortino note ce qui suit: « *International investment agreements may function as obstacles for regulatory change, mostly due to three investment protection provisions: expropriation clauses (focus on substantial adverse effect), umbrella clauses (focus on obligations in concession agreements), and fair and equitable treatment clauses (focus on specific commitments and protection of investor's legitimate expectations)... host States may find themselves in breach of international law. This may not be per se unfair or inappropriate...* », ORTINO (F), « Public Services Investment Liberalization and Protection », in *Regulations of Foreign Investment: Challenges for International Harmonization* (DAVEK (Z) et MAVROIDUS (P) éditeurs), Singapour, World Scientific Publishing Co Pte Ltd, 2013, p. 415-416.

<sup>1395</sup> Il convient de noter que, par exemple, rien n'empêche un État et un cocontractant de convenir, dans le contrat, le traitement juste et équitable du droit international à la relation entre les parties au contrat.

<sup>1396</sup> Art. 55 de la Constitution de la France. Paragraphe 1 de l'art. 96 de la Constitution de l'Espagne.

<sup>1397</sup> Ou plus exactement, dans le cadre de la multiplicité des régimes existant en vertu de la multiplicité des traités internationaux.

apparaître comme un droit du cocontractant-investisseur qui se traduit par une exception à la règle des recours internes (*local remedies*)<sup>1398</sup> dans le droit international. Et dans le cadre du droit international, la législation de l'État peut être considérée comme un « fait ».<sup>1399</sup>

D'ailleurs, la construction du droit international des contrats publics demande deux précisions importantes: D'un côté, le principe de non-discrimination prévu dans chaque harmonisation ne peut pas impliquer uniquement l'ouverture formelle du marché des contrats publics; ce principe exige une politique interétatique coordonnée pour sauvegarder la libre concurrence<sup>1400</sup> entre les États concernés par chaque harmonisation. Et, d'un autre côté, l'absence d'un droit international de la libre concurrence à l'échelle mondiale et d'une autorité mondiale en la matière<sup>1401</sup> ne sont pas précisément les meilleurs alliés de l'ouverture du marché mondial des contrats publics<sup>1402</sup> dans la libre concurrence.

---

<sup>1398</sup> AMERASINGHE (C), *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 2004, pp. 107-141; CRISTANI (F), « Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) *et al.*, éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2016, pp. 179-185; DIETRICH (M), « Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law », *IISD Best Practices Series*, 2017 < <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf> >; MILANO (E) et PRIETO (G), « Arbitrajes y adjudicaciones inter-estatales de inversión extranjeras en la reciente experiencia latinoamericana », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) *et al.*, éditeurs), *op. cit.*, p. 225-226.

<sup>1399</sup> RIVIER (R), « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017 pp. 420-446.

<sup>1400</sup> Le professeur Abel Mateus rappelle que la « *competition policy is a broad set of policies. Its domain contains the competition law and enforcement regime and the set of policies that influence market structures and the intensity of competition in the markets: external trade policy, industrial policy, privatization, procurement and licensing policies, regulation, and policies regarding entry to and exit from the market, among others* », MATEUS (A), « Competition and Development. What Competition Law Regime? », in *Competition Law and Development*, (SOKOL (D) *et al.*, éditeurs), Stanford University Press, 2013, p. 118.

<sup>1401</sup> La professeure Laurence Idot note que: « Puisque l'idée d'un système à guichet unique au niveau mondial paraît utopique, un rapprochement minimum des règles nationales constitue l'unique solution », IDOT (L), « Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, numéro 2, avril-juin 2002, p. 397.

<sup>1402</sup> Comme on dit, « en l'absence d'autorité supranationale, la mise en place de règles internationales communes risque d'être difficile... La réflexion quant à la création d'une autorité internationale de la concurrence risque donc de se heurter aux mêmes difficultés, d'autant plus qu'il n'existe, de façon générale, aucun droit international. A défaut d'autorité internationale, beaucoup de pays cherchent à développer la coopération et l'échange d'informations entre ANC au sein d'un réseau international, l'ICN (International Competition Network), créé en 2001 », MARCHAL (F), « L'évolution des procédures de clémence », *Revue française d'économie*, vol. XXVIII, numéro 3, 2013, p. 103. L'échange d'informations est utile, mais il ne suffit pas dans le contexte de la mondialisation.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la construction du droit international des contrats publics implique la confluence de différents domaines juridiques, de diverses sources du droit international, du *soft law* et de certaines institutions de droit interne comme, par exemple, la clémence dans la discipline du droit de la concurrence. Dans le cadre de cette confluence, nous tenterons de dévoiler le statut international du candidat dans le cadre des appels d'offres publics et le statut international du cocontractant dans le cadre de l'exécution du contrat (chapitre 1). Dans ce contexte, le droit international de l'investissement et la jurisprudence de l'arbitrage constituent deux éléments à considérer (chapite 2).

## Chapitre 1. Des éléments pour la construction d'un statut international du cocontractant

Parler d'un statut international du cocontractant est, sans aucun doute, une grande tentation académique. Toutefois, sur le terrain, le terme « statut international du cocontractant » requiert prudence.<sup>1403</sup>

La multiplicité des ordres juridiques (et des harmonisations existantes dans le cadre de ces ordres juridiques)<sup>1404</sup>, la différence de rythme entre les harmonisations<sup>1405</sup> et la non-uniformité entre les textes des harmonisations<sup>1406</sup>, ce sont trois facteurs qui expliquent la difficulté d'élaborer un statut international du cocontractant, au moins dans le sens univoque du terme. Alors, avec prudence, il vaudrait peut-être mieux parler, *a priori*, des différents « statuts juridiques du cocontractant » en fonction de chacune des harmonisations existantes.

Dans ce contexte, nous devons faire une autre précision: un « cocontractant » est un cocontractant proprement dit à partir de la signature du contrat. Avant d'avoir gagné un appel d'offres, le cocontractant a été un « candidat ».<sup>1407</sup> « Candidat » et « cocontractant » sont deux termes différents; et, précisément pour maintenir cette différence, nous utiliserons les termes « candidat » et « cocontractant » dans ce chapitre. En conséquence, il convient également de faire la distinction entre le statut du candidat dans le cadre d'un appel d'offres public et le statut du cocontractant en tant qu'exécuteur du contrat.

---

<sup>1403</sup> La raison en est simple: s'il y a différentes harmonisations et que chaque harmonisation représente un ordre juridique particulier, chacun de ces ordres juridiques aura ses propres règles et un champ d'application spécifique pour ces règles.

<sup>1404</sup> UE, OMC, Mercosur, CAN, les ALE, etc.

<sup>1405</sup> La première partie de cette thèse nous a permis d'exposer cette diversité à travers les harmonisations au sein des organisations internationales et des accords de libre-échange.

<sup>1406</sup> Les harmonisations et la Loi type de la CNUDCI stimulent et consolident les tendances législatives, mais il n'y a pas d'uniformité à l'échelle mondiale. Selon la doctrine, l'harmonisation « *is not "a trend toward uniformity" in which all countries have identical rules, but the emergence of systems based on the same principles so that the desired outcomes are highly similar* », NICHOLAS (C), « UNCITRAL and the Internationalization of the Government Procurement », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPULOS (A) *et al*, éditeurs), Oxford University Press, 2017, p. 106.

<sup>1407</sup> « Soumissionnaire », dans le cadre des directives du 2014 au sein de l'UE (c'est « un opérateur économique qui a présenté une offre »). « Fournisseur qualifié » dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (« s'entend d'un fournisseur dont une entité contractante reconnaît qu'il remplit les conditions de participation »); et de « *Candidat* » dans le cadre de la directive 05/2005 de l'UEMOA.

Après cette distinction entre candidat et cocontractant, nous commencerons par dire que les différentes harmonisations existantes ont des éléments communs pour penser à un futur statut international du candidat. Pour le moment, il s'agirait d'un statut « *under construction* », où l'accord plurilatéral sur les marchés publics de 2012 de l'OMC (AMP 2012) est érigé comme un texte vertébral, de base, et contraignant au niveau mondial en ce qui concerne la phase d'appel d'offres publiques et la passation des contrats, comme nous l'avons déjà exposé dans la première partie de cette thèse.

D'ailleurs, on va noter que, dans la construction du droit international des contrats publics, les personnes de droit privé ne peuvent pas conclure d'accords pour porter atteinte à l'intégrité des contrats publics, ni pour déformer le libre marché.<sup>1408</sup> Dans ce contexte, la faiblesse du droit de la concurrence à l'échelle mondiale se fait sentir, comme on va voir.

Bref, le statut international du candidat et du cocontractant que nous voulons articuler et expliquer est imparfait par nature; ces deux statuts représentent une tentative de discerner et

---

<sup>1408</sup> Parmi les commentaires sur l'article 3.3.1 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international de 2016, consacré au « contrat violant une règle impérative », on peut lire quelques « façons dont un contrat peut violer des règles impératives », telles que:

« 1. L'entrepreneur A du pays X conclut un contrat avec le représentant B ("le Contrat de commission") en vertu duquel B, en contrepartie d'une rétribution de 1.000.000 USD, versera 10.000.000 USD à C, conseiller de haut rang pour les marchés publics de D, Ministre de l'économie et du développement du pays. Y, afin d'inciter D à attribuer à A le contrat de construction d'une nouvelle centrale électrique dans le pays Y ("le Contrat"). Dans les deux pays X et Y, la corruption de fonctionnaires publics est prohibée par la loi. Le Contrat de commission viole la prohibition légale en question par ses clauses. Pour ce qui est du Contrat de construction de la centrale électrique, voir l'illustration 7.

2. L'entrepreneur A du pays X conclut un contrat avec le représentant B ("le Contrat de commission") prévoyant un paiement de 100.000 EUR à C, cadre supérieur de la société D dans le pays Y, afin d'inciter D à attribuer à A le contrat d'installation d'un système complexe de technologie de l'information. Ni le pays X ni le pays Y ne prohibent par une loi la corruption dans le secteur privé mais, dans les deux pays, elle est considérée contraire à l'ordre public. Le Contrat de commission viole ces principes d'ordre public par ses clauses.

3. Les soumissionnaires A et B des pays X et Y respectivement concluent un contrat ("l'Entente de soumission") prévoyant que, dans une série d'appels d'offres de marchés publics pour des contrats de construction dans le pays Z, ils s'entendent de telle façon que A obtiendra certains contrats et B les autres. Des dispositions légales dans le pays Z prohibent les ententes de soumissions pour les marchés publics. L'Entente de soumission viole la prohibition légale en question par ses clauses.

4. Les soumissionnaires A et B des pays X et Y respectivement concluent un contrat (« l'Entente de soumission ») prévoyant que, dans une série d'appels d'offres de marchés publics pour des contrats de construction dans le pays Z, ils s'entendent de telle façon que A obtiendra certains contrats et B les autres. Dans le pays Z, il n'y a pas de disposition légale prohibant les ententes de soumissions pour les marchés publics, mais un tel accord est considéré contraire à l'ordre public. L'Entente de soumission viole le principe d'ordre public en question par ses clauses », pp. 131-132.

< <https://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2016/principles2016-f.pdf> >.

d'articuler les devoirs et droits du candidat dans le cadre d'un appel d'offres public (section 1) et d'élaborer un hypothétique statut international du cocontractant dans la phase d'exécution du contrat (section 2).

### **Section 1: Vers le statut international du candidat**

Sans une reconnaissance juridique, direct ou indirect, des droits des candidats dans le cadre des appels d'offres publics, toute harmonisation pour l'ouverture des marchés pourrait être simplement une « ouverture lyrique » face à la latente menace du protectionnisme.<sup>1409</sup>

Un catalogue ou un texte monolithique et contraignant des droits des candidats dans le cadre des appels d'offres publics n'existe pas dans le droit international général. Toutefois, dans le cadre des harmonisations déjà exposées dans la première partie de cette thèse, les droits des candidats peuvent être identifiés en vertu du principe de non-discrimination, du principe de la transparence et du principe d'équité procédurale; il s'agit de principes communs entre l'ensemble des harmonisations existantes.<sup>1410</sup> En résumé, le droit international confère des droits (§1) et des devoirs (§2) au candidat, mais une codification *stricto sensu* de ces devoirs et droits n'existe pas.

#### **§ 1. Les droits du candidat dans le cadre du droit international**

Dans le droit international, les candidats (A) sont bénéficiaires de l'interdiction de la discrimination dans l'accès au marché. La non-discrimination apparaît ainsi comme un droit et une source de droits (B).

##### **A. Le candidat dans le droit international**

L'absence d'un catalogue universel et contraignant des droits du candidat n'empêche pas d'articuler diverses sources qui mettent en évidence leur protection internationale. À cet

---

<sup>1409</sup> Comme on dit, « les normes nationales sont des moyens indirects de limiter ou d'interdire les importations par des voies réglementaires » < <https://perso.univ-rennes1.fr/denis.delgay-troise/CI/Cours/REI412.pdf> >.

<sup>1410</sup> Dans l'OMC, l'UE, etc.



égard, on peut dire que l'harmonisation au sein de l'OMC révèle la protection du candidat dans le droit international. Le candidat est titulaire de droits dans le cadre de l'ouverture du marché mondial (1). Dans ce contexte, les limitations établies en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée (CNF) dans le cadre de chaque harmonisation du droit des contrats publics apparaît comme une véritable limitation pour l'accès des entreprises à d'autres marchés (2).

### **1. Le candidat en tant que titulaire de droits dans l'ouverture du marché mondial**

Les règles conventionnelles d'harmonisation génèrent des droits et devoirs qui contribuent à la construction du droit international des contrats publics. Toutefois, en ce qui concerne les droits du candidat, il convient de souligner que les droits des candidats au sein de l'OMC sont très limités dans la mesure où les personnes (physiques ou morales) ne peuvent pas intenter directement des actions contre une Partie de l'AMP 2012 simplement parce que le sous-système<sup>1411</sup> international constitué au sein de l'OMC ne le permet pas.<sup>1412</sup> En conséquence, la défense des intérêts d'une entreprise au sein de l'OMC est à la merci de la réclamation du pays des candidats. Les candidats manquent de *jus standi* et voici l'importance du droit à un recours dans le cadre du droit interne prévu par l'AMP 2012.

De même, dans le cadre du droit international économique, on constate que l'ensemble des harmonisations impose une forte limitation aux candidats à travers les restrictions établies en matière de CNF, sujet à traiter dans le point suivant.

### **2. Les limitations en raison de la clause de la nation la plus favorisée**

La CNF a été considérée une « *key characteristic* »<sup>1413</sup> du droit international économique et une « *second form of non-discrimination obligation* ». <sup>1414</sup> Cette clause, qui est assimilée dans

---

<sup>1411</sup> Nous suivons ici la terminologie du professeur Sacerdoti, comme nous l'avons déjà mentionné dans la première partie.

<sup>1412</sup> Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est conçu pour le règlement des différends entre les parties à l'OMC; et l'AMP 2012 confirme cette conception. Art. XX de l'AMP 2012.

<sup>1413</sup> VAN DER BOSSHE (P), *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005, p. 650.

<sup>1414</sup> NADAKAVUKAREN (K), *International Investment Law*, *op. cit.*, p. 304.

divers traités commerciaux, permet l'extrapolation des avantages et droits prévus par un traité en faveur des ressortissants d'un État tiers qui ne fait pas partie du traité extrapolé.<sup>1415</sup>

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, nous constatons que l'effet de la CNF est très faible en ce qui concerne l'ouverture du marché.<sup>1416</sup> Il s'agit d'une clause restreinte dans le cadre de l'OMC<sup>1417</sup> et tempérée au sein de l'AMP 2012.<sup>1418</sup> On peut dire que cette limitation vise à créer et à maintenir une relation fermée ou en exclusivité entre les parties de l'AMP 2012.<sup>1419</sup> Selon certains auteurs, cette restriction peut constituer aussi une incitation à de nouvelles adhésions<sup>1420</sup>, mais d'autres auteurs considèrent que cette restriction est un « obstacle » à la plurilatéralisation du marché régional et bilatéral des contrats publics.<sup>1421</sup> Cependant, cette restriction permet aux parties à l'AMP 2012 de

---

<sup>1415</sup> La CNF est conçu comme « le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, deuxième partie, p. 26.

<sup>1416</sup> En ce qui concerne la CNF dans le cadre des traités de droit international économique, la Commission du droit international a identifié et signalé que « les exceptions les plus courantes concernent l'imposition, les marchés publics ou le bénéfice dont jouit une Partie contractante parce qu'elle est partie à une union douanière », *Rapport du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*, 2015 (texte adopté par la Commission à sa soixante-septième session).

< [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/reports/1\\_3\\_2015.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/reports/1_3_2015.pdf) >.

<sup>1417</sup> DAVEY (W), « Non-Discrimination in the World Trade Organization: The Rules and Exceptions », *R.C.A.D.I.*, vol. 354, 2011, p. 269.

<sup>1418</sup> Paragraphe 1 de l'art. IV: « En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, chaque Partie, y compris ses entités contractantes, accordera immédiatement et sans condition, aux marchandises et aux services de toute autre Partie et aux fournisseurs de toute autre Partie qui offrent les marchandises ou les services de toute Partie, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui que la Partie, y compris ses entités contractantes, accorde:

a) aux marchandises, aux services et aux fournisseurs nationaux;

b) et aux marchandises, aux services et aux fournisseurs de toute autre Partie ».

Voir le paragraphe 7 de cet article.

<sup>1419</sup> En effet, comme nous le savons, l'AMP 2012 n'est applicable qu'entre les parties à cet accord.

<sup>1420</sup> ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development », *WTO Staff Working Paper*, No. ERS-D-2017-04, World Trade Organization (WTO), Genève, p. 19. Ces auteurs ont noté que: « *the incentive to join the Agreement... grows with enhanced market access* »

< <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152257/1/87921872X.pdf> >.

<sup>1421</sup> Commentant qu'il y a des difficultés autour de la CNF, la professeure Kamala Dawar note que: « *these difficulties serve as obstacles to the multilateralization, or even plurilateralization, of regional and bilateral government procurement markets* », DAWAR (K), « The Government Procurement Agreement, the Most-Favored Nation Principle, and Regional Trade Agreements », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULUS (A) *et al.*, éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 111-139.

signer librement d'autres accords, régionaux ou bilatéraux<sup>1422</sup>, sans extrapoler les obligations d'ouverture du marché de l'AMP 2012 en faveur des ressortissants d'États tiers. En résumé, la restriction de la CNF a l'effet de limiter l'accès des entreprises au marché des contrats publics dans l'OMC et cette limitation n'est pas très favorable à la construction du droit international des contrats publics en ce qui concerne l'ouverture du marché international.

## B. L'interdiction de la discrimination, un droit et une source de droits

La non-discrimination implique le libre accès au marché et une diversité de droits tels que le droit à la neutralité technologique, à la transparence, à la publicité<sup>1423</sup>, à ne pas subir de préjudice du fait de la divulgation d'une information susceptible d'affaiblir la participation future d'une entreprise sur le marché<sup>1424</sup>, etc. Dans le cadre de la construction du droit

---

<sup>1422</sup> À cet égard, par exemple, les juristes Robert Anderson et Anna Caroline Müller, sous le sous-titre de « *Freedom to conclude regional trade agreements (RTAs) with non-Parties* », commentent ce qui suit: « *The limitation in application of the... principle... to the treatment of the goods, services and suppliers of other Parties to the Agreement has another important consequence: it enables the GPA Parties to freely conclude RTAs with non-GPA Parties without repercussions for their coverage commitments under the GPA. This is the case even in the absence of an explicit exception for RTAs, in the GPA, from the MFN principle. Reflecting this situation, GPA Parties have entered into numerous regional and/or bilateral agreements that extend the reach of the GPA's principles to non-Parties to the GPA itself* » (GPA, c'est l'AMP 2012), ANDERSON (R) et MULLER (A), « *The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development* », *op. cit.*, p. 20.

<sup>1423</sup> Ces thèmes ont déjà été développés dans la première partie de cette thèse dans le contexte de l'UE. Voir aussi, le paragraphe 1 de l'art. 9 Convention des Nations Unies contre la corruption.

<sup>1424</sup> L'art. XVII de l'AMP 2012, sur la « divulgation de renseignements », est illustratif. L'art. XVII est dédié à la communication de renseignements aux Parties de cet accord et à la non divulgation de renseignements.

Sur la communication de renseignements aux Parties, il établit:

« 1. Une Partie fournira dans les moindres délais à toute autre Partie qui en fait la demande tous les renseignements nécessaires pour déterminer si un marché a été passé dans des conditions d'équité, d'une manière impartiale et conformément au présent accord, y compris des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue. Au cas où la divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, la Partie qui reçoit les renseignements ne les divulguera à aucun fournisseur si ce n'est après consultation et avec l'accord de la Partie qui les a communiqués ».

Sur la non divulgation de renseignements, il précise:

« 2. Nonobstant toute autre disposition du présent accord, une Partie, y compris ses entités contractantes, ne communiquera pas à un fournisseur particulier des renseignements qui pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

3. Rien dans le présent accord ne sera interprété comme obligeant une Partie, y compris ses entités contractantes, autorités et organes de recours, à divulguer des renseignements confidentiels dans les cas où cette divulgation:

a) ferait obstacle à l'application des lois

b) pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs;

c) porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de personnes particulières, y compris la protection de la propriété intellectuelle; ou

d) serait autrement contraire à l'intérêt public ».

international des contrats publics, la non-discrimination dans l'OMC apparaît comme un élément fondamental parce qu'elle évite une réduction des chances pour les entreprises en raison de décisions politiques ou administratives (1). Dans ce contexte, le droit à une bonne administration renforce les droits du candidat (2).

## **1. Le droit de ne pas faire l'objet de décisions de nature discriminatoire**

Les décisions politiques ou administratives de nature discriminatoire peuvent prendre diverses formes. Dans le cadre de l'élaboration du statut du candidat, pour éviter des décisions discriminatoires, il y a trois questions importantes qui deviennent droits des candidats: le droit à la neutralité des spécifications techniques (i), le droit à l'interdiction effective de la manipulation des clauses d'exception (ii) et le droit de ne pas subir de clauses de protectionnisme déguisé (iii). Dans ce contexte, les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme pourraient constituer des mécanismes de protection parallèle ou de renforcement contre la discrimination, selon chaque mécanisme (iv).

### *(i) La neutralité des spécifications techniques*

En ce qui concerne les spécifications techniques discriminatoires, il est intéressant de connaître les arguments de la demande de consultations présentée par les Communautés européennes du 26 mars 1997, adressée au Japon et à l'Organe de règlement des différends de l'OMC (affaire *Japon-Achat d'un satellite de navigation*).<sup>1425</sup> Cette affaire n'a pas donné lieu à une jurisprudence parce que le différend s'est terminé en vertu d'une solution mutuellement convenue. Toutefois, cette demande de consultations permet de penser à l'instrumentalisation des spécifications techniques (*ad hoc*) pour atteindre des objectifs discriminatoires dans un appel d'offres public. Concrètement, la demande considérait que les

---

D'ailleurs, dans le cadre de l'UE, « Les principes de protection des données dès la conception et de protection des données par défaut devraient également être pris en considération dans le cadre des marchés publics », paragraphe 48 du préambule du Règlement (UE) 2018/1725 du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données.

<sup>1425</sup> WT/DS73/1. GPA/D1/1.

spécifications techniques pour l'achat d'un satellite n'étaient pas neutres et que ces spécifications empêchaient la participation de candidats européens parce que:

« les soumissionnaires européens n'ont pas eu de réelle possibilité de participer à l'appel d'offres et ont été traités de manière moins favorable que les fournisseurs d'autres parties, ce qui soulève la question de la compatibilité de cet appel d'offres et des mesures connexes avec l'Accord sur les marchés publics... La Communauté européenne considère que la référence directe, dans les spécifications de l'appel d'offres, au système des Etats-Unis contrevient à la disposition... concernant la non-discrimination ».<sup>1426</sup>

Bien que la perception des Communautés européennes n'ait pas donné lieu à une contestation pleine d'arguments juridiques, ou à une jurisprudence où l'on puisse apprécier des arguments juridiques en la matière, on peut retenir ici que la neutralité des spécifications techniques est dévoilée comme un droit des candidats concernés par une harmonisation dans la mesure où ces spécifications conditionnent les candidatures.

*(ii) L'interdiction de l'instrumentalisation des clauses d'exception*

Le droit à la non-discrimination comprend également l'interdiction de l'utilisation injustifiée des clauses d'exceptions.<sup>1427</sup> À cet égard, il est important de connaître le Rapport du Groupe spécial adopté par le Comité des marchés publics le 13 mai 1992 (affaire *Norvège-Marché*

---

<sup>1426</sup> Et la demande continuait: « La Communauté considère en outre que la référence directe, dans les spécifications de l'appel d'offres, au système des Etats-Unis contrevient aussi aux dispositions relatives aux spécifications techniques énoncées à l'article VI:3 de l'AMP. Ces dispositions prévoient entre autres choses que les spécifications techniques seront définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception et qu'il ne sera pas fait mention de marques de fabrique ou de commerce, de modèles ou de types particuliers, etc ». L'article VI:3 de l'Accord de marchés publics de 1996 cité disait: « Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres ». D'ailleurs, on considère que la référence aux spécifications qui ne sont pas publiques « paraît aussi contrevir à l'article XII:2 » de l'Accord de marchés publics de 1996 parce que « cette disposition exige que la documentation relative à l'appel d'offres contienne tous les renseignements nécessaires pour que les fournisseurs puissent présenter des soumissions valables. Cette documentation doit comprendre une description complète de toutes les exigences, y compris les spécifications techniques, auxquelles il faut satisfaire ».

<sup>1427</sup> Voir l'art. III de l'AMP 2012.

*concernant le matériel pour la perception des péages destine à la ville de Trondheim*)<sup>1428</sup>. Ce rapport interprétait le paragraphe 16 de l'article V du Code Tokio<sup>1429</sup> comme une « disposition dérogatoire » pour ce qu' « il fallait donner une interprétation étroite de sa portée ». <sup>1430</sup> Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, on peut retenir l'idée suivante: les candidats ont droit à la non-utilisation frauduleuse des clauses d'exception. Le contentieux cité permet aussi de voir que, dans le cadre des appels d'offres publics, il y a un risque d'arriver à une circonstance où il est « impossible de recommander la cessation de l'illicite »<sup>1431</sup> dans la mesure où le fait internationalement illicite a déjà été accompli. Et voici aussi une occasion de souligner l'importance du droit à un recours en droit interne dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où les recours internes peuvent, d'une manière ou d'une autre, empêcher la consommation des faits internationalement illicites.

*(iii) Droit de ne pas subir de clauses de protectionnisme déguisé*

Pour détecter le protectionnisme déguisé, l'évaluation du contexte est importante. Ce protectionnisme est conçu comme un protectionnisme indirect<sup>1432</sup> ou non tarifaire<sup>1433</sup>; et, si

---

<sup>1428</sup> GPR.DS2/R. Paragraphe 4.15, p. 18. Noter que ce document est antérieur aux accords de marchés publics de 1996 et 2012. À la date du présent rapport, l'Accord de Tokyo était en vigueur.

<sup>1429</sup> Texte révisé de 1988 < [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gpa\\_rev\\_text\\_1988\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_rev_text_1988_f.pdf) >.

<sup>1430</sup> « Le Groupe spécial est convenu qu'il fallait considérer l'article V:16 comme une disposition dérogatoire contenant, ainsi qu'il est bien précisé dans la dernière phrase de l'article V:1, une liste limitative des circonstances dans lesquelles les parties pourraient s'écarter des règles de base exigeant une procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective. L'article V:16 e) étant une disposition dérogatoire, il fallait donner une interprétation étroite de sa portée et il appartenait à la Norvège, partie qui s'en prévalait, de démontrer qu'elle avait agi en conformité avec ladite disposition », paragraphe 4.5.

<sup>1431</sup> HAMANN (A), *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, p. 369.

<sup>1432</sup> Par exemple, on a noté que « les barrières techniques et administratives (mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives dont l'élimination est prescrite par les articles 30 et suivants du Traité C.E.), ces barrières couvrent les formes du protectionnisme indirect ou déguisé des Etats communément désignées par l'expression « barrières non tarifaires » », MATTERA (A), « Le marché unique: une vue d'ensemble », *Petites affiches*, numéro 52, 1 mai 1998 (Vu sur ligne par la bibliothèque de l'UPVD).

<sup>1433</sup> « Le protectionnisme non tarifaire correspond à un ensemble de mesures destinées à dresser des obstacles aux importations autrement que par des droits de douane », D'AGOSTINO (S), *Libre-échange et protectionnisme*, Rosny, Bréal, 2003, p. 10. En plus, on dit que « l'environnement... pourrait être utilisé comme protectionnisme déguisé et c'est précisément contre ça que l'U.E. cherche à assurer la transparence dans les secteurs tels que l'éco-étiquetage », CARL (M), « La politique commerciale de l'Union européenne », *Petites affiches*, numéro 116, 2001, < <https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-perp.fr/petites-affiches/PA200111605?em=protectionnisme%20deguise&source=7> >.

Voir: RINGE (W-G) et BERNITZ (U), « Introduction », in *Company Law and Economic Protectionism: New Challenges to European Integration* (RINGE (W-G) et BERNITZ (U), éditeurs), Oxford University Press,

le protectionnisme déguisé est illégal, la conséquence est simple: ne pas subir ce type de protectionnisme est un droit des candidats.<sup>1434</sup>

*(iv) La non-discrimination renforcée par la protection des droits de l'homme*

Les mécanismes de protection des droits de l'homme peuvent renforcer les droits du candidat dans la mesure où un candidat peut tenter une action contre l'État devant un tribunal international. De cette manière, d'un côté, le droit à la non-discrimination aux contrats publics aurait trouvé une voie procédurale internationale et, d'un autre côté, la jurisprudence des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme pourrait contribuer à la construction d'un droit international des contrats publics. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait partie de la jurisprudence internationale en matière de discrimination. Par exemple, ce tribunal a précisé que le droit à la non-discrimination s'étend au sous-traitance,<sup>1435</sup> ce qui est un élément à considérer dans la construction du droit international des contrats publics.

Toutefois, les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme ne sont pas identiques. Dans le cadre du mécanisme de protection des droits de l'homme du Conseil de

---

2010, p. 2; SANCHEZ-GREALS (A), « Against the grain? Member State Interests and UE Procurement Law », in *Between Compliance and Particularism: Member State Interests and European Law*, (MARTON (V), éditeur), Springer nature Switzerland, 2019, pp. 184-185.

<sup>1434</sup> Dans la pratique, un seul fait peut constituer une violation des trois droits énoncés ici.

<sup>1435</sup> Effectivement, l'arrêt sur l'affaire *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998 expose ce qui suit, sur la base du droit interne et sur la base du droit international:

« 61. La Cour relève que la loi de 1976 garantit le droit de ne pas être victime de discrimination pour des motifs de convictions religieuses ou d'opinions politiques sur le marché du travail, y compris – ce qui est pertinent en l'espèce – lorsqu'il s'agit de soumissionner à un contrat d'entreprise ou de sous-traitance de travaux publics (paragraphe 41 et 42 ci-dessus). Selon la Cour, ce droit clairement défini par la loi, eu égard au contexte dans lequel il s'applique et à son caractère patrimonial, peut être qualifié de « droit de caractère civil » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Elle observe à cet égard qu'en exposant leurs griefs selon les procédures prévues par les lois de 1976 et 1989, les requérants cherchaient à faire déterminer qu'ils s'étaient vu refuser la possibilité de se mettre en concurrence et d'obtenir du travail sur la base de leurs seules aptitudes et compétitivité et de recueillir à cet effet les habilitations de sécurité indépendamment de leurs convictions religieuses ou de leurs opinions politiques. S'il avait été établi que les requérants avaient réellement été victimes d'une discrimination illégale, le County Court pour Tinnelly et la commission pour l'égalité en matière d'emploi dans le cas des McElduff étaient habilités en dernier ressort, en vertu des lois de 1976 et 1989, à évaluer l'étendue de la perte subie par les requérants et à ordonner une réparation financière en leur faveur, y compris pour la perte directe et indirecte de bénéfices. Le fait que les marchés litigieux soient des contrats de marché public ou que les offres des requérants n'aient jamais été acceptées ne saurait empêcher ce droit d'être qualifié de « droit de caractère civil » aux fins de l'article 6 § 1. ». Nous soulignons.

l'Europe, les personnes morales peuvent déposer plainte et participer à un contentieux; dans le cadre d'autres mécanismes de protection régionale, seules les personnes physiques peuvent intenter un contentieux.<sup>1436</sup> En conséquence, la difficulté de parvenir à un statut monolithique du candidat dans la construction devient de plus en plus difficile.

## **2. Le droit à une bonne administration (à propos du droit à un recours)**

La bonne administration, c'est un principe du droit administratif et un droit fondamental<sup>1437</sup> qui conditionne l'activité quotidienne de l'administration et c'est très important pour la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où celle-ci influe sur l'activité des entités publiques dans la préparation des appels d'offres publics, la sélection des candidats et toutes les phases du contrat.

En vertu des différents contextes internationaux –comme l'UE, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou le Centre Latino-américain de l'Administration pour le Développement (CLAD)<sup>1438</sup>–, on peut dire que le droit à une bonne administration prend racines dans le droit international et renforce l'intégrité des contrats.

En effet, en marge de l'obligation de prévention du crime au sein de l'Organisation des Nations Unies<sup>1439</sup>, la libre concurrence exige une bonne administration parce que, précisément, le contrôle de la concurrence est exercé par des institutions à caractère public. En ce sens, les Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics dénotent « l'importance des méthodes pour renforcer la transparence, la bonne gestion... ainsi que l'obligation de rendre compte et le contrôle lors de la passation des marchés publics

---

<sup>1436</sup> Par exemple, le mécanisme de protection des droits de l'homme au sein de l'Organisation des États américains n'accepte pas les revendications des personnes morales, mais il y a des nuances. Sur ces nuances, voir le *Resumen de observaciones a la solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 1.2 (Artículo 1, Párrafo Segundo) de la Convención (Personas jurídicas)* du 28 mars 2014 < [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_observaciones\\_seriea\\_22\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_observaciones_seriea_22_esp.pdf) >.

<sup>1437</sup> Voir: RODRIGUEZ-ARANA (J), « La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa », *Misión Jurídica-Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, numéro 6, 2013, pp. 23-56.

<sup>1438</sup> C'est un « *organismo público internacional, de carácter intergubernamental* ».

<sup>1439</sup> Chapitre II de la Convention des Nations Unies contre la corruption.



». <sup>1440</sup> Ces principes révèlent la nécessité d'un comportement actif des administrations publiques, ce qui se traduit par des garanties juridiques pour les candidats, surtout si on prend en compte l'existence du risque élevé de corruption dans l'attribution des contrats publics. <sup>1441</sup>

L'absence du droit à une bonne administration entre les textes de l'OMC et d'autres harmonisations pour l'ouverture du marché n'empêche pas de reconnaître la pertinence de ce droit en faveur du candidat. Que couvre le droit à la bonne administration dans le cadre des contrats publics ? La réponse demande prudence. Par exemple, on peut identifier, au sein de l'UE, que ce droit comprend une variété de droits qui incombent aux candidats dans le cadre d'un appel d'offres public.

En effet, la liste des droits énoncés à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE <sup>1442</sup> permet de voir que ce « droit comporte notamment » une série de droits. Le terme « notamment » implique que le droit à la bonne administration « laisse ainsi ouverte la liste des droits rattachés à la bonne administration ». <sup>1443</sup> Évidemment, ce rejet d'une liste fermée est un ingrédient très intéressant pour la construction du droit des contrats publics parce qu'il

---

<sup>1440</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*, Éditions OCDE, 2011, p. 20 < <http://dx.doi.org/10.1787/9789264056626-fr> >.

<sup>1441</sup> On dit que « de toutes les activités des administrations, les achats sont l'une des plus exposées au risque de gaspillage et de corruption », *idem*.

<sup>1442</sup> Art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

« 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment:

a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre;

b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires;

c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

<sup>1443</sup> BOUSTA (R), « Droit des étrangers: mais à quoi sert le droit à une bonne administration ? », *Revue des droits de l'homme*, numéro 12/2017 (mis en ligne le 06 juillet 2017), p. 1.

< <https://journals.openedition.org/revdh/3216> >.

évite un catalogue fermé à toute évolution<sup>1444</sup>, ce qui est important dans le cadre du droit des contrats publics qui est toujours en évolution aussi.<sup>1445</sup>

De même, la Charte ibéro-américaine des droits et devoirs du citoyen en relation avec la fonction publique est ici un texte pertinent.<sup>1446</sup> Cette charte a la vertu de reconnaître le droit à une bonne administration, en termes généraux<sup>1447</sup> et concrets, en annonçant une série de droits.<sup>1448</sup> Pour notre recherche, ce texte est important parce qu'il précise que le droit à une bonne administration comprend « une protection administrative et juridictionnelle des droits de l'homme prévus dans différentes ordonnances juridiques ». <sup>1449</sup> De cette façon, une bonne administration renforce le droit de recours<sup>1450</sup>, ce qui est un trait caractéristique des harmonisations du droit des contrats publics.<sup>1451</sup>

---

<sup>1444</sup> À cet égard, la professeure Joana Mendes note que l'article 41 de la Charte « a un caractère ouvert en ce sens que la liste des règles procédurales qu'il renferme n'est pas exhaustive, et que, si la Charte devient juridiquement obligatoire, des évolutions juridiques ne manqueront pas de se produire », MENDES (J), « La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative », *Revue française de l'administration publique*, numéro 131, 2009, p. 556.

<sup>1445</sup> Et dans le cadre de cette évolution, l'UE est un protagoniste spécial en raison de ses contributions au droit des contrats publics. Par exemple, le 10 mars 2020 il y a des nouveautés: le *Programme de travail de la Commission pour 2020* rapporte la préparation de documents intéressants comme le *Livre blanc sur un instrument relatif aux subventions étrangères* (Initiative non législative, T2/2020).

D'ailleurs, le *Livre blanc de la Commission européenne relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères* du 17 juin 2020 a remarqué ce qui suit :

« Dans certains cas, des subventions étrangères sont octroyées dans l'objectif explicite de permettre à des entreprises de soumissionner dans le cadre de marchés publics, à des prix qui sont inférieurs au prix du marché, voire au prix de revient, ce qui leur permet de «sousenchérir» directement au détriment des entreprises concurrentes non subventionnées. Les subventions peuvent aussi, en général, favoriser un comportement agressif sur le marché ».

Peut-être, dans le cadre des accords de libre-échange, l'UE devrait toujours négocier des clauses pour éviter des circonstances telles que celles décrites dans le livre blanc du 17 juin 2020.

<sup>1446</sup> Adoptée par le vingt-deuxième Sommet (*cumbre*) ibéro-américain des chefs d'État et de gouvernement au Panama, 18 et 19 octobre 2013.

<sup>1447</sup> 1: « La Charte des droits et les devoirs du citoyen en face de l'administration publique a pour but la reconnaissance du droit fondamental de la personne à la bonne administration publique et de ses droits et devoirs composants. Ainsi, les citoyens latino-américains pourront assumer une plus grande conscience de sa position centrale dans le système administratif et, de cette forme, pouvoir exiger des autorités, les fonctionnaires... et autres personnes au service de l'administration publique, de actes caractérisés toujours par le service objectif à l'intérêt général et la promotion conséquente de la dignité humaine ». Voir le point 2.

<sup>1448</sup> Voir le chapitre troisième de la Charte.

<sup>1449</sup> Point 54.

<sup>1450</sup> On résume que « la bonne administration consiste en un ensemble de garanties procédurales reconnues aux administrés dans le cadre de l'élaboration d'une décision administrative », RUNAVOT (M-C), « La « bonne administration »: consolidation d'un droit sous influence européenne », *Revue française de droit administratif*, 2010/2, p. 396.

<sup>1451</sup> L'oeuvre collective *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, sous la direction des professeurs Laurence Folliot Lalliot et Simone Torricelli, permette d'avoir une vision comparée sur le sujet. Sur ce livre, le professeur Jean-Bernard Auby, commente: « Les directeurs de

Si le droit à une bonne administration est un droit des citoyens, un droit des candidats dans le cadre de chaque appel d'offres public et un principe du droit administratif, il y a un aspect qui s'impose: l'évaluation rigoureuse des candidatures. Dans ce contexte, la professeure Ann Lawrence Durvieux résume qu'une « application cumulative des principes de proportionnalité, de bonne administration et d'égalité limite donc de manière sensible et relativement imprévisible le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur ».<sup>1452</sup> Et, dans ce même contexte, le droit de recours préserve l'intégrité des contrats publics, favorise la transparence et la libre concurrence et contribue à la « *buena contratación pública* »<sup>1453</sup> (la bonne passation des contrats publics).

En résumé, le droit à une bonne administration consolide les droits du candidat dans tout ordre juridique d'harmonisation et constitue un élément important pour la construction du droit international des contrats publics.

## § 2. Les obligations du candidat concernant la libre concurrence

L'ensemble des harmonisations pour l'ouverture du marché dévoile également une sorte de transnationalisation des obligations du candidat. Parmi ces obligations, évidemment, les candidats ont le devoir de respecter la libre concurrence (A), ce qui conduit à la pertinence des programmes *compliance* dans la construction du droit international des contrats publics (B).

---

l'ouvrage concluent leur remarquable introduction en posant la question de la nécessité d'une harmonisation. Ils affirment, et il me semble qu'on peut volontiers les suivre, que l'on doit souhaiter un rapprochement des standards de protection mais qu'en revanche les réponses ou antidotes ou illégalités peuvent rester très différents », AUBY (J-B), « Préface », in *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts* (FOLLIOU-LALLIOT (L) et TORRICELLI (S), directrices), Bruxelles, Bruylant, 2018, p. VII.

<sup>1452</sup> DURVIAUX (A) « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés publics et contrats publics », in *Contrats publics: Contraintes et enjeux* (WAUTERS (K), coordinatrice), Limal, Anthemis, 2014, paragraphe 9.

<sup>1453</sup> SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo*, 2015  
< [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_ecu\\_panel5\\_SERCOP\\_3.2.1\\_man\\_bue\\_pr%C3%A1c\\_CP.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_panel5_SERCOP_3.2.1_man_bue_pr%C3%A1c_CP.pdf) >  
p. 7.

## A. L'obligation de respecter la libre concurrence

Si la construction du droit international des contrats publics exige l'interdiction des pratiques anticoncurrentiels, la nécessité du *fair play* s'impose (1). Dans ce contexte, l'interdiction des pratiques anticoncurrentiels exige non seulement un contrôle interétatique coordonné au sein de chaque harmonisation, mais aussi une coopération institutionnelle entre les autorités nationales<sup>1454</sup> en l'absence d'une autorité mondiale de la concurrence institutionnalisée (2).

### 1. La nécessité du *fair play*. L'interdiction des comportements anticoncurrentiels

Par bon sens, le *fair play* doit être la conduite naturelle entre des candidats. Mais « il n'est pas cependant rare que les entreprises soumissionnaires tentent de se soustraire à cette concurrence en passant des ententes, le plus souvent secrètes entre elles ».<sup>1455</sup> Malgré l'absence d'un texte conventionnel à l'échelle planétaire en matière de libre concurrence, l'ensemble des harmonisations du droit des contrats publics et le droit de la concurrence permettent de voir et d'articuler quelques éléments importants pour la construction du droit international des contrats publics. Dans le cadre de cette construction, nous pouvons donc exposer<sup>1456</sup> la nécessité d'assurer le respect d'un certain nombre d'obligations en vertu desquelles les candidats devraient:

- S'abstenir de promouvoir ou de participer dans des actes de corruption
- Éviter les conflits d'intérêts<sup>1457</sup>

---

<sup>1454</sup> Parmi la doctrine, la coopération est identifiée dans le cadre des principes directeurs de la concurrence (« *Cooperation as Guiding Principle of International Competition Enforcement Law* », TERHECHTE (J), *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 9.

<sup>1455</sup> Avis du Conseil de la concurrence du 21 novembre 2016 de Luxembourg.), paragraphe 2.2, < <https://conurrence.public.lu/content/dam/conurrence/fr/avis-enquetes/avis/2016/2016-av-09/Avis-2016-AV-09.pdf> > p. 3 (2016-AV-09).

<sup>1456</sup> L'impossibilité de faire une liste fermée est vérifiable dans la littérature juridique. À cet égard, le professeur Paul Emanuelli, dans le cadre du chapitre 7 de son livre *Government Procurement* (consacré à « *The Duty to Conduct a Fair Competition* »), fait une liste de devoirs et, au début de ce chapitre, il précise que sa liste « *provides some examples of general duty to conduct a fair competition that are further described and illustrated in this chapter. These examples are by no mean exhaustive. It is likely that the duty to conduct a fair evaluation process will continue to be a risk factor that manifests itself in new ways in the future* », EMANUELLI (P), *Government Procurement*, Markham, Lexisnexis, 2012, p. 419.

<sup>1457</sup> Voir: EMANUELLI (P), *Idem*, pp. 451-452.

- S'abstenir de créer des ententes et de conclure des accords visant à modifier les prix ou à répartir les contrats, y compris la « collusion tacite »<sup>1458</sup>
- S'abstenir d'abuser d'une position dominante<sup>1459</sup>
- S'abstenir de recourir aux subventions qui peuvent constituer un désavantage pour d'autres candidats dans le cadre d'un marché des contrats publics harmonisé<sup>1460</sup>
- S'abstenir de contribuer d'une manière ou d'une autre à la modification des prix sur le marché libre.

De même, cette articulation doit répondre à la nécessité d'envisager les obligations suivantes:

- Respecter les règles en matière de libre concurrence de l'État<sup>1461</sup>, des organisations internationales<sup>1462</sup> et des traités internationaux; et ne pas chercher des lacunes juridiques ni la moindre possibilité de faire une fraude de loi pour contourner la libre concurrence
- Prévenir les délits et infractions en matière de libre concurrence au sein de l'entreprise, et
- Collaborer avec les autorités de la concurrence pour détecter et éliminer les ententes, y compris l'obligation de payer les amendes et les sanctions.

En tout cas, à la lumière des nouvelles circonstances qui peuvent apparaître, la défense de la libre concurrence<sup>1463</sup> ne permettrait pas de dresser une liste fermée (*numerus clausus*) des

---

<sup>1458</sup> SOKOL (A) et STEPHAN (A), « Prioritizing Cartel Enforcement in Developing World Competition Agencies Competition Law and Development », in *Competition Law and Development*, (SOKOL (D) et al, éditeurs), Stanford University Press, 2013, p. 152.

<sup>1459</sup> En matière de concessions, il ne faut pas perdre de vue qu'un contrat de concession « confère souvent une position forte, sinon dominante, sur le marché ». Dans ce contexte, « l'autorité de la concurrence peut intervenir a posteriori en invoquant les dispositions interdisant l'abus de position dominante, mais il est parfois plus approprié de s'attaquer à l'emprise d'un concessionnaire sur le marché par des réglementations sectorielles ex ante », CNUCED, « Monopoles publics, concessions et droit de la concurrence », 2019, p. 20. (TD/B/C.I/CLP/2) < [https://unctad.org/fr/Docs/ciclpd2\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/Docs/ciclpd2_fr.pdf) >.

<sup>1460</sup> Cela pourrait nous amener à une question: il faut renoncer aux aides publiques ? Voir: BLAUBERGER (M) et KRÄMER (R), « Union European Competition vs. Global Competitiveness. Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement beyond Europe », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 13, numéro 1, 2013, pp 171-186.

<sup>1461</sup> Voir les arts. L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce de la France.

<sup>1462</sup> Voir les arts. 101 et 102 du TFUE.

<sup>1463</sup> En ce qui concerne la libre concurrence, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 2011 exposent ce qui suit:

« Les entreprises devraient:

1. Mener leurs activités d'une manière compatible avec tous les textes législatifs et réglementaires applicables, en prenant en compte le droit de la concurrence de tous les pays dans lesquels leurs activités risquent d'avoir des effets anticoncurrentiels.

interdictions; et, dans ce contexte, les codes d'éthique apparaissent également pertinents non seulement au sein des administrations publiques,<sup>1464</sup> mais aussi au sein du secteur privé.

## 2. Ententes injustifiables et institutions nationales

Il est reconnu que la manipulation du marché des contrats publics est particulièrement grave parce qu'elle conduit à une hausse des prix, ce qui a des répercussions sur l'argent public et sur les citoyens.<sup>1465</sup> Dans le contexte international, la nocivité des ententes a suscité une préoccupation constante<sup>1466</sup> au point qu'elle dévoile la nécessité de renforcer la protection des consommateurs.<sup>1467</sup> En effet, nous ne serons pas les premiers à noter que les ententes injustifiables peuvent constituer un problème en matière de droits de l'homme parce que

---

2. S'abstenir de conclure ou d'exécuter des accords contraires à la concurrence, notamment des accords visant à: a) fixer des prix; b) procéder à des soumissions concertées (ou collusions d'offres); c) établir des limitations ou des quotas de production; ou d) se partager ou diviser les marchés en se répartissant des clients, des fournisseurs, des zones géographiques ou des lignes d'activités.

3. Dans le cadre d'enquêtes, coopérer avec les autorités de la concurrence, notamment, et sous réserve de la législation applicable et des précautions appropriées, en apportant des réponses aussi rapides et aussi exhaustives que possible aux demandes de renseignements, et en envisageant d'utiliser tous les instruments disponibles, par exemple les déclarations de renonciation au droit à la confidentialité, afin de favoriser une coopération efficace et efficiente entre les autorités chargées de mener les enquêtes.

4. Procéder régulièrement à des opérations de sensibilisation de leurs salariés à l'importance du respect de l'ensemble des lois et réglementations en matière de concurrence et, en particulier, former leurs dirigeants aux questions de concurrence ».

Source: OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, p. 68 < <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf> >.

<sup>1464</sup> Voir l'art. 8 de la CNUCC et le Code international de conduite des agents de la fonction publique annexé à la résolution 51/59 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1996.

<sup>1465</sup> « *En supuestos análogos en los que se ha investigado la manipulación de servicios o productos finalmente pagados por el sector público, tanto la CNC como la CNMC han señalado los perniciosos efectos de dichas prácticas, constitutiva de un plus de gravedad de la infracción, dado el encarecimiento del coste que debe soportar la Administración y, en última instancia, los ciudadanos, que también resultan perjudicados como contribuyentes que deben asumir una mayor carga a través de sus impuestos* », Résolution du 6 septembre 2016 de la Commission nationale des marchés et de la concurrence de l'Espagne (Expte. S/DC/0544/14), pag. 96. « CNMC », lire: « *Comisión nacional de los mercados y la competencia* ». « CNC », lire « *Comisión nacional de la Competencia* »).

<sup>1466</sup> Entre autres documents, voir: OCDE, *Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics: Rapport sur l'implémentation de la Recommandation de l'OCDE*, 2016

< [www.oecd.org/daf/competition/Lutte-contre-les-soumissions-concertées-rapport-implementation-2016.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Lutte-contre-les-soumissions-concertées-rapport-implementation-2016.pdf) >.

<sup>1467</sup> En ce sens, la *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables adoptée par le Conseil* le 25 mars 1998 considérait déjà que ces ententes (*hard core cartels*):

« Constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres ».

C(98)35/FINAL - C/M(98)7/PROV.

l'artificialité des prix pourrait compromettre les dépenses publiques, les politiques publiques des États et le patrimoine des citoyens.<sup>1468</sup>

D'ailleurs, dans la construction du droit international des contrats publics, le contrôle sur le *dumping*<sup>1469</sup> apparaît comme une nécessité. Ce contrôle exige aussi des politiques coordonnées et harmonisées entre les États pour lutter contre les diverses formes de *dumping*, telles que le *dumping* social<sup>1470</sup> qui peut conduire à des avantages en raison d'une législation du travail de faible niveau de protection du travailleur et, par conséquent, à une réduction du prix réel des produits d'un candidat étranger<sup>1471</sup>; il s'agirait d'un résultat qui pourrait être imperceptible à première vue et, en plus, d'un sujet très difficile à légiférer à l'échelle planétaire, au moins aujourd'hui.

La lutte coordonnée contre les atteintes à la libre concurrence apparaît comme un élément important dans la construction du droit international des contrats publics parce que l'absence de coordination entre les autorités nationales compétentes en la matière peut conduire à une multiplicité de juridictions<sup>1472</sup> sur les mêmes faits dans le cadre d'un marché mondial libéralisé. Dans ce contexte, cette coordination interétatique est nécessaire non seulement pour découvrir et combattre les pratiques contraires au libre marché, mais aussi pour éviter les conflits de juridiction lorsque la découverte d'un cartel révèle une trame dans les appels

---

<sup>1468</sup> Si l'État doit payer des prix qui sont des chiffres artificiellement créés, le rôle des administrations publiques en matière de libre concurrence est essentiel pour le contrôle, les sanctions et la bonne application des programmes de clémence, comme on va voir dans les pages suivantes.

<sup>1469</sup> Le professeur Joël Boudant note que le *dumping* « peut donc être défini de façon schématique comme le fait pour une entreprise d'exporter sur le marché d'un État tiers un produit à un prix inférieur à celui auquel elle offre ce même produit sur son marché intérieur. Le *dumping* apparaît alors », BOUDANT (J), « *Dumping* », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril, 2015, paragraphe 3.

<sup>1470</sup> Fait intéressant en ce qui concerne le concert mondial, les professeurs Giuseppe Casale et Arrigo Gianni commentent qu'il n'y a pas de définition universelle du *dumping* social: « *there is no clear, universally accepted definition of social dumping. The European Commission describes the practice as a situation "where foreign service providers can undercut local service providers because their labour standards are lower"* ». *It gives its definition in relation to descriptions of the posting of workers* », CASALE (G) et GIANNI (A), *International Labour Law Handbook: from A to Z*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 279.

<sup>1471</sup> Voir: SAYDÉ (A), *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2014, p. 338.

<sup>1472</sup> Il est important de souligner les conséquences du manque de coordination entre les autorités nationales. Voir: JAIN (J), *Harmonization of international Competition Law*, Hambourg, Anchor Academy Publishing, 2013, p. 49.

d'offres publics de plusieurs États partageant un marché des contrats publics en vertu d'une harmonisation.

## **B. L'obligation de prévenir la criminalité (la pertinence les programmes *compliance*)**

Généralement, les candidats dans les appel d'offres public ont le statut juridique de « société ». Dans le cadre du droit pénal, la corruption peut impliquer la responsabilité pénale des personnes morales en raison du comportement de leur cadres.<sup>1473</sup> Dans différents États, comme la France, la responsabilité des personnes morales est déjà définie dans le Code pénal.<sup>1474</sup> Toutefois, la lutte contre la corruption exige d'envisager aussi la prévention et pas seulement la sanction. Dans le contexte de la prévention, les programmes de *compliance* sont pertinents parce qu'ils permettent de prévenir une mauvaise pratique ou un délit au sein d'une entreprise, notamment si « *the severity of the punishment may be insufficient to have a deterrent effect* ». <sup>1475</sup> Evidemment, le *compliance* facilite la prévention, permet de détecter des faits illicites et c'est un autre élément nécessaire dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics. Une tendance dans le droit pénal confirme cette affirmation comme nous l'expliquerons.

En ce qui concerne la responsabilité des personnes morales du droit privé, la Convention des Nations Unies contre la corruption n'oblige pas directement à considérer *per se* l'absence de programmes de *compliance* comme un élément du délit<sup>1476</sup>; cependant, les mesures de prévention de la corruption demandent l'introduction de programmes de *compliance*<sup>1477</sup> au sein des entreprises.

---

<sup>1473</sup> Art. 26 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

<sup>1474</sup> Art. 121-2 du Code pénal de la France: « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

<sup>1475</sup> BURGER (E) et HOLLAND (M), « Private-Sector Incentives for Fighting International Corruption », in *Corruption in International Business: The Challenge of Cultural and Legal Diversity* (édité par Sharon Eicher), Taylor & Francis Group, 2009, p. 164. Nous soulignons.

<sup>1476</sup> Voir les arts. 15 et 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

<sup>1477</sup> Surtout si l'on considère que « Chaque État Partie s'efforce de mettre en place et de promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption », paragraphe 2 del l'art. 5. Voir aussi l'art. 12, consacré au secteur privé.



D'ailleurs, l'AMP 2012 de l'OMC n'a pas introduit une obligation spécifique pour l'exigence d'un programme de *compliance* dans les entreprises qui participent à un appel d'offres publics. Toutefois, si la prévention de la corruption est une obligation pour les États<sup>1478</sup>, la construction d'un droit international des contrats publics<sup>1479</sup> apprécie également l'inclusion de programmes de *compliance*.<sup>1480</sup> Dans cette direction, la Convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe de 1999 apparaît comme un texte approprié parce que ce traité demandait déjà l'adoption de « mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle... a rendu possible la commission des infractions ». <sup>1481</sup> De toute évidence, ce type de mesures confirme la pertinence d'un programme de *compliance* au sein des entreprises candidates.<sup>1482</sup>

Certains ordres juridiques étatiques, comme le droit italien<sup>1483</sup> ou le droit espagnol, présentent une option législative intéressante. En effet, le code pénal espagnol, par exemple, n'introduit pas l'obligation d'avoir un programme de *compliance* (c'est-à-dire l'absence d'un programme de *compliance* au sein d'une société n'est pas un délit); cependant, dans le cadre

---

<sup>1478</sup> Voir le Chapitre II de la Convention des Nations Unies contre la corruption (Mesures préventives).

<sup>1479</sup> L'art. 12 dispose :

«1. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé, renforcer les normes de comptabilité et d'audit dans le secteur privé et, s'il y a lieu, prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect de ces mesures.

2. Les mesures permettant d'atteindre ces objectifs peuvent notamment inclure: ...

f) L'application aux entreprises privées, compte tenu de leur structure et de leur taille, d'audits internes suffisants pour faciliter la prévention et la détection des actes de corruption et la soumission des comptes et des états financiers requis de ces entreprises privées à des procédures appropriées d'audit et de certification ».

<sup>1480</sup> Le *compliance* n'est pas une nouveauté dans les contrats publics. Par exemple, en ce qui concerne environnemental, social et du travail de l'UE, le paragraphe 2 de l'art. 18 de la directive 24/2014 établit ce qui suit: « Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X ».

Voir: ESSIG (M), TONKIN (C) et McGUFFOG (T), « E-commerce and information », in *Public Procurement: International Cases and Commentary* (HNIGHT (L) *et al*, éditeurs), Oxon / N. York, Routledge, 2007, p. 306.

<sup>1481</sup> Paragraphe 2 de l'art. 18.

<sup>1482</sup> Garder à l'esprit la norme internationale ISO 37001 sur le management anti-corruption. En ce qui concerne les délits de corruption, comme le professeur Björn FASTERLING note, ces délits sont « notoirement difficiles à découvrir pour un procureur, sans parler de la difficulté d'en rapporter la preuve. L'information offerte par l'entreprise devient une source critique pour l'enquête du procureur. Dans ces cas, la coopération private-public ne facilite pas nécessairement le travail du procureur, mais devient plutôt une condition pour le conduire au succès », FASTERLING (B) « Criminal compliance. Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, 2016/2, p. 230.

<sup>1483</sup> *Decreto legislativo*, 08/06/2001 n° 231, G.U. 19/06/2001.

d'une procédure pénale, une société ne serait pas pénalement responsable en raison du comportement criminel de ses cadres ou des travailleurs si cette société avait adopté « modèles d'organisation et de gestion comprenant des mesures de surveillance et de contrôle appropriées pour prévenir » la criminalité « ou pour réduire de manière significative le risque » du délit.<sup>1484</sup> De cette façon, les États peuvent récompenser l'existence d'un programme de *compliance* au sein des entreprises à travers l'exonération de la responsabilité de la personne morale dans le droit pénal.<sup>1485</sup> Dans ce contexte, il est également important de garder à l'esprit la conservation des documents relatifs aux candidatures dans le cadre des appels d'offres publics, y compris les documents internes et les échanges dans le cadre du dialogue compétitif ou des procédures négociées, parce que, de cette manière, « *the accuracy and completeness of information can be verified, potentially leading to greater accountability* »<sup>1486</sup>, ce qui facilite la lutte contre la corruption.

Il convient de noter que les programmes de *compliance* sont nécessaires dans la mesure où, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, la jurisprudence internationale nie l'existence d'un contrat de nature publique lorsqu'un « contrat » a été octroyé en vertu d'un acte de corruption. Si c'est le cas, le cocontractant pourrait ne pas être un cocontractant et, dans cette ligne, il ne pourrait pas être considéré comme un candidat *stricto sensu*, mais plutôt comme un faux candidat et un faux cocontractant.<sup>1487</sup>

D'ailleurs, les programmes de *compliance* demandent une dépense et, en conséquence, l'absence d'un programme de *compliance* peut signifier « économiser ». <sup>1488</sup>

---

<sup>1484</sup> Le texte en espagnol: « *modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos... o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión* », paragraphe 2 de l'art. 31, *bis* du code pénal.

<sup>1485</sup> Voir le document OCDE, *Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia*, 2015, pp. 48-49 < <https://www.oecd.org/corruption/ACN-Liability-of-Legal-Persons-2015.pdf> >.

<sup>1486</sup> LAWATHER (W), « Public-Private Partnerships. Transparency and Accountability Issues », in *Private Financing of Public Transportation Infrastructure: Utilizing Public-Private Partnerships* (LAWATHER (W) et MARTIN (L) éditeurs), Lanham, Lexington Books, 2015, p. 179.

<sup>1487</sup> Dans le chapitre suivant, nous développerons cette idée dans le cadre de la contribution de la jurisprudence de l'arbitrage à la construction du droit international des contrats publics.

<sup>1488</sup> En ce qui concerne les entreprises qui participent au marché international des contrats publics, l'absence de programme de *compliance* est une imprudence.

La juriste Clara Blanc note que dans les délits imprudents, il y a un bénéfice pour l'entreprise en matière de sécurité, de productivité et de rapidité, BLANC (C), *La responsabilidad penal del Compliance officer*, thèse de droit, Université de Lleida, 2017, p. 128.

Si la construction du droit international des contrats publics considéra l'obligation d'un programme de *compliance* préalable comme une condition *sine qua non* pour devenir candidat dans les appels d'offres publics, ce construction renforcerait l'intégrité des contrats publics dans la mesure où l'absence d'un programme de *compliance* au sein de la société candidate impliquerait la suppression directe de la candidature; et, sans nier ce qui est déjà considéré comme « la complexité des sources normatives »<sup>1489</sup> dans le cadre des contrats publics, cette question pourrait être aussi une option à matérialiser.

En résumé, chaque harmonisation peut établir l'obligation interétatique d'exiger des programmes de *compliance* aux candidats (il faut souligner que toutes les harmonisations ne sont pas identiques), ce qui se traduirait par une égalité des conditions entre les candidats et ce serait un élément important dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics.

## **Conclusions de la section 1**

Dans le cadre de la multiplicité des harmonisations existentes, tenter la construction d'un statut international du candidat est un exercice intellectuel nécessaire dans le cadre de l'internationalisation des marchés; mais, à des fins pratiques, il s'agit d'une aspiration difficile à matérialiser notamment en raison des limitations à la CNF qui, au sein de l'OMC, n'opère pas comme un instrument d'extrapolation du droit à participer au marché plurilatéral des contrats publics construit (dans le cadre de l'OMC, l'ouverture du marché est uniquement en faveur des ressortissants des Parties de l'AMP 2012). Toutefois, on peut noter que l'analyse du candidat demande une particulière attention aux différents domaines juridiques concernés comme, par exemple, le droit international de l'environnement.

---

Si c'est le cas, l'épargne pourrait être un élément anticoncurrentiel.

<sup>1489</sup> GALLEGO (I), « La prevención de la corrupción en la contratación pública », in *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas* (NIETO (A) et MAROTO (M), directeurs), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 65.

Sur le sujet de l'environnement, il y a deux aspects très positifs à considérer au sein de l'OMC, comme nous l'expliquerons aux lignes suivantes.

Tout d'abord, au cours des 40 dernières années, il y a eu une sorte de transition depuis le silence du Code de Tokyo à l'acceptation de la protection de l'environnement dans l'AMP 2012. Aujourd'hui, ces clauses spécifiques de protection de l'environnement à travers les exceptions générales<sup>1490</sup> et les clauses relatives aux spécifications techniques<sup>1491</sup> dévoilent une évolution des règles internationales sur les contrats publics. Effectivement, en ce qui concerne les spécifications techniques dans l'AMP 2012, cet accord reflète une tendance à « la préservation des ressources naturelles et la sauvegarde l'environnement »<sup>1492</sup> et une considération des « caractéristiques environnementales » entre les « critères d'évaluation ».<sup>1493</sup> De même, les clauses potestatives<sup>1494</sup> permettent de vérifier cette tendance dans le cadre de la suivante réalité: les pouvoirs publics « *have an important market impact, both directly, through their purchases, and indirectly, through their influence on other market participants* ». <sup>1495</sup> Dans le cadre des contrats publics, l'acheteur (entité publique) peut décider ce qu'il va acheter, toujours selon les règles en vigueur.

Deuxièmement, la jurisprudence au sein de l'OMC révèle une obligation de protection.<sup>1496</sup> En ce sens, le célèbre (ou « fameux ») rapport de l'Organe d'appel 12 octobre 1998 sur l'affaire de la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base*

---

<sup>1490</sup> Paragraphe 2 de l'art. III de l'AMP 2012.

<sup>1491</sup> Paragraphe 6 de l'art. X de l'AMP 2012.

<sup>1492</sup> Paragraphe 6 de l'art. X.

<sup>1493</sup> Paragraphe 9 de l'art. X.

<sup>1494</sup> La conjugaison des verbes se fait sentir: « pourra » (paragraphe 6 de l'art. 10) et « pourront » (paragraphe 9 de l'art. 10).

<sup>1495</sup> VAN ASSELT (H), VAN DER GRIJP (N) et OOSTERHUIS (F), « Greener public purchasing: Opportunities for climate-friendly government procurement under WTO and EU rules », *Climate Policy*, vol. 6, numéro 2, 2006, p. 217.

<sup>1496</sup> Dans le préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC, les parties à l'Accord reconnaissent déjà: « que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

*de crevettes*<sup>1497</sup> a reconnu le devoir de protection de l'environnement dans le droit de l'OMC<sup>1498</sup>, ce qui implique que les parties de l'AMP 2012 sont également concernées par cette obligation. Cette jurisprudence est importante pour tous les domaines de l'OMC parce que le droit international de l'environnement « n'est pas un ensemble de normes isolées formant un corpus juridique autonome »<sup>1499</sup>, mais c'est un « droit transversal »<sup>1500</sup> présent dans les différents domaines du droit international comme le secteur des contrats publics.

En ce qui concerne le statut du candidat, la pertinence du droit international de l'environnement se traduit par l'acceptation des règles et principes de ce domaine, ce qui est vérifiable dans l'introduction de clauses environnementales dans les spécifications techniques.

## **Section 2: Vers l'élaboration d'un statut international du cocontractant**

L'harmonisation au sein de l'OMC et au sein d'autres harmonisations ne couvre pas la phase de l'exécution du contrat, mais la phase des appels d'offres publics essentiellement.<sup>1501</sup> Dans cette circonstance, nous essaierons d'articuler différents éléments et sources, pour définir les droits (§ 1) et les devoirs du cocontractant (§ 2).

---

<sup>1497</sup> WT/DS58/AB/R.

<sup>1498</sup> Le texte dit: « ... , nous tenons à insister sur ce que nous n'avons pas décidé dans cet appel. Nous n'avons pas décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont. Nous n'avons pas décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées... Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent. Et nous n'avons pas décidé que les États souverains ne devraient pas agir de concert aux plans bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, soit dans le cadre de l'OMC, soit dans celui d'autres organismes internationaux, pour protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement. Il est évident qu'ils le doivent et qu'ils le font », paragraphe 185.

<sup>1499</sup> ROBERT-CUENDET (S), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 56.

<sup>1500</sup> MARTIN-BIDOU (P), « La Cour internationale de justice et la protection de l'environnement: nouveaux développements », in *Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone 2015, p. 177.

<sup>1501</sup> Garder à l'esprit que certains ALEs ont un chapitre pour les « marchés publics » et un chapitre pour les « investissements internationaux » et, dans le cadre du chapitre consacré aux investissements, l'exécution du contrat peut être concernée. De même, garder à l'esprit qu'il y a des règles importantes sur l'exécution du contrat dans la directive 23/2014 sur les concessions au sein de l'UE et dans la directive 4/2004 de l'UEMOA.

## § 1. L'influence des droits du cocontractant sur la construction

Les « devoirs et droits du cocontractant » sont profondément enracinés dans le droit administratif.<sup>1502</sup> Dans ce contexte, l'expression « droits du cocontractant » nous fait penser, par bon sens, à divers aspects reconnus dans le droit interne comme, par exemple, le droit de recevoir en temps voulu l'argent convenu, le droit d'exécuter le contrat d'accord aux clauses du contrat, le « droit éventuel à résiliation du contrat si la modification du contrat implique un bouleversement de la convention initiale »,<sup>1503</sup> le droit à une indemnisation, etc.<sup>1504</sup>

Dans le cadre du droit international, l'absence d'un catalogue contraignant des droits du contractant à l'échelle planétaire n'est pas un facteur positif pour la construction du droit international des contrats publics; cependant, cette absence peut être atténuée grâce au droit des États, aux termes du contrat et aux principes généraux du droit (y compris les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international<sup>1505</sup>, comme le montre la jurisprudence internationale)<sup>1506</sup> et sans oublier le *soft law*.<sup>1507</sup>

---

<sup>1502</sup> BRAUD (X), *Cours de Droit administratif général*, Issy-les-Moulineaux, Gualino éditeur, 2018, p. 158-159; ROUAULT (M-Ch), *Droit administratif* (Mémentos LMD), Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018, pp. 144-149. Par exemple, le professeur Santiago González-Varas précise que « *cuando se trata el tema de los « derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato» suele hablarse directamente de las « garantías del contratista » frente a las « prerrogativas de la Administración », ya que dicho tema se ha enfocado tradicionalmente desde este punto de vista garantista », GONZÁLEZ-VARAS (S), « Derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato administrativo », *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, numéro 285, 2001, p. 179.*

<sup>1503</sup> POULET-GIBOT (N), *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*, Rosny-sous-Bois, Bréal éditions, 2007, p. 144.

<sup>1504</sup> Toujours dans le cadre de la bonne foi qui préside les relations contractuelles.

<sup>1505</sup> CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 352.

<sup>1506</sup> Par exemple, la sentence arbitrale CIRDI sur l'affaire *Gavazzi c. Roumanie*, notifié le 18 avril 2017, souligne ce qui suit:

« 214. *The principle of “loss of opportunity” as a basis for compensation, in a comparative approach, is best illustrated by the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts...*

...  
223. *Of course, the Tribunal is conscious that its calculations of loss of opportunity cannot be a rigorous scientific, mathematical or forensic exercise. However, considering what the international and domestic decisions and commentaries suggest, including the UNIDROIT Principles, and what is actually before the Tribunal in this case as evidence, it is a difficult but not an impossible exercise ».* ARB/12/25.

<sup>1507</sup> Par exemple, les Principes pour des contrats responsables des Nations Unies, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, les Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, etc.

Parmi les principes généraux du droit, le principe *pacta sunt servanda* occupe une place très spéciale parce que ce principe implique le droit à une relation contractuelle conforme au contrat (A).

D'ailleurs, la fonction promotionnelle du droit peut contribuer aussi à la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte le droit de clémence, si enraciné dans le droit interne et le droit de l'UE, apparaît comme un élément pertinent (B).

### **A. Le principe *pacta sunt servanda***

Comme nous le savons, en vertu du principe *pacta sunt servanda*<sup>1508</sup>, les termes du contrat ont force obligatoire.<sup>1509</sup> Dans ce contexte, on va voir qu'il y a des clauses contractuelles qui peuvent renforcer le respect du contrat (1) et des exceptions au principe *pacta sunt servanda* (2). La construction du droit international des contrats publics devrait respecter les clauses et principes propres au droit des contrats.

#### **1. La pertinence des formules contractuelles pour sauvegarder le contrat**

Parmi les clauses pour préserver le respect du contrat devant les prérogatives de l'État, nous nous intéressons particulièrement à la clause de stabilisation et à la clause d'intangibilité<sup>1510</sup>; ces clauses ne sont pas toujours convenues entre la diversité des contrats publics, mais entre les contrats à long terme tels que les concessions ou les contrats d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles.

---

<sup>1508</sup> L'art. 1.3 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international du 2016 dit: « Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore par les causes énoncées dans ces Principes Unidroit ».

<sup>1509</sup> Dans le cadre des commentaires des Principes d'Unidroit sur ce principe, on peut lire ce qui suit: « La force obligatoire du contrat présuppose évidemment qu'un accord ait été effectivement conclu par les parties et que l'accord auquel elles sont parvenues n'est pas affecté par une cause d'invalidité... Les règles impératives nationales et internationales applicables peuvent prévoir d'autres conditions pour la validité des contrats ».

<sup>1510</sup> Voir: LALIVE (J-F), « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents », *R.C.A.D.I.*, vol. 181, 1983, pp. 56-61.

Les clauses de stabilisation « visent l'ordre juridique dans lequel est exécuté le contrat, autrement dit les prescriptions légales auxquelles est soumis le contractant en tant qu'opérateur privé ».<sup>1511</sup> Ces clauses empêchent toute modification de la loi étatique et sont utilisées comme une sorte de « neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat ».<sup>1512</sup> Les clauses de stabilisation, « que seul l'Etat peut concéder »<sup>1513</sup>, sont généralement considérés comme un « gel » de la loi de l'État.<sup>1514</sup> En ce qui concerne la clause d'intangibilité, celle-ci « n'autorise aucune modification du contrat à moins d'un accord entre les parties ».<sup>1515</sup> Les deux clauses citées ici renforcent l'effet du principe *pacta sunt servanda* et génèrent des droits en faveur du cocontractant en face du pouvoir étatique. Cependant, dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, ces deux clauses conduisent aussi à l'interrogation suivante: peuvent-elles limiter le pouvoir de réglementer ou le droit à réguler des États ?<sup>1516</sup> Peuvent-elles limiter les obligations de l'État en matière de droits de l'homme ?<sup>1517</sup> Nous tenterons de répondre à cette question dans le chapitre suivant. Pour le moment, il est important de retenir que *pacta sunt servanda* n'est pas un principe absolu.

---

<sup>1511</sup> ROBERT-CUENDET (S), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>1512</sup> MAYER (P), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *Journal du droit international*, année 113, numéro 1, 1986. p. 5-78.

<sup>1513</sup> LEBEN (Ch), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 302, 2003, p. 237. Le raisonnement est simple, si l'État peut modifier le droit interne, seul l'État peut proposer et/ou accepter de ne pas le modifier.

<sup>1514</sup> Voir: GILDEMEISTER (A), *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 70 et 145.

<sup>1515</sup> LALIVE (J-F), « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents », *op. cit.*, p. 56.

<sup>1516</sup> Pour le moment, nous noterons que les « *tribunals can encourage both diligence on the part of the investor and transparency on the part of the State, while respecting the host State's internal organization and regulatory framework* », MORRIS (D), The « Regulatory State and the Duty of Consistency », in *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (LALANI (S) et POLANCO (R), éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2015, p. 68. Voir aussi: SACERDOTI (G), « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *R.C.A.D.I.*, vol. 269, 1997, pp. 368-378.

<sup>1517</sup> Ces clauses ont été critiquées. Sur ce sujet, voir : CROCKETT (A), « Stabilisation clauses and sustainable development: Drafting for the future Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K), éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 516-517.



## 2. La dérogation au principe *pacta sunt servanda*

*Pacta sunt servanda* n'est pas un principe absolu.<sup>1518</sup> En ce sens, le principe *rebus sic stantibus* présente un intérêt particulier parce qu'il implique une exception dans le principe *pacta sunt servanda* en raison d'un changement de circonstances.

*Rebus sic stantibus* comporte un risque de conflit entre les parties au contrat dans le cadre de l'interprétation des nouvelles circonstances<sup>1519</sup>; et *pacta sunt servanda* aussi. Dans ce contexte, la proportionnalité, au cas par cas, apparaît comme la condition *sine qua non* de l'équilibre nécessaire entre la règle et l'exception. De cette façon, la proportionnalité ici apparaît comme un droit du cocontractant et de l'entité contractante aussi et, d'un point de vue pratique, la proportionnalité évite l'abus du droit<sup>1520</sup>, un principe général du droit incontournable dans un éventuel traité sur les droits et devoirs du cocontractant.<sup>1521</sup>

D'ailleurs, les mesures du Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies peuvent avoir une incidence sur l'exécution du contrat. Ces mesures, en tant que sanctions contre des États et des individus, peuvent constituer une exception au principe *pacta sunt servanda* en raison de la nature obligatoire de ces mesures.<sup>1522</sup> Le Conseil de sécurité peut imposer des sanctions aux États et aux personnes<sup>1523</sup>; et dans ce contexte, ni les États ni les cocontractants ne sont exemptés de l'obligation de respecter ces sanctions et mesures. Dans cette direction, la non exécution du contrat en raison du contenu d'une

---

<sup>1518</sup> Dans le cadre des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les commentaires sur l'article 1.3 (consacré au principe *pacta sunt servanda*), manifestent ce qui suit: « Le principe *pacta sunt servanda* a, notamment, pour conséquence qu'un contrat peut être modifié ou résolu lorsque les parties le décident. La modification ou la résolution sans accord sont au contraire l'exception et ne peuvent par conséquent être admises que lorsqu'elles sont conformes aux dispositions du contrat ou lorsque cela est expressément prévu dans les Principes (voir les articles 3.2.7(2), 3.2.7(3), 3.2.10, 5.1.8, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.7, 7.3.1 et 7.3.3) ».

<sup>1519</sup> Dans ce contexte, chaque partie au contrat présuppose l'existence et l'inexistence, selon chaque critère, d'un changement de circonstances pertinentes.

<sup>1520</sup> Dans ce même contexte, on va noter simplement que la clause *hardship* a une signification particulière car elle permet d'adapter le contrat à de nouvelles circonstances sans permettre d'abus.

<sup>1521</sup> En conséquence, dans le cadre de l'exécution d'un contrat, les entités publiques ne peuvent déroger arbitrairement au principe *pacta sunt servanda* et cacher l'arbitraire en vertu du principe *rebus sic stantibus*.

<sup>1522</sup> Sur ce sujet, voir: COMELLAS (M), « Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales. Primera Parte* (COLLANTES (J), directeur), Lima, Palestra, 2009, pp. 60-101.

<sup>1523</sup> *Idem*, p. 69. Par exemple, la Résolution 1572 (2004) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5078e séance du 15 novembre 2004. Voir les paragraphes 11, 12 et 14.

résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du Chapitre VII n'entraînerait pas une violation injustifiable du contrat, surtout lorsque l'on parle déjà des pouvoirs « législatifs » du Conseil de sécurité.<sup>1524</sup>

Les effets des résolutions du Conseil de sécurité sur les contrats n'entravent pas la construction du droit international des contrats publics.

## **B. La pertinence du droit de clémence**

Dans le cadre du droit de la concurrence, le droit de clémence est une institution juridique bien connue et en vertu de laquelle une atteinte à la libre concurrence peut être confessé, dévoilée et pardonnée.<sup>1525</sup> Dans le cadre de la lutte contre les ententes, les programmes de clémence permettent d'avouer un fait illicite pour obtenir une sorte « d'immunité (totale ou partielle) »<sup>1526</sup> de la personne qui dénonce. Évidemment, il s'agit d'une sorte de droit

---

<sup>1524</sup> Voir: ROHR (A), « Introducción al estudio de las facultades legislativas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas », in (ROHR (A), directrice), *Las facultades legislativas del Consejo de seguridad: ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Avellaneda, SGN Editora, 2019. pp. 1-8.

<sup>1525</sup> La clémence permet « à une entreprise dénonçant des pratiques collectives, auxquelles elle a participé, d'échapper totalement ou partiellement aux sanctions », VIALFONT (A), « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », *Revue internationale de droit économique*, numéro 2, 2007, p. 160.

<sup>1526</sup> Ces programmes « visent encourager les membres d'une entente à prendre l'initiative de se mettre en contact avec l'autorité de la concurrence pour confesser leur participation dans un cartel et pour aider les enquêteurs dans leur tâche. Le but de ces programmes est de semer le doute au sein des membres du cartel. En offrant l'immunité (totale ou partielle) au premier à lancer l'alerte, et même au second ou plus, à se mettre en avant, ils permettent aux autorités d'obtenir des preuves décisives pour leur lutte contre les cartels », UNCTAD, « Les lignes directrices de la concurrence: programmes de clémence », 2016, p. 1. (Document UNCTAD/DITC/CLP/2016/3) < [https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccpl2016d3\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccpl2016d3_fr.pdf) >.

« premial »<sup>1527</sup> et<sup>1528</sup> d'un sujet compliqué dans la pratique, à tel point que l'on parle d'« incertitudes »<sup>1529</sup> et du « brouillard de la clémence ».<sup>1530</sup>

Dans le cadre de l'UE, le règlement (UE) 2015/1348 de la Commission du 3 août 2015 évidence l'importance des programmes de clémence en tant que la clémence « s'est révélé un outil efficace pour permettre à la Commission de découvrir et de sanctionner de nombreuses ententes secrètes ».<sup>1531</sup> Il s'agit d'un « élément dissuasif contre les ententes et... fournit une base permettant aux parties lésées de demander l'indemnisation du préjudice subi du fait de ces infractions ».<sup>1532</sup> Dans ce contexte, on peut percevoir la fonction promotionnelle du droit (qui permet « d'envisager sous un jour nouveau la question de la

---

<sup>1527</sup> Expression pris de *The Council of Europe French-English Legal Dictionary*, BRIDGE (F), *The Council of Europe French-English Legal Dictionary*, Strasbourg, Council of Europe publishing, 2012, p. 96.

<sup>1528</sup> En France, l'art. 73 de la loi 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a introduit ce qui suit:

« l'article L. 464-2 du code de commerce est ainsi rédigé: ...

III. - Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée... s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. ..., le conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction ». Nous soulignons.

<sup>1529</sup> DEBROUX (M), « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence: quelles décisions stratégiques ? », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence* (MASSON (A), directeur), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 167.

<sup>1530</sup> *Idem.*

<sup>1531</sup> Considérant 3 de ce règlement.

<sup>1532</sup> *Idem.* Le Considérant 3 de ce règlement, qui reconnaît également que: « par leur nature même, les ententes secrètes sont souvent difficiles à détecter et à instruire sans la coopération des entreprises ou des personnes qui y sont impliquées. Aussi la Commission considère-t-elle qu'il est de l'intérêt de l'Union de récompenser les entreprises participant à ce type d'ententes illégales qui souhaitent reconnaître leur participation et y mettre fin et coopérer à l'enquête de la Commission, indépendamment des autres entreprises impliquées dans l'entente. Le bénéfice que tirent les consommateurs de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et sanctionnées est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à infliger des amendes, d'un niveau proportionné à leur comportement illégal, aux entreprises qui permettent à la Commission de découvrir et d'interdire de telles pratiques. À cette fin, la Commission dispose d'un programme de clémence depuis 1996, qui fixe les conditions auxquelles elle peut récompenser les entreprises qui coopèrent à son enquête. Le programme de clémence s'est révélé un outil efficace pour permettre à la Commission de découvrir et de sanctionner de nombreuses ententes secrètes. ... ».

sanction des violations du droit »)<sup>1533</sup> dévoile la pertinence du droit de clémence. Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, le droit de clémence peut relever d'une stratégie juridique multilatérale qui permettrait de « traquer » les mauvaises pratiques au niveau mondial.

Au sein de l'UE, l'arrêt de la CJUE du 20 janvier 2016<sup>1534</sup> remarque « l'autonomie » des programmes de clémence de l'UE et des États membres. Les programmes de clémence des États et de l'UE coexistent.<sup>1535</sup> L'absence d'un programme de clémence à l'échelle mondiale n'est pas le meilleur allié pour détecter les pratiques et accords cachés dans le cadre du fonctionnement du marché des contrats publics dans l'OMC.

Dans ce contexte, on va noter que le droit de clémence n'est pas reconnu dans les textes du droit international des droits de l'homme (1). Cependant, la construction du droit international des contrats publics exige une coordination mondiale en la matière simplement pour une raison de cohérence juridique et de fonctionnalité (2).

---

<sup>1533</sup> TRIBOLO (J), « La théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio: contribution au débat sur la juridicité du droit international », < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790356/document> >, p. 3.

<sup>1534</sup> C-428/14: « 58. La coexistence et l'autonomie qui caractérisent ainsi les relations existant entre le programme de clémence de l'Union et ceux des États membres sont l'expression du régime de compétences parallèles de la Commission et des autorités nationales de concurrence institué par le règlement... 1/2003.

59. Il en découle que, dans le cas d'une entente dont les effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se produire dans plusieurs États membres et, par conséquent, peuvent susciter l'intervention de différentes autorités nationales de concurrence ainsi que de la Commission, l'entreprise qui souhaite bénéficier du régime de clémence en vertu de sa participation à l'entente concernée a intérêt à présenter des demandes d'immunité, non seulement à la Commission, mais aussi aux autorités nationales éventuellement compétentes pour appliquer l'article 101 TFUE.

60. L'autonomie des programmes de clémence doit nécessairement s'étendre aux différentes demandes d'immunité présentées à la Commission et aux autorités nationales de concurrence, étant donné qu'elles font partie intégrante desdits programmes. À cet égard, il importe de relever que l'autonomie de ces demandes découle directement du fait qu'il n'existe pas, au niveau de l'Union, de système unique d'auto-dénonciation des ententes qui participent aux ententes en violation de l'article 101 TFUE. Cette autonomie ne saurait, par ailleurs, être affectée par la circonstance que les différentes demandes ont pour objet la même infraction au droit de la concurrence ».

<sup>1535</sup> DE LA VEGA (F), *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust). Exención o reducción de multas en caso de cártel*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 27-39.

## 1. L'absence du droit de clémence et des programmes de clémence dans les traités

Il y a un silence en ce qui concerne les programmes de clémence dans les traités d'harmonisation (i). Toutefois, la clémence permet l'introduction d'une stratégie qui doit être analysée dans le cadre de l'extraterritorialité (ii) et dans le cadre d'une action interétatique efficacement coordonnée dans le droit administratif et le droit pénal (iii).

### *(i) Le silence des traités et la pertinence de la clémence dans la construction*

La clémence suppose l'existence d'un fait préalable illicite. La clémence n'est pas expressément prévue généralement dans les textes d'harmonisation des contrats publics pour l'ouverture du marché. Cependant, à la lumière de la pratique législative des États et de l'avantage significatif des programmes de clémence, la clémence exige une place dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où elle constitue un chemin pour découvrir la vérité, pour détruire une entente et pour sauvegarder le marché par le biais de la dissuasion et de la sanction. La Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 va dans cette direction<sup>1536</sup> bien que ce traité n'utilise pas le terme « clémence ».

### *(ii) La clémence dans le cadre de l'extraterritorialité des sanctions*

L'extraterritorialité des actes et sanctions des autorités nationales dans la sauvegarde de la libre concurrence est un facteur incontournable dans la construction du droit international des contrats publics. Cette construction exige une coordination en ce qui concerne l'extraterritorialité du droit de la concurrence<sup>1537</sup> à une époque où l'on parle d'une « pseudoterritorialité ».<sup>1538</sup> Dans le cadre de la mondialisation, les régimes étatiques de libre

---

<sup>1536</sup> Voir l'art. 37.

<sup>1537</sup> ROMANO (F), *Mondialisation des politiques de concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 117-121.

<sup>1538</sup> BASEDOW (J), « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'applications des lois contre les restrictions de la concurrence », *R.C.A.D.I.*, vol. 264, 1997, p. 83.

concurrence coexistent déjà<sup>1539</sup>; et, dans ce contexte, l'extraterritorialité, en termes généraux, peut comporter des avantages contre les ententes internationales<sup>1540</sup>, ou une insécurité<sup>1541</sup> s'il existe des divergences entre chaque loi et/ou le critère des États.

L'extraterritorialité du droit de la concurrence, devrait-elle impliquer la reconnaissance de la clémence accordée par un État ? Si les États conviennent de la reconnaissance mutuelle de la clémence, la possibilité d'obtenir des aveux serait fortifiée; mais aujourd'hui, au niveau mondial, l'efficacité extraterritoriale de la clémence semble être simplement une aspiration<sup>1542</sup> parce qu'il n'y a pas un traité articulant l'efficacité de la clémence entre les États ni articulant les diverses disciplines concernées par la clémence dans la sauvegarde de la libre concurrence.

*(iii) L'efficacité de la clémence entre le droit administratif et le droit pénal*

Si l'objectif des programmes de clémence est d'obtenir des aveux, un éventuel traité international en matière de clémence devrait articuler le droit administratif et le droit pénal

---

<sup>1539</sup> La professeure Sandra Marco Colino résume: « *The coexistence of competition law regimes around the world inevitably implies that companies that trade internationally may find themselves subject to the law of a foreign state* », MARCO (S), *Competition Law of The UE and UK*, Oxford University Press, 2011, p. 58.

<sup>1540</sup> Le professeur Brendan J. Sweeney note que « *If the USA applies its antitrust law against a global cartel, a possible result is that the cartel will cease operation* », SWEENEY (B), *The Internationalisation of Competition Rules*, Londres / N. York, Routledge, 2008, p. 226.

<sup>1541</sup> L'extraterritorialité implique difficultés si n'y a pas une coordination a niveau mondial. « Par exemple, en matière de concentration, l'approbation d'une opération par une autorité de la compétence local ne signifie pas que l'opération ne sera pas bloquée », MASSON (A), « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques: l'exemple du droit de la concurrence », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence* (MASSON (A), Directeur), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 21-22.

<sup>1542</sup> La *Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence* du 2004 offre une exposition intéressante, au niveau européen, à partir de laquelle nous pourrions penser aux difficultés existantes dans le cadre d'une éventuelle clémence à l'échelle mondiale (y compris l'harmonisation et la coordination des programmes de clémence au niveau mondial): « En l'absence d'un système de clémence pleinement harmonisé s'étendant à l'ensemble de la Communauté, une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence. Il s'ensuit que le demandeur a intérêt à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question. Compte tenu de l'importance du choix du moment dans la plupart des systèmes de clémence en vigueur, les demandeurs auront également intérêt à se demander s'il est indiqué de solliciter simultanément des mesures de clémence auprès de toutes les autorités compétentes. Il incombe au demandeur de faire les démarches qu'il juge indiquées pour défendre sa position dans le cadre d'une éventuelle procédure engagée par ces autorités », paragraphe 38. 2004/C 101/03.

de la libre concurrence des États. Si la « libéralisation des marchés publics est un domaine multidisciplinaire »<sup>1543</sup>, la construction du droit international des contrats publics demande l'articulation des différents domaines concernés y compris aussi le domaine des sanctions étatiques et du pardon (total ou partiel) dans le droit administratif et du droit pénal.<sup>1544</sup>

D'ailleurs, il est nécessaire de garder à l'esprit que « la mécanique de clémence est pleinement efficace lorsque tous les éléments –les cartellistes, le marché affecté et les victimes– se situent en « circuit fermé », c'est-à-dire dans une même juridiction ».<sup>1545</sup> Dans le cadre de la libéralisation du secteur des contrats publics, les cartels et les victimes des cartels peuvent être situés dans différentes juridictions (dans les juridictions d'un groupe d'États concernés par un même marché harmonisé pour être plus précis).<sup>1546</sup> Dans le contexte de l'absence d'un traité sur la reconnaissance mutuelle de la clémence, la reconnaissance et la non-reconnaissance de la clémence accordée par une autorité étrangère dépend de chacun de ces États<sup>1547</sup>; et, dans la construction du droit international des contrats publics, il ne serait pas très stratégique si chaque État évalue la clémence accordée par un autre État selon l'absolu critère de l'unilatéralité.<sup>1548</sup> En bref, au niveau mondial, le manque de coordination entre les États est très visible dans le domaine de la clémence. À notre avis, l'ouverture du marché mondial des contrats publics devrait considérer le droit de clémence dans le cadre

---

<sup>1543</sup> NELL (P), « Transparence dans les marchés publics: options après la Conférence de l'OMC à Cancún », *Revue internationale de droit économique*, numéro 3, 2004, p. 378.

<sup>1544</sup> Il faudrait en outre évaluer la pertinence de la clémence dans le cadre des circonstances qui modifient la responsabilité pénale, telles que l'atténuation des sanctions.

<sup>1545</sup> DESBROSSE (P), « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *Revue internationale de droit économique*, numéro 2010/2, p. 234.

<sup>1546</sup> Le professeur Berthold Goldman avait déjà noté ce qui suit: « Aucun des systèmes juridiques examinés ne paraît en tout cas se préoccuper du lieu de conclusion de l'accord anti-concurrentiel lui-même, ou du lieu où ont été décidées les pratiques restrictives concertées. Une entente conclue à l'étranger (ou hors de la Communauté) qui a pour objet ou peut avoir pour effet une restriction de la concurrence sur le territoire national (ou communautaire) entrerait parfaitement dans le domaine d'application de la législation du pays dont le marché est affecté », GOLDMAN (B), « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence », *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969, pp. 684-685.

<sup>1547</sup> C'est ironique: libéraliser le marché et, simultanément, « nationaliser » les sanctions et la clémence.

<sup>1548</sup> En ce qui concerne l'articulation de la clémence dans le contexte mondial, il faudrait retenir que les marchés transnationaux « affectent les limites traditionnelles du droit international public et privé fondées sur les marchés nationaux réglementés au niveau national », SUDERON (J), *El Derecho internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Competencia Judicial Internacional y Derecho Aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos Antitrust*, thèse droit, Université Carlos III de Madrid, 2015, p. 16-17. < [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20391/Julia\\_Suderow\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20391/Julia_Suderow_tesis.pdf) >.

d'une stratégie globale et coordonnée de lutte contre les ententes<sup>1549</sup>, ce qui constituerait un véritable progrès dans la construction du droit international des contrats publics.

## 2. Vers une stratégie de coordination mondiale en matière de clémence ?

Une ancienne jurisprudence de la CIJ très fréquemment citée met en évidence l'existence d'institutions juridiques de droit interne pertinentes dans le droit international.<sup>1550</sup> La clémence est l'une de ces figures parce qu'elle peut déborder des frontières (la clémence dans le cadre du droit de l'UE est un exemple de l'assimilation de la clémence par les organisations internationales) et cette institution conduit à évaluer l'opportunité d'établir un programme mondial de plans de clémence pour échanger des informations<sup>1551</sup>, coordonner les politiques et valider l'octroi de la clémence entre les États concernés par une harmonisation.<sup>1552</sup> En effet, comme le professeur Daniel Francis souligne: si chaque programme de clémence a ses propres règles et procédures, la structure des programmes de clémence tombe parce que celle-ci ne peut pas être assurée dans toutes les juridictions.<sup>1553</sup> En conséquence, la reconnaissance interétatique du droit de clémence accordé par un État étranger, y compris un éventuel effet

---

<sup>1549</sup> Avec la coordination, la dissuasion et l'efficacité sont aussi essentielles. Dans ce ligne, le juriste Pierre Desbrosse note: « Les succès enregistrés par les programmes de clémence européens et américains reposent d'une part sur la capacité de dissuasion et le caractère effectif des sanctions contre les opérateurs -grâce à une capacité d'intervention extraterritoriale- et d'autre part sur l'efficacité des échanges d'informations et de preuves entre autorités de concurrence. À l'inverse, un programme de clémence s'avère inefficace si l'autorité de concurrence n'est pas en mesure de collecter les éléments de preuve de pratiques cartellaires affectant son marché interne qui se trouvent en dehors de sa juridiction », DESBROSSE (P), « Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *op. cit.*, p. 238.

Et, dans ce contexte, il n'est pas nécessaire d'être très imaginatif pour considérer que l'efficacité extraterritoriale de la clémence mérite une coordination interétatique.

<sup>1550</sup> Il y a des décennies, l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970 sur l'affaire *Barcelona Traction* avait reconnu l'existence « des transformations profondes qui se sont produites dans la vie économique des nations. Ces derniers changements ont engendré en droit interne des institutions qui ont débordé les frontières et ont commencé à exercer une influence considérable sur les relations internationales », paragraphe 37. *Recueil CIJ*, 1970.

<sup>1551</sup> En ce qui concerne les échange d'informations, la « database » de l'OCDE « *contains approximately 200 references related to international hard core cartels since 2012 from approximately 50 jurisdictions. The included cartels are those in which competition authorities have issued decisions against (and possibly fined) cartels, and/or in which private damages have been collected* ». Il ne s'agit pas d'une base de données spécialisée en ententes dans le domaine du marché des contrats publics, mais cette base de données permet de rechercher des ententes dans différents secteurs tels que l'extraction minière, les services, etc.  
< [https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD\\_HIC](https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD_HIC) >.

<sup>1552</sup> Un détail: la multiplicité des harmonisations, pourrait-elle compliquer cette aspiration ?

<sup>1553</sup> FRANCIS (D), « Choices and Consequences: Internationalizing Competition Policy after TPP », in *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*, (KINGSBURY (B), *et al*, éditeurs), Oxford University Press, 2019, p. 420.



sur l'ordre administratif et pénal, constitue une pièce maîtresse dans la construction du droit international des contrats publics.

Dans le cadre de la lutte contre les ententes internationales, si la clémence accordée par un État est reconnue par deux ou plusieurs États concernés par une harmonisation déterminée, la volonté de collaborer<sup>1554</sup> pourrait être renforcée. Ainsi, la reconnaissance internationale d'une clémence accordée par les autorités d'un autre État pourrait contribuer à la décision de collaborer<sup>1555</sup> avec toutes les autorités des différents États qui partagent un même marché. En effet, la reconnaissance interétatique de la clémence pourrait favoriser ou encourager la confession dans le cadre d'une confiance interétatique mutuelle qui consoliderait la construction d'un droit international des contrats publics.<sup>1556</sup>

Au sein de l'OMC, la question de la clémence n'a pas été expressément abordée dans les accords plurilatéraux sur les marchés publics<sup>1557</sup>, ce qui ne signifie pas que la clémence soit un sujet totalement exclu des agendas de l'OMC parce qu'elle est constamment mentionnée dans le cadre de l'examen individuel de la politique commerciale.<sup>1558</sup>

La possibilité de créer une agence spécialisée en matière de clémence dans le cadre d'une organisation internationale pourrait être explorée pour coordonner les politiques de clémence et la législation des États, établir des normes internationales et coordonner la formation des

---

<sup>1554</sup> C'est là qu'entre en jeu un élément psychologique et personnel après la consommation de l'infraction.

<sup>1555</sup> La collaboration peut difficilement être considérée comme un devoir dans la mesure où il n'y a pas d'obligation de témoigner contre soi-même. À cet égard, le droit « primordial » est une très bonne option.

<sup>1556</sup> Nous sommes conscients des limites de cette hypothèse: les États à fort taux de corruption pourraient susciter une méfiance: Comment accepter une clémence étrangère accordée par des agents publics corrompus ?

<sup>1557</sup> Les mêmes directives d'harmonisation du 2014 au sein de l'UE ne traitent pas de la question de la clémence.

<sup>1558</sup> À titre d'exemple seulement: WT/TPR/S/216, paragraphe 17, en ce qui concerne la Nouvelle-Zélande; WT/TPR/S/211, paragraphes 108, 118, 119 en ce qui concerne le Japon; WT/TPR/S/141, paragraphes 152 et 154, en ce qui concerne la Suisse; WT/TPR/S/377, paragraphe 3128 en ce qui concerne Taiwan; WT/TPR/S/357, paragraphe 3195 en ce qui concerne l'UE, où on peut lire: « L'entreprise qui a participé à une entente peut échapper à l'amende ou bénéficier d'une réduction de celle-ci si elle coopère avec la Commission. Pour se voir accorder l'immunité, elle doit être la première à informer la Commission de l'existence de l'entente, et lui communiquer des renseignements suffisants pour lui permettre d'ouvrir une enquête sur les entreprises participantes. Une réduction de l'amende est possible pour les entreprises qui ne participent plus à l'entente et qui fournissent à la Commission des preuves ayant une valeur ajoutée importante. L'amende peut alors être réduite de 50% au maximum au profit de la première entreprise qui aura répondu à ces conditions, un taux inférieur s'appliquant aux suivantes ».

fonctionnaires des pays en développement. De cette façon, on pourrait au moins réduire le risque d'un « effet asymétrique »<sup>1559</sup> de l'interaction des programmes de clémence en raison de la diversité des législations et des programmes de clémence existantes.

## **§ 2. Les devoirs du cocontractant dans l'exécution du contrat**

Le cocontractant a l'obligation de respecter le contrat et d'exécuter le contrat en toute bonne foi et diligence. À cet égard, le cocontractant doit toujours agir avec toute la diligence raisonnable (A) et il peut être tenu de réparer les dommages non seulement causés à l'autre partie au contrat, mais aussi les dommages causés à des tiers qui ne font pas partie au contrat (B).

### **A. La diligence raisonnable dans l'exécution du contrat**

Dans le cadre de la phase d'exécution du contrat, une construction du droit international des contrats publics ne pourrait pas éviter, d'une part, la présence du facteur risque (1) et, d'autre part, le devoir de coordination entre les autorités publiques de l'État d'exécution du contrat et le cocontractant (2).

### **1. La présence du facteur risque dans l'exécution du contrat**

La prise en compte des risques dans l'exécution du contrat doit être une priorité pour les pouvoirs publics et pour les cocontractants, notamment en ce qui concerne les dommages aux biens, la santé, la vie et les autres droits de l'homme au sens large, y compris la protection de l'environnement.<sup>1560</sup> En ce sens, un devoir de diligence existe. Ce devoir est confirmé par

---

<sup>1559</sup> Le juriste Pierre Desbrosse explique: « L'interaction des programmes de clémence produit donc un effet asymétrique: les pays du Nord disposent de leviers conventionnels et extraterritoriaux leur permettant de limiter les effets néfastes des cartels sur leurs économies nationales, alors que les pays du Sud -soumis à l'ouverture des barrières douanières et tarifaires- sont exposés sans moyens coercitifs hors de leurs frontières », DESBROSSE (P), « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *op. cit.*, p. 237.

<sup>1560</sup> L'« extrême diversité » des contrats s'impose à nouveau. L'exécution d'un contrat sur l'achat de fournitures de bureau ne comporte pas le même risque de dommages que l'exécution d'un contrat pour la construction d'une centrale thermique ou pour l'exploitation de ressources naturelles dans des zones fluviales transfrontalières.

les Principes pour des contrats responsables des Nations Unies<sup>1561</sup> et il concerne les sous-traitants<sup>1562</sup> aussi, ce qui permet de vérifier que la construction du droit international des contrats publics ne concerne pas seulement les deux parties au contrat.<sup>1563</sup> Dans ce contexte, il convient de souligner que cette construction n'est pas destinée à remplacer la volonté des parties au contrat, mais d'articuler les éléments et domaines juridiques existants dans le respect de la volonté des parties dans le cadre du droit international en tant que système juridique.

---

<sup>1561</sup> Principe 2: « Les responsabilités en matière de prévention et d'atténuation des risques pour les droits de l'homme associés au projet et à ses activités doivent être clairement définies et acceptées avant la signature du contrat ».

Les principaux enjeux sur ce principe demandent:

« Il faudrait certes consacrer davantage d'études aux effets potentiellement négatifs d'un projet sur les droits de l'homme pendant la durée du projet en question, mais il faut aussi que les parties puissent prévoir ces effets sur la base d'études de faisabilité, d'évaluations d'impact précoces, d'évaluations de la diligence raisonnable ou d'autres études préalables;

Les parties doivent disposer de compétences appropriées pour être en mesure d'identifier et de gérer les risques pour les droits de l'homme pendant toute la durée du projet et avant que des incidences négatives ne se produisent. Pour ce faire, ils doivent soit renforcer leurs capacités internes soit faire appel à des compétences externes;

Qu'il s'agisse de prévenir les incidences négatives d'un projet ou de les atténuer, il faut prévoir des fonds suffisants pour pouvoir prendre les mesures nécessaires;

Les plans de prévention et d'atténuation doivent intégrer les informations et les indications obtenues auprès des populations locales susceptibles d'être lésées par le projet »

< [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles\\_ResponsableContracts\\_HR\\_PUB\\_15\\_1\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsableContracts_HR_PUB_15_1_FR.pdf) >, p. 10.

<sup>1562</sup> En ce qui concerne le Principe 3 des Principes pour des contrats responsables des Nations Unies, les Recommandations concernant les points à vérifier demandent ce qui suit: « Les parties ont veillé à ce que toutes les normes d'exécution, y compris les normes externes nécessaires pour compléter les normes nationales, s'appliquent aux successeurs et aux sous-traitants ».

D'ailleurs, en ce qui concerne le Principe 5 (fourniture de produits ou services supplémentaires), la Brève explication sur ce principe dit: « Il arrive que l'État exige des investisseurs qu'ils fournissent des services ou des infrastructures de nature non commerciale (écoles, services de soins de santé, routes, etc.) qui ne sont essentiels ni à l'exécution du projet ni à l'atténuation de ses effets négatifs possibles. Dans ces cas, l'État délègue la fourniture de ces biens et services à une entreprise, sans pour autant renoncer à ses obligations en matière de droits de l'homme. La responsabilité qui incombe à l'investisseur de respecter les droits de l'homme s'étend aussi à la fourniture de biens et services, même si ceux-ci sont complémentaires par rapport au projet et à son activité commerciale de base. Les États doivent donc examiner soigneusement l'opportunité et la manière de déléguer la fourniture de ces biens et services. Tout d'abord, ils doivent veiller à ce que ces arrangements soient un moyen efficace de réaliser les droits de l'homme compte tenu des spécificités de chaque cas. Les États doivent considérer: a) les coûts d'opportunité découlant de la décision de renoncer à se procurer ces biens ou services dans le cadre d'un appel d'offres public; b) les effets éventuels que la fourniture de ces biens et services par l'investisseur pourrait avoir sur la durabilité de la prestation; c) le risque que ces arrangements brouillent les rôles et les responsabilités de l'État d'une part et de l'investisseur commercial de l'autre, en particulier pour les bénéficiaires de ces biens et services ».

<sup>1563</sup> Rappeler les droits des peuples autochtones et, en plus, garder à l'esprit les droits des autres Etats et les droits des personnes sont des sujets qui concernent, comme nous le verrons dans les pages suivantes.

Dans le cadre de cette construction, il faut préciser que, d'un côté, l'obligation de diligence raisonnable concerne le cocontractant, le sous-traitant et l'État<sup>1564</sup> en tant que sujet de droit international; et que, d'un autre côté, cette obligation doit être observée dans toutes les phases du contrat.<sup>1565</sup>

## **2. La nécessaire coordination pour la sauvegarde des droits des tiers**

Dans le cadre du risque, la coordination apparaît comme une obligation de l'entité contractant et du cocontractant.

La coordination impliquera également une attitude collaborative, de coopération, entre les parties au contrat et les entités de l'État ayant compétence sur les diverses matières concernées dans l'exécution du contrat comme, par exemple, les droits de l'homme ou la protection de l'environnement, surtout lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière. Le dommage transfrontière dans le cadre de l'exécution du contrat exige une attention particulière aux effets du dommage sur le territoire d'autres États.

### **B. L'obligation de réparation et responsabilité**

L'exécution d'un contrat peut causer des dommages sur le territoire de l'État partie au contrat et sur le territoire d'autres États. Un cocontractant, peut-il être responsable des dommages provoqués au territoire d'autres États ?

---

<sup>1564</sup> Le mot « État » comprend les différentes administrations publiques, y compris l'entité contractante et de l'entité adjudicatrice.

<sup>1565</sup> Sur la nature obligatoire de la diligence raisonnable des candidats dans la phase d'appel d'offres publiques, par exemple la résolution 92/2018 du Tribunal administratif des contrats publics d'Aragon (Espagne) du 28 septembre 2018 est éloquent: « la candidate, qui lors de la préparation de sa candidature n'a pas agi avec la diligence due... vise à utiliser le mécanisme de la régularisation de l'offre prévu dans l'ordre juridique pour... transférer au pouvoir adjudicateur la responsabilité d'une action qui découle exclusivement de sa responsabilité; ce qui signifierait lui donner l'opportunité de pouvoir élaborer une nouvelle proposition au profit de celui qui ne respecte pas les règles minimales pour cette confection », p. 16. Le texte originel dit:

« *La recurrente, que al confeccionar su oferta no actuó con la diligencia debida... pretende valerse del mecanismo de la subsanación de la oferta que prevé el ordenamiento jurídico para, de forma interesada, trasladar al órgano de contratación la responsabilidad de una actuación que exclusivamente le es achacable a ella y que supondría dar la oportunidad de poder confeccionar de nuevo la oferta a quien no respeta las más mínimas reglas en su confección* ».

Pour répondre, il est nécessaire de contextualiser la question dans le lieu de l'exécution du contrat (1) et dans le cadre du sujet de la responsabilité du cocontractant en droit international public et privé (2).

### 1. Une contextualisation préalable de la question: le lieu de l'exécution du contrat

Les dommages transfrontières ne sont pas un sujet nouveau dans le droit international.<sup>1566</sup> Ici, le territoire des États et la diligence raisonnable<sup>1567</sup> sont deux éléments à considérer, comme nous le verrons ci-après.

En effet, la sentence arbitrale du 11 mars 1941 sur l'affaire *Trail Smelter* a déjà récapitulé la doctrine existante sur l'obligation de respecter le territoire d'autres États.<sup>1568</sup> L'arrêt de la CIJ du 25 septembre 1997<sup>1569</sup> sur l'affaire *Projet Gabikovo-Nagymaros (Hongrie c.*

---

<sup>1566</sup> Dans le cadre du *Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Rapporteur spécial), on peut lire:

« L'importance de l'accès aux recours a aussi été soulignée; l'État d'origine et les autres États intéressés devraient permettre aux victimes d'un dommage transfrontière d'avoir accès sans discrimination aux instances judiciaires et administratives pour leur présenter leurs demandes d'indemnisation et se prévaloir des voies de recours ouvertes aux victimes du même dommage ressortissantes de l'État d'origine. L'idée de prévoir des normes minimales en matière de recours et d'indemnisation dont toutes les victimes de dommages découlant de l'activité dangereuse pourraient se prévaloir et exigeant des États qu'ils incorporent des dispositions en ce sens dans leur droit interne a été soutenue. En d'autres termes, il n'est plus considéré acceptable en droit international qu'un État autorise sur son territoire une activité dangereuse qui présente le risque de causer des dommages transfrontières en l'absence d'une législation garantissant dans le même temps des voies de recours et une indemnisation appropriées en cas d'incident causant des dommages transfrontières. Cette obligation est toutefois interprétée, selon un point de vue, comme le devoir de l'État de faire de son mieux, sans préjudice de la situation particulière du pays ou des pays intéressés ».

*Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, volume II, première partie, p. 77 (A/CN.4/566).

<sup>1567</sup> Dans ce contexte, on peut parler des « *obligations of prevention or due diligence obligations* », BROWN (A), « To Complicity... and beyond! Passive Assistance and Positive Obligations in International Law », *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 27, 2014, p. 148.

<sup>1568</sup> « As Professor Eagleton puts in (*Responsibility of States in International Law*, 1928, p. 80): "A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction." A great number of such general pronouncements by leading authorities concerning the duty of a State to respect other States and their territory have been presented to the Tribunal », *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1963.

<sup>1569</sup> Dans ce contentieux, la CIJ a reconnu à plusieurs reprises le principe de la prévention du droit international de l'environnement; mais certains considèrent qu'il s'agit d'une jurisprudence qui ne termine pas d'articuler ses propres arguments. Sur cette question, voir: DUVIC-PAOLI (L-E), *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 142.

Slovaquie)<sup>1570</sup>, a affiné ce raisonnement<sup>1571</sup>, et le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 et le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992 soulignent déjà le devoir de contrôle des États.<sup>1572</sup> Ce devoir de contrôle de l'État n'exclut pas toute responsabilité du cocontractant.

## 2. La responsabilité du cocontractant en droit international

En ce qui concerne l'exécution du contrat, l'obligation de surveillance des États existe en droit interne.<sup>1573</sup> Dans le cadre du droit international, l'absence de surveillance dans l'exécution de certains contrats méritant un soin particulier pourrait conduire au sujet de l'usage abusif du territoire. Dans ce contexte, même si l'exécution du contrat sur le territoire d'un État peut ne pas être contraire au droit international, l'attitude d'indifférence face à un risque (par exemple le risque d'une pollution transfrontalière) ne pourrait pas être accepté comme un acte de souveraineté incontestable mais, plutôt, ce serait tout simplement contraire au principe général du droit de l'interdiction de l'abus du droit.<sup>1574</sup>

---

<sup>1570</sup> *Recueil CIJ*, 1997.

<sup>1571</sup> Paragraphe 85: « De l'avis de la Cour, une condition importante est que les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause.

En 1929, la Cour permanente de justice internationale, à propos de la navigation sur l'Oder, a déclaré ce qui suit:

« [la] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres » (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I, série A, n° 23, p. 27).

Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La Cour considère que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube -avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetkoz- n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international », *Recueil CIJ*, 1997, p. 56.

<sup>1572</sup> « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale ». Nous soulignons.

<sup>1573</sup> BRAUD (X), *Cours de Droit administratif général*, op. cit, p. 151.

<sup>1574</sup> Le professeur Lauterpacht notait ce qui suit: « *it is in particular the use of a State's territory in a manner prejudicial to the interests of other States which may give rise to the application of the prohibition of abuse of rights* », LAUTERPACHT (H), *The function of Law in the International Community*, Oxford University Press, 2011, p. 311.

Si l'exécution d'un contrat peut causer des dommages sur le territoire d'autres États, le cocontractant, pourrait-il être tenu responsable dans la mesure où son activité a engendré ou contribué au dommage ? La réponse peut varier en droit international public (i) et en droit international privé (ii). Et en ce qui concerne les projets mis en œuvre dans le cadre d'un partenariat public-privé, la détermination de la responsabilité pourrait être un problème (iii).

*(i) La responsabilité dans le cadre du droit international public*

En règle générale, l'État partie au contrat (ou l'État de nationalité de la partie publique au contrat) est tenu de surveiller l'utilisation de son territoire pour éviter des dommages aux États tiers. Ce point de vue est fondé non seulement sur le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992, mais aussi sur la logique de la coopération entre États et de la diligence raisonnable.<sup>1575</sup>

En effet, la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997 va dans le même sens. Cette convention prévoit que les États ont l'obligation de notifier « des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs »<sup>1576</sup> aux autres États. Dans cette logique, en l'absence de notification, la nature interétatique de l'obligation pourrait *a priori* exonérer le cocontractant de responsabilité internationale, dans la mesure où le cocontractant n'est pas celui qui a l'obligation de notifier le risque.<sup>1577</sup>

---

<sup>1575</sup> Dans le cadre de l'agenda international, il convient de retenir que le Secrétaire général de l'ONU, en 2018, a souligné que « plusieurs juridictions internationales ont confirmé l'existence de règles de droit international coutumier relatives à la protection de l'environnement, en particulier l'obligation de prévenir les dommages à l'environnement au-delà des limites de la juridiction nationale, l'exercice de la diligence raisonnable, l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement et l'obligation de réparer les dommages causés à l'environnement », *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, « Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement: vers un pacte mondial pour l'environnement », Distribution générale: 13 décembre 2018 (A/73/419), p. 48.

<sup>1576</sup> Art. 12: « Avant qu'un État du cours d'eau mette en oeuvre ou permette que soient mises en oeuvre des mesures projetées susceptibles d'avoir des effets négatifs significatifs pour les autres États du cours d'eau, il en donne notification à ces derniers en temps utile. La notification est accompagnée des données techniques et informations disponibles y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement, afin de mettre les États auxquels elle est adressée à même d'évaluer les effets éventuels des mesures projetées ».

<sup>1577</sup> La casuistique peut être interminable car il peut y avoir des cas où aucun risque de dommage n'est perceptible et d'autres où une multiplicité de risques est imminente.

Dans le cadre de la jurisprudence, l'arrêt de 20 avril 2010 sur l'affaire *des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*<sup>1578</sup> confirme l'obligation de notification précisant le but de cette obligation:

« L'obligation de notifier est destinée, selon la Cour, à créer les conditions d'une coopération fructueuse entre les parties leur permettant, sur la base d'une information aussi complète que possible, d'évaluer l'impact du projet sur le fleuve et, s'il y a lieu, de négocier les aménagements nécessaires pour prévenir les préjudices éventuels qu'il pourrait causer ».<sup>1579</sup>

La coopération entre les États et la diligence raisonnable<sup>1580</sup> apparaissent ici comme deux éléments importants; à cet égard, si un État a l'obligation de notifier, d' « évaluer »<sup>1581</sup> et de négocier, il serait difficile de soutenir l'existence de la responsabilité internationale du cocontractant parce qu'il n'a pas une obligation interétatique.<sup>1582</sup> En conséquence, le cocontractant n'aurait pas violé une obligation et, *a priori*, il ne pourrait pas être responsable internationalement de l'omission de l'État.

---

<sup>1578</sup> *Recueil CIJ*, 2010.

<sup>1579</sup> Paragraphe 113.

<sup>1580</sup> La diligence raisonnable apparaît comme un standard « flexible et relative ». Dans ce contexte, comme note la professeure Joanna Kulesza: « *The needed level of state diligence depends largely on the circumstances of a case* », KULESZA (J), *Due Diligence in International Law*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 264.

<sup>1581</sup> L'arrêt de la CIJ du 16 décembre 2015 sur l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* a remarqué ci-après: « C'est à la lumière des circonstances propres à chaque cas que doit être déterminée la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Ainsi que la Cour l'a dit en l'affaire relative à des Usines de pâte à papier,

« il revient à chaque Etat de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise » (C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, par. 205).

Si l'évaluation de l'impact sur l'environnement confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important, l'Etat d'origine est tenu, conformément à son obligation de diligence due, d'informer et de consulter de bonne foi l'Etat susceptible d'être affecté, lorsque cela est nécessaire aux fins de définir les mesures propres à prévenir ou réduire ce risque », *Recueil CIJ*, 2015, paragraphe 104.

<sup>1582</sup> Qui a violé l'obligation de notification: l'État ou le cocontractant? L'État, bien sûr.



*(ii) La responsabilité dans le cadre du droit international privé*

Dans le cadre du droit international privé, les dommages transfrontières peuvent donner lieu à une multiplicité de juridictions. En ce qui concerne la responsabilité de l'État, l'immunité de l'État étranger constitue un obstacle de nature procédurale. En revanche, le cocontractant ne jouit pas de l'immunité, par conséquent l'admissibilité des actions en justice contre le cocontractant dépendra des règles nationales (ou communautaires) régissant la détermination de la compétence judiciaire étatique et le droit applicable aux dommages causés.

D'ailleurs, les personnes directement touchées par les dommages dans l'exécution d'un contrat pourraient aussi envisager d'engager une action judiciaire devant les tribunaux de l'État où le contrat a été exécuté, de l'État du domicile, de la nationalité, etc. En résumé, la question de la responsabilité civile dans l'exécution du contrat ouvre la porte à la territorialité et à l'extraterritorialité. Comme on peut voir, le droit international privé est indiscutablement pertinent dans la construction du droit international des contrats publics.

*(iii) Le problème du PPP en ce qui concerne la détermination de la responsabilité*

Dans le cadre des dommages dans l'exécution d'un projet au moyen d'un PPP, la question de la responsabilité peut constituer une circonstance inédite très particulier (*ratione personae*). Dans ce sens, comme la professeure Lisa Clarke l'a noté, l'absence de personnalité juridique du PPP dans le cadre du droit international implique un problème<sup>1583</sup> parce que, dans le cadre interétatique, il n'est pas possible des actions en justice contre le PPP et, dans le cadre du droit international privé, la présence de l'État pourrait poser des problèmes en raison de l'immunité de l'État étranger.<sup>1584</sup>

---

<sup>1583</sup> Un PPP est « *outside the framework of responsibility under international law, due to a lack of legal personality under international law* », CLARKE (L), *Responsibility of International Organizations under International Law for the Acts of Global Health Public-Private Partnerships*, N. York, Routledge, 2014, p. 102.

<sup>1584</sup> Quelques entités non étatiques, telles que les entreprises ou les ONG, n'ont pas de personnalité juridique internationale *stricto sensu*. La professeure Lisa Clarke précise que « *these entities do not possess legal personality under international law and are correlatively not governed by rules of international responsibility under international law* », *idem*, p. 204.

En tout cas, il importe de considérer que le droit de la responsabilité internationale reconnaît la responsabilité de l'État pour des faits commis par des personnes ou des groupes de personnes<sup>1585</sup>, ce qui pourrait conduire à la responsabilité de l'État pour des faits imputables au PPP ou à un cocontractant dans la mesure où le cocontractant utilise le territoire de l'État dans l'exécution du contrat. Dans cette logique, si l'exécution du contrat est sous le contrôle de l'État<sup>1586</sup>, la responsabilité internationale de l'État apparaît à l'horizon.

Dans le cadre de la difficulté procédurale de déterminer la responsabilité du PPP en droit international public et par le biais du droit international privé, l'arbitrage apparaît comme un véritable mécanisme pour régler un différend entre, d'une part, les parties du PPP et, d'autre part, l'autre État du lieu des dommages.<sup>1587</sup> En conséquence, un éventuel statut international

---

<sup>1585</sup> Les arts. 7 et 8 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* du 2001 sont très intéressants pour cette question:

L'art. 8 sur le « comportement sous la direction ou le contrôle de l'État », il dit: « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».

L'art. 9 sur le « comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles », il dit: « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prerogatives ».

Voir: CLARKE (L), *Responsibility of International Organizations under International Law for the Acts of Global Health Public-Private Partnerships*, *op. cit.* pp. 103-115.

<sup>1586</sup> Lire: contrôle de l'État ou d'une entité publique dont les actes et omissions sont attribuables à l'État en tant que sujet de droit international.

<sup>1587</sup> En ce qui concerne l'État du lieu des dommages, on peut dire que la jurisprudence du droit international de la mer peut contribuer à la construction du droit international des contrats publics en matière de responsabilité, en ce qui concerne les dommages transfrontières. Dans ce contexte, l'avis consultatif du Tribunal international de la mer du 1er février 2011 sur les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (Rôle des affaires numéro 17), estime ce qui suit:

« 109... toute violation d'une obligation par un contractant patronné ne met pas automatiquement en jeu la responsabilité de l'Etat qui patronne. Cette responsabilité est limitée au manquement de l'Etat à son obligation d'assurer le respect effectif des obligations qui incombent au contractant patronné.

110. L'obligation de l'Etat qui patronne « de veiller à » n'est pas une obligation d'obtenir dans chaque cas le résultat que le contractant patronné respecte les obligations précitées. Il s'agit plutôt d'une obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat. Pour utiliser la terminologie actuelle du droit international, cette obligation peut être caractérisée comme une obligation « de comportement » et non « de résultat », et comme une obligation de « diligence requise ».

111. Les notions d'obligation « de diligence requise » et d'obligation « de comportement » sont liées. Ceci ressort clairement de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay: « L'obligation d'adopter des mesures réglementaires ou administratives ... et de les mettre en œuvre constitue une obligation de comportement... »

112. L'expression « veiller à » est souvent utilisée dans les instruments juridiques internationaux pour faire référence aux obligations à l'égard desquelles, s'il n'est pas considéré raisonnable de rendre un Etat responsable

du cocontractant pourrait impliquer la possibilité de prolonger le partenariat au domaine contentieux et de la responsabilité.<sup>1588</sup>

## Conclusions de la section 2

Le statut international du cocontractant est presque une abstraction juridique, au moins pour le moment. La raison est simple: les règles d'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC et d'autres textes contraignants d'harmonisation couvrent, essentiellement, la phase des appels d'offres publics et la passation des contrats mais ils ne couvrent pas, ou couvrent « timidement », la phase l'exécution du contrat.<sup>1589</sup> En conséquence, les règles qui concernent le candidat sont plus visibles que les règles qui concernent le cocontractant, lesquelles sont dispersées dans le droit des États et dans le droit international.<sup>1590</sup>

En l'absence d'un droit international conventionnel garantissant les droits du cocontractant dans la phase d'exécution du contrat<sup>1591</sup>, le droit des États assume directement le rôle de

---

de toute violation commise par des personnes relevant de sa juridiction, de même, il n'est pas non plus jugé satisfaisant de s'en remettre à la simple application du principe aux termes duquel le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'Etat en droit international... ».

Cette jurisprudence peut aider à élaborer un régime international pour la responsabilité de la partie publique et de la partie privée en ce qui concerne les dommages découlant de l'exécution des contrats de nature publique. Sur cette jurisprudence, voir: ROBERT-CUENDET (S), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *Annuaire français de droit international*, vol. 57, 2011, pp. 439-476. Voir aussi: MALJEAN-DUBOIS (S), « Les obligations de diligence dans la pratique: la protection de l'environnement » (Journée SFDI du Mans, Le standard de diligence et la responsabilité internationale du 2017), 2018

< <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02109675/document> >.

<sup>1588</sup> Ne pas perdre de vue ce qui suit: un accord d'arbitrage entre les parties au PPP et un État pourrait être une solution. Après la phase contentieuse, un autre problème peut se poser: L'immunité de l'État implique qu'il n'est pas possible de saisir la propriété de l'État de nature insaisissable (il faut distinguer entre biens de *ius imperium* et de *ius gestionis*). Quoiqu'il en soit, le conflit entre l'immunité de l'État et les droits de l'homme met en évidence « *the hybridity between the public and private law-like features of the law immunities* », PETERS (A) « Immune against Constitutionalisation? », in *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (PETERS (A) *et al.*, éditeurs), Brill / Nojhoff, Leiden / Boston, 2014. p. 13.

<sup>1589</sup> Ce n'est pas une nouveauté de dire que « les textes européens ou nationaux focalisent sur l'accès à la commande publique et n'appréhendent que timidement l'exécution des contrats », BUAT (A), « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics » (*Rapport présenté au nom de la Commission du Commerce et adopté à l'Assemblée générale du 6 mars 2014*), CCI Paris Ile-de-France, p. 3 < <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/marches-publics-management-performant.pdf> >.

<sup>1590</sup> Pas oublier que le libellé des quelque 3000 accords bilatéraux d'investissement n'est pas exactement le même, ni oublier les droits des peuples autochtones.

<sup>1591</sup> Cette affirmation doit tenir compte de certaines exceptions telles que la protection du cocontractant en vertu du droit des investissements internationaux (s'il a le statut juridique d'investisseur), ou le droit de propriété du

protection des parties au contrat. Dans ce scénario juridique, l'analyse des systèmes nationaux permettrait d'identifier des éléments communs et d'autres éléments particuliers du droit étatique pour la construction d'un droit international des contrats publics<sup>1592</sup>; de cette façon, le droit comparé peut donner lieu à des observations utiles à considérer dans un hypothétique traité sur l'exécution des contrats publics. Dans ce contexte, le *soft law* et les contrats standards<sup>1593</sup> sont pertinents aussi.

D'ailleurs, en ce qui concerne les ententes, la construction du droit international des contrats publics devrait supposer que ce problème n'est ni national ni régional.<sup>1594</sup> Dans ce contexte, l'inquiétude suscitée par l'absence d'un programme mondial de clémence n'est peut-être pas nouvelle. Toutefois, la construction du droit international des contrats publics pourrait tenter d'introduire une reconnaissance de la clémence en tant que droit afin d'assurer une coordination interétatique en la matière et une sauvegarde effective du droit libre marché.

---

cocontractant au titre de l'article premier du premier protocole à la Convention de Rome de 1950 et d'autres traités.

<sup>1592</sup> La clémence est un exemple de ces éléments communs au droit des États.

<sup>1593</sup> Par exemple, les contrats FIDIC dans le cadre des contrats de travaux. Voir: BAKER (E), MELLORS (B), CHALMER (S), *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Oxon, Informa, 2009, pp. 38-46; MICALEF (R), « *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada* », Université Laval et Aix-Marseille, 2019, pp. 241-255 < <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/33906/1/35018.pdf> >. D'ailleurs, pas oublier que dans le cadre des marchés publics, « *the principle of freedom of contract is usually limited because they are subject to a competitive procurement procedure in compliance with the principles of transparency and equal treatment* », LUKAS (K), *International Construction Contract Law*, Chichester, John Wiley & Sons, 2014, p. 122; sur les FIDIC dans ce livre, voir: pp. 269 et 320. Voir aussi: le document BANQUE MODIALE, « *Passation des Marchés de Travaux* », 2007 < [siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/CivilWorks-03-07.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/CivilWorks-03-07.pdf) >.

<sup>1594</sup> Dans ce contexte, par exemple, une illustration montre que: « *The European Commission has found that 11 producers of underground and submarine high voltage power cables operated a cartel, and has imposed fines totalling €301 639 000. Such cables are typically used to connect generation capacity to the electricity grid or to interconnect power grids in different countries. From 1999 onwards and for almost ten years, these companies shared markets and allocated customers between themselves on an almost worldwide scale. Part of this plan was to allocate important high voltage power cable projects in the European Economic Area (EEA), including large infrastructure and renewable energy projects such as offshore wind farms. Most of the world's largest high voltage power cable producers... The investigation revealed that from 1999 to the inspections carried out by the Commission in January 2009, these producers entered into mutual agreements according to which the European and Asian producers would stay out of each other's home territories and most of the rest of the world would be divided amongst them* », *European Commission Press release Brussels*, 2 April 2014 < [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-358\\_en.htm?locale=FR](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-358_en.htm?locale=FR) >.

## Conclusions du chapitre 1

Dans le cadre théorique, l'élaboration d'un statut international du candidat n'est pas difficile grâce aux règles des diverses harmonisations.<sup>1595</sup> Sur le terrain, les diverses sources existantes (conventionnelles et communautaires) révèlent qu'il ne s'agit pas d'un statut unique. Les nuances et les différences entre l'ensemble des harmonisations existantes<sup>1596</sup> conduiraient plutôt à parler des « différents statuts » du candidat selon chaque harmonisation. Les restrictions existantes en matière de la CNF<sup>1597</sup> renforcent cette affirmation dans la mesure où il n'est pas possible d'extrapoler les droits reconnus par l'harmonisation au sein de l'OMC en faveur des entreprises qui ne sont pas ressortissantes des Parties concernées par cette harmonisation.

D'ailleurs, l'élaboration d'un statut international du contractant peut se faire sur la base des principes généraux du droit, du *soft law*, des institutions juridiques préexistantes, du droit des États et du droit international conventionnel.

En tout cas, tout effort, intergouvernemental ou académique, pour élaborer un statut international du candidat et du cocontractant implique de tenir compte des obligations des États<sup>1598</sup> et des entreprises<sup>1599</sup> en matière de droits de l'homme, y compris le droit à un environnement sain (qui est un aspect très lié à la protection de l'environnement), les clauses sociales et la question des droits des peuples autochtones.<sup>1600</sup> Dans ce contexte, le *soft law* se

---

<sup>1595</sup> Cette élaboration se fait à travers les éléments communs tels que l'ouverture du marché, le principe de non-discrimination, le droit à un recours, les clauses d'exclusion, etc.

<sup>1596</sup> Par exemple, une préférence communautaire peut dénaturer la cible, comme nous l'avons vu dans le cadre de l'harmonisation de l'UEMOA.

<sup>1597</sup> Voir aussi, l'art. 5 du Protocole de Brasília du 21 décembre 2017 dans le cadre du Mercosur.

<sup>1598</sup> Voir: NORTHEMRN IRELAND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Public Procurement and Human Rights: A Submission on the Draft General Comment on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities* (document) < [http://www.nihrc.org/uploads/publications/NIHRC\\_Submission\\_on\\_the\\_Draft\\_General\\_Comment\\_on\\_ICES\\_CR\\_in\\_the\\_Context\\_of\\_Business\\_Activities.pdf](http://www.nihrc.org/uploads/publications/NIHRC_Submission_on_the_Draft_General_Comment_on_ICES_CR_in_the_Context_of_Business_Activities.pdf) >.

<sup>1599</sup> Prendre en compte les travaux des Nations Unies pour un traité sur les entreprises et les droits de l'homme < <https://www.business-humanrights.org/fr/le-conseil-des-droits-de-lhomme-de-lonu-discute-du-projet-de-trait%C3%A9-international-contrainant-sur-les-entreprises-et-droits-de-lhomme#c169991> >.

<sup>1600</sup> Garder à l'esprit, comme le résume le professeur Geir Ulfstein: « *The consultations and possible mutual consent are of political importance, but may also be decisive for the status of the arrangement under international law* », ULFSTEIN (G), « Indigenous Peoples' Right to Land », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, p. 47.

révèle une source nécessaire dans la construction du droit international des contrats publics parce que parfois les textes du *soft law* sont plus adaptés à la réalité <sup>1601</sup> que les textes conventionnels.<sup>1602</sup>

L'élaboration d'un statut international du cocontractant, y compris ses devoirs et obligations, demande l'articulation d'une réglementation dispersée<sup>1603</sup> et la codification des devoirs et droits des parties au contrat dans le droit international. À cet égard, en ce qui concerne les dommages transfrontières, la responsabilité du cocontractant en droit international privé ne serait pas incompatible avec la responsabilité internationale de l'État pour l'exécution du contrat en droit international public, et vice versa.<sup>1604</sup>

---

<sup>1601</sup> Par exemple, les Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, les Principes pour des contrats responsables des Nations Unies, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, etc.

<sup>1602</sup> De même, il ne faut pas perdre de vue les standards privés. Dans ce contexte, le professeur Maria Anna Corvaglia précise que « *the inclusion of private initiatives of certification and verification of social and environmental considerations has progressively translated public procurement into a complex but efficient instrument to ensure socially responsible practices along the lengthening and increasingly fragmented production and supply chain* », CORVAGLIA (M), « Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement », *Journal of International Economic Law*, numéro 19, 2016, p. 608.

<sup>1603</sup> Dispersée en raison de la même dispersion des sources normatives.

<sup>1604</sup> Voir: VINAIXA (M), *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Université de Santiago de Compostelle, 2006, p. 478-479.



## Chapitre 2. La pertinence du droit international des investissements et la contribution de la jurisprudence en matière d'arbitrage

Le contrat établit des obligations pour les parties. La signature d'un contrat par une entité étatique (communes, ministères, régions, etc.) engage l'entité contractante dans le cadre du droit administratif. Toutefois, dans le cadre du droit international d'investissement, une violation des droits du cocontractant peut conduire aussi à la responsabilité internationale de l'État en raison d'un traité. Dans ce contexte, la clause parapluie, laquelle est présente entre les traités bilatéraux pour la protection des investissements (TBI)<sup>1605</sup> et les accords de libre-échange (ALE)<sup>1606</sup>, est très important pour la protection du cocontractant-investisseur. Comme on dit, la clause parapluie « *may operate to convert contract breaches into treaty breaches, although this point is not undisputed* ». <sup>1607</sup> Ainsi, le droit international des investissements et l'arbitrage constituent un domaine juridique incontournable dans l'analyse des éléments à articuler dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, dans la mesure où les standards de protection des investissements<sup>1608</sup> peuvent recouvrir quelques contrats (les contrats d'investissement). Dans ce contexte, il faut noter que les règles des traités internationaux peuvent avoir un impact sur les services publics qui font l'objet de certains contrats.<sup>1609</sup>

---

<sup>1605</sup> Voir: NEWCOMBE (A) et PARADELL (L), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 437-438; SORNARAJAH (M), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, p. 304; ZAMBRANA (N), « Cláusula paraguas », in *Enciclopedia de Arbitraje* (COLLANTES (J), directeur), Lima, Biblioteca de arbitraje, 2018, pp. 220-222.

<sup>1606</sup> La *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* décrit la clause parapluie (*umbrella clause*) comme « *a provision in an investment protection treaty that guarantees the observance of obligations assumed by the host State with respect to investments. Contracts and other obligations are put under the treaty's protective umbrella* », SCHREUER (C), « Investments, International Protection », in *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R), directeur), Oxford University Press, 2015, p. 570.

<sup>1607</sup> SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 379. Le professeur Francisco Orrego Vicuña avait noté que « *the question becomes still more pressing when the state has undertaken a commitment to other states, normally by treaty, making the enforcement of the contract an international legal obligation* », ORREGO (F), « Of Contracts and Treaties in the Global Market », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, p. 346.

<sup>1608</sup> Voir les premières pages de ce titre II de cette thèse.

<sup>1609</sup> Dans ce que concerne l'impact du droit international des investissements sur les services publics, voir: ORTINO (F), « Public Services Investment Liberalization and Protection », in *Regulations of Foreign Investment: Challenges for International Harmonization* (DAVEK (Z) et MAVROIDUS (P) éditeurs), Singapour, World Scientific Publishing Co Pte Ltd, 2013, pp. 402 et 411-415.



Dans ce même contexte, il faut préciser que la clause parapluie, qui permet l'entrée en jeu des standards de protection des investissements, n'a pas toujours la même littéralité (tous les traités n'assimilent pas la clause parapluie de la même manière)<sup>1610</sup>; et les critères concernant cette clause peuvent varier.<sup>1611</sup> Et, en plus, il est important de noter aussi que la clause parapluie ne fait pas l'objet d'une jurisprudence constante.<sup>1612</sup> En somme, en ce qui concerne le parapluie, comme le professeur Burkhard Hess a résumé dans l'Académie de droit international de la Haye : « *some investment tribunals regarded the breach of contractual rights as an immediate breach of the BIT itself*<sup>1613</sup>. *Other tribunals have taken a more reluctant approach and restricted the clauses only to sovereign conduct of the host State*<sup>1614</sup> ». <sup>1615</sup> La polémique est évidente.

Les États ne sont pas tenus d'établir une clause parapluie sur chaque traité<sup>1616</sup>; mais la présence de cette clause n'est pas rare, ni une nouveauté<sup>1617</sup>, mais une réalité. Dans le cadre

---

<sup>1610</sup> Le professeur Gérard Cahin remarque qu'il y a « une diversité de formulations de ce clause », CAHIN (G), « La clause de couverture (dite umbrella clause) », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 119, numéro 1, 2015 p. 116, voir: pp. 116-119.

<sup>1611</sup> À titre d'exemple, la même sentence arbitrale CIRDI sur l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. l'Égypte*, notifiée le 6 août 2004, commente que « *In this context, it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. The connection between the Contract and the Treaty is the missing link that prevents any such effect. This might be perfectly different in other cases where that link is found to exist, but certainly it is not the case here* », paragraphe 81. ARB/03/11.

<sup>1612</sup> La même jurisprudence reconnaît cette caractéristique de la clause parapluie. Par exemple, dans la sentence arbitrale CIRDI du 29 mai 2009 sur l'affaire *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay* (objections en matière de compétence), le tribunal note ce qui suit: « *We recognise in particular that there is no jurisprudence constante on the effect of umbrella clauses, that the subject is one on which legal opinion is divided, that the relationship between commercial and sovereign acts of government is not free from difficulty, and that each particular clause falls to be interpreted and applied according to its precise wording and the context in which it is included in a BIT* », paragraphe 141. ARB/07/9.

<sup>1613</sup> *SGS v. Philippines, Award on Jurisdiction*, 29/1/2004, ICSID Case No. ARB/02/6 (cette note de bas de page est citée).

<sup>1614</sup> *Award*, 9/3/1988, ICSID Case No. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela. Similar Schill, "Umbrella Clauses"*, in *idem* (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2009), pp. 317 et seq.: *umbrella clauses only apply to "public law" commitments of the host State* (cette note de bas de page est citée).

<sup>1615</sup> HESS (B) « The Private-Public Divide in International Dispute Resolution », *R.C.A.D.I.*, vol. 388, 2018, p. 243.

<sup>1616</sup> « *Many new IIAs also omit the so-called umbrella clause* », Document UNCTAD: *World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges*, Genève, 2016, p. 112 < [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf) >.

<sup>1617</sup> Le professeur Stephan W. Schill, quand il commente l'influence du Projet de convention de l'OCDE sur la protection de la propriété de l'étranger, résume que « *The concept of an umbrella clause as such was first*

des différends entre les parties à un contrat d'investissement, cette clause pourrait habiliter le cocontractant à présenter une demande d'arbitrage contra l'État<sup>1618</sup> au lieu d'engager une procédure administrative ou contentieuse dans le cadre de la justice étatique.<sup>1619</sup>

En tout cas, il importe de distinguer entre une simple différence contractuelle et une différence née de la violation d'un traité. À cet égard<sup>1620</sup>, il est admis que « tout manquement contractuel ne constitue pas, en soi, une violation du traité »<sup>1621</sup>, raison par laquelle on peut aussi distinguer entre la responsabilité contractuelle (celle qui naît du contrat) et la responsabilité extracontractuelle conventionnelle (celle qui naît du traité) dans la mesure où

---

*developed by Elihu Lauterpacht in a legal opinion given in the context of the Anglo-Iranian oil dispute in the 1950s. It then made its way into the Abs-Shawcross Draft and was later included in the 1967 OECD Draft Convention. From there, it found its way into the model treaties of the United Kingdom, France, Germany, and the United States. This phenomenon does not, however, only hold true with respect to specific treaty clauses, but constitutes a phenomenon that affects the entire structure and content of BITs », SCHILL (S), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 92.*

<sup>1618</sup> À cet égard, le professeur Christoph H. Schreuer précise: « *Under such a clause the States parties to the treaty undertake to observe any obligations they may have entered into with respect to investments. A violation of such an obligation may then amount to a violation of a treaty obligation. An umbrella clause is not jurisdictional in nature but contains a substantive obligation. However, it can have jurisdictional consequences. The exact meaning and effect of umbrella clauses has been the subject of much debate and disagreement in arbitral practice », SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 236.*

<sup>1619</sup> L'absence d'un critère monolithique dans la jurisprudence entourant la clause parapluie exige prudence. En termes simples: « *as the jurisprudence on the matter has evolved, investors cannot be certain on whether their claim based on such clauses will stand », BANDRÉS (J), « Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS », *Globalización, Competitividad y Gobernabilidad de Georgetown/Universia*, vol. 10, numéro 2, 2016, p. 100. Voir aussi: DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 153-162.*

<sup>1620</sup> À titre d'exemple, la sentence arbitrale CIRDI sur l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. l'Égypte*, notifiée le 6 août 2004, récapitule quelques contentieux comme l'affaire *Lauder*, les affaires de *SGS*, etc; et décrit ce qui suit:

« 71. *This is not the first time that a tribunal is confronted with the issue of the difference between contract-based claims and treaty-based claims. In point of fact, this matter has been recently discussed in Lauder, Genin, Aguas del Aconquija, CMS and Azurix and the Annulment Committees in Vivendi and Wena. SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines are two other recent instances of this discussion.*

72. *The Tribunal is mindful that any answer to this question must be case specific as every contract and many treaties are different. However, a basic general distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some form of State interference with the operation of the contract involved ». ARB/03/11.*

<sup>1621</sup> LÓPEZ (A), « Contract claims vs. Treaty Claims », in *Enciclopedia de arbitraje* (COLLANTES (J), directeur), Lima, Biblioteca de arbitraje, 2018, p. 259. L'expert en arbitrage, Alejandro López, résume que « *par exemple, le non-paiement de certains montants prévus contractuellement ne doit pas constituer une violation des obligations ou des normes de traitement prévues dans le traité... », idem. Le texte original dit : « ... Por ejemplo, el impago de ciertas cantidades previstas contractualmente no tiene por qué constituir un incumplimiento de las obligaciones y estándares de tratamiento previstos en el tratado ». Voir aussi: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) v. República Argentina*, CIRDI, ARB/97/3, Décision d'annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 95.*

le contrat et le traité impliquent deux ordres juridiques différents.<sup>1622</sup> Cette différenciation est faite sans préjudice des effets de la clause parapluie.<sup>1623</sup>

D'ailleurs, si un contrat peut être un investissement en vertu d'un traité international, un cocontractant peut être aussi considéré comme un investisseur en vertu du même traité. Dans ce contexte, on va remarquer que la qualité d'investisseur du cocontractant impliquerait une limitation des pouvoirs de l'État. Cette limitation conduit à la nécessité de préserver un minimum de cohérence entre les différents domaines du droit international et entre les obligations de l'État envers des investisseurs et envers les personnes et populations dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

En effet, en vertu d'un contrat et/ou d'un TBI, un État peut s'engager à certaines obligations qui peuvent restreindre sa capacité de décision<sup>1624</sup> dans des domaines tels que, par exemple, les services publics ou la santé publique.

---

<sup>1622</sup> À cet égard, le juriste Alejandro López décrit ce qui suit : « en principe, les réclamations de nature purement contractuelle (*Contract Claims*) seront exclues de la compétence du tribunal arbitral constitué en vertu du traité de protection des investissements et sont soumises au *forum* concerné par le contrat d'investissement (souvent, il s'agit des tribunaux de l'État d'accueil de l'investissement). Le texte originel dit : « ... *en principio, las reclamaciones de naturaleza puramente contractual (Contract Claims) quedarán excluidas de la jurisdicción del tribunal arbitral constituido al amparo del tratado de protección de inversiones, y quedarán sometidas al foro aplicable al contrato de inversión (frecuentemente, los tribunales del Estado receptor de la inversión)* », LÓPEZ (A), « Contract claims vs. Treaty Claims », *op. cit.* pp. 258-259.

Le choc *Contract claim vs Treaty claim* a donné lieu à l'un des aspects les plus controversés et les plus intéressants du droit international de l'investissement dans la mesure où un même fait peut constituer une violation du contrat et du traité aussi. Voir: ALEXANDROV (A) et MENDENHALL (J), « Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Simplification of International Jurisprudence », in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation* (ROVINE (J), éditeur), Brill / Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 24-44; SAMPLINER (G), « Arbitration Innovations in Recent U.S. Investment Treaties », in *International Arbitration International Arbitration. Contemporary Issues and Innovations* (MOORE (J), éditeur), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013 pp. 152-155; SHANY (Y), « Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims », *The American Journal of International Law*, vol. 99, numéro 4, 2005, pp. 835-851. Toutefois, dans la pratique, la controverse n'a pas disparu. L'existence d'un fait causant un dommage et engageant la responsabilité dans le cadre de différents ordres juridiques (contractuels et non contractuels) n'est pas une particularité exclusive des contrats. Par exemple, dans le domaine du contrat de travail, si un employeur insulte un travailleur, le travailleur peut, en vertu du même fait, déposer une plainte auprès de l'autorité du travail, mais cette plainte n'empêche pas les poursuites pénales.

<sup>1623</sup> Ne pas oublier que cette clause « *may operate to convert contract breaches into treaty breaches, although this point is not undisputed* », SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 379.

<sup>1624</sup> Voir: ALVIK (I), *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 238-282.

Dans les pages qui suivent, on va vérifier la qualité spécifique du cocontractant investisseur (section 1) et l'éventuel conflit entre obligations contractuelles et obligations non contractuelles des États (section 2).

## **Section 1. La qualité d'investisseur de certains cocontractants**

La condition d'investisseur conduit à la protection du cocontractant sous le « parapluie » dans le cadre du droit international des investissements (§1) et à une atténuation des inégalités entre les parties au contrat (§2) conformément aux traités applicables.

### **§1. Le cocontractant dans le cadre du droit international de l'investissement**

Si une clause parapluie peut transformer des obligations contractuelles en obligations de droit international conventionnel, le cocontractant-investisseur apparaîtra comme sujet de droit international<sup>1625</sup> (A). Dans ce contexte, la protection du cocontractant-investisseur dans la phase de l'exécution du contrat se déroule entre les axes du bilatéralisme et du multilatéralisme des traités internationaux et dans le cadre de la responsabilité internationale<sup>1626</sup>, ce qui ne peut pas être omis dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics (B).

#### **A. Le cocontractant-investisseur en tant que sujet de droit international**

L'absence d'une définition unanime du terme « investissement » (1) et le *jus standi* du cocontractant dans le cadre de l'arbitrage d'investissement (2), ils méritent une analyse pour

---

<sup>1625</sup> L'étendue de leurs droits sera plus large que les droits du cocontractant qui n'est pas un investisseur.

<sup>1626</sup> D'ailleurs, il convient de noter que les arbitres ont recours au projet de la Commission du droit international des Nations Unies de 2001 pour déterminer la responsabilité internationale de l'État. De même, nous ne serons pas les premiers à vérifier que « *The possibility of bringing an action against a state before an international tribunal or court, it would be difficult to deny that multinational corporations have some measure of legal subjectivity in international law* », MALJEAN-DOUBOIS (S) et RICHARD (V), « *The applicability of international environmental law to private enterprises* », in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives & Safeguards* (DUPUY (P-M) et VIÑUALES (J), éditeurs), Cambridge University Press, 2013, pp. 77-79.

préciser la protection conventionnelle de l'investisseur dans la phase de l'exécution du contrat.

## 1. L'absence de définition de l'investissement en droit international

Un cocontractant peut être considéré comme un investisseur selon le droit international conventionnel; toutefois, une définition univoque ou monolithique du terme « investissement » en droit international n'existe pas. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention CIRDI), qui crée le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le CIRDI), ne contient pas une définition du terme « investissement ». La jurisprudence n'est pas uniforme sur la définition de ce terme; de cette façon, le terme « investissement » peut apparaître comme un sorte de concept juridique indéterminé<sup>1627</sup>; et la conséquence est la suivante: si un contrat de nature publique ne peut être considéré comme un investissement, la société cocontractante ne peut pas être considérée comme un investisseur parce qu'elle n'est pas le titulaire d'un investissement.

Dans ce contexte, il est important de considérer que les TBI et les ALE contiennent leur propre définition du terme « investissement ». En conséquence, le terme « investissement » pourrait être considéré comme un terme juridique appréhensible en fonction de la volonté des parties de chaque traité international, en fonction de l'objet et du but de chaque traité et

---

<sup>1627</sup> Parmi la bibliographie, le professeur Andrés Rigo explique que en raison du « test de Salini », il y a des éléments importants pour déterminer l'existence d'une inversion: « la durée, la régularité de leur rentabilité, l'existence d'une prise de risque de la part de l'investisseur et d'un engagement substantiel ». Le texte original dit : « *Esta prueba identifica como características que debe reunir una inversión: su duración, la regularidad de su rentabilidad, la existencia de una asunción de riesgo por parte del inversor y un compromiso substancial* ». Le professeur Rigo explique aussi que cette jurisprudence a été contestée par d'autres tribunaux: « L'expérience accumulée par les tribunaux arbitraux... montre qu'il y a une difficulté à arriver à une définition générale du terme investissement, en raison de la grande variété de situations de fait et en raison de la non-reconnaissance des caractéristiques du test Salini... La relativité de ces éléments crée plus d'incertitude que l'évaluation d'une opération [contractuelle], en gardant à l'esprit du terme « investissement » dans son contexte », RIGO (A), « Inversión », in *Enciclopedia de arbitraje* (COLLANTES (J), directeur), Lima, Biblioteca de arbitraje, 2018, pp. 79-81. Le texte original dit : « *La experiencia acumulada por los tribunales arbitrales hasta la fecha, demuestra la dificultad de llegar a una definición general de inversión, dada la gran variedad de situaciones de hecho y lo acertado de no considerar las características de la prueba Salini, como condiciones que deben cumplirse en su totalidad para que el tribunal arbitral sea competente. La relatividad de esos elementos crea una incertidumbre mayor que la que resulta de valorar una operación, teniendo presente el significado ordinario del vocablo «inversión», analizado en su contexto* ».

en fonction des critères d'interprétation des tribunaux arbitraux. Le professeur Andrés Rigo résume la question comme suit: « l'expérience accumulée par les tribunaux arbitraux... démontre la difficulté de parvenir à une définition générale de l'investissement ». <sup>1628</sup> En effet, cette particularité existe. <sup>1629</sup> Toutefois, l'absence d'une définition unique du terme « investissement » n'a pas empêché la montée du contentieux CIRDI au cours des dernières décennies, <sup>1630</sup> ni la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI. <sup>1631</sup>

Comment savoir si un contrat de nature publique peut (ou non) être un investissement ?

La réponse se trouve dans le critère de chaque tribunal, cas par cas. En tout cas, en marge du débat sur la signification juridique du terme « investissement », il y a un autre élément très important à considérer pour la détermination de l'existence d'un investissement: c'est le respect de la loi de l'État hôte. Un investissement, y compris un contrat d'investissement, doit être fait « *in accordance with law* » ou « conformément à la législation » de l'État hôte de l'investissement. Cette phrase constamment répétée reflète la volonté des États entre les traités internationaux en la matière. <sup>1632</sup> La jurisprudence révèle l'importance du respect de la

---

<sup>1628</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>1629</sup> Si le terme « investissement » est considéré comme un terme juridique indéterminé, l'indétermination de ce terme ne conduirait pas à l'impertinence du droit international des investissements dans la construction du droit international des contrats publics parce que l'imprécision de ce terme ne serait pas un fait isolé dans le droit international, sinon il s'agirait d'une des nombreuses impressions du système international, comme par exemple l' « intérêt supérieur de l'enfant » consacré dans la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies du 20 novembre 1989 (art. 3) ou comme l' « ordre public » dans le cadre de l'Accord révisé sur les marchés publics de 2012 de l'OMC (letra a) del paragrafo 2 del art. III), etc. Comme nous le savons, il n'existe pas de définition de ces termes juridiques dans le cadre de ces traités.

<sup>1630</sup> Pour vérifier les statistiques des contentieux du CIRDI entre 1966 et 2019 on peut voir sur le site: < [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID\\_Web\\_Stats\\_2019-2\\_\(french\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(french).pdf) >.

<sup>1631</sup> Au contraire, il y a une doctrine qui considère que l'institutionnalisation du CIRDI contribue à consolider la jurisprudence constante en ce qui concerne les aspects procéduraux. C'est un « *factor que puede contribuir a la consolidación de cierta "jurisprudencia constante" en el arbitraje de inversiones, al menos en aquellas cuestiones procedimentales o de jurisdicción lato sensu* », REQUENA (M), « La recepción de la jurisprudencia de la CIJ en las decisiones de los tribunales del CIADI: Especial referencia de las cuestiones de jurisdicción », *Revista electrónica de estudios internacionales*, número 30, 2015, p. 1 < [www.reei.org](http://www.reei.org) >.

<sup>1632</sup> Uniquement comme un exemple, le paragraphe 1 de l'art. 1 du TBI entre la France et le Sénégal du 26 juillet 2007 indique ce qui suit:

« Le terme « investissement » désigne... plus particulièrement mais non exclusivement:

...

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes ».

Et, ce paragraphe ajoute ce qui suit:

légalité.<sup>1633</sup> La légalité est une question d'ordre public entre les États (« *in any civilized country* », la jurisprudence remarque).<sup>1634</sup> En conséquence, les contrats conclus hors-la-loi ne seraient pas des contrats d'investissement, ni « contrats » éventuellement en termes juridiques, comme nous le verrons à la section 2 du présent chapitre; et cette exclusion est une contribution importante de l'arbitrage à la construction du droit international des contrats publics: les actes de corruption ne conduisent pas à un investissement et les cocontractants corrompus ne peuvent pas être considérés comme des investisseurs.

## 2. Le contentieux arbitral entre le cocontractant-investisseur et l'État

En ce qui concerne les réclamations, le cocontractant-investisseur a généralement une voie de recours privilégiée par rapport aux autres contractants: l'arbitrage. Le cocontractant-investisseur peut réclamer contre l'État d'accueil de l'investissement.<sup>1635</sup> La décision d'intenter une action contre l'État d'accueil d'un investissement en raison de la violation d'un standard de protection des investissements prévue par un traité est, exclusivement, une décision de l'investisseur.<sup>1636</sup> Ainsi, dans le cadre du droit international de l'investissement,

---

« Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord. Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé ». Nous soulignons.

<sup>1633</sup> On va remarquer que « *the inclusion of the clause "in accordance with law" in the agreements for reciprocal protection of investments follows international public policies designed to sanction illegal acts and their resulting effects* », sentence arbitrale CIRDI du 2 août 2006 sur l'affaire *Inceysa v. Spain*, ARB/03/26, paragraphe 247.

<sup>1634</sup> *Idem*, paragraphe 248. La phrase « conformément à la législation » de l'État hôte de l'investissement, elle présente un intérêt particulier pour la construction du droit international des contrats publics parce que cette phrase permet de voir, d'une part, la pertinence du droit interne dans la construction et, d'autre part, la relation entre le régime international de protection des investissements, les contrats publics et la lutte contre la corruption dans les appels d'offres publics, comme on va voir.

<sup>1635</sup> L'entité contractante peut être une commune, un gouvernement régional, etc. La violation d'un traité par une entité publique engage la responsabilité internationale de l'État.

<sup>1636</sup> Dans ce contexte, l'État de nationalité du contractant-investisseur ne prend pas le risque de détériorer ses relations internationales avec un autre État en raison de l'exercice de la protection diplomatique. D'ailleurs, s'il y a une différence entre un cocontractant-investisseur et une entité publique d'un autre État, cette différence ne « pollue » pas les relations internationales parce que la différence reste « encapsulée » dans la relation investisseur-État. Dans ce sens, l'art. 27 de la Convention CIRDI, il est très intéressant:

« (1) Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

les réclamations du cocontractant-investisseur ne dépendent pas de la volonté politique de l'État de sa nationalité à travers la protection diplomatique.<sup>1637</sup> En revanche, les réclamations portant sur des cocontractants n'ayant pas le statut d'investisseur devraient être soumises à la juridiction ordinaire où la loi applicable dans le cadre d'un contentieux sera la loi des États. Ainsi, en ce qui concerne le droit international, le cocontractant qui n'a pas le statut d'« investisseur » à la lumière d'un traité (un ALE ou un TBI) sera à la merci de l'éventuelle protection diplomatique de l'État de sa nationalité, après l'épuisement des recours internes de l'ordre juridique étatique de la partie publique au contrat; ou, après l'épuisement des recours internes également, le cocontractant pourrait recourir aux mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme si cela est possible.<sup>1638</sup>

La différence entre la protection d'un cocontractant et celle d'un cocontractant-investisseur est évidente. L'éventuelle construction d'un droit international des contrats publics pourrait éliminer cette différence ? Nous pensons que cela n'est pas possible parce qu'il y aura toujours des contrats qui représentent un investissement et il y aura toujours des contrats qui ne représentent pas un investissement; et si c'est le cas, il serait difficile de créer un droit international univoque pour tout type de contrat. Même dans le cadre de la création éventuelle d'un tribunal international permanent des investissements, certains contrats relèveraient de la compétence de ce tribunal (les contrats d'investissement) et d'autres contrats ne seraient pas soumis à la compétence *ratione materiae* de ce tribunal. La condition d'« investissement » de certains contrats fait la différence. Dans ce scénario, où la diversité des

---

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend ».

Sur ce sujet, le professeur Schreuer a précisé que « *The host State also effectively shields itself against diplomatic protection by the State of the investor's nationality* », SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, *op. cit.*, p. xi.

<sup>1637</sup> Comme on le sait, l'arrêt du 30 d'août 1924 de la Cour Permanente de Justice Internationale (exception d'incompétence sur l'affaire *Mavrommatis*), qui est considérée comme un classique de la jurisprudence du droit international, a indiqué ce qui suit: « C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international », *Recueil des arrêts*, série A, numéro 2, p. 12.

<sup>1638</sup> Cela dépendra du droit violé et de la possibilité pour le cocontractant (une société) de recourir au mécanisme de protection.



contrats s'impose, nous pouvons voir l'utilité et la pertinence des principes généraux du droit plus clairement parce que ces principes sont applicables à tous les types de contrats.

Si la distinction entre contrats d'investissement et autres contrats peut constituer un écart entre les différents contrats, les principes généraux du droit constituent un dénominateur commun entre la diversité des contrats existants dans la mesure où ces principes s'appliquent aux contentieux concernant les contrats d'investissement et aux autres contrats dans la phase d'exécution du contrat, et c'est la raison par laquelle nous ne contournerons pas ces principes dans ce chapitre. Pour le moment, on va simplement retenir que, dans le cadre du contentieux d'arbitrage entre le cocontractant-investisseur et l'État, le droit applicable peut être le droit international et pas seulement la loi de l'État d'accueil.

## **B. La protection de l'investisseur dans la phase d'exécution du contrat. Entre le bilatéralisme et le multilatéralisme**

Il importe de souligner que le droit international de l'investissement se situe entre le bilatéralisme des TBI et le multilatéralisme des ALE. *Ratione temporis*, le bilatéralisme des TBI est perçu comme le point de départ du droit international de l'investissement. Aujourd'hui, le bilatéralisme est remis en question par l'UE<sup>1639</sup> (1) et le multilatéralisme fait déjà partie de la réalité (2).

### **1. Le bilatéralisme comme point de départ et ses limites dans l'Union européenne**

On dit que la prolifération des TBI peut être perçue comme une caractéristique de la mondialisation.<sup>1640</sup> Cependant, chaque TBI introduit une définition spécifique du terme «

---

<sup>1639</sup> « *The advantages of bilateralism are more consistent than those of multilateralism* », a été dit il y a dix ans, SCHOKKAERT (J) et REYNTJENS (F), *International Investment Protection. Comparative Law Analysis of Bilateral and Multilateral Interstate Conventions, Doctrinal Texts and Arbitral Jurisprudence concerning Foreign Investments*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 75. Dix ans plus tard, l'UE a mis en question les TBI et elle a proposé la création d'un tribunal multilatéral des investissements. Aujourd'hui, il y a des ALE et des TBIs qui présentent une formulation moins primitive que les anciens traités de protection des investissements, comme nous le verrons dans ce chapitre.

<sup>1640</sup> Celle-ci est perçue comme « *one of the most striking features of international law in the new age of globalization* », COTÉ (Ch-E), « Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation

investissement »<sup>1641</sup>; dans ce contexte, les arbitres peuvent examiner si un contrat peut constituer un investissement à la lumière du TBI applicable.

Sans les définitions de chaque TBI, il serait difficile de déterminer si un contrat de nature publique est un investissement ou non. Dans ce même contexte, les TBI permettent l'applicabilité du droit international au règlement d'un différend<sup>1642</sup>, ce qui implique l'applicabilité non seulement des traités internationaux, mais les sources du droit international au sens large<sup>1643</sup>, qui peuvent interagir.<sup>1644</sup>

D'ailleurs, comme nous l'avons vu dans la première partie, l'UE rejette le mécanisme d'arbitrage des TBI. Cela ne doit pas signifier que l'UE rejeterait une construction du droit international des contrats publics. En effet, si nous analysons l'attitude de l'UE en ce qui concerne l'AMP 2012, nous pouvons constater la volonté d'adaptation du droit de l'UE au droit international.<sup>1645</sup> Si toutes les organisations internationales de nature économique adoptaient cette attitude d'adaptation juridique<sup>1646</sup>, il serait plus facile d'harmoniser le droit des contrats publics à l'échelle mondiale et, partant, de construire le droit international des contrats publics.

En ce qui concerne le rejet par l'UE de l'arbitrage prévu dans les TBI, ce refus oblige à être attentif au développement de « l'écosystème d'investissement européen »<sup>1647</sup> et à l'attitude «

---

of Responsibility of Host State », in *International Law in the New Age of Globalization*, (BYRNES (A), et al, éditeurs), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 390.

<sup>1641</sup> Voir: HEISKANEN (V) « Of capital import: The definition of "investment" in international law », in *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration* (HOFFMANN (A) éditrice), Association Suisse de l'Arbitrage, 2010, p. 55.

<sup>1642</sup> Par exemple, le paragraphe 8 de l'art. 12 du TBI entre la Suisse et Egypte du 7 juin 2010 dit: « *Le tribunal arbitral statue sur le différend conformément aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes applicables du droit international* ». Nous soulignons.

<sup>1643</sup> Voir: BJORKLUND (A), « Applicable Law in International Investment Disputes », in *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide* (GIORGETTI (C), éditrice), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, pp. 261-286.

<sup>1644</sup> Sur l'interaction entre les sources du droit international, voir: BJORKLUND (A), « Applicable Law in International Investment Disputes », *op. cit.*, pp. 281-285.

<sup>1645</sup> On va remarquer la clause d'équivalence et d'autres préceptes dans les directrices de 2014.

<sup>1646</sup> L'adaptation des règles des organisations régionales en matière de contrats publics ne doit pas faire oublier qu'il est nécessaire l'adhésion des États membres de chaque organisation régionale à l'AMP 2012.

<sup>1647</sup> « Pour les investisseurs désireux de procéder à des investissements transfrontières dans l'UE, l'accès aux marchés publics est un élément important de l'écosystème d'investissement européen offrant une égalité des

belligérante » de l'UE contre le droit international des investissements au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

## 2. L'ensemble d'harmonisations multilatérales en tant qu'élément de la nouvelle réalité

Les ALE contribuent à la construction du droit international des contrats publics par trois raisons qu'on va exposer.

D'abord, parce qu'ils introduisent normalement un chapitre consacré aux appels d'offres publics; ce chapitre ne génère pas seulement une ouverture de marché, mais aussi il promeut et consolide certains standards qui reflètent l'évolution du droit des contrats publics contemporain au sens large.<sup>1648</sup>

Les chapitres des ALE consacrés aux appels d'offres publics pourraient impliquer une conviction étatique, une répétition normative et une tendance normative<sup>1649</sup> et/ou, aussi, dévoiler l'existence de certains principes généraux du droit, tels que la transparence dans les contrats publics.<sup>1650</sup>

Deuxièmement, en vertu de la nature conventionnelle des ALE, la primauté du droit international, sur le droit interne et « sur les actes administratifs internes »<sup>1651</sup>, constitue une

---

chances pour l'accès au marché », *Communication de la Commission au Parlement européen au Conseil: Protection des investissements intra-UE*, du 19 juillet 2018 (COM(2018) 547 final)

< [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/fr/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/fr/pdf) >, p. 6.

<sup>1648</sup> Lire: règles en matière de non-discrimination, transparence, publicité, protection de l'environnement, etc.

<sup>1649</sup> La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics permet de voir des normes et des tendances en ce qui concerne la législation du droit des appels d'offres publics.

<sup>1650</sup> Dans ce contexte, le professeur Nanteuil précise aussi que « l'identification d'un principe général de droit demande « une approche comparée de différents droits nationaux, ce qui constitue une tâche délicat. Ceci d'autant plus que la seule comparaison de certains systèmes n'est pas suffisante. En théorie, un tel principe ne peut être formulé que s'il est partagé non seulement par un grand nombre d'Etat mais encore par des systèmes de différentes natures », NANTEUIL (A), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 121. Voici une question intéressante. Le professeur Laurent Richer a résumé en 2012 (la même année de l'Accord plurilatéral révisé sur les marchés publics de l'OMC) ce qui suit: « Le Conseil constitutionnel n'a pas consacré un principe général de transparence dans la passation des contrats, mais il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats ou aux contrats administratifs », RICHER (L), « Constitution, contrats et commande publique », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 37, octobre 2012, p. 44.

<sup>1651</sup> TCHIKAYA (B), *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, Vanves, Hachette, 2017, p. 28.

garantie pour la protection du candidat, du cocontractant et du cocontractant-investisseur face aux abus du droit de l'État ou de l'utilisation tordue de l'*imperium*.

Et troisièmement, les ALE impliquent l'application du droit international dans la phase des appels d'offres publics et dans les différences pendant la phase d'exécution d'un contrat d'investissement, selon chaque traité.<sup>1652</sup> Dans ce contexte, le risque de favoritisme et de corruption est réduit.<sup>1653</sup>

D'ailleurs, il faut garder à l'esprit qu'un ALE est un texte conventionnel qui concerne deux ou plusieurs États et qui couvre de nombreuses matières. L'interprétation de ces traités exige de garder à l'esprit que ces textes constituent un ordre juridique créé par et pour les Parties concernées par le traité et ayant des effets pour leurs ressortissants. Dans cette optique, les ALE multilatéraux exigent une interprétation conforme aux intérêts communs existant entre tous les États concernés.<sup>1654</sup> En conséquence, la jurisprudence disparate ou divergente sur un même sujet dans un ALE multilatéral devrait être évitée parce qu'elle conduit à l'insécurité juridique en matière d'appels d'offres publics et de la protection du cocontractant-investisseur dans la phase de l'exécution du contrat.

---

<sup>1652</sup> À titre d'exemple: l'ALE entre le Pérou et la Chine du 28 avril 2009, qui accepte les concessions comme une modalité d'investissement (paragraphe *e*) de l'article 126), dispose que « *Each Party shall accord fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with customary international law in its territory to investment of investors of the other Party* », paragraphe 1 de l'art. 132; et, en plus, il précise ce qui suit: « *For greater certainty, (a) the concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require additional treatment to that required under the minimum standard of treatment of aliens in accordance with the standard of customary international law; (b) a determination that there has been a breach of another provision of this Agreement or another international agreement does not imply that the minimum standard of treatment of aliens has been breached; (c) "fair and equitable treatment" includes the prohibition against denial of justice in criminal, civil, or administrative proceedings in accordance with the general accepted principles of customary international law; and (d) the "full protection and security" standard does not imply, in any case, a better treatment to that accorded to nationals of the Party where the investment has been made* », paragraphe 2 de l'art. 132.

<sup>1653</sup> Penser, par exemple, à une décision gouvernementale de résiliation du contrat dans le but de créer un consortium ou un PPP visant à favoriser une entreprise.

<sup>1654</sup> Dans ce sens, le professeur Stephan W. Schill explique que: « *the claim that international investment treaties constitute a multilateralized system is normative in the sense that multilateralism rather than bilateralism should inform the application and interpretation of investment treaties. In their interpretation of investment treaties, arbitral tribunals should thus give appropriate weight to the multilateral aspirations of investment law* », SCHILL (S), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 17. En somme, il y a une série d'imbrications juridiques, géographiques, économiques et non économiques autour de chaque harmonisation et de l'ensemble d'harmonisations.

## §2. Le cocontractant investisseur dans le cadre des limitations des pouvoirs souverains

La souveraineté, caractéristique exclusive des États<sup>1655</sup>, peut être limitée par les traités internationaux et par le droit international non conventionnel. Cette affirmation n'est pas nouvelle, mais elle permet une reconnaissance préalable d'une partie du terrain sur lequel le droit international des contrats publics peut être construit. Pour cette raison, il est nécessaire de remarquer l'inégalité entre les parties au contrat (A) et les limitations du pouvoir étatique en vertu du droit international non conventionnel (B).

### A. L'inégalité entre les parties au contrat

L'acceptation de l'inégalité (1) permet de comprendre la modulation du pouvoir de l'État (2).

#### 1. L'acceptation de l'inégalité

L'inégalité entre les parties au contrat existe dans et à de hors du contrat, simplement parce que l'*imperium* de l'État persiste à tout moment. Dans le cadre du droit interne, nous savons que l'État peut modifier le contrat grâce aux prérogatives aussi enracinées dans le droit administratif comme, par exemple, le *jus variandi* ou les pouvoirs exorbitants des entités

---

<sup>1655</sup> Le professeur Pär Hallström, en accord avec le professeur Ian Brownlie, explique que « *The concept of sovereign has many faces... The idea is at the basis of the doctrine of sovereignty and equality of states, reflected in the United Nations (UN) Charter. As explained by Brownlie, the principal corollaries of the doctrine are: (1) a jurisdiction, prima facie exclusive, over a territory and the permanent population living there; (2) a duty of nonintervention in the area of exclusive jurisdiction of other states; and (3) the dependence of obligations arising from customary law and treaties on the consent of the obligator. The third corollary mentioned by Brownlie implies that sovereign and discretionary powers may be limited by consent of the state* », HALLSTROM (P), « Sovereignty and Transnational Investments », in *Aspects of Sovereignty: Sino-Swedish* (SEBASTIK (P) éditeur), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 64.

publiques contractantes qui permettent de résilier le contrat et/ou de révoquer une concession.<sup>1656</sup> D'ailleurs, l'État peut également entraver l'exécution du contrat.<sup>1657</sup>

Les standards de protection des investissements des traités internationaux, ils peuvent limiter le pouvoir de l'État et générer aussi une « inquiétude face aux effets de l'investissement étranger sur la souveraineté »<sup>1658</sup>, et ils peuvent aussi éviter l'abus de l'État et du droit interne et atténuer les inégalités.

## 2. La modulation des pouvoirs souverains par le biais des traités

Les standards de protection du droit international de l'investissement offrent des garanties juridiques au cocontractant-investisseur et, simultanément, constituent des obligations conventionnelles qui coexistent avec les obligations contractuelles.<sup>1659</sup> À cet égard, les juristes Eduardo Silva Romero et Ana Carolina Simões résument l'effet de la coexistence d'un contrat et des règles conventionnelles<sup>1660</sup> de la manière suivante:

D'abord, un traité « peut limiter les pouvoirs exorbitants de la partie publique qui résultent du contrat ».<sup>1661</sup> Dans ce scénario juridique, il y a deux standards de protection qui deviennent importants: « la protection offerte par le traité contra l'expropriation indirecte et la garantie d'un traitement juste et équitable de l'investissement par l'État d'accueil ».<sup>1662</sup> Il s'agit d'un

---

<sup>1656</sup> Le professeur Michael Trouchu explique brièvement: « le contrat validé par l'État d'accueil doit autoriser la société de projet à construire et exploiter l'ouvrage pendant un période déterminée. Cependant, il arrive que cette autorisation fasse l'objet d'un acte administratif pris par l'autorité compétente de l'État d'accueil. Le choix en ce domaine n'est pas neutre: dans beaucoup des systèmes juridiques, l'acte administratif, en effet, est révocable alors que les engagements contractuels ne peuvent être modifiés que par accord mutuel des parties », TROUCHU (M), « Financement des PPP dans le spays émergents », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TROUCHU (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 276.

<sup>1657</sup> Penser à la création d'une taxe dans le seul but de rendre l'exécution du contrat impossible pour, ensuite, lancer un « nouvel » appel d'offres public et attribuer le contrat à une entreprise « amie » du parti au pouvoir.

<sup>1658</sup> COTÉ (Ch-E), « Le Canada et l'investissement direct étranger », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, op. cit., p. 240.

<sup>1659</sup> Rappel de l'effet de la clause parapluie.

<sup>1660</sup> SILVA (E) et SIMOES (C), « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 25-44.

<sup>1661</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>1662</sup> *Idem*, p. 37.

obligation de l'État, indépendamment de l'entité publique qui a signé le contrat et des attributions de chaque administration publique au sein de l'État.

Deuxièmement, le pouvoir de légiférer de l'État peut entrer en conflit avec le standard de protection des attentes légitimes de l'investisseur, dans la mesure où « les assurances spécifiques donnés explicitement ou implicitement par l'État... pourraient créer une telle protection ». <sup>1663</sup> Une modification de la législation, dans ce contexte, pourrait altérer les attentes de l'investisseur, ce qui pourrait conduire à la « manque de clarté conceptuelle » <sup>1664</sup> des attentes légitimes. <sup>1665</sup>

En outre, la présence d'une « *umbrella clause* » <sup>1666</sup> dans le traité <sup>1667</sup> peut conduire à une polémique relative « au droit applicable à la responsabilité et à la détermination du montant de l'indemnisation du fait d'une violation du contrat ». <sup>1668</sup> En tout cas, les standards de protection des investissements sont importantes pour la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où ils permettent de faire les réflexions suivantes:

a). Face à un abus de pouvoir de l'entité adjudicatrice ou des pouvoirs publics par le biais du droit interne, les différents standards peuvent éviter, ou atténuer, le risque de dommages (et/ou donner lieu à une indemnisation en faveur du cocontractant, selon le cas). Cela ne

---

<sup>1663</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>1664</sup> En ce sens, voir: WONGKAEW (T), *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration. A theory of detrimental reliance*, Cambridge University Press, 2019, p. 6.

<sup>1665</sup> En ce qui concerne les attentes légitimes, l'auteur Teerawat Wongkaew détaille différents points de vue dans la jurisprudence sur le même sujet, voir: *idem*, p. 6.

<sup>1666</sup> La juriste Katia Yannaca-Small résume: « *There is diversity in the way the umbrella clause is formulated in investment agreements. Because of this diversity, the proper interpretation of the clause depends on the specific wording of the particular treaty, its ordinary meaning, context, the object and purpose of the treaty as well on negotiating history or other indications of the parties' intent. The review of the language of this clause included in a representative sample of treaties indicate that, although there are some disparities, the ordinary meaning of "shall observe" "any commitments/obligations" seem to point towards an inclusive, wide interpretation which would cover all obligations assumed/entered into by the contracting States, including contracts, unless otherwise stated* », YANNACA-SMALL (K), « Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements », *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing < [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf) >.

<sup>1667</sup> Voir: SILVA (E) et SIMOES (C), « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique », *op. cit.*, pp. 34-36.

<sup>1668</sup> *Idem*, p. 41.

signifie pas que, dans le cadre du droit international, l'État soit exonéré de l'obligation de protection des droits de l'homme au sens large; cette obligation de l'État persiste.

b). Les standards de protection, bien qu'elles soient rédigées et/ou interprétées de différentes manières selon chaque traité, révèlent l'existence de règles à prendre en considération dans la relation juridique entre l'État où le contrat est exécuté (y compris les entités publiques de l'État) et les cocontractants.

Dans ce contexte, il faut préciser que la recherche de l'équilibre entre les parties n'implique pas de faire pencher la balance en faveur du cocontractant ni d'éliminer le droit de l'État de réglementer, mais plutôt il s'agit d'éviter l'abus du droit interne et des prérogatives de l'État.

De même, la clause parapluie et les standards n'ont aucun effet sur les contrats des cocontractants nationaux (quel traité l'État aurait-il violé ? aucun!), ni sur les contrats conclus entre une entité publique ou l'État et un cocontractant dont le pays ne fait pas partie d'un TBI ou d'un ALE avec l'État d'exécution du contrat<sup>1669</sup>, ni sur les contrats internationaux de caractère public qui ne constituent pas un investissement. Dans ce contexte, la nécessité de sauvegarder les droits de tous les cocontractants à la phase de l'exécution du contrat apparaît toujours à l'horizon de la construction du droit international des contrats publics.

## **B. Les limitations du pouvoir étatique en vertu du droit international non conventionnel**

La jurisprudence de l'arbitrage international révèle l'applicabilité des principes généraux du droit et du droit international coutumier<sup>1670</sup>, ce qui implique que ces deux sources du droit international peuvent limiter les droits et pouvoirs des parties au contrat, en particulier de l'État<sup>1671</sup>; c'est une question à considérer dans la construction du droit international des

---

<sup>1669</sup> En l'absence de traité, il n'y a évidemment pas de clause parapluie dans l'inexistant traité.

<sup>1670</sup> Nous partageons le commentaire de la professeure Andrea K. Bjorklund selon lequel « *The rules of decision are not applied in a vacuum. Each investment treaty is part of international law and thus application and interpretation of IIAs are further affected by international law, including general principles of international law and customary international law* » (IIA, lire: *International investment agreements*), BJORKLUND (A), « Applicable Law in International Investment Disputes », *op. cit.*, p. 276.

<sup>1671</sup> En ce qui concerne le droit international de l'investissement, Omar García-Bolivar a précisé que « *the regime is informed by principles of customary international law and general principles of law that have evolved over time. Differing somewhat from the formation-process of customary international law and general*



contrats publics (1). En plus, le raisonnement des arbitres est aussi un autre élément à prendre en considération dans cette construction (2).

## 1. La pertinence des principes généraux du droit et de la coutume intentionnelle

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il est important de rappeler que les traités internationaux, le droit des États et les ordres juridiques communautaires ne peuvent pas toujours éviter l'imperfection normative, ni garantir l'inexistence absolue des insuffisances propres aux normes écrites. Dans ce contexte, on va souligner que les principes généraux du droit (bonne foi, interdiction de l'abus du droit, *pacta sunt servanda*, etc.) ont un rôle très spécial à jouer pour combler les lacunes. Le droit international de l'investissement confirme cette affirmation et en plus remarque la pertinence de la coutume internationale.

Les principes généraux du droit apparaissent comme un instrument permettant « *to displace perceived failures in otherwise applicable law* ». <sup>1672</sup> La jurisprudence internationale au sens large, les TBI et l'histoire de l'arbitrage international, ils permettent de vérifier l'applicabilité et la « vitalité » <sup>1673</sup> des principes généraux du droit dans les différends découlant des contrats de nature publique. <sup>1674</sup> Ces principes permettent des solutions simples pour quelques questions extrêmement complexes ou apparemment complexes <sup>1675</sup> pendant l'exécution du contrat et ce sont pertinents dans la construction du droit international des contrats publics en raison de son universalité. <sup>1676</sup>

---

*principles of law, [the treaties] embody the express manifestation of States' intentions* », GARCÍA-BOLIVAR (O), « Economic development at the core of the international investment regime », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (C) et MILES (K) éditeurs), Cambridge University Press, 2011, p. 587.

<sup>1672</sup> KOTUBY (C) et SABOTA (L), *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, 2017, pp. 31-2.

<sup>1673</sup> WEIL (P), « Principes généraux du droit et contrats d'États », in *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 414.

<sup>1674</sup> Voir: WEIL (P), *idem*, pp. 392-397.

<sup>1675</sup> Dans cette ligne, parmi la jurisprudence, les sentences arbitrales sur l'affaire *Lena Goldfields* et sur l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Libye* (deux décisions classiques souvent présentes dans la abondante bibliographie) sont illustratives.

<sup>1676</sup> La professeure Claire Crépet Daigremont, décrit que les Principes d'Unidroit revendiquent « une certaine universalité en se présentant comme un ensemble de règles communes aux systèmes juridiques nationaux », CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », *op. cit.* p. 353.

De même, la coutume internationale peut aussi limiter les pouvoirs de l'État dans la mesure où elle peut être appliquée dans la phase de l'exécution du contrat. Cette applicabilité peut découler des standards de protection des investissements<sup>1677</sup> accueillis dans les traités.<sup>1678</sup>

Parmi les standards de protection mentionnés dans l'introduction de ce titre II, le traitement juste et équitable est souvent cité comme le paradigme du droit coutumier<sup>1679</sup> dans les traités.<sup>1680</sup>

Il convient de préciser que « les griefs invocables sur le fondement du droit international coutumier sont variés »<sup>1681</sup> et, dans ce même contexte, la coutume internationale peut servir à préciser quelques détails et à combler des lacunes (la coutume « *might also be used to elaborate on the meaning of a treaty provision or to fill lacunae in the treaty,*<sup>1682</sup> assuming

---

<sup>1677</sup> Par exemple, el art. 5 du modèle de TBI du Canada (*Minimum Standard of Treatment*), le paragraphe 3 de l'art III du Model de TBI de la Colombie (« *Each Party shall accord fair and equitable treatment in accordance with customary international law...* »), nous soulignons.

<sup>1678</sup> Par exemple, parmi d'autres traités, voir le paragraphe 3 de l'art. 9 du TBI entre l'Espagne et le Pérou (il admet les « *Reglas y principios del Derecho internacional* » comme l'ordre juridique applicable aux différences), le paragraphe 3 de art. XI du TBI entre l'Espagne et la Nicaragua du 16 mars 1994.

<sup>1679</sup> Le professeur Christoph Shreuer remarque que « *Customary international law also play an importante role in investment law. The international minimum standards for treatment of aliens are still relevant in a number of contexts including denial of justice* », SHREUER (C), « Investments, International Protection », in *Articles from The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R) sous la direction de), Oxford University press, 2015, p. 562.

<sup>1680</sup> Le spécialiste de l'arbitrage Alejandro López note qu'il est « difficile d'en définir avec précision le contenu et la portée, ce qui, en tout état de cause, dépendra de la formulation concrète qui sera donnée à cette norme dans le traité de protection des investissements concerné », LÓPEZ (A), « Trato justo y equitativo », in *Enciclopedia de arbitraje, op. cit.* p. 356. Le texte originel dit que : « *resulta difícil definir con precisión su contenido y alcance que, en cualquier caso, dependerá de la redacción concreta que a este estándar se dé en el tratado de protección de inversiones correspondiente* ». Le traitement juste et équitable pourrait être considérée comme un autre concept juridique indéterminé.

<sup>1681</sup> La professeure Claire Crépet Daigremont, précise que « les griefs invocables sur le fondement du droit international coutumier son variés. Ils ne témoignent pas de l'existence d'un droit international contractuel propre, qui sera spécialement applicable dans un contentieux purement contractuel », CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S) (directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 342.

<sup>1682</sup> For example, in *ADC v. Hungary, the tribunal concluded that Hungary had engaged in an unlawful expropriation of ADC's investment. The treaty set forth the standard of compensation for a lawful expropriation, but did not address the standard for an unlawful expropriation; to fill the gap, the tribunal turned to customary international law and in particular to the principles announced in the Chorzów Factory case. ADC Affiliate Limited v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, ¶¶ 483–94 (Oct. 2, 2006)* (Note en bas de page de cette jurisprudence).

*the latter is not lex specialis intended to displace custom*<sup>1683</sup> », a noté la professeure Andrea Bjorklund).<sup>1684</sup>

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il convient de souligner que les standards de protection telles que le traitement juste et équitable ne s'appliquent qu'aux contrats d'investissement et non à tous les contrats; en conséquence, il serait intéressant d'élaborer un traité établissant les devoirs et droits du cocontractant et de la partie publique; dans ce contexte, on pourrait élaborer un catalogue des devoirs et des droits et établir qu'un tel catalogue « ne fait pas obstacle à l'applicabilité des principes généraux du droit ou du droit international coutumier conformément aux traités internationaux ». <sup>1685</sup> Ainsi, la construction d'un droit international des contrats publics n'entraînerait pas un éventuel rejet de la coutume internationale; toutefois, si la coutume internationale est acceptée, il est également nécessaire de noter que cette coutume ne s'appliquerait pas à l'exécution de tous les contrats publics existants mais à l'exécution de certains contrats internationaux de nature publique tels que, par exemple, les concessions internationales. Dans ce contexte, il ne faut pas oublier que la coutume internationale est créée par la pratique et la conviction des États; et, dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics et de la coutume internationale, nous pourrions poser la question suivante: l'intégrité des contrats publics, c'est une règle du droit international coutumier ?

En vertu de la répétition des règles sur la transparence et l'intégrité des contrats publics entre les harmonisations et en vertu de la conviction des États reflétée entre les normes

---

<sup>1683</sup> See, e.g. , *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, ¶ 54 (June 27, 1990) (“[T]he tribunal is convinced that, in the absence of a specific rule provided for in the Treaty itself as *lex specialis* , the general international law rules have to assume their role as *lex generalis* . ”); *Amoco International Finance Corp. v. Iran*, Partial Award, ¶ 186 (July 14, 1987), 27 I.L.M. 1314 (1988) (“As *lex specialis* in the relations between the two countries, the Treaty supersedes the *lex generalis*, namely customary international law. This does not mean, however, that the latter is irrelevant in the instant Case. On the contrary, the rules of customary law may be useful in order to fill in possible lacunae of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provisions.”) (Note en bas de page de cette jurisprudence).

<sup>1684</sup> BJORKLUND (A), « Applicable Law in International Investment Disputes », *op. cit.*, p. 276.

<sup>1685</sup> En ce qui concerne le traitement juste et équitable, une limitation est observée. Par exemple, l'article 5 du TBI entre la France et la Colombie précise ce qui suit: « La constatation d'une violation d'une autre disposition du présent Accord ou d'un autre accord international n'implique pas une violation de ce standard ». Cette prévision pourrait empêcher l'application d'une éventuelle règle coutumière selon laquelle la violation de toute règle conventionnelle constituerait une violation du standard de traitement juste et équitable.

d'harmonisation<sup>1686</sup>, la Convention des Nations Unies contre la corruption et d'autres traités régionaux et textes déjà cités dans la première partie de cette thèse, il semble y avoir des éléments suffisants pour considérer l'intégrité des contrats publics comme faisant partie du droit international coutumier et comme un principe du droit international aussi; il semble que les éléments pour la prise en compte de l'intégrité dans les contrats publics en tant que droit international coutumier et en tant que principe du droit international, ils existent. Dans ce contexte, à la lumière de l'effet générateur d'une coutume internationale qui pourrait exister, l'attribution d'un contrat en raison d'un pot-de-vin pourrait être un comportement d'État contraire non seulement aux traités internationaux mais aussi au droit international coutumier. En conséquence, le droit international coutumier ferait donc partie de la construction internationale des contrats publics.

## **2. La contribution des arbitres. La litanie de jurisprudence révélant la pertinence des principes généraux du droit en face du « pouvoir absolu » de l'État**

Dans le cadre du CIRDI, l'applicabilité des principes du droit international<sup>1687</sup> et des principes généraux du droit a été considérée depuis la création du CIRDI.<sup>1688</sup> Les différents TBI, la jurisprudence et les différents ALE vont dans la même direction. Les principes généraux du droit peuvent être appliqués en vertu du pouvoir d'interprétation des tribunaux arbitraux.<sup>1689</sup>

---

<sup>1686</sup> Le texte de l'APM 2012, de l'harmonisation au sein du Mercosur, des ALE, etc., ils pourraient aussi refléter la conviction des États quant à l'intégrité des contrats publics.

<sup>1687</sup> Le paragraphe 1 de l'art. 42 de la Convention CIRDI établit ce qui suit: « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit international en la matière ».

<sup>1688</sup> Le paragraphe 40 de *la Rapport des Administrateurs sur la Convention CIRDI* précise: « En vertu de la Convention, un Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit désigné par les parties. A défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'Etat partie au différend (sauf si le droit de cet Etat prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques ». Nous soulignons. La coutume internationale et les principes généraux du droit sont couverts par l'article 38. Toutefois, comme nous l'avons noté dans l'introduction, cette énumération des sources est incomplète.

<sup>1689</sup> Le juriste Dolores Bentolila résume que les arbitres ont « *un poder de interpretación que permite clarificar, colmar lagunas, adaptar la regla a los tiempos actuales* », BENTOLILA (D), « Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 414.

Le raisonnement des arbitres contribue à la construction du droit international des contrats publics<sup>1690</sup> parce que, à travers ces raisonnements, nous pouvons vérifier le pouvoir des États n'est pas absolu dans le cadre de l'exécution des contrats.<sup>1691</sup>

Nous essaierons d'articuler, dans l'ordre chronologique, quelques sentences arbitrales impliquées dans cette contribution. Il s'agit d'une jurisprudence bien connue parmi la communauté arbitrale en ce qui concerne les contrats de nature publique mais inéluctable aussi dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics. À cet égard, la sentence arbitrale sur l'affaire *Lena Goldfields* de 2 septembre 1930<sup>1692</sup> est important pour la construction du droit international des contrats publics en raison de l'applicabilité des principes généraux du droit et de la confirmation du principe *kompetenz-kompetenz*, selon lequel les arbitres sont compétents pour décider de leur propre compétence. Dans ce jurisprudence, le tribunal a reconnu l'applicabilité de l'enrichissement sans cause en tant que principe général du droit<sup>1693</sup> sous un raisonnement qui mérite d'être reproduit près d'un siècle plus tard. Le raisonnement était le suivant:

*« The Court finds as a fact that this state of affairs in which Lena found itself in February, 1930, brought about... a "total impossibility for Lena of either performing the Concession Agreement or enjoying its benefits."*

*The Court further decides that the conduct of the Government was a breach of the contract going to the root of it. In consequence Lena is entitled to be relieved from the burden of further obligations thereunder and to be compensated in money for the value of the benefits of which it had been wrongfully deprived. On ordinary legal principles this constitutes a right*

---

<sup>1690</sup> Dans ce contexte, les « arbitrages pétroliers » revêtent une grande importance. Le professeur Jean-Flavien Lalive a consacré une partie de son cours à l'Académie de droit international de La Haye à « quelques grands arbitrages pétroliers et les leçons qui s'en dégagent ». Voir: LALIVE (J-F), « Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents », *R.C.A.D.I.*, vol. 181, 1983, pp. 72-162.

<sup>1691</sup> L'internationalisation du droit des contrats de nature publique ne découle pas exactement de l'ouverture du marché dans le cadre du Code de Tokyo, mais de la jurisprudence de l'arbitrage.

<sup>1692</sup> ERNST (A) « Lena Goldfield Arbitration », in *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.* pp. 578-583.

<sup>1693</sup> L'affaire *Lena Goldfields* est important pour la construction du droit international des contrats publics, non seulement en raison de l'applicabilité des principes généraux du droit, mais aussi en raison du principe *kompetenz-kompetenz*. Le professeur Arthur Nussbaum a résumé les faits et le contentieux. NUSSBAUM (A) « Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », *Cornell Law Review*, vol. 36, numéro 1, 1950, pp. 32-33. L'Union soviétique rejetait la sentence arbitrale.

*of action for damages, but the Court prefers to base its award on the principle of "unjust enrichment," although in its opinion the money result is the same ».*<sup>1694</sup>

Cette jurisprudence permet de constater que la relation juridique, entre la partie publique et la partie privée, existe dans un univers juridique où les principes généraux du droit sont applicables. Dans ce ligné, les principes généraux du droit peuvent faciliter l'articulation des différents éléments pertinents dans la construction du droit international des contrats publics et, en conséquence, peuvent faciliter aussi les travaux des experts dans le cadre d'un éventuel traité international multilatéral sur les devoirs et droits des parties des contrats internationaux de nature publique, où le droit d'être à l'abri de l'enrichissement sans cause pourrait être reconnu.

D'ailleurs, la jurisprudence délimite la nature juridique des contrats de nature publique. Dans ce sens, la sentence arbitrale du 23 août 1958 sur l'affaire *Aramco c. Arabie Saoudite* est considérée comme une jurisprudence importante dans l'internationalisation des concessions.<sup>1695</sup> Cette jurisprudence a « écarté l'argument d'Aramco voulant transformer le contrat de concession en un traité international »<sup>1696</sup> et cette question est importante pour la construction d'un droit international des contrats publics parce qu'elle souligne la différence entre contrat de concession et traité international.<sup>1697</sup>

De même, dans le cadre d'un autre classique de l'arbitrage international, l'affaire *Abu Dhabi*, la sentence arbitrale a considéré que le droit international « *was applicable as the proper law of contract* ». <sup>1698</sup> Quand on dit que le « *most aggressive use of the general principles is to displace perceived failures in otherwise applicable law* »<sup>1699</sup>, l'affaire *Abu Dhabi* est

---

<sup>1694</sup> Paragraphe 25. L'article du professeur Nussbaum joint la sentence arbitrale en question.

<sup>1695</sup> Voir: BASTID (S), « Le Droit international public dans la sentence de l'Aramco », *Annuaire Français de droit international*, vol. 7, 1961, pp. 300-311.

<sup>1696</sup> TCHIKAYA (B), *Mémento de la jurisprudence. Droit international public, op.cit.*, p. 80. Voir aussi: EL-KOSHERI (A), « Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier », *R.C.A.D.I.*, vol. 147, 1975, p. 305.

<sup>1697</sup> Toutefois, cette différenciation ne limite pas les effets de la clause parapluie.

<sup>1698</sup> VADI (V), *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2016, p. 107.

<sup>1699</sup> KOTUBY (C) et SABOTA (L), *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes, op. cit.*, p. 32.

souvent cité. Ce contentieux présentait une circonstance particulière: le droit applicable était le droit interne<sup>1700</sup>, mais l'arbitre a estimé que « *found that there was no law in Abu Dhabi governing modern commercial instruments* »<sup>1701</sup>; et pour cette raison le droit interne a été considéré comme un droit inapplicable à une concession pétrolière.<sup>1702</sup> Cette jurisprudence est très importante pour comprendre que, dans certaines circonstances, le droit international peut être appliqué dans les différends relatifs aux concessions internationales.

En droit français, l'arrêt sur l'affaire *Galakis* de la Première Chambre civile de la Cour de cassation française du 2 mai 1966 mérite d'être citée ici en tant que, dans le cadre des restrictions de la loi étatique en matière d'arbitrage<sup>1703</sup>, l'arrêt a fait une distinction entre la clause compromissoire sur les contrats internationaux et la clause compromissoire sur les autres contrats, ce qui renforce la perception selon laquelle, d'une part, les contrats internationaux de nature publique ne sont pas une matière exclusive du droit administratif étatique ni d'un ordre juridique communautaire et, d'autre part, que le droit international en matière de contrats publics ne se limite pas uniquement à l'ouverture du marché. Ce raisonnement pourrait être accueilli par la justice des États, ce qui constituerait une contribution importante dans la construction du droit international des contrats publics.

La sentence arbitrale du professeur René-Jean Dupuy<sup>1704</sup> du 19 janvier 1977 sur l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Libye* est une autre classique jurisprudence à considérer. Dans cette affaire, le même contrat reconnaissait l'applicabilité des principes du droit étatique, le droit

---

<sup>1700</sup> L'arbitre avait déterminé que « *if any municipal legal system was applicable, it would prima facie be that of Abu Dhabi* », SORNARAJAH (M), *The Pursuit of Nationalized Property*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 114.

<sup>1701</sup> SPOFFORD (C), « Third party judgment and international economic transactions », *R.C.A.D.I.*, vol. 113, 1964, p. 190.

<sup>1702</sup> Ce droit « *could not therefore be applied to an oil concession* », THIRLWAY (H), *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, p. 95 (note en bas de page 8).

<sup>1703</sup> Le professeur François Rigaux a commenté « La dérogation à la prohibition formulée par les anciens textes du Code de procédure civile est une « règle de droit international privé matériel ». Il faut cependant souligner la référence aux « usages du commerce maritime », laquelle implique la reconnaissance virtuelle d'un système transnational particulier », RIGAUX (F), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale: cours générale de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 213, 1989, p. 247. Voir aussi: LOQUIN (É), « Les règles matérielles internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 322, 2006, pp. 149-151.

<sup>1704</sup> Voir: CANTEGREIL (J), « The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 22, numéro 2, 2011, pp. 441-458.

libyen<sup>1705</sup>, et l'arbitre a estimé que le droit interne faisait partie du droit international.<sup>1706</sup> Cette sentence arbitrale est reconnue comme une jurisprudence qui « va façonner une théorie du rattachement des contrats de concession à l'ordre juridique international ». <sup>1707</sup> En tout état de cas, comme on peut voir, l'internationalisation des contrats de concession n'est pas une jurisprudence isolée, mais la conséquence d'une constellation de sentences arbitrales.<sup>1708</sup>

D'ailleurs, la construction d'un droit international des contrats publics ne saurait oublier les institutions et les pratiques des États comme, par exemple, la nationalisation. Sur ce sujet, la sentence arbitrale du 12 avril 1977 sur l'affaire *Liamco c. Libye*<sup>1709</sup> mérite aussi d'être considérée ici parce que cette jurisprudence a reconnu le droit des États à la

---

<sup>1705</sup> « En ce qui concerne les concessions litigieuses, la clause d'internationalisation du droit matériel était la plus nette qui soit. En effet, il était prévu à l'article 28:

« La présente concession sera régie conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international; en l'absence de points communs... elle sera régie conformément aux principes généraux du droit y compris ceux... dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

Comme le note justement l'Arbitre: ces principes du droit international doivent en l'espèce servir de pierre de touche pour l'application de la loi libyenne puisque c'est seulement si elle leur est conforme qu'elle doit être appliquée. Autrement, on se basera sur les principes généraux du droit. Dans bien d'autres contrats de ce genre référence expresse est faite aux principes généraux du droit, selon un système plus ou moins complexe. Il en est ainsi de la clause commune à diverses concessions, intéressant plusieurs États du Moyen-Orient et de l'Asie aux termes de laquelle:

« Les parties s'engagent à exécuter les dispositions du présent contrat conformément aux principes de la bonne foi et de la bonne volonté. Les parties au présent accord étant de nationalités diverses, ledit Accord sera interprété et appliqué conformément aux principes de droit communs au (Koweït) et au (Japon), et à leur défaut, par les principes du droit généralement reconnus par les nations civilisées, y compris ceux dont les tribunaux internationaux ont fait application » », source: COHEN-JONATHAN (G), « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen: décision au fond du 19 janvier 1977 », *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977, pp. 459-460. Nous soulignons. Les notes de bas de page ont été supprimées.

Voir aussi: VERHOEVEN (J), « Droit international des contrats et droit de gens (A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. État libyen*) », *Revue belge de droit international*, 1978, p. 210.

<sup>1706</sup> L'arbitre « *decided that the Libyan national law was simply integrated into a body of substantive rules in the international legal order* », CANTEGREIL (J), « The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law », *op. cit.*, p. 446.

<sup>1707</sup> TCHIKAYA (B), *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>1708</sup> Sur « la théorie de l'internationalisation », voir: SORNARAJAH (M), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University press, 2017, pp. 339-355; SORNARAJAH (M), *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University press, 2015, pp. 97-122.

<sup>1709</sup> < [https://www.biiicl.org/files/3939\\_1977\\_liamco\\_v\\_libya.pdf](https://www.biiicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf) >.



nationalisation<sup>1710</sup>, mais aussi l'obligation d'indemniser.<sup>1711</sup> Dans le même ordre d'idées, il faut noter que les différents TBI contiennent des clauses spécifiques sur la nationalisation et l'expropriation; et, dans le même sens, il est entendu que « dans l'hypothèse d'une nationalisation illicite comme dans celle d'une nationalisation licite, l'indemnisation doit être évaluée de façon concrète afin d'assurer la réparation du *dammum emergens* ... et du *lucrum cessant* »<sup>1712</sup>; à cette affirmation, il faudrait ajouter l'assimilation de la règle Hull, laquelle a été promue dans les années 30 du dernier siècle et qui est aujourd'hui accueillie de manière « systématique »<sup>1713</sup> parmi les différents textes tels que, par exemple, le modèle français de TBI<sup>1714</sup> ou dans la partie dédiée aux « expropriations et résiliation ou altération unilatérale du contrat » des *Lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement des investissements directs étrangers*.<sup>1715</sup> Curieusement, la règle de Hull découle d'une note

---

<sup>1710</sup> Le professeur Patrick Rambaud a commenté: « Empirique, la sentence *Liamco* l'est au plus haut point. Elle se tient soigneusement à l'écart des controverses soulevées par la nature des « contrats d'État », louvoie habilement entre les deux pôles extrêmes du différend, le droit souverain de nationaliser et le respect des engagements contractuels. Elle est ainsi aux antipodes de la sentence *Texaco*, louée pour les raisons inverses, parce que « pour la première fois, un tribunal (avait) expliqué toute la logique de l'internationalisation des contrats, de son principe même, de ses critères et de tous ses prolongements ». Le clair-obscur qui la baigne masque une volonté délibérée de conciliation et le refus de sacrifier l'un des intérêts en présence au nom d'une logique juridique à sens unique », RAMBAUD (P), « Un arbitrage pétrolier: la Sentence *Liamco* », *Annuaire Français de droit international*, 1980, p. 276. Les notes au pied des citations sont omises.

<sup>1711</sup> Sur cette sentence arbitrale on dit ce qui suit: « Si elle ne brille sans doute ni par l'extrême finesse de l'analyse, ni par la rigueur sans faille du raisonnement, la sentence *Liamco* a du moins le mérite des décisions balancées. Elle proclame sans ambiguïté le droit de nationaliser pour un Etat lié par des engagements contractuels... et l'obligation corrélative pour celui-ci d'indemniser équitablement son cocontractant », *idem*, p. 276.

<sup>1712</sup> TCHIKAYA (B), *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>1713</sup> ARES (M) et BOULANGER (E), « Le régime international d'investissements, où sommes-nous? », *op. cit.*, p. 12.

<sup>1714</sup> Le paragraphe 2 de l'art. 5 de ce modèle de TBI expose (nous soulignons): « *Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, of nationals or companies of the other Contracting Party of their investments on its territory and in its maritime area, except in the public interest and provided that these measures are neither discriminatory nor contrary to a specific commitment. Any measures of dispossession which might be taken shall give rise to prompt and adequate compensation, the amount of which shall be equal to the real value of the investments concerned and shall be set in accordance with the normal economic situation prevailing prior to any threat of dispossession.*

*The said compensation, the amounts and conditions of payment, shall be set not later than the date of dispossession.*

*This compensation shall be effectively realizable, shall be paid without delay and shall be freely transferable. Until the date of payment, it shall produce interest calculated at the appropriate market rate of interest* ».

<sup>1715</sup> Paragraphe 2 de la Partie IV: « *Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed "appropriate" if it is adequate, effective and prompt* ».

< <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf> >.

diplomatique précisant que le paiement de l'indemnité devrait être approprié, effectif et rapide (« *adequate, effective, and prompt payment* »).<sup>1716</sup>

En résumé, à la lumière de la jurisprudence exposée ci-dessus, on peut constater, d'un côté, que le pouvoir étatique n'est pas illimité, et d'un autre côté, qu'il existe des éléments importants pour la codification du droit international des contrats publics. Toutefois, cette perception peut être fallacieuse, ou un sophisme, dans la mesure où nous parlons de concessions internationales, ou de contrats impliquant un investissement, et non de la diversité des contrats publics existants.

## Conclusions de la section 1

Le cocontractant-investisseur bénéficie d'un certain nombre de garanties dans le cadre des limitations au pouvoir de l'État. La jurisprudence et les traités ont développé une série de limitations au pouvoir de l'État et ont reconnu des institutions bien enracinées dans le droit administratif comme l'expropriation<sup>1717</sup> et la nationalisation<sup>1718</sup>, les quelles existent dans la légalité internationale, peuvent être légitimes et peuvent donner lieu à l'interruption du contrat; mais la légitimité n'exclut pas l'obligation d'indemniser, selon on peut apercevoir. En conséquence, la règle Hull<sup>1719</sup> devrait être envisagée comme un élément à analyser dans les devoirs et droits des parties aux contrat de nature publique.<sup>1720</sup>

---

<sup>1716</sup>: « *The fundamental issues raised by this communication from the Mexican Government are therefore, first, whether or not universally recognized principles of the law of nations require, in the exercise of the admitted right of all sovereign nations to expropriate private property, that such expropriation be accompanied by provision on the part of such government for adequate, effective, and prompt payment for the properties seized; second, whether any government may nullify principles of international law through contradictory municipal legislation of its own; or, third, whether such Government is relieved of its obligations under universally recognized principles of international law merely because its financial or economic situation makes compliance therewith difficult* ». Source: < <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/s3-euw1-ap-pe-ws4-cws-documents.ri-prod/9781138824287/ch6/7. Eduardo Hay and Cordell Hull, Prompt, Adequate, and Effective Payment, 1938.pdf> >.

<sup>1717</sup> Voir: REINISCH (A), « Legality of Expropriations », in *Standards of Investment Protection* (REINISCH (A) éditeur), Oxford University Press, 2008, pp. 171-204.

<sup>1718</sup> Voir: TORRALBA (E), « La propiedad privada extranjera: Las inversiones internacionales ante la nacionalización », in *Derecho internacional económico y de las inversiones. Segunda parte*, (COLLANTES (J), directeur), Palestra, Lima, 2009, pp. 389-412.

<sup>1719</sup> KUOKKANEN (T), *International law and the environment: Variations on a theme*, Kluwer Law International, The Hague / Londres / N. York, 2002, pp. 180-187; LOWENFELD (A), *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008, p. 475-481.

<sup>1720</sup> Voir, par exemple, l'art. 6 du model de TBI des États Unies de 2012.

La qualité d'investisseur n'implique pas un régime unique, mais une multiplicité de régimes en raison des 3000 TBI existants. Dans ce contexte, il est important de retenir que la rédaction et l'interprétation des standards de protection dans les TBI ne sont pas identiques<sup>1721</sup>, ce qui peut expliquer la « contrariété de jurisprudence »<sup>1722</sup> existant.<sup>1723</sup> La jurisprudence n'est pas toujours unidirectionnelle et c'est une réalité dans l'arbitrage des investissements.

La protection de l'investisseur a donné lieu à d'intenses débats et positions divergentes en ce qui concerne les droits de l'investisseur et les pouvoirs de l'État, au point qu'il s'agit d'une question de vues polarisés.<sup>1724</sup> Dans ce contexte, le régime juridique du cocontractant-investisseur peut être considéré comme le reflet d'une évolution du droit public ou comme une révolution juridique.<sup>1725</sup> Toutefois, certains auteurs considèrent qu'il n'y a ni évolution ni révolution, mais plutôt un « conflit » permanent.<sup>1726</sup> Dans le cadre de ce conflit, l'État

---

<sup>1721</sup> Pour la professeure Geneviève Bastid-Burdeau, les tribunaux arbitraux CIRDI « ont à appliquer une multiplicité d'accords bilatéraux dont la rédaction peut comporter des variations plus ou moins importantes même si bon nombre de clauses sont communes », BASTID-BURDEAU (G), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *Archives de philosophie du droit*, tome 50, 2007, p. 303.

<sup>1722</sup> *Idem*.

<sup>1723</sup> La professeure Catherine Titi précise ce qui suit : « *es muy difícil que un país... actualice por completo su red de tratados de inversión* » (entretien, 2016)

< <https://ciarglobal.com/catharine-titi-cambio-arbitraje-de-inversion/> >.

<sup>1724</sup> On parle de « *the currently polarized position of investors having no rights or absolute rights* », ROBERTS (A), « Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights », *Harvard International Law Journal*, vol. 56, numéro 2, 2015, p. 417.

<sup>1725</sup> Quelques auteurs considèrent que l'arbitrage des investissements apparaît comme le seul cas de droit administratif global, VAN HARTEN (G) et LOUGHLIN (M), « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *The European Journal of International Law*, vol. 17, numéro 1, 2006, p. 149-150. Les professeurs Gus Van Harten and Martin Loughlin notent : « *If one adopts a strict definition of global administrative law -as a system akin to domestic judicial review in that it keeps public authorities within the bounds of legality and provides enforceable remedies to individuals harmed by unlawful state conduct- then investment arbitration would appear to be the only case of global administrative law in the world today. Simply put, no other system of international adjudication does what investment treaties do to restrain state action through individualized claims, international review mechanisms, and effective remedial arrangements. In no other case can (i) an individual bring an international claim absent the customary duty to exhaust local remedies, (ii) in relation to disputes arising from sovereign acts of the state, and (iii) obtain a precise and potent public law remedy (in this case a damages award) that is (iv) internationally enforceable across the globe against assets of the respondent state. That is, in no other case have states established an independent adjudicative regime for the review of the regulatory conduct of the state that is backed by the coercive authority of many states, as exercised over assets of a respondent state within their territory* ».

<sup>1726</sup> Dans cette ligne, par exemple, le professeur Sornarajah note ce qui suit : « *Disparate trends show neither evolution nor revolution but an ongoing conflict that either will bring a new system -resulting in a revolution- or will keep the old, simply because one or the other of the camps wins the tussle* », SORNARAJAH (M), «

apparaît également comme sujet d'obligations contractuelles et non contractuelles; c'est-à-dire l'État n'est pas seulement un sujet de droit international, mais aussi un sujet plongé dans quelques tensions, dilemmes et contradictions juridiques que la construction du droit international des contrats publics ne peut pas ignorer, comme on va voir.

## **Section 2. L'État en tant que sujet d'obligations contractuelles et non contractuelles**

L'*imperium* des États implique un déséquilibre entre les parties au contrat. Si la bonne foi et le sens commun conduisent au respect du contrat, le risque d'un abus de l'*imperium*, notamment de la part d'un État non démocratique (ou non très démocratique), n'est pas une fiction: un abus de l'*imperium* peut impliquer une mesure arbitraire et/ou un abus du droit interne. Précisément, le droit international des investissements peut prévenir, et/ou atténuer, de tels abus.

D'ailleurs, comme on le sait, l'État a des obligations en matière de droits de l'homme, un domaine juridique où, au sens large, il y a des règles impératives (*jus cogens*) et des règles obligatoires mais non impératives. Dans le cadre de l'exécution des contrats, l'existence d'obligations internationales en matière de droits de l'homme peut conduire à une collision entre, d'une part, des obligations des États en matière de droits de l'homme (y compris la protection de l'environnement et du patrimoine culturel de l'humanité<sup>1727</sup>; autrement dit, il ne s'agit pas de normes de *jus cogens*) et, d'autre part, des obligations de nature contractuelle et de nature conventionnelle dans le cadre du droit international des investissements. Dans ce contexte, la construction d'un droit international des contrats publics exige aussi la sauvegarde de la cohérence nécessaire entre les obligations contractuelles de l'État et le rôle de l'État en matière de sauvegarde droits de l'homme au sens large (§1). Dans le cadre de la sauvegarde de la cohérence, on peut dire aussi que le raisonnement des arbitres exclut les contrats infectés par la corruption de la protection du droit international (§2).

---

Evolution or revolution in international investment arbitration ? The descent into normlessness », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (C) et MILES (K) éditeurs), *op. cit.*, p. 632.

<sup>1727</sup> Voir: VADI (V), *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2014; GERMANY (L), « Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site », *Transnational Dispute Management*, vol. 10, numéro 5, 2013, pp. 1-11.

## § 1. La pluralité d'obligations étatiques

La construction du droit international des contrats publics ne peut pas oublier la nécessité de préserver le harmonie entre les différents domaines du droit international et du droit interne concernés dans la phase de l'exécution du contrat<sup>1728</sup> (A). Dans le cadre de cette construction, il convient de noter que l'obligation de la bonne foi n'est pas seulement nécessaire dans les appels d'offres publics, la passation et la signature du contrat, mais aussi pendant la phase d'exécution du contrat et dans une éventuelle phase contentieuse aussi. La bonne foi peut empêcher un abus du droit, y compris l'abus de l'État, à tel point qu'un tribunal international d'arbitrage pourrait paralyser une procédure pénale afin de garantir l'intégrité de la procédure d'arbitrage (B).

### A. Les domaines juridiques concernés dans les contrats publics

Si la construction du droit international des contrats publics exige un critère de cohérence entre les règles et principes des différentes branches juridiques concernées par les contrats publics (1), la construction remarque la nécessité de considérer le droit international comme un système juridique au sein d'une communauté internationale qui n'est pas comparable aux sociétés étatiques (2).

#### 1. La cohérence comme une nécessité pour préserver la construction

Il n'est pas rare de lire que le droit international des droits de l'homme et les traités internationaux relatifs à la protection des investissements peuvent donner lieu à une « collision »<sup>1729</sup> entre deux obligations étatiques qui sont perçus comme une sorte de deux voies divergentes.<sup>1730</sup> Les obligations de l'État en matière de droits de l'homme et en matière

---

<sup>1728</sup> Droits de l'homme, environnement, droits sociaux, lutte contre la corruption, etc.

<sup>1729</sup> SARA VADI (V), « Reconciling Public Health and Investors' Rights », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, p. 485.

<sup>1730</sup> « *International Investment and Human Rights Law: Divergent Paths* », le professeur Moshe Hirsch a noté, HIRSCH (M), « Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, (DUPUY (P-M) et al, éditeurs) *op. cit.*, p. 107.

de protection des investissements existent, coexistent, se heurtent parfois et exigent la recherche d'une cohérence juridique dans le cadre de la construction d'un droit international des contrats publics. Cette cohérence demande clauses claires et précises dans chaque traité international de protection des investissements (ALE et TBI). Dans le cadre de ces traités, les devoirs et les droits des États devraient rester clairement définis et non déconnectés de l'ensemble du droit international en tant que système juridique. Manifestement, dans le cadre de tout raisonnement juridique<sup>1731</sup>, la norme écrite facilite la cohérence dans l'application des règles des diverses domaines juridiques existants<sup>1732</sup>; et, de cette façon, la norme écrite réduit le risque des interprétations contradictoires.<sup>1733</sup>

En effet, un État peut être contraint de la protection des investissements en raison d'un TBI ou d'un ALE et, en même temps, le même État est tenu de la protection des droits de l'homme, fondamentaux et non fondamentaux, sur son territoire.<sup>1734</sup> Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, il est impossible d'ignorer le risque de choc ou conflit entre la protection des droits de l'homme et la protection des droits de l'investisseur<sup>1735</sup> dans la phase d'exécution du contrat.

La construction du droit international des contrats publics ne peut pas éviter la croisée des chemins existant. Cette circonstance est généralement mis en lumière dans la phase de l'exécution du contrat. Dans ce contexte, le rôle régulateur de l'État dans la protection des droits de l'homme au sens large (y compris les services de base comme l'eau<sup>1736</sup>, le droit

---

<sup>1731</sup> Lire: « contentieux ».

<sup>1732</sup> À cet égard, il est reconnu qu'il n'est pas facile pour l'interprétation de suppléer à l'absence d'une règle. Dans ce sens, BLANCAS (C), *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 268.

<sup>1733</sup> Voir: YEN (T), *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2014, p. 32-152

<sup>1734</sup> Les professeurs Matthew Happold et Johannes Hendrik Fahner résumant: « *It is therefore unsurprising that numerous investment arbitration tribunals have looked at human rights law to inform their reading of investors' rights under investment treaties* », FAHNER (J) et HAPPOLD (M), « The Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, p. 742.

<sup>1735</sup> NIKKEN (P), « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, op. cit., pp. 259-270.

<sup>1736</sup> Sur ce sujet, voir: ORIOLO (A) et VIGORITO (A), « Le droit à l'eau en tant que droit de l'homme au niveau international et européen. Sa mise en œuvre « en harmonie avec la nature » dans « L'avenir que nous voulons » », in *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20*, (FITZMAURICE, (M), et al, éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, pp. 196-222.

humain à l'eau<sup>1737</sup>, etc) et la protection de l'environnement peut conduire à une collision entre l'intérêt public<sup>1738</sup> et les intérêts du cocontractant investisseur.<sup>1739</sup> Sur cette question, il est évident que, depuis plusieurs années déjà, on cherche un équilibre adéquat entre les intérêts concurrents<sup>1740</sup>, ce qui n'est pas facile.<sup>1741</sup> Dans ce contexte, la construction du droit international des contrats publics doit atteindre et préserver la cohérence<sup>1742</sup> du droit international en tant que système juridique dans la protection des personnes, des États, des investisseurs, des peuples et de notre espèce humaine en tant que collectif. Dans le cadre du droit international des contrats publics à construire, l'engagement en faveur des droits de l'homme devrait incomber non seulement à l'État, mais aussi au secteur privé.<sup>1743</sup> En tout

---

<sup>1737</sup> La Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 64/292 sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement de 2010, elle reconnaît « que le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme ». L'Observation général numéro 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 2002 indique que:

« L'obligation de protéger requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à l'eau. Il peut s'agir de particuliers, d'entreprises ou d'autres entités, ainsi que d'agents agissant sous leur autorité. Les États parties sont notamment tenus de prendre les mesures législatives et autres nécessaires et effectives pour empêcher, par exemple, des tiers de refuser l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat, et de polluer ou de capter de manière injuste les ressources en eau, y compris les sources naturelles, les puits et les systèmes de distribution d'eau », paragraphe 23. Sur l'obligation de protéger, voir les paragraphes 25-29. Voir: BROWN (E), « The Evolution of International Water Law », *R.C.A.D.I.*, vol, 331, 2007, pp. 308-346.

<sup>1738</sup> Le professeur Andreas Kulick identifie trois éléments fondamentaux en ce qui concerne l'intérêt public global dans le cadre du droit international des investissements: l'environnement, les droits de l'homme et la lutte contre la corruption. Voir: KULICK (A), *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 52-56.

<sup>1739</sup> Voir: TRUSWELL (E), « Thirst for profit: Water privatisation, investment law and a human right to water », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K), éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 570-585; CUQ (M), *L'eau en droit international. Convergences et divergences dans les approches juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2013 (le chapitre 2 est dédié au droit de l'homme à l'eau).

<sup>1740</sup> Il s'agit d'un « *balance between the public interest of the State and the private interest of the investor through the design of an... framework..., both at the national and international level* », COOP (G), « Introduction », in *Foreign Investment in the Energy Sector Balancing Private and Public Interests*, (DE BRABANDERE (G) et GAZZINI (T), éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, p. 1.

<sup>1741</sup> En ce qui concerne la sauvegarde des obligations internationales de l'État, l'art. VIII du TBI entre la Lituanie et les États-Unis du 14 janvier 1998 est intéressant. Il y a déjà plus de vingt ans, cet article annonce que:

« *This Treaty shall not derogate from:*

(a) *laws and regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of either Party;*

(b) *international legal obligations; or*

(c) *obligations assumed by either Party... ».* Nous soulignons.

<sup>1742</sup> Le professeur Fabrizio Marrella note que « Le contentieux entre entreprises et États, en matière d'investissements, devant le CIRDI est aussi révélateur de la cohérence recherchée. Ici, les litiges découlent de la privatisation de la fourniture de services de distribution d'eau et d'assainissement. Or, si les droits de l'homme des individus doivent être protégés par l'État, lorsqu'une tierce partie entre en scène, elle doit trouver sa place dans cette relation bilatérale », MARRELLA (F), « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *R.C.A.D.I.*, vol, 285, 2017, p. 126.

<sup>1743</sup> L'« esprit de fraternité » de l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme est pertinent dans ce contexte.

cas, rien ne peut garantir un droit international exempt de confrontations entre les règles des divers domaines juridiques ou sous-systèmes existants<sup>1744</sup>, ni confrontations entre la même doctrine scientifique ou la jurisprudence. Les confrontations entre les règles des divers domaines juridiques ou sous-systèmes existants pourrait, d'une certaine manière, entraver la construction d'un droit international des contrats publics.

## 2. La nécessité de considérer le droit international comme un système

Les divers traités pour l'ouverture du marché des contrats publics (dans le cadre de la régionalisation, sous-régionalisation et la multirégionalisation) et la sectorisation du droit international, sont deux facteurs soulignant la nécessité de préserver la cohérence au sein du droit international.<sup>1745</sup> La considération du droit international comme un système juridique peut être remise en question s'il est identifié uniquement comme un ensemble de traités de nature interétatique. L'époque du droit international de nature exclusivement interétatique a été dépassée; cependant, le droit international pourrait également être perçu comme un droit « amorphe »<sup>1746</sup> et comme un ensemble de « règles déconnectées ».<sup>1747</sup> Cette perception pourrait être possible lorsqu'un domaine du droit international (ou plus) est considéré comme un « *isolated legal regime* »<sup>1748</sup> et déconnecté du droit international en tant que système (« *An agglomeration of isolated and diverse norms does not amount to a legal order* »)<sup>1749</sup>; de

---

<sup>1744</sup> En matière de droits de l'homme, les professeurs Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas Aubin considèrent que « la solution la plus directe » pour assimiler les droits de l'homme aux ABI serait que les TBI eux-mêmes assimilent les textes en la matière; ils notent ce qui suit: « *In our view, BITs should specifically refer to the following instruments:*

- *Universal Declaration of Human Rights (UDHR) (1948);*
- *United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (1966);*
- *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998);*
- *United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) (2003);*
- *Rio Declaration on Environment and Development (1992) ».*

DUMBERRY (P) et DUMAS (G), « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2011-2012, p. 584.

<sup>1745</sup> Dans ce contexte, il est évident que le *soft law* parfois présente des textes plus adaptés à la réalité que le droit international conventionnel.

<sup>1746</sup> CRAWFORD (J), « Chance, Order, Change. The Course of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 365, 2013, p. 138.

<sup>1747</sup> *Idem.*

<sup>1748</sup> CORDONIER (M-C), « Promoting Sustainable Investment through International Law », in *Sustainable Development in World Investment Law* (CORDONIER (M-C) *et al.*, éditeurs), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 777.

<sup>1749</sup> PETERS (A), « The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, numéro 3, 2017, p. 679.



cette façon, on parle d'une « tension »<sup>1750</sup> générée entre les obligations de l'État découlant du droit international de l'investissement et les obligations de l'État en matière de droits de l'homme au sens large, y compris les droits économiques, sociaux et culturels.<sup>1751</sup>

Nous partageons l'idée que le droit international est un système juridique qui se développe non seulement par le biais des traités internationaux signés par les États.<sup>1752</sup> Dans ce contexte, si deux domaines du droit international, ou plus, peuvent entrer en conflit, il est important de préserver l'harmonie entre ces domaines et la cohérence du droit international en tant que système où coexistent divers domaines et sous-systèmes<sup>1753</sup> dans en l'absence d'un législateur universel similaire au législateur au sein des sociétés étatiques. En ce sens, l'« interprétation isolée » d'un domaine du droit international est évidemment rejetée par le droit international des traités, comme nous le verrons; et parmi la jurisprudence de l'arbitrage d'investissement,<sup>1754</sup> nous pouvons percevoir des raisonnements dans la même direction.

Dans cette direction, les interprétations isolées apparaissent comme des éléments stériles pour la construction du droit international des contrats publics parce que cette construction a besoin de la confluence et de la convergence des diverses règles existantes dans le système

---

<sup>1750</sup> BOHOSLAVSKY (J) et BAUTISTA (J), « Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión », Santiago de Chile, CEPAL-Colección Documentos de proyectos, 2011, p. 33.  
< <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/1/S2010980.pdf> >.

<sup>1751</sup> La doctrine parle d'une « *tension inhérente* » entre la protection de l'environnement et la protection des investissements, JOUBIN-BRET (A), « Protecting the Investor and Protecting the Environment: Conflicting Objectives in International Investment Agreements » in *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment* (LEVASHOVA (J) et al, éditeurs), La Haye, Eleven international publishing, 2015, p. 39.

<sup>1752</sup> Le professeur James Crawford remarque: « *I will suggest that international law is a legal system because it is a function of a social process between States and other persons* »; et c'est « *a key aspect of the structuring of human relations beyond the State. In these and other ways, it is more than just disconnected rules* », CRAWFORD (J), « Chance, Order, Change. The Course of International Law », *op. cit.*, p. 138.

<sup>1753</sup> Nous pouvons comprendre le droit international de la mer, le droit de l'OIT ou le droit de l'OMC comme quelques exemples de sous-systèmes dans le droit international. Le droit des contrats publics, pourrait-il constituer un vrai sous-système du droit international ?

<sup>1754</sup> Par exemple, la sentence arbitrale CIRDI du 8 décembre 2016 sur l'affaire *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. Argentine* a précisé ce qui suit: « *The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties."* *The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT's special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights* », paragraphe 1200. ARB/07/26.

Voir aussi, la sentence arbitrale CIRDI d'annulation notifiée aux parties le 30 décembre 2015 sur l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V c. Turquie*, paragraphe 92. ARB/11/28.

juridique international et des différentes sources des différents domaines du droit international. Dans ce contexte, comme on le sait déjà, l'interprétation des traités de protection des investissements doit prendre en compte « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »<sup>1755</sup> (y compris le droit international des droits de l'homme, le droit international de l'environnement, etc.);<sup>1756</sup> et, en plus, l'interprétation doit éviter « un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».<sup>1757</sup> Il serait déraisonnable considérer que la protection des droits de l'homme et de l'environnement n'est pas un intérêt des États.<sup>1758</sup> Il ne fait aucun doute que le devoir de protéger les droits de l'homme existe. Cependant, cette affirmation ne signifie pas que le cocontractant doit supporter tous les décisions de l'État sous l'étiquette « au nom du peuple ».<sup>1759</sup>

Dans le cadre du droit international conventionnel, il existe quelques TBI qui sont très intéressants pour la construction du droit international des contrats publics. Ces TBI assimilent le rôle de l'État en matière de droits de l'homme et de protection de l'environnement dernièrement. Ces traités permettent de voir, d'une certaine manière, que l'humanisation du droit des contrats publics peut se produire non seulement à travers les règles d'harmonisation pour l'ouverture du marché, mais aussi à travers des règles en vigueur pendant la phase d'exécution du contrat comme, par exemple, à travers des mêmes règles conventionnelles en matière de protection des investissements<sup>1760</sup> loin de la littéralité des

---

<sup>1755</sup> Lettre *c*) du paragraphe 3 de l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>1756</sup> Voir: BJORKLUND (A) et NAPPERT (S), « Beyond Fragmentation », in *New Directions in International Economic Law: In Memoriam Thomas Wälde* (WEILER (T) et BEATENS (F) éditeurs), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Londres, 2011, pp. 479-480. Il est évident que le droit international de l'investissement a des difficultés. En résumé, « *Treaty drafters and investors are unquestionably increasingly cognizant of the need to consider the principle of sustainable development, as are investment tribunals* », BJORKLUND (A), « Sustainable development and international investment law, in *Research Handbook on Environment and Investment Law* (MILES (K) éditrice), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 61.

<sup>1757</sup> Paragraphe *b*) de l'art. 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>1758</sup> Les professeurs Cristoph Schreuer et Ursula Kriebaum précisent: « *If a investor has violated norms for the protection of the environment or of human rights and the State can argue credibly that it has stepped in to stop the abuse, is is unlikely that a tribunal will find that an investment protection treaty has been violated* », SCHREUER (C) et KRIEBAUM (U) « From Individual to Community Interest in International Investment Law », in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma* (FASTENRATH (U) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2011, p. 1096.

<sup>1759</sup> Ne pas oublier que la population est précisément un élément fondamental de chaque État et l'État est partie au contrat.

<sup>1760</sup> Voir, par exemple, l'art. 9 du TBI Suisse et la Géorgie du 3 juin 2014 et le préambule de ce TBI.

accords bilatéraux d'investissement de première génération qui « perpétuent les incohérences ».<sup>1761</sup>

Dans le cadre du droit international contemporain, la reconnaissance des droits de l'homme dans divers textes tels que le Pacte relatif aux droits économiques et culturels ou la Charte des Nations Unies<sup>1762</sup>, entre autres traités, ne permet pas d'interpréter des règles de droit de manière isolée: le même préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 reconnaît la pertinence de la Charte des Nations Unies et des droits de l'homme.<sup>1763</sup>

Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, les droits de l'homme, les principes généraux du droit, les principes du droit international et la convention de 1969 jouant un rôle incontestable dans le cadre de l'interprétation de deux ou plusieurs règles contradictoires et face à un éventuel traité multilatéral sur les devoirs et droits des cocontractants qui n'existe pas aujourd'hui. Dans le contexte de la diversité normative et de la diversité des domaines juridiques concernés dans le cadre des contrats publics, la nécessité de considérer le droit international comme un système est assez explicite.

## **B. La bonne foi dans la construction du droit international des contrats publics**

Le principe de la bonne foi joue un rôle fondamental à tous les phases d'un contrat (1), y compris la conduite procédurale des parties au contrat dans et pendant la phase contentieuse (2). La construction d'un droit international des contrats publics ne pourrait pas l'omettre.

---

<sup>1761</sup> On dit : « Les accords de première génération perpétuent les incohérences. Leur maintien en vigueur entraîne des chevauchements, une fragmentation des relations conventionnelles et des problèmes de compatibilité », Document de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement avec date de distribution générale 31 juillet 2017, p. 3 (TD/B/C.II/MEM.4/14).

< [https://unctad.org/system/files/official-document/ciimem4d14\\_fr.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ciimem4d14_fr.pdf) >.

<sup>1762</sup> Le professeur Pedro Nikken a noté ce qui suit: « *human rights are one of the bases of the modern international community and contemporary international law, as implied in the Preamble and Articles 1.3, 55.c, and 56 of the UN Charter. Even the Preamble to VCLT includes the principle 'of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all'. In any case, the 'high purposes' of human rights treaties are the reason explaining that reciprocity does not apply to them* », NIKKEN (P), « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », *op. cit.*, p. 269

<sup>1763</sup> Dans le préambule de cette convention, les États ont affirmé qu'ils étaient: « Conscients des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies, tels que les principes concernant l'égalité des droits des peuples et leur droit de disposer d'eux-mêmes, l'égalité souveraine et l'indépendance de tous les États... et le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ».

## 1. Le principe de la bonne foi contractuelle

Essentielle dans le droit des États<sup>1764</sup>, dans le droit international et dans les contrats, la bonne foi est tellement enracinée parmi les principes du droit à tel point que la doctrine affirme que la règle « *pacta sunt servanda* » est reconnue comme un principe général du droit international et une expression de bonne foi ». <sup>1765</sup> La jurisprudence souligne que la bonne foi implique l'absence de tromperie et d'artifices à tout moment. <sup>1766</sup>

Chaque partie au contrat a l'obligation d'agir de bonne foi à tous les phases du contrat, y compris aussi la phase d'exécution des contrats, la renégociation du contrat (le cas échéant), la négociations en matière de compensation<sup>1767</sup> (le cas échéant) et le contentieux et la médiation<sup>1768</sup> dans le règlement des différends (le cas échéant). Dans le cadre de la construction du droit international des contrats publics, la bonne foi dans la phase contentieuse est indispensable, comme on va détailler au point suivant.

## 2. La bonne foi dans la phase contentieuse

En ce qui concerne la phase contentieuse, un éventuel traité sur les devoirs et droits du cocontractant devrait garantir le droit à un recours, soit par la voie de la justice de l'État, soit par l'arbitrage. Dans ce contexte et en tout état de cause, la nécessité de sauvegarder la bonne foi dans la phase contentieuse s'impose. En ce sens, dans le cadre contentieux, la production de documents (i) et le respect de la liberté procédurale du cocontractant (ii) sont deux des

---

<sup>1764</sup> « *The principle of good faith is a general principle derived, in part at least, from national systems of law* ». GRANT (J) et BARKER (C), *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, 2009, p. 239.

<sup>1765</sup> KLÄGER (R), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 167.

<sup>1766</sup> La sentence arbitrale CIRDI du 2 août 2006 sur l'affaire *Inceysa vallisoleitana S.L. c. République d'El Salvador*, elle est illustrative dans le sens qu'elle a précisé qu'en matière de contrats « *good faith means absence of deceit and artifice during the negotiation and execution of instruments that gave rise to the investment, as well as loyalty, truth and intent to maintain the equilibrium between the reciprocal performance of the parties* », ARB/03/26, paragraphe 231.

<sup>1767</sup> Sentence arbitrale CIRDI du 3 septembre 2013 sur l'affaire *ConocoPhillips Petrozuata et al c. Venezuela*, ARB/07/30, paragraphes 361-362.

<sup>1768</sup> Sur la médiation en ce qui concerne les différends, voir: TITI (C) « *Between Utopia and Realism: Mediation and the Settlement of Investment Disputes* », in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes* (TITI (C) et FACH (K) éditrices), Oxford University Press, 2019, pp. 21-38.

éléments fondamentaux à prendre en compte dans la construction du droit international des contrats publics.

*(i) La présentation de documents en tant que manifestation de la bonne foi*

La présentation « anticipée » de documents dans un contentieux (*discovery*) n'est pas quelque chose d'étrange dans les contentieux dans le cadre du *common law*. D'ailleurs, le *soft law* se présente ici comme un protagoniste de la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte, les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international de 2010 constituent une contribution considérable du *common law*, du *soft law* et de l'arbitrage international à cette construction. Concrètement, le paragraphe 5 de l'article 9 (sur la « recevabilité et valeur probante des preuves ») est favorable à la présentation de documents en raison de la nécessaire égalité des parties du contentieux.<sup>1769</sup> En tant que partie d'un texte du *soft law*, il s'agit d'une règle non étatique et non conventionnelle. Cependant, la jurisprudence a assimilé le critère de cette règle. Effectivement, comme il est connu, la Cour d'appel de Paris<sup>1770</sup> a appuyé cette règle de *soft law* dans les termes suivants:

« ...l'ordonnance de procédure n° 1 prévoit que le tribunal arbitral devra se fonder sur les Règles de l'IBA... Dans le cas d'espèce, il a été demandé aux Défendeurs de produire et ceux-ci n'ont pas produit les rapports d'audit... Une majorité des arbitres du tribunal arbitral en déduit que ces documents seraient préjudiciables aux intérêts des Défendeurs, notamment dans la mesure où ils seraient susceptibles de démontrer que les Défendeurs avaient connaissance effective de la violation des articles... ».<sup>1771</sup>

Le critère judiciaire de la Cour d'appel de Paris exposée ici renforce la bonne foi procédurale qui doit exister, y compris l'obligation de ne pas créer de déséquilibres procéduraux ni d'entraver l'équilibre nécessaire entre les parties; c'est là un élément important à considérer

---

<sup>1769</sup> « Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne produit pas tout Document à l'égard duquel une autre Partie a formulé une Demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout Document dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le Tribunal Arbitral peut en déduire que ce Document est contraire aux intérêts de cette Partie ».

<sup>1770</sup> Pôle 1, chambre 1, 28 Février 2017, numéro 15/06036.

<sup>1771</sup> Paragraphe 291.

dans la construction du droit international des contrats publics parce que, dans le cadre d'un éventuel traité sur les devoirs et droits des parties aux contrats de nature publique, le cocontractant devrait avoir le droit de demander la production de documents aux termes du paragraphe 9 de l'article 5 des règles de l'IBA ou en des termes similaire.

*(ii) La bonne foi procédurale implique de ne pas contraindre le cocontractant*

Dans la phase contentieuse, la bonne foi implique également l'interdiction de toute contrainte entre les parties du litige. À cet égard, il faut rejeter la contrainte et/ou l'intimidation exercée sur le cocontractant pour provoquer un désistement procédural.

Dans ce contexte, il y a une question qui découle: si les arbitres sont convaincus d'une utilisation/manipulation du *jus punendi* étatique dans le but de contraindre un cocontractant en tant que partie d'un contentieux, un tribunal arbitral, pourrait-il déterminer la suspension de la procédure pénale<sup>1772</sup> par une mesure provisoire ? Cette question peut sembler « science-juridique-fiction », mais la réalité s'impose, comme on va voir.

Avant de poursuivre, on va noter que la jurisprudence et la doctrine parlent d'un « droit à l'intégrité procédurale du contentieux arbitral » (*right to the procedural integrity of the arbitration proceedings*).<sup>1773</sup>

Le droit à l'intégrité procédurale revêt un intérêt particulier dans le cadre de la bonne foi. À cet égard, les mesures provisoires d'un tribunal CIRDI du 26 février 2010 concernant l'affaire *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie*<sup>1774</sup> sont illustratifs. Dans ce contentieux, le tribunal a décidé que la Bolivie, en tant que partie défenderesse, devait suspendre une procédure pénale et « *toute autre procédure pénale* »

---

<sup>1772</sup> Contre le cocontractant ou les dirigeants du cocontractant.

<sup>1773</sup> LIM (C), HO (J) et PAPANINSKIS (M), *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2018, pp. 197-198; MILES (C), « The influence of the International Court of Justice on the Law of Provisional Measures », in *A Farewell to Fragmentation* (ANDENAS (M) et BJORGE (E), éditeurs), Cambridge University Press, 2015, p. 255; ALEXANDER (K), « Article 6. Hearings », in *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (EULER (D) et al, éditeurs), Cambridge University Press, 2015, p. 237.

<sup>1774</sup> ARB/06/2. Voir les paragraphes 114-165.

directement liée à ladite procédure<sup>1775</sup> d'arbitrage.<sup>1776</sup> Ces mesures provisoires peuvent impliquer une contradiction avec le droit interne.<sup>1777</sup> Dans ce contexte, nous reprendrons la question suivante: un tribunal d'arbitrage constitué pour régler un différend, peut-il ordonner des mesures conservatoires de nature pénale dans le cadre d'un litige entre un cocontractant-investisseur et un État ?

Comme nous le savons aussi, le sujet des mesures provisoires de nature pénale n'est pas très rare parmi les décisions des tribunaux internationaux. Dans les années 90, dans le cadre de l'affaire *Breard*, le Paraguay avait demandé à la Cour internationale de justice (CIJ) une mesure provisoire consistant à suspendre l'exécution d'une peine de mort d'une personne de nationalité paraguayenne aux États-Unis.<sup>1778</sup> Comme nous le savons, le Statut de la CIJ ne

---

<sup>1775</sup> Paragraphes 1 et 2 du dispositif de la résolution.

<sup>1776</sup> « *The Tribunal has given serious consideration to Respondent's argument that an order granting the provisional measures requested by Claimants would affect its sovereignty. In this respect, the Tribunal insists that it does not question the sovereign right of a State to conduct criminal cases... The Tribunal has been convinced that there is a very close link between the initiation of this arbitration and the launching of the criminal cases in Bolivia. It has become clear to the Tribunal that one of the Claimants is being subjected to criminal proceedings precisely because he presented himself as an investor with a claim against Bolivia under the ICSID/BIT mechanism. Likewise, the Tribunal has been convinced that the other persons named in the criminal proceedings are being prosecuted because of their connection with this arbitration (be it as Claimants' business partners or counsel, or as authors of a report ordered by a state agency). Although Bolivia may have reasons to suspect that the persons being prosecuted could have engaged in criminal conduct, the facts presented to the Tribunal suggest that the underlying motivation to initiate the criminal proceedings was their connection to this arbitration, which has been expressly deemed to constitute the harm caused to Bolivia that is required as one of the constituent elements of the crimes prosecuted* », paragraphe 164. Voir aussi: WALLACE (D), « Criminal Investigations: A Hypothetical Case », in *Interim and Emergency Relief in International Arbitration* (ZIYAEVA (D) et al éditeurs), Huntington, New York, Juris, 2015, pp. 199-207.

<sup>1777</sup> Sur ce point, une question: « *un fonctionnaire, comment pourrait-il retirer des plaintes criminelles ?* », CREMADES (B-M) « El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica », 2018, < <https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf> >, p. 97.

La délimitation des mesures provisoires ou conservatoires pose toujours un problème. Sur le document *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI* (working paper # 2, vol. 1, mars 2019), on peut lire ce qui suit: « *One State suggested a provision prohibiting investors subject to criminal investigations (especially money laundering and corruption) from requesting provisional measures. Another State proposed that the rules provide for special caution when a request for provisional measures is made in connection with a criminal investigation or proceedings. As explained in WP # 1, it is difficult to limit the subjects with respect to which measures that can be granted. However, in practice Tribunals have set a high threshold for recommending provisional measures whenever such measures have an impact on sovereign rights. Tribunals may thus consider criminal investigations and proceedings in deciding on provisional measures and should have the flexibility to determine their relevance based on the circumstances of each case* », paragraphe 315

< [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol\\_1.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf) >.

<sup>1778</sup> GLASHAUSSER (A), « Treaties as Domestic Law in the United States », in *Progress in International Law* (MILLER (R) et BRATSPIES (R) éditeurs), Leiden / Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 234-235; McLACHLAN (C), *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 370-380; VAN DER VYVER (J), « The United States and the Jurisprudence of International

confère pas expressément le pouvoir de déterminer une mesure provisoire sur une exécution pénale étatique. Toutefois, l'ordonnance du 9 avril 1998 de la CIJ avait établi, provisoirement, que la personne condamnée « ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue »<sup>1779</sup> et, récemment, l'ordonnance de la CIJ du 18 mai 2017 a déterminé de nouvelles mesures provisoires en répétant la même phrase.<sup>1780</sup>

D'ailleurs, dans le cadre de l'*interin award* du 7 juillet 2017<sup>1781</sup> sur l'affaire *Pugachev*, le tribunal arbitral a décidé de suspendre une procédure d'extradition. En plus, dans le cadre d'un contentieux dans le Tribunal international de la mer, ce tribunal a ordonné que la Fédération de Russie doit libérer 24 personnes « détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine ». <sup>1782</sup> Apparemment, le sujet des mesures provisoires de nature pénale est un sujet éloigné du droit des contrats publics; mais c'est plutôt un élément à prendre en compte dans la construction du droit international des contrats publics.

S'il n'y a pas une division de pouvoirs<sup>1783</sup> ni une neutralité de la justice à cent pour cent dans l'ensemble des États de la communauté internationale, les mesures provisoires de nature pénale ne devraient pas être rejetées en règle générale. Cette perception est corroborée par les raisons suivantes: premièrement, ces mesures empêchent la coercition contre le cocontractant, surtout s'il s'agit d'États où la justice n'est pas indépendante; deuxièmement, la même nature provisoire de ces mesures implique une durée déterminée des mesures et non une remise en cause de la souveraineté des États; et, troisièmement, ces mesures permettent de protéger la procédure arbitrale contre des actes étatiques contraires à la bonne foi procédurale. Par conséquent, le droit à l'intégrité procédurale du contentieux arbitral pourrait

---

Tribunals », in *Resolving International Conflicts*, (HAY (P) *et al*, éditeurs), Budapest / N. York, Central European University Press, 2008, pp. 301-305.

<sup>1779</sup> Paragraphe 41, *Recueil CIJ*, 1998.

<sup>1780</sup> Ordre du 18 mai 2017 sur l'affaire *Jadhav*, paragraphes 58 et 61, *Recueil CIJ*, 2017.

<sup>1781</sup> < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9372.pdf> >.

<sup>1782</sup> Ordonnance du 25 mai 2019, Rôle des affaires numéro 26 (*Ukraine c. Fédération de Russie*).

< [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_26/A26\\_Ordonnance\\_25.05.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/A26_Ordonnance_25.05.pdf) >. Cependant, il y a une nuance: « Le Tribunal n'estime pas nécessaire d'enjoindre... suspendre les poursuites pénales engagées contre les... détenus et de s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites », paragraphe 119.

<sup>1783</sup> Il faut distinguer une division formelle des pouvoirs d'une division réelle des pouvoirs.



justifier, dans certaines circonstances, des mesures provisoires de nature pénale pour défendre la liberté procédurale du cocontractant et pour sauvegarder la procédure arbitrale.

Nous sommes conscients que les mesures conservatoires de nature pénale des tribunaux arbitraux peuvent provoquer quelque méfiance. Dans ce climat de méfiance, la création éventuelle d'un tribunal international permanent des investissements pourrait être l'occasion de réaffirmer la compétence des tribunaux internationaux pour ordonner l'arrêt provisoire d'une procédure pénale afin de sauvegarder l'intégrité procédurale, l'égalité entre les parties du contentieux et les droits du cocontractant-investisseur.

## **§ 2. L'obligation de préserver l'intégrité du contrat (à propos de la Convention des Nations Unies contre la corruption)**

Parmi les contributions du droit international de l'investissement au droit international public<sup>1784</sup>, le renforcement de l'exclusion des contrats attribués par la corruption du cadre de la protection du droit international est un aspect très important. Cette exclusion est un élément à considérer dans la construction du droit international des contrats publics (A). En plus, la doctrine estime que les arbitres peuvent déterminer la nullité d'un contrat attribué en vertu d'actes de corruption; ce critère renforce la construction (B).

### **A. Le rejet des contrats infectés de corruption**

Avant le « boom » des traités internationaux contre la corruption, l'arbitrage avait déjà apporté un élément fondamental pour le droit international: l'inarbitrabilité des contrats entachés de corruption (1), ce qui conduit au thème du pouvoir des arbitres pour déclarer la nullité de ces contrats (2).

---

<sup>1784</sup> Sur ce sujet, voir: DE MESTRAL (A), « The contribution of international investment law to public international law », in *Improving International Investment Agreements* (MESTRAL (A) et LÉVESQUE (C) éditeurs), N. York, Routledge, 2013, pp. 342-356.

## 1. La contribution de l'arbitre Lagergren, un classique parmi la jurisprudence

Pour avoir une perception de la nocivité et des avantages illégitimes de la corruption dans les contrats publics, la célèbre sentence de l'arbitre Gunnar Lagergren de 1963 est incontournable. Il s'agit d'un classique dans la jurisprudence de l'arbitrage international. Dans le cadre d'un contentieux, l'arbitre Lagergren avait considéré<sup>1785</sup> la pertinence des principes généraux du droit et avait exprimé ce qui suit:

*« ... it cannot be contested that there exists a general principle of law recognised by civilised nations that contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators (cf. *Oscanyan v. Winchester Arm. Co.*, ...). This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term ».*<sup>1786</sup>

Cette sentence arbitrale précise l'ampleur du problème<sup>1787</sup> à l'époque (une époque où l'harmonisation pour l'ouverture du marché mondial des contrats publics n'existait pas), et celle-ci implique une jurisprudence qui constitue un jalon historique dans l'arbitrage<sup>1788</sup> et dans les contrats publics, qui a été consolidée comme on va vérifier.

---

<sup>1785</sup> « ...the practice of giving commissions to persons in a position to influence or decide upon public awards of contracts seems to have been more or less accepted or at least tolerated... On the other hand it must be remembered that we have to do here not with a mere favour which could be overlooked, or even with the 'little bit of money' which [Witness I] with some understatement referred to. Huge amounts are involved: in the... project the commission, if earned, would have amounted to £352,100; for the 1953 project, if obtained, the commission figures would have been about £1,300,000; and Mr [X] is now claiming £2,696,213.80 », paragraphe 19, ICC Case 1110, 1963.

<sup>1786</sup> Paragraphe 16.

<sup>1787</sup> « After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes », paragraphe 23.

<sup>1788</sup> LLAMZON (A), *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 102.

## 2. La consolidation de la jurisprudence Lagergren dans le droit international

Les pouvoirs des arbitres peuvent constituer un élément très important pour déterminer l'illicéité d'un contrat. Dans cette ligne, la sentence arbitral CIRDI sur l'affaire *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, c'est très illustrative parce qu'elle souligne que l'investissement est incompatible avec la corruption.<sup>1789</sup>

En outre, la jurisprudence en matière de compétence des tribunaux arbitraux reconnaît que « *as a principle of international public policy, the prohibition of bribery overrides the general principle of party autonomy otherwise widely upheld in international and comparative law* ». <sup>1790</sup> Dans ce scénario juridique, les contrats entachés par la corruption sont exclus du régime de protection international des investissements. Dans ce contexte, si un différend n'est pas arbitrable, la justice étatique serait le lieu des actions en justice contre l'État; mais, dans le cadre de la justice étatique, <sup>1791</sup> l'« infection » du contrat persiste et, par conséquent, la justice étatique ne pourrait pas appliquer les standards de protection des investissements prévues dans un traité <sup>1792</sup> simplement parce que ce « contrat » ne serait pas un vrai contrat ni une investissement à la lumière du droit international. Dans le cadre du droit administratif, un contrat obtenu par suite d'un acte de corruption ne pourrait pas être un contrat en termes juridiques mais plutôt une situation *de facto*.

---

<sup>1789</sup> « *In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal* », paragraphe 157, ARB/00/7 (Date d'envoi aux parties: 4 octobre 2006).

<sup>1790</sup> *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex"), and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*. Procedural order CIRDI numéro 13 du 26 mai 2016. ARB/10/11 et ARB/10/18, paragraphe 7.

<sup>1791</sup> Dans un État moniste, les normes de protection des investissements d'un TBI ou d'un ALE peuvent être considérées comme faisant partie du droit interne.

<sup>1792</sup> Art. 55 de la Constitution de la France: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

## **B. Le pouvoir des arbitres de déclarer la nullité du contrat corrompu**

Nous avons déjà constaté que les termes de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2004 (CNUCC) sont faibles en ce qui concerne la nullité du contrat.<sup>1793</sup> À la lumière de cette convention, les États ne sont pas tenus de déclarer nuls les contrats contaminés par la corruption; et les arbitres, peuvent-ils déterminer la nullité du contrat ?<sup>1794</sup> La CNUCC ne dit rien à ce sujet (1). Toutefois, le silence de la CNUCC n'empêche pas la détermination de la nullité d'un contrat par les arbitres (2).

### **1. Le silence de la Convention des Nations Unies contre la corruption**

D'un point de vue positiviste, un argument pour nier la compétence des arbitres pour annuler le contrat pourrait être le suivant: la CNUCC ne reconnaît pas explicitement, aux arbitres, un pouvoir d'annulation d'un contrat de nature publique parce qu'il s'agit d'un pouvoir des États. Dans cette logique, le positivisme pourrait arguer que les arbitres ne peuvent pas annuler le contrat parce qu'ils n'agissent pas au nom de l'État, contrairement aux juges.<sup>1795</sup>

Dans cette même ligne, le positivisme pourrait argumenter, d'une manière forcée, que la nullité du contrat par le biais d'une sentence arbitrale pourrait constituer un excès de l'arbitre dans la mesure où le pouvoir d'annuler le contrat n'a pas été convenu par les parties au litige ni dans la clause compromissoire, ni dans l'acte de mission du tribunal arbitral, ni sur le contrat. En plus, il est possible que ce pouvoir ne figure pas dans la loi du siège de

---

<sup>1793</sup> Article 34: « Compte dûment tenu des droits des tiers acquis de bonne foi, chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption. Les États Parties peuvent considérer la corruption comme un facteur pertinent dans une procédure judiciaire pour décider l'annulation ou la rescision d'un contrat, le retrait d'une concession ou de tout autre acte juridique analogue ou prendre toute autre mesure corrective ». Nous soulignons. Cette n'est pas une norme impérative.

<sup>1794</sup> Le juriste Eduardo Silva Romero pose la question suivante: la mauvaise foi de l'investisseur, « *pose-elle un problème de juridiction ou de fond ?* », SILVA (E), « Por un regreso al sentido ordinario de la palabra « inversión » », *Revista Peruana de Arbitraje*, numéro 10/2010, p. 47.

<sup>1795</sup> Et, à la lumière de la convention, les juges agissant au nom de l'État n'ont pas l'obligation d'annuler directement le contrat. Voir l'art. 34 de cette convention. La nullité du contrat dans le cadre de la lutte contre la corruption internationale serait donc une question de droit interne. Dans le cadre de la lutte internationale contre la corruption et de la construction du droit international des contrats publics, ce serait ironique; non ?

l'arbitrage<sup>1796</sup>, ni sur le TBI et, peut-être, ni dans le règlement de l'institution d'arbitrage. Toutefois, ces arguments positivities ne sont pas solides, comme on va voir.

## 2. La détermination de la nullité d'un contrat par les arbitres

Un tribunal arbitral, peut-il décider de la nullité d'un contrat ? L'objectif de la CNUCC n'est pas de limiter des institutions bien enracinées en droit international telles que, par exemple, le principe *kompetenz-kompetenz*<sup>1797</sup> ou le principe de séparabilité de la clause compromissoire.<sup>1798</sup> Sur la base de chaque une de ces deux principes, les arbitres pourraient analyser la validité juridique du contrat, même si la faculté de déterminer la nullité d'un contrat n'a pas été expressément incluse ni dans la clause compromissoire ni dans l'acte de mission du tribunal, ni sur le règlement de l'institution d'arbitrage. Il s'agit simplement d'une question d'interprétation des pouvoirs de l'arbitre et, sur ce point, le raisonnement est le suivant: Pour pouvoir régler un différend entre deux parties d'une relation juridique contractuelle, il faut d'abord vérifier la légalité de cette relation juridique. En conséquence, si la relation créée résulte d'un acte de corruption, il n'y a pas de contrat valide, le contrat serait inexistant. Dans cette optique, l'arbitre peut déclarer le contrat nul sans l'existence d'une clause spécifique pour déclarer la nullité. Cette explication n'est pas une nouveauté.

En effet, la doctrine confirme le pouvoir des arbitres de déterminer la nullité du contrat infecté par la corruption. Par exemple, les professeurs Jean-François Poudret y Sebastian Besson considèrent que l'arbitre « *has the authority not only to determinate his own jurisdiction, but also the validity or existence of the contract* »<sup>1799</sup>; le professeur Bernardo Cremades estime que la séparabilité de la clause compromissoire permet d'annuler le contrat<sup>1800</sup>; et la thèse de

---

<sup>1796</sup> Garder à l'esprit que les sentences arbitrales CIRDI sont considérées comme sentences délocalisés parce qu'elles sont exécutoires sans qu'il soit nécessaire d'exequatur.

<sup>1797</sup> Principe selon lequel chaque tribunal ou arbitre peut déterminer sa propre compétence.

<sup>1798</sup> Principe selon lequel une clause compromissoire a comme une sorte d'une « vie propre » et est indépendante du contrat.

<sup>1799</sup> POUDRET (J-F) et BESSON (S), *Comparative Law of International Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell / Schulthess, 2007, p. 133.

<sup>1800</sup> CREMADES (B-M), « El arbitraje en la encrucijada de la crítica », *op. cit.*, p. 49; il, entre d'autres auteurs, dit que l'arbitre Lagergren: « *debió anular el contrato sobre cobro de comisiones si lo entendiera verdadero encubrimiento de corrupción y debió hacerlo por disfrutar de jurisdicción arbitral en virtud de la separabilidad de la cláusula arbitral* ».

doctorat d'Ana Maria Sáez note que s'il y a corruption, cela implique « la nullité de la relation entre les parties ». <sup>1801</sup> Il y a aussi une jurisprudence dans ce sens. <sup>1802</sup> En d'autres termes, nous partageons l'avis de la jurisprudence et du juriste Eduardo Silva Romero selon lequel « il existe un principe général de droit international selon lequel un investisseur de mauvaise foi ne peut être protégé ». <sup>1803</sup> En fait, le droit interne et le droit international protègent la bonne foi et, dans ce contexte, si une société a versé un pot-de-vin au détriment des autres candidats, cette société n'a certainement pas agi de bonne foi <sup>1804</sup> et, en conséquence, la société ne pourrait pas être considérée comme un sujet de droit international dans le cadre des traités de protection des investissements, mais plutôt comme un sujet responsable d'une attaque à la libre concurrence dans le cadre du droit interne.

## Conclusions de la section 2

Le conflit entre les diverses obligations de l'État est inhérent à certains contrats de nature publique tels que les concessions de services et l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles. La jurisprudence de l'arbitrage confirme cette affirmation et, en même temps, permet de tirer trois enseignements utiles pour la construction du droit international des contrats publics, à savoir:

a) la nécessité de rédiger des traités qui évitent de conduire à des interprétations isolées,

---

<sup>1801</sup> SÁEZ (A), *Arbitrabilidad en los litigios internacionales con indicios de cohecho y corrupción*, thèse droit, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 53. Cette thèse note quelques cas intéressants en la matière comme, par exemple, les affaires 3913, 6497 et 8891 dans le cadre de la CCI.

<sup>1802</sup> Simplement, « *the protection of international investment arbitration cannot be granted if such protection would run contrary to the general principles of international law, among which the principle of good faith is of utmost importance* », Sentence arbitrale sur l'affaire *Phoenix Action, LTD c. République tchèque*, notifiée le 15 avril 2009, paragraphe 106. ARB/06/5.

<sup>1803</sup> SILVA (E), « Por un regreso al sentido ordinario de la palabra « inversión » », *op. cit.*, p. 47. Le texte originel dit: « *Nosotros queremos creer, en voz alta y borrador, como lo afirma el tribunal arbitral del caso Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa, que existe un principio general de derecho internacional según el cual un inversionista de mala fe no puede ser protegido* ».

<sup>1804</sup> D'un point de vue juridique, la société cocontractante n'a pas obtenu un contrat, mais elle et/ou ses dirigeants ont commis une infraction pénale.

- b) la reconnaissance du droit de réglementer ou à réguler<sup>1805</sup> de l'État<sup>1806</sup> et de la responsabilité sociale de l'entreprise et de l'obligation de sauvegarder les droit de l'homme, et
- c) la nécessité de faciliter l'interprétation du droit international en tant que système.

D'ailleurs, si l'attribution d'un contrat est la conséquence d'un acte de corruption, le contrat serait juridiquement inexistant; et, dans ce cas, l'arbitre simplement certifierait la nullité du contrat (comme le médecin et le juge qui vérifient la mort d'une personne) dans la sentence arbitrale. Certifier la nullité du contrat ne signifie pas être le facteur *sine qua non* de la nullité. En fait, si nous nous souvenons que les contrats nuls naissent « morts », comme il est souvent expliqué dans la théorie générale du contrat, on ne dit rien de nouveau ici. En ce sens, un contrat nul n'est pas nul simplement par la décision des arbitres ou des juges, mais la nullité existe déjà avant la déclaration de nullité.<sup>1807</sup>

Dans ce contexte, la déclaration arbitrale de nullité du contrat serait une simple formalité pour être plus précis. En tout cas, les règlements des institutions d'arbitrage et les clauses anticorruption peuvent renforcer le (et non être à l'origine du) pouvoir des arbitres de déterminer la nullité du contrat. Cela étant, un autre problème apparaîtra très probablement dans le droit interne: quels sont les effets de la déclaration de nullité d'un contrat de nature publique faite par un tribunal arbitral international ? L'État, comme peut-il concrétiser cette nullité sur le plan interne ? Sans doute, du point de vue de la construction du droit international des contrats publics, le droit administratif des États devrait être prêt à donner effet à la nullité accordée par les tribunaux arbitraux. Comme le professeur Juan Carlos Cassagne note, dans le cadre de son exposé sur la protection juridictionnelle effective, on

---

<sup>1805</sup> Cette reconnaissance se produit également dans le cadre du droit conventionnel. Par exemple, le préambule de l'accord bilatéral d'investissement entre la France et la Colombie montre que les deux États sont: « Désireux... de créer des conditions favorables aux investissements français en Colombie et aux investissements colombiens en France, sans préjudice du droit à réguler de chaque Partie Contractante et en vue de protéger des objectifs légitimes de politiques publiques ».

<sup>1806</sup> Toutefois, sur ce sujet, il y a des critiques parce qu'il y a une assimilation du droit de réglementer, mais pas d'un devoir de réglementer. À cet égard, par exemple, en ce qui concerne le modèle d'accords bilatéraux d'investissement des pays-bas, voir: VERBEEK (B-J) et KNOTTNERUS (R), « The 2018 Draft Dutch Model BIT: A critical assessment », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018, < <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/> >.

<sup>1807</sup> L'origine de la nullité est la corruption elle-même.

peut dire que le droit connaît « des transformations qui modifient des institutions périmées... et créent des règles juridiques compatibles avec les buts poursuivis par le changement ou l'adaptation ». <sup>1808</sup> Évidemment, la nullité d'un contrat par les arbitres demande l'adaptation du droit administratif des États pour assimiler cette déclaration arbitrale de nullité dans l'ordre interne, avec les mêmes effets, ou avec des effets très similaires, que la nullité déterminée par la justice étatique. Une telle adaptation constituerait une avancée dans la construction du droit international des contrats publics, une construction où le législateur de l'État est également un acteur important, comme nous pouvons constater.

## Conclusions du chapitre 2

Les standards internationaux de protection des investissements (parfois considérées comme des concepts juridiques indéterminés, telles que le « traitement juste et équitable » <sup>1809</sup> ou les « attentes légitimes ») <sup>1810</sup>, ont contribué à la protection du contractant-investisseur dans le cadre de l'absence de normes internationales dédiées à la protection du cocontractant à la phase de l'exécution du contrat. Cette contribution ne permet pas de renforcer une croyance erronée selon laquelle les TBI n'ont conduit qu'au chaos et/ou au droit international anarchique. <sup>1811</sup> Sans les TBI, les débats sur les tensions entre les différents domaines du droit international n'auraient peut-être pas été révélés. Ces tensions conduisent à la nécessité de voir le droit international comme un système, peut-être imparfait, mais un système après tout.

---

<sup>1808</sup> CASSAGNE (J), *Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo)*, Madrid, editorial Reus, 2016, p. 439.

<sup>1809</sup> PRIETO (J), « International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) *et al.*, éditeurs), Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 14.

<sup>1810</sup> On dit que « ... as the jurisprudence has revealed, the notion of 'legitimacy' or 'reasonableness' of expectations seem to be just as indeterminate as the notion of fairness to which it supposed to give meaning », WONGKAEW (T), *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration. A theory of Diametral Reliance*, Cambridge University Press, 2019, p. xv. Voir aussi: CAZALA (J), « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009/1, t. XXIII, p. 29.

<sup>1811</sup> Dans ce sens, le professeur Tarcisio Gazzini commente que les TBI « have generated a largely coherent body of jurisprudence and had a significant impact on the evolution of customary international law. Yet, inconsistent decisions on [TBI] claims have been delivered in the past and several issues still remain fraught with uncertainty. The risk of inconsistent decisions, however, is not peculiar to a bilateral framework, but rather inherent in the sovereign character of arbitral tribunals », GAZZINI (T), « Bilateral Investment Treaties », in *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 131.



D'ailleurs, il est important de remarquer la doctrine selon laquelle les arbitres peuvent annuler les contrats qui sont conséquence de la corruption. C'est essentiel non seulement pour la construction du droit international des contrats publics, mais aussi pour la construction d'un droit international de la concurrence.<sup>1812</sup>

En tout cas, l'arbitrabilité des différences dans la phase de l'exécution du contrat d'investissement nous invite à nous souvenir deux questions déjà posées par la doctrine: d'une part, en ce qui concerne le régime international des investissements, « où sommes-nous ? »<sup>1813</sup>; et, d'un autre côté, « où va le droit de l'investissement ? ».<sup>1814</sup> Si ces deux questions sont pertinentes, une troisième question est obligatoire: où vont les contrats de nature publique dans le cadre du droit de l'investissement ? Il est difficile de donner une réponse exacte, en particulier lorsque l'on perçoit une désaffection de l'UE à l'arbitrage d'investissement suivi d'un « activisme » dans le cadre de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.<sup>1815</sup>

Dans le cadre ce chapitre, il est vrai qu'il y a des sujets apparemment éloignés du sujet principal, mais la question est la suivante: dans le cadre du droit étatique, le droit des contrats publics est codifié et il régit par un code (Code de la commande publique en France) et il

---

<sup>1812</sup> Il serait peut-être opportun de réformer la Convention des Nations Unies contre la corruption et d'ajouter un paragraphe qui se lirait comme suit:

« Les États reconnaissent la nullité des contrats de caractère public déterminée par les arbitres. Cette nullité n'élimine pas la compétence des tribunaux pénaux nationaux pour enquêter et établir l'existence d'une infraction, ni ne porte atteinte à la présomption d'innocence de quiconque ».

Dans le cadre de l'arbitrage, les indices dans le cadre de la procédure arbitrale sont plus exigeants. À cet égard, le professeur Juan Fernández-Armesto note que « les niveaux de conviction renforcés du domaine pénal ne devraient pas être les mêmes dans une procédure arbitrale » FERNÁNDEZ-ARRESTO (J), « La lucha contra la corrupción desde el arbitraje » (VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje), Madrid, CEU ediciones, 2018, p. 18 < <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Hugo%20Grocio%202014%20La%20lucha%20contra%20la%20corrupci%C3%B3n%20desde%20el%20arbitraje.pdf?ver=2018-02-13-101813-930> >. Le texte originel dit : « *Los estándares de convencimiento reforzados exigidos en el ámbito penal no deberían ser los exigibles en un procedimiento arbitral* ».

<sup>1813</sup> ARES (M) et BOULANGER (E), « Le régime international d'investissements, où sommes-nous ? », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, op. cit, pp. 1-34.

<sup>1814</sup> HORCHANI (F) (directeur), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006.

<sup>1815</sup> Voir aussi le document A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1. Document de 2019.

couvre tous les phases du contrat (appels d'offres, passation, exécution et l'éventuelle contentieux). La législation connexe pour la répression de la corruption et du favoritisme figure dans le code pénal. Dans les sociétés étatiques, l'ordre pénal et l'ordre administratif sont bien établis (ou définis pour être plus précis): il existe une juridiction spécifique pour chaque matière dans le cadre de laquelle il est possible d'unifier la jurisprudence, y compris les mesures conservatoires de nature pénale. Toutefois, dans le cadre de la communauté internationale, cette structure législative et juridictionnelle, si propre aux États, disparaît parce que les appels d'offres publics et la passation sont dans un texte (l'accord de l'OMC de 2012) où la majorité des États sont absents ! En plus, une législation (*corpus juris* mondial) sur l'exécution du contrat n'existe pas: les normes du droit international des investissements peuvent (pas toujours) entrer en jeu, mais pour certains contrats et non pour tous les contrats. En plus, il n'y a pas un tribunal international des contrats publics<sup>1816</sup>, mais beaucoup de tribunaux arbitraux et une jurisprudence contradictoire et critiquée aussi; mais, dans le cadre des critiques, il y a des choses à sauver aussi, comme la consolidation du critère selon lequel les contrats attribués en vertu d'un pot-de-vin ne constituent pas un investissement.

Tout cela conduit à regrouper des matières dispersées (parfois proches et parfois lointaines) dans autour les contrats publics dans le droit international.

En résumé, la construction du droit des contrats publics ne peut pas ignorer les expériences en matière de divergences et chocs entre les domaines juridiques concernés dans le cadre du droit international des investissements.<sup>1817</sup> Peut-être, une éventuelle convention sur les

---

<sup>1816</sup> Le professeur Francisco Hernández réfléchit sur un tribunal international des contrats publics « permanent, composé de spécialistes exerçant des fonctions de manière indépendante et stable (qui ne sont pas désignés dans chaque cas par les parties au conflit) et dont les décisions sont publiées officiellement, en vue d'établir une doctrine consolidée permettant de préjuger du résultat d'une réclamation hypothétique », HERNÁNDEZ (F), « La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá », *Revista de Administración Pública*, número 194, 2014, p. 508. Le texte originel dit « ... cabe preguntarse si no sería más conveniente la creación de un Tribunal internacional de contratación pública de carácter permanente, integrado por especialistas que desarrollen sus funciones de forma independiente y estable (por lo tanto, que no sean designados en cada caso por las partes en conflicto) y cuyas resoluciones se publiquen oficialmente, con la finalidad de ir sentando una doctrina consolidada que permita prejuzgar el resultado de una hipotética reclamación ».

<sup>1817</sup> PETERSON (L), *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement. Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*, Montréal, Droits et Démocratie / Centre

devoirs et droits du cocontractant, applicable à la diversité des contrats existants, serait non seulement important pour la construction du droit international des contrats publics, mais pourrait également constituer un élément important pour l'interprétation des traités d'investissement dans la mesure où il y a des traités pour la protection d'investissements qui n'ont pas été rédigés dans la prudence d'envisager les autres domaines du droit international, ni le droit international en tant que système.

---

international des droits de la personne et du développement démocratique, 2009, pp. 12, 22, 27, 30, 32, 39 41, 43-45.

## Conclusions du titre II

La visibilité de la construction d'un droit international des contrats publics est une conséquence de l'harmonisation pour l'ouverture du marché au sein de l'OMC. Sans cette harmonisation, une construction d'un droit international des contrats publics serait difficile à imaginer. Sans cette harmonisation, il y aurait simplement une internationalisation désordonnée du droit des contrats de nature publique en raison, d'une part, des diverses harmonisations existantes et, d'autre part, des règles du droit des investissements internationaux concernant certains contrats publics. Sans le droit de l'OMC, il ne serait pas possible de proposer une construction du droit international des contrats publics. Cette harmonisation est le pilier fondamental de cette construction.

*Ratione temporis*, on peut dire que l'internationalisation des contrats publics n'apparaît pas en vertu de l'harmonisation au sein de l'OMC, ou en vertu du Code de Tokyo, mais cette internationalisation est devenue visible à travers la jurisprudence des arbitres du dernier siècle que nous avons évoquée. Cette jurisprudence a révélé la pertinence du droit international dans les relations contractuelles, mais cette jurisprudence, par elle-même, n'est pas suffisante pour entamer une véritable construction du droit international des contrats publics parce que cette jurisprudence ne génère aucune ouverture du marché.

En ce qui concerne la recherche ou l'élaboration d'un statut international du cocontractant, toute tentative d'articuler ce statut devrait tenir compte de cinq facteurs: le principe *pacta sunt servanda*; les obligations de l'État en matière de droits de l'homme au sens large et de protection de l'environnement<sup>1818</sup>; le pouvoir réglementaire de l'État<sup>1819</sup>; le droit de propriété

---

<sup>1818</sup> Le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies *Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement: vers un pacte mondial pour l'environnement* du 2018, il remarque: « Les clauses relatives aux questions environnementales sont rares dans les traités bilatéraux d'investissement, mais plus courantes dans les pactes multilatéraux qui comportent des dispositions relatives aux investissements. Les pratiques des États concernant les clauses environnementales dans les traités varient grandement ». Distribution générale: 13 décembre 2018 (A/73/419), p. 34.

<sup>1819</sup> Voir: MOUYAL (L), *International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective*, Oxon, Routledge, 2016, pp. 8-9. Voir aussi: TITI (A), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden Baden, Nomos et Hart Publishing, 2014, pp. 32 et suivants; LEVASHOVA (J), *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019.

du cocontractant<sup>1820</sup>; et les obligations du secteur privé non seulement dans le cadre contractuel.

Dans ce contexte, il convient de noter que le principe *pacta sunt servanda* ne constitue pas une institution absolument rigide<sup>1821</sup> parce que ce même principe, d'une part, permet d'appliquer ses exceptions (les propres de ce principe) et, d'autre part, n'empêche pas de faire des pactes à l'avenir. Effectivement, l'utilisation de la clause de renégociation du contrat<sup>1822</sup> est un exemple. À cet égard, la clause de renégociation<sup>1823</sup> permet d'introduire des nuances pour, précisément, continuer à respecter le contrat dans le cadre des nouvelles circonstances<sup>1824</sup>, surtout s'il s'agit de contrats à long terme, ce qui faciliterait la sauvegarde des obligations de l'État en matière de droits de l'homme dans des circonstances imprévisibles au moment de la signature du contrat.<sup>1825</sup> Ces clauses sont généralement prises en compte dans certains contrats d'investissement et peuvent être nécessaires notamment

---

<sup>1820</sup> Le droit de la propriété privée ne peut être exclu dans ce contexte. Voir: ÁLVAREZ (J), « The Human Right of Property », *Miami Law Review*, vol. 72, numéro 3, pp. 580-705.

<sup>1821</sup> Dans ce contexte, par exemple, le juriste Roland Kläger note ce qui suit: « *If pacta sunt servanda is deemed itself to be a principle of fair and equitable treatment, or part of one, this means that it is not applicable in an all-or-nothing fashion, but may be subject to qualification dependent specificity in a case* », KLÄGER (R), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011. p. 168.

<sup>1822</sup> DUMBERRY (P), « International Investment Contract », in *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (GAZZANI (T) et DE BRABANDERE (E) éditeurs), Leiden / Noston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 222.

<sup>1823</sup> BERNARDINI (P), « Stabilization and adaptation in oil and gas investments », *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, vol. 1, numéro 1, pp. 98-112; GOTANDA (J), « Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contract, Revisited », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1461-1473; OYEWUNMI (T), « Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues Oil », *Gas & Energy Law Intelligence Journal*, 2011, vol. 9, numéro, 6, pp. 1-25; QURASHI (Z), « Renegotiation of International Petroleum Agreements », *Journal of International Arbitration*, 2005, vol. 22, numéro 4, pp. 261-300.

<sup>1824</sup> Le professeur Patrick Dumberry cite comme exemple la clause du paragraphe 8 de l'art. 17 du contrat entre la *Vietnam National Oil and Gas Corporation of Vietnam* et la *Lasmo Vietnam Ltd & C. Itoh Energy Ltd* du 19 août 1992, qui se lit comme suit: « *If after the Effective Date, new law(s) and/or regulation(s) are introduced in Vietnam adversely affecting Contractor's interest, or any amendments to existing laws and/or regulations are made then the Parties shall meet and consult each other and shall make the necessary changes to this Agreement to ensure that Contractor is restored to the same economic conditions which could have prevailed if the new law and/or regulation had not been introduced* », DUMBERRY (P), « International Investment Contract », *op. cit.*, p. 222.

<sup>1825</sup> Le professeur Pierre-Marie Dupuy comment que les « *investors must also have taken due notice of the state's obligations deriving from its human rights obligations* », DUPUY P-M « *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law* », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, p. 54.

dans les contrats de concession de longue durée et surtout dans le cadre de l'époque de la révolution technologique, où une nouveauté peut devenir un archaïsme en quelques années.

Dans le cadre d'un éventuel traité sur les devoirs et droits des parties aux contrats de nature publique, la clause de renégociation pourrait être confirmée et assimilée comme un droit comme un droit des parties.<sup>1826</sup> Un éventuel traité sur les devoirs et droits des parties à un contrat de nature publique ne devrait pas entraver la liberté de renégocier le contrat.

Dans ce contexte, il convient de préciser que la construction du droit international des contrats publics n'implique pas l'élimination du droit international des investissements ni l'élimination de la volonté des parties au contrat. La construction implique une articulation de divers domaines et principes en évitant aussi que la rigidité des règles conventionnelles puisse entraver la même construction.

D'ailleurs, l'expérience en matière de contrats publics dans le cadre du droit international des investissements peut conduire à réfléchir sur quelques incertitudes dans la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où ce même domaine traverse une époque de questionnements et de quelques incertitudes aussi. En effet, au sein de la CNUDCI, on commence à parler de questions comme une « éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États »<sup>1827</sup>, de « préoccupations relatives au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales rendues par les tribunaux »<sup>1828</sup>, entre autres questions. Qu'est-ce que cela implique pour les contrats publics?

En ce qui concerne les contrats de nature publique dans le cadre du droit international des investissements, on peut voir que l'UE, au sein de la CNUDCI, souligne que « le système ad

---

<sup>1826</sup> Il est dit que le contrat peut être considéré comme un instrument « incomplet ». Dans ce contexte, la clause de renégociation est un instrument utile pour imprévus. Voir: CODINA (X), *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 102.

<sup>1827</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session* (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018), A/CN.9/964, p. 4.

<sup>1828</sup> *Idem*, p. 6.

hoc a une incidence sur la constance et la prévisibilité »<sup>1829</sup> et ce texte met l'accent sur les contradictions jurisprudentielles<sup>1830</sup> sur certains aspects comme, par exemple la clause parapluie dans les TBI. La critique de l'UE est la suivante:

« Pour ce qui est d'interpréter la portée et l'effet de la clause générale de respect des engagements («*umbrella clause*»), certains tribunaux arbitraux considèrent que cette clause aurait pour effet que les violations de certains engagements contractuels constitueraient des violations du traité d'investissement<sup>1831</sup>, alors que d'autres ont refusé de reconnaître cet effet pour les contrats commerciaux ordinaires<sup>1832</sup> ». <sup>1833</sup>

Cette critique mérite des nuances. Les contradictions jurisprudentielles existent, c'est vrai; mais la création d'une instance multilatérale et permanente<sup>1834</sup> en remplacement du mécanisme actuel d'arbitrage ne ferait pas disparaître par « magie » le « carrefour » ou la collision existant entre, d'un côté, les droits et les attentes légitimes du cocontractant-investisseur et, d'un autre côté, le pouvoir de régulation de l'État et les obligations des États en matière de sauvegarde des droits de l'homme<sup>1835</sup> au sens large.

---

<sup>1829</sup> *Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI du 18 janvier 2019 : Mettre en place un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements*, p. 22.

< [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc\\_157706.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157706.pdf) >.

<sup>1830</sup> *Communication Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États* de 2017 :

« Nombreux sont les exemples de sentences arbitrales fluctuantes sur des aspects fondamentaux des dispositions traditionnelles régissant la protection des investissements. Les questions soulevées dans ces affaires divergentes portent sur des notions générales et sur les fonctions des règles matérielles en matière d'investissement qui ne cessent d'être invoquées dans de nombreux différends dans lesquels il serait souhaitable d'apporter des réponses constantes », paragraphe 22. A/CN.9/WG.III/WP.145.

<sup>1831</sup> *SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS) c. République des Philippines*, Affaire CIRDI N° ARB/02/6, Décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence, § 128 (cette note basse fait partie du texte original).

<sup>1832</sup> *SGS Société Générale de Surveillance s.a. c. République islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI N° ARB/01/13, Décision sur la compétence, § 166 (cette note basse fait partie du texte original).

<sup>1833</sup> Paragraphe 24.

<sup>1834</sup> Voir l'avis 1/17 du tribunal de Luxembourg (assemblée plénière) du 30 avril 2019 en ce qui concerne l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres.

<sup>1835</sup> Voir: MARRELLA (F), « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *R.C.A.D.I.*, vol, 285, 2017. pp. 92-177.

En effet, dans le cadre de la collision entre les obligations internationales de l'État découlant des traités pour la protection des investissements<sup>1836</sup> et les autres obligations internationales de l'État, les États s'efforceront de sauvegarder les droits de l'homme et/ou de faire prévaloir leur droit de réglementer<sup>1837</sup> et la défense de l'intérêt public<sup>1838</sup> comme une sorte d'« immunité »<sup>1839</sup> qui impliquerait la possibilité de modifier l'exécution du contrat. Dans ce contexte, le critère de la proportionnalité<sup>1840</sup> cas par cas, contrat par contrat, sera toujours pertinent, surtout en l'absence d'une instance d'appel mondial pour l'unification de la jurisprudence.<sup>1841</sup> Une « unification » de la jurisprudence en matière d'arbitrage des investissements risquerait toujours d'être « imperfection » simplement parce que chaque sentence arbitrale serait toujours fondée sur l'un des 3000 TBI ou sur l'un des ALE avec des clauses de protection des investissements existantes.<sup>1842</sup> En d'autres termes, une éventuelle

---

<sup>1836</sup> JOHNSON (L) et VOLKOV (O), « Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno », *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, numéro 1, tomo 5, janvier, 2014, pp. 3-6 < [https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd\\_itn\\_jan\\_2014\\_es.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd_itn_jan_2014_es.pdf) >.

<sup>1837</sup> Toutefois, on parle d'un « *regulatory chill* and other disincentives », Document « Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice », 2018, p. 13. < [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI\\_UNWGBHR\\_InternationalInvestmentRegime.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf) >. Voir aussi: OCDE, « "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law », *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04 < [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf) >.

<sup>1838</sup> Le professeur Charalampos Giannakopoulos résume et note que le droit de réglementer n'est pas remis en question, mais il a été *generally undertheorized*", GIANNAKOPOULOS (Ch) « The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach », 2017, p. 34. < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2962686](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2962686) >.

Sur ce sujet, voir: MOUYAL (L), *International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights Perspective*, *op. cit.*, pp. 24-221.

<sup>1839</sup> GIANNAKAPOULOS (C), « The Right to regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach », in *Permutations of Responsibility in International Law* (FITZMAURICE (M) et SINGER (S), éditeurs), Leiden, Brill, 2019, p. 166.

<sup>1840</sup> Les professeurs Benedict Kingsbury et Stephan W. Schill soulignent que « *the principle of proportionality has the potential to help structure both the relationships between states and foreign investors and between states and investment tribunals, and the relationship between international investment law and other sub-areas of international law* », KINGSBURY (B) et SCHILL (S), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest. The Concept of Proportionality », in *International Investment Law and Comparative Public Law* (SCHILL (S), éditeur), Oxford University Press, 2010, p. 104.

<sup>1841</sup> On dit que: « *The bilateral and regional negotiations are diffuse and uncoordinated, even if they do reflect a relatively similar set of approaches today. In addition, the dispute settlement process remains completely ad hoc, with no coordinating body, no appellate or political oversight mechanisms as exist in the WTO, limited transparency at best, and no legal processes available to correct incorrect decisions* », MANN (H), « International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities », 2008, p. 5 < [www.oecd.org/investment/globalforum/40311282.pdf](http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311282.pdf) >. Lire « IIA », comme « TBI ».

<sup>1842</sup> Le professeur Pierre-Marie Dupuy note que « *the development, in parallel, of human rights law and international investments law should not be deemed as substantiating the thesis of the 'fragmentation of international law'* », DUPUY (P-M), « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case



instance mondiale en matière d'investissement n'éliminerait pas la diversité des règles existantes dans le cadre de la dispersion du droit matériel contenu dans ces TBI et ALE, qui sont applicables selon les parties à chaque litige. Toutefois, cette éventuelle instance pourrait marquer des tendances jurisprudentielles à analyser dans la construction du droit international des contrats publics.

Dans ce contexte, la construction du droit international des contrats publics<sup>1843</sup> doit considérer que, dans le droit international conventionnel, il y a des clauses techniquement plus appropriées pour aborder le « carrefour » ou le « choc » entre les domaines et règles du droit international concernés dans la phase d'exécution du contrat. Par exemple, le TBI entre la Suisse et la Géorgie du 3 juin 2014<sup>1844</sup> ou certains modèles d'accords assimilent déjà le droit de réglementer en tant que partie de la coutume internationale et des principes généraux du droit.<sup>1845</sup> Cette type de clauses révèle une prise en compte de la responsabilité sociale des

---

of International Investment Law and Human Rights Law », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, p. 61.

<sup>1843</sup> On va remarquer que ce traité hypothétique ne prétendrait pas éliminer le droit international des investissements ou les règles conventionnelles en la matière.

<sup>1844</sup> Art. 9: « Droit de réglementer:

(1) Aucune disposition du présent Accord n'est interprétée comme empêchant une Partie contractante d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure conforme au présent Accord qui vise l'intérêt public, telle que les mesures se rapportant à la santé, à la sécurité, au travail ou à l'environnement ou les mesures prudentielles raisonnables.

(2) De telles mesures peuvent être adoptées, maintenues ou appliquées à condition qu'elles ne soient pas mises en oeuvre de façon arbitraire ou injustifiable et qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante ».

Un aspect intéressant de ce traité est le Préambule, qui reflète le fait que les États veulent protéger les investissements et déclarent qu'ils sont: « convaincues que ces objectifs sont réalisables sans abaisser les normes d'application générale relatives à la santé, à la sécurité, au travail et à l'environnement » et où ils: « affirmant le soutien réciproque des politiques relatives à l'investissement, à l'environnement et au travail à cet égard », « réaffirmant leur attachement à la démocratie, à l'Etat de droit, au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales conformément à leurs obligations en vertu du droit international, déterminées à encourager les investisseurs à respecter les normes et principes de responsabilité sociale des entreprises reconnus internationalement » et « confirmant leur engagement dans la prévention et la lutte contre la corruption dans les investissements internationaux ». Ce préambule est très important pour interpréter le traité et déterminer la volonté des parties. Nous soulignons.

<sup>1845</sup> Par exemple, l'art. 20 du Model de TBI de la Southern African Development Community Model du 2012 suggère ce qui suit:

« 20.1. In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives

20.2. *Except where the rights of a Host State are expressly stated as an exception to the obligations of this Agreement, a Host State's pursuit of its rights to regulate shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of Investors and Investments and Host States, as set out in this Agreement.*

entreprises dans les accords de libre-échange et de protection des investissements, ce qui apparaît comme un aspect absolument pertinent pour la construction d'un droit international des contrats publics dans la mesure où cette construction concerne, *ratione personae*, les États, les entreprises<sup>1846</sup> et les droits des tiers. L'objectif de parvenir à un équilibre entre les obligations de l'État en matière de protection des droits de l'homme et de protection des cocontractants sera toujours important pas uniquement dans le cadre des contrats d'investissement (où l'on perçoit un dilemme entre interprétation harmonieuse et priorité)<sup>1847</sup>, mais aussi en ce qui concerne les contrats qui ne sont pas un investissement; et c'est important dans la construction du droit international des contrats publics.

---

20.3. *For greater certainty, non-discriminatory measures taken by a State Party to comply with its international obligations under other treaties shall not constitute a breach of this Agreement* ». Nous soulignons.

<sup>1846</sup> Par exemple, l'art. 15 du TBI entre le Canada et le Mali en vigueur depuis le 8 juin 2016 (Santé, sécurité, mesures environnementales et responsabilité sociale des entreprises) stipule ce qui suit:

« 1. Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, en aucun cas, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur.

2. La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations, et les deux Parties se concertent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné. Lors de la tenue de telles consultations, les Parties s'obligent à user d'un maximum d'efforts, de bonne foi, pour régler tout différend lié à l'application du paragraphe 1.

3. Chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions relatives au travail, à l'environnement, aux droits de la personne, aux relations avec la collectivité ou à la lutte contre la corruption ». Voir aussi: les arts. 15 et 16 du TBI entre le Benin et le Canada, en vigueur depuis le 12 mai 2014; l'art. 14 du TBI entre le Canada et la Mongolie en vigueur depuis le 24 février 2017; l'art. 15 du TBI entre le Canada et le Cameroun en vigueur depuis le 16 décembre 2016; l'art. 16 du TBI entre le Canada et la Guinée en vigueur depuis le 27 mars 2017; les arts 15 et 16 du TBI entre le Canada et le Kosovo du 6 mars 2018 et en vigueur le 19 décembre 2018.

En revanche, en ce qui concerne le Canada, le traité entre le Canada et la Russie en vigueur depuis le 27 juin 1991 (signé entre le Canada et l'ancienne URSS) n'a pas de règles dans la même direction. Sur l'évolution du droit international de l'investissement, les droits de l'homme et la protection des investissements, voir: POLANCO (R), « Arbitraje de inversiones y casos de derechos humanos en América Latina »

< [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_polanco\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf) >.

<sup>1847</sup> Les professeurs Matthew Happold et Johannes Hendrik Fahner concluent: « *In any case, an attempt to harmonize the two sets of obligations would result in one of them prevailing over the other, which happens in the case of explicit prioritization as well. Harmonious interpretation is conceptually different from prioritization, because it denies the existence of a norm conflict, but the outcome of the analysis is likely to be similar. Consequently, the utility of the principle of systemic integration, often hailed as a solution to apparent norm conflicts in international law, seems limited in practice* », FAHNER (J) et HAPPOLD (M), « The Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, p. 759.

À ce stade, et pour conclure, il est nécessaire de récapituler et de noter trois observations: premièrement, le droit international de l'investissement ne couvre pas tous les contrats de nature publique, mais uniquement les contrats d'investissement; en conséquence, d'un côté, tous les cocontractants ne bénéficient pas de la même protection et, d'un autre côté, les problèmes du droit international de l'investissement n'affectent pas tous les contrats de nature publique, mais une partie importante de ces contrats. En tout cas, la construction du droit international des contrats publics devrait respecter l'autonomie du droit international de l'investissement sans préjudice de l'application, de manière supplétive, d'un hypothétique traité sur les devoirs et obligations des parties au contrat de nature publique dans la mesure où ce traité hypothétique ferait partie de l'univers des règles du droit international.<sup>1848</sup>

Deuxièmement, les règles de chaque harmonisation pour l'ouverture du marché<sup>1849</sup> ne couvrent que quelques contrats dans la phase des appels d'offres publics et la passation toujours à partir d'un seuil et toujours grâce au jeu du système de listes et d'annexes qui permet d'ajouter et de retirer des entités publiques contractantes et des contrats couverts; c'est-à-dire que l'harmonisation ne couvre pas tous les contrats et n'est pas statique ni *ratione materiae*, ni *ratione temporis*, ni *ratione personae* ni *ratione loci*.

La troisième observation, qui découle des deux précédentes, est la suivante : la construction du droit international des contrats publics est visible, mais il s'agit d'une construction incomplète, inachevée, loin de constituer un sous-système international comme, par exemple, le droit international de la mer ou le droit de l'OMC. Cependant, on peut dire que la construction d'un droit international des contrats publics exige et doit préserver « l'unité de l'ordre juridique en tant que système normatif »<sup>1850</sup>, favoriser le dialogue entre les organisations internationales et éviter l'existence d'un ensemble de règles secondaires propres à chaque harmonisation qui pourraient entrer en conflit entre elles-mêmes.

---

<sup>1848</sup> Voir le paragraphe 3 de l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>1849</sup> AMP 2012, UE, Mercosur, etc.

<sup>1850</sup> FERNÁNDEZ (C), « Sobre la unidad del Derecho internacional », in *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (MARIÑO (F), coordinateur), Madrid, Trotta, 2002, p. 297.





## Conclusions de la deuxième partie

La visibilité de la construction du droit international des contrats publics est une conséquence de l'harmonisation. Il serait impossible d'imaginer la construction d'un droit international des contrats publics sans une harmonisation minimale des règles pour l'ouverture du marché mondial de ce secteur de l'économie.

Dans l'état actuel du droit des contrats publics, nous pouvons identifier quatre facteurs intéressants qui nous permettent de parler d'une internationalisation du droit des contrats publics. En essayant d'ordonner chronologiquement ces facteurs, on peut dire que le raisonnement des arbitres du dernier siècle apparut comme un facteur qui a permis l'internationalisation de quelques questions relatives à certains contrats de nature publique.<sup>1851</sup> La jurisprudence arbitrale sur la phase d'exécution du contrat a mis en évidence la pertinence de ce que la doctrine identifie comme « le recours à des principes transnationaux »<sup>1852</sup> qui se manifeste, par exemple aujourd'hui, à travers l'applicabilité des principes d'Unidroit et de l'ordre public international.<sup>1853</sup>

Le deuxième facteur dans cette internationalisation est précisément l'harmonisation conventionnelle des appels d'offres publics dans l'OMC et la pertinence du principe d'équivalence en tant qu'élément de coordination entre un ordre juridique déterminé et l'harmonisation des contrats publics à l'échelle planétaire au sein de l'OMC. Toutefois, la

---

<sup>1851</sup> La jurisprudence du siècle dernier que nous avons évoquée (affaires *Lena Goldfields*, *Aramco*, *Texaco-Calasiatic*, *Liamco*) permet de voir la pertinence du droit international et des principes généraux du droit au phase de l'exécution du contrat. *Ratione temporis*, il convient de noter que la sentence arbitrale de l'affaire *Lena Goldfield* de 1930 avait déjà reconnu l'enrichissement sans cause comme un principe général du droit. À cette époque, lorsque l'arbitrage avait Gunnar Lagergren a nié l'arbitrabilité d'un différend découlant d'un contrat corrompu, la jurisprudence avait identifié aussi le chemin vers les bonnes pratiques à une époque où la société internationale n'avait pas une approche unanime contre la corruption et où il n'existait pas de traité international à l'échelle mondiale contre la corruption.

<sup>1852</sup> CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 352.

<sup>1853</sup> *Idem*, p. 352-355. Dans ce contexte, il est important de souligner la confusion terminologique qui existe autour du terme « principe ». Le professeur Arnaud de Nanteuil résume que « le terme même « principe » est extrêmement répandu dans la pratique du droit de l'investissement, sans que l'on puisse réellement déterminer s'il renvoie à une règle coutumière et/ou à un ensemble conventionnel cohérent –il s'agirait alors sans doute de principes généraux du droit international- ou aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice », NANTEUIL (A), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 121.

multiplicité des harmonisations existantes (y compris les harmonisations dans le cadre des ordres juridiques communautaires et des ALE) pourrait conduire à complications juridiques en matière d'appels d'offres publics et de la passation.<sup>1854</sup> Sans nier le risque de ces complications, il faut souligner que chacune de ces harmonisations tend à introduire des règles qui fortifient l'intégrité des contrats de nature publique,<sup>1855</sup> la transparence, la protection de l'environnement, les clauses sociales, l'« *e-procurement* », etc; et tout cela est un « petit pas » pour le droit international et un « grand pas » pour le droit administratif des contrats publics. Et tout cela est vraiment favorable à la construction du droit international des contrats publics.

Le troisième facteur essentiel pour la internationalisation du droit des contrats publics, c'est le droit international pénal en ce qui concerne la lutte contre la corruption et la sauvegarde de la libre concurrence et de l'intégrité des contrats publics. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption du 2003 devient un élément important de la construction du droit international des contrats. En raison du nombre élevé d'adhésions, cette convention opère comme un instrument pour la sauvegarde de toutes, ou presque toutes, les harmonisations.

Et le quatrième facteur dans cette internationalisation, c'est le droit des États qui doit être cohérente avec le droit international en ce qui concerne la territorialité et l'extraterritorialité de la loi dans différents domaines juridiques (comme, par exemple, en matière de clémence, de responsabilité par dommages dans le cadre de l'exécution du contrat et de droit pénal). L'absence d'un programme de clémence à l'échelle mondiale harmonisant le droit des États et l'absence d'une autorité mondiale de la libre concurrence rendent difficile la formulation d'un droit international des contrats publics.

---

<sup>1854</sup> Nous nous sommes demandé ce qui suit: droit de l'OMC, les régionalismes, les sous-régionalismes et les transrégionalismes, peuvent-ils contribuer à la construction du droit international des contrats publics ? Ou, plutôt, peuvent-ils contribuer à la fragmentation du droit international en ce qui concerne les contrats publics ?

<sup>1855</sup> L'intégrité des contrats publics ne concerne pas seulement la phase d'appel d'offres et de passation, mais aussi toutes les phases du contrat.

D'ailleurs, les traités, la coutume internationale, les actes unilatéraux des États<sup>1856</sup> et le *soft law*, ils constituent un ensemble important de sources à examiner en permanence dans la construction du droit international des contrats publics. Dans ce contexte, il convient de préciser que l'évolution des sources<sup>1857</sup> et des domaines du droit international (y compris le caractère évolutif de la coutume internationale<sup>1858</sup>) sera toujours pertinente dans l'analyse de la viabilité de la construction du droit international des contrats publics.

Effectivement, l'autotutelle de l'État peut donner lieu à un abus du droit dans le cadre du droit interne. Dans ce contexte, l'interdiction de l'abus du droit et l'interdiction du détournement de pouvoir étatique, entre autres principes, ont un rôle fondamental aussi<sup>1859</sup> dans le cadre de la construction, ce qui souligne la pertinence des principes généraux du droit au sein de cette construction. Pour cette raison, un hypothétique traité sur les devoirs et droits des parties aux contrats de nature publique ne devrait pas avoir une vocation d'extrême normativisme, mais il devrait améliorer la sécurité juridique sans éliminer le jeu des principes généraux du droit.

En outre, la construction du droit international des contrats publics doit tenir compte du risque constant de fragmentation et d'incohérence en droit international économique<sup>1860</sup>; et, en plus,

---

<sup>1856</sup> Fait intéressant, par exemple, la sentence arbitrale CIRDI notifié 27 décembre 2010 sur affaire *Total S.A. c. Argentine Republic* a reconnu que « *The recent "Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations" 145 ("the Guidelines"), which were formulated by the International Law Commission in 2006 as a restatement of international (interstate) case law in the subject matter, are of interest here. We are aware that the Guidelines deal with the legal effects of unilateral acts of States addressed to other subjects of international law, and not with domestic normative acts relied upon by a foreign private investor. Still, we believe that the conditions required for unilateral declarations of a State to give rise to international obligations are of relevance here since the issue before the Tribunal has to be resolved by application of international law* », paragraphe 132, ARB/04/1. Nous soulignons.

<sup>1857</sup> Voir: JUILLARD (P), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 150. 1994, pp. 9-216.

<sup>1858</sup> LEVASHOVA (Y), « Fair and Equitable Treatment and Protection of the Environment: Recent Trends in Investment Treaties and Investment Cases », in *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, pp. 73-83.

<sup>1859</sup> La sentence arbitrale CIRDI du 3 septembre 2013 relatif à l'affaire *ConocoPhillips Petrozuata BV et al c. Venezuela* est illustrative:

« 273. *The principal reason that tribunals have given for not treating compliance with formal or technical requirements as being sufficient is to avoid the misuse of power conferred by law ...* ».

<sup>1860</sup> Garder à l'esprit que la cohérence est une réalité « à construire », RUIZ-FABRI (H), « La réglementation internationale du commerce, des investissements et de la monnaie: mise en perspective des développements du droit international économique », Médiathèque de droit international des Nations Unies < [http://legal.un.org/avl/ls/Ruiz-Fabri\\_IEL\\_video\\_1a.html](http://legal.un.org/avl/ls/Ruiz-Fabri_IEL_video_1a.html) >, minute: du 3:23 au 3:28.



cette construction exige une convergence d'un très grand nombre d'États de la communauté internationale autour d'un texte mondial pour l'ouverture du marché. En bref, les éléments exposés tout au long de cette deuxième partie permettent de percevoir l'existence d'une volonté politique significative, surtout à partir de la fin de la guerre froide.<sup>1861</sup> Cette affirmation est vérifiable par la nature contraignante des règles d'harmonisation dans le cadre de l'AMP 2012 de l'OMC (accord auquel sont déjà adhérents quatorze territoires de l'ancienne Union soviétique<sup>1862</sup> et certains États proches à l'époque<sup>1863</sup>; et où la Chine et la Russie sont présents). Il y a une volonté politique significative mais cette volonté n'est pas suffisante pour l'ouverture mondiale du marché des contrats publics.<sup>1864</sup>

Dans ce contexte, la construction du droit international des contrats publics implique aussi la nécessité de maintenir la cohérence normative entre la multiplicité des harmonisations existantes et une coordination entre les interprétations des aspects ou sujets communes entre les harmonisations.<sup>1865</sup> À cet égard, la construction a besoin d'une réduction des risques d'« interférences sur le plan interprétatif et administratif ».<sup>1866</sup> Ce risque d'interférence est possible dans le cadre de la multiplicité des harmonisations<sup>1867</sup> et dans un contexte juridique en constante évolution.

Dans le cadre de cette évolution, il semble que les petits contrats resteraient presque en dehors de la construction du droit international des contrats publics dans la mesure où ces contrats

---

<sup>1861</sup> Voir: CÔTÉ (C-E), « Le Canada et l'investissement direct étranger », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* (ARES (M) et BOULANGER (E) sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 279-282.

<sup>1862</sup> L'ex-Union soviétique a été admise en qualité d'observateur au GATT, *GATT Boletín de información*, numéro 71, 1990, pp. 1 et 2 < <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/GATTFOCUS/71.pdf> >.

<sup>1863</sup> L'Arménie, la Bulgarie, la Croatie, la Slovaquie, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, la Slovénie et l'Ukraine, ils font partie de l'AMP 2012.

<sup>1864</sup> Dans ce contexte, il n'est pas rare que le Parlement européen ait saisi la Commission « d'encourager et de faciliter les efforts d'adhésion des pays tiers » à l'AMP 2012. Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics, paragraphe 51.

<sup>1865</sup> Protection de l'environnement, transparence, méthodes de passation, etc.

<sup>1866</sup> ARES (M) et BOULANGER (E) « Le régime international d'investissements, où sommes-nous? », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* (ARES (M) et BOULANGER (E) sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 9.

<sup>1867</sup> En plus, il ne faut pas oublier le risque de conflits, comme le note le professeur Giorgio Sacerdoti, « *due to parallel or multiple proceedings is inherent in a world with different sovereignties, uncoordinated politically or, even less, judicially* », SACERDOTI (G), « The Proliferation of BITs: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards », in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (SAUVANT (K), éditeur), Oxford University Press, 2008, p. 130.

restent en dehors du seuil de chaque harmonisation pour l'ouverture du marché et de la protection du régime des investissements internationaux.<sup>1868</sup>

---

<sup>1868</sup>À cet égard, le professeur Alan O. Sykes commente ce qui suit: « *For investments that are large enough to justify the costs, the investor and the host state might negotiate a contract providing the investor with important substantive protections that domestic law may omit as well as a contractual commitment to arbitrate in a neutral forum. But contracts are costly and may not be economical at all in relation to smaller investments* », SYKES (A), « The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design », *American Journal of International Law*, vol. 113, numéro 3, 2019 , pp. 482-534.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette thèse a analysé divers thèmes, d'un côté, afin de déterminer l'effet, ou l'impact, de l'harmonisation du droit des contrats publics sur le droit international (1) et, d'un autre côté, afin de répondre à la question de savoir si la construction du droit international des contrats publics existe en tant que sous-système du droit international, ou si ce sous-système peut être construit (2).

Sur ces thèmes, nous présenterons les conclusions suivantes:

1. En ce qui concerne l'effet de l'harmonisation sur le droit international, le premier impact de l'harmonisation est perçu, sans effort, en matière de la libre concurrence. Cet « inexistant » domaine du droit international se construit et se renforce par des règles spécifiques en ce qui concerne la transparence, la publicité, etc., ce qui constitue un aspect positif pour la construction du droit international des contrats publics.<sup>1869</sup>

Le deuxième effet de l'harmonisation est perceptible dans le cadre des droits de l'homme et la protection de l'environnement.<sup>1870</sup> Chaque harmonisation renforce ces matières. L'impact implique aussi l'assimilation des règles sur l'exclusion des candidats. Si l'effet est grand ou petit, il y aura toujours des points de vue différents, mais un impact existe et, dans une plus ou moins grande mesure, cela renforce l'idée d'une humanisation du droit des contrats publics.

Le troisième effet de l'harmonisation, c'est la visibilité de l'unité du droit international en tant que système. Effectivement, à travers la pertinence et l'articulation des règles des différents domaines du droit international concernés<sup>1871</sup>, on peut vérifier que la construction

---

<sup>1869</sup> « Positif » ne signifie pas « suffit ».

<sup>1870</sup> À titre d'exemple, en matière de spécifications techniques *stricto sensu*, l'AMP 2012 permet à une entité adjudicatrice d'« établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement », paragraphe 6 de l'art. X.

<sup>1871</sup> Droits de l'homme, environnement, peuples autochtones, investissements, droit pénal. Ces règles sont apparues dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de l'Organisation Internationale du Travail, d'accords de libre-échange, du CIRDI, etc.

d'un droit international des contrats publics implique non seulement la pertinence d'une diversité de branches du droit international concernées dans le droit des contrats publics, mais aussi la nécessité d'articuler les différents sources du droit international,<sup>1872</sup> ce qui renforcera la cohérence souhaitée entre le secteur des contrats publics et les autres domaines du droit international.

2. D'ailleurs, on peut conclure qu'il n'y a pas un droit international des contrats publics en tant que sous-système juridique international, ni en construction, mais il y a plutôt une construction académique grâce à l'internationalisation des appels d'offres publics, de la passation et de la relation entre le cocontractant et les autorités publiques de l'État; et grâce à l'arbitrage et la jurisprudence de l'arbitrage aussi. On va justifier cette conclusion à partir de l'harmonisation du droit des contrats publics. Une harmonisation mondiale existe au sein de l'OMC, mais il s'agit d'une harmonisation évidemment limitée (i) qui ne conduit pas à un sous-système juridique proprement dit (ii).

*(i) L'existence d'une ouverture limitée du marché à l'échelle planétaire*

Il est évident que la conséquence la plus visible de chaque harmonisation, et de l'ensemble des harmonisations aussi, est l'ouverture d'un marché (dans le cadre d'un ordre juridique donné, soit mondial (l'OMC), régional (l'UE), sous-régional (le Mercosur, l'UEMOA), interrégional (les marchés créés par les ALE), etc). L'ouverture des contrats publics aux marchés internationaux est une réalité indiscutable. Toutefois, n'oublions pas que le marché mondial des contrats publics est limité et parfois « inaccessible ».<sup>1873</sup> En macroperspective, il s'agit plutôt d'une ouverture timide dans la mesure où il y a trois facteurs limitatifs: le premier facteur, c'est le système de listes et le seuil de chaque harmonisation. Le deuxième facteur est la limitation de la clause de la nation la plus favorisée (les avantages de l'ouverture du marché de l'AMP 2012 ne sont pas extrapolés en faveur des ressortissants de pays non

---

<sup>1872</sup> Lire: traités internationaux, coutume internationale, jurisprudence, *soft law*, ordres juridiques communautaires.

<sup>1873</sup> La Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur le paquet relatif à la stratégie en matière de passation des marchés publics, elle remarque que « dans les pays tiers sont souvent inaccessibles, de droit et/ou de fait, aux soumissionnaires de l'Union », paragraphe 48.

parties à cet accord); avec cette restriction, la possibilité d'une multiplication de l'ouverture est bloquée. Et le troisième facteur, c'est la réticence des États à l'adhésion à l'AMP 2012.

(ii) *La non-crédation d'un sous-système proprement dit*

Compte tenu de tout ce que nous avons exposé, si nous essayons d'identifier l'harmonisation existante au sein de l'OMC comme un sous-système, il y a trois éléments qui ne permettent pas cette identification. D'abord, l'harmonisation plurilatérale au sein de l'OMC fait déjà partie d'un sous-système existant qui couvre divers secteurs du commerce mondial (l'OMC constitue un « sous-système dans le droit international public »).<sup>1874</sup> En conséquence, l'harmonisation du droit des contrats publics au sein de l'OMC ne conduit à aucun sous-système dans le droit international en tant qu'il y a un sous-système pré-existante (l'OMC), et surtout si cette l'harmonisation révèle des lacunes comme, par exemple, en matière de peuples autochtones. En plus, en ce qui concerne la sauvegarde de la libre concurrence, il n'existe pas de programme mondial de clémence et cette non existence ne favorise pas la construction d'un droit international des contrats publics. La clémence en tant que stratégie dans le cadre du marché mondial des contrats publics dévoile que le droit international ne peut pas s'occuper « uniquement de la coordination entre États »<sup>1875</sup>, mais aussi « de l'activité des individus sur le marché »<sup>1876</sup> pour la défense de la libre concurrence.

Deuxièmement, cette harmonisation est limitée<sup>1877</sup> et exclut les contrats suivants:

- a) les contrats hors seuil et en dehors du système de listes que nous connaissons déjà;
- b) les contrats pour l'assistance internationale et l'aide au développement, qui impliquent un régime spécifique<sup>1878</sup>;

---

<sup>1874</sup> Rappelant la citation du professeur Sacerdoti sur le droit de l'OMC en tant que « sous-système », dans la première partie de cette thèse, SACERDOTI (G), « La contribution de l'organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, des accords régionaux, un droit des investissements internationaux », *Revue général de droit international public*, numéro 4, 2016, p.723.

<sup>1875</sup> FERNÁNDEZ (C), « Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea », *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, numéro 2, 2014, p. 350.

<sup>1876</sup> *Idem*. Le texte originel dit: « *En este sentido Bogdandy, Dann o Goldman, apuestan por ir hacia un Derecho internacional que no sea la mera coordinación entre Estados sino que también regule procesos económicos y la actividad de los individuos en el mercado* ».

<sup>1877</sup> En ce sens, l'harmonisation ne couvre pas, comme nous l'avons remarqué, l'exécution du contrat ni les questions sur le règlement des différends dans le cadre de l'exécution du contrat.

<sup>1878</sup> Exclut en raison de la lettre e) du paragraphe 3 de l'art. II de l'AMP 2012.

- c) les contrats des organisations internationales; et
- d) les contrats de l'Autorité internationale des fonds marins.

L'exclusion en fonction du seuil et du système de listes pourrait être justifiée dans la nature volontariste propre du droit international conventionnel (et essentiellement interétatique)<sup>1879</sup>, mais cette exclusion peut être progressivement atténuée par la même volonté des États; il ne s'agit donc pas d'une exclusion « à vie ».

L'exclusion des contrats pour l'assistance internationale et l'aide au développement peut être justifiée par le volontarisme existant dans le cadre des traités internationaux et par l'existence d'accords spécifiques sur la matière.

L'exclusion des contrats des organisations internationales<sup>1880</sup> est justifié dans le cadre d'une construction du droit international des contrats publics parce que cette construction est essentiellement de nature interétatique. Dans ce cadre essentiellement interétatique, on peut noter aussi que l'exclusion des contrats de l'Autorité internationale des fonds marins est justifié parce que ces contrats font partie déjà d'un sous-système du droit international: le droit international de la mer.

D'ailleurs, l'absence d'un texte contraignant sur les devoirs et les droits des parties au contrat est une autre limitation dans la construction. Comme on peut le voir, le mot « droit international des contrats publics » implique un terme à travers lequel on ne peut pas identifier, au moins actuellement, un sous-système de droit international au-delà de l'ouverture d'un marché très spécifique au sein de l'OMC; et tout cela sans nier la pertinence des différents domaines du droit international concernés dans le terme « droit international des contrats publics » dans le cadre de la nécessaire cohérence<sup>1881</sup>, dans le cadre d'un

---

<sup>1879</sup> Ici, le terme « interétatique » ne prétend pas dénaturer la nature interterritoriale de l'OMC.

<sup>1880</sup> Ne pas perdre de vue l'adhésion de l'Union européenne à l'AMP 2012 et la possibilité qu'à l'avenir, les organisations internationales (celles qui ont dépassé la simple intégration pour devenir une entité supranationale) puissent faire partie des règles d'harmonisation.

<sup>1881</sup> Dans ce contexte, nous ne pouvons pas perdre de vue l'annotation suivante de la professeure Ann Peters: «... *A legal order is present only when norms refer to each other (ordered norms). But legal order means not only ordered law but also order through law. These two dimensions are mutually reinforcing: The normative pull of international law is fortified by its stringency and consistency. Understanding this interrelationship*

« pluralisme ordonné »<sup>1882</sup>, d'un pluralisme désordonné<sup>1883</sup> ou de l' (« utopique ? ») unité du droit international en tant que système.

Cependant, en vertu des thèmes développés au cours de cette thèse, nous considérons que l'absence d'un sous-système juridique international des contrats publics n'empêche pas de vérifier l'incontestable évolution du droit des contrats publics dans le droit international, ce qui facilite l'humanisation du droit des contrats publics, comme nous l'avons déjà exposé.

Dans ce contexte, l'internationalisation du droit des contrats publics est incontestable; mais l'internationalisation toute seule, c'est-à-dire par elle-même, ne conduit pas à la création d'un sous-système au sein du droit international. Un droit international des contrats publics en tant que sous-système du droit international public pourrait exister en vertu de la création d'une Organisation internationale des contrats publics. Cette hypothétique organisation internationale pourrait être créée par un traité international et pourrait être une source de production normative et d'harmonisation juridique des différents domaines compris par le droit international des contrats publics.<sup>1884</sup>

---

*means understanding why consistency is particularly important for international law (more than for domestic law): because its normative power is more precarious. To conclude, what is at stake in fragmentation is unity, harmony, cohesion, order, and—concomitantly—the quality of international law as a truly normative order », PETERS (A), « The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization », *op. cit.*, pp. 679-680.*

<sup>1882</sup> La professeure Mireille Delmas-Marty note que « préconiser un « pluralisme ordonné » c'est prendre le pari qu'il est possible de renoncer au pluralisme de séparation... , mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion », DELMAS-MARTY (M), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », p. 1

< [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Dalloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf) >.

<sup>1883</sup> « Pluralisme désordonné », c'est l'ensemble des ordres juridiques communautaires et conventionnels existants qui peuvent donner lieu au pluralisme de séparation (voir la note de bas de page ci-dessus).

<sup>1884</sup> Telle organisation, d'une part, pourrait être une source de règles en ce qui concerne l'exécution du contrat et, d'autre part, pourrait préserver la négociation, la médiation et l'arbitrage, *ad hoc* et institutionnalisé, en tant que trois mécanismes échelonnés de règlement des différends au stade de l'exécution du marché (ce sont les clauses *multi-tier*).

Cette hypothétique organisation internationale des contrats publics pourrait servir à étudier la faisabilité d'une autorité mondiale pour la sauvegarde de la libre concurrence au secteur des contrats publics et pour une harmonisation du droit international privé en matière de dommages découlant de l'exécution des contrats (comme la professeure Laura García résume : « Fréquemment il s'agit de dommages qui, de par leur ampleur et leur typologie, sont multilocalisés et affectent une diversité d'États... Ainsi... la pluralité des personnes lésées et des intérêts lésés, impliquent directement le droit international privé »), GARCÍA (L), *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 16-17. Le texte originel dit: « Frecuentemente se trata de daños que, por su magnitud y tipología, están plurilocalizados y afectan a una diversidad de Estados.... Así, ... la pluralidad de perjudicados y de intereses lesionados, hacen que el Derecho internacional privado se vea directamente implicado ».



Au sein de cette hypothétique organisation internationale, on pourrait élaborer un traité sur les devoirs et droits des parties aux contrats de nature publique, qui pourrait contenir des règles *self-executing* qui pourraient être appliquées par la justice étatique et par les arbitres aussi; mais, dans un monde multipolaire comme celui d'aujourd'hui, un Traité pour création d'une Organisation internationale des contrats publics serait, peut-être, difficile à négocier et à accepter si l'on considère que le même AMP 2012 de l'OMC n'est pas un succès en ce qui concerne le nombre d'adhésions. Si le succès n'est pas possible en ce qui concerne l'harmonisation d'un aspect élémentaire pour la construction d'un droit international des contrats publics (l'ouverture du marché), l'harmonisation de tous les secteurs juridiques concernés par cette construction sera peut-être encore plus difficile, y compris la création d'une haute autorité mondiale de la libre concurrence dans le secteur des contrats publics.<sup>1885</sup> La difficulté de la création d'une Organisation internationale des contrats publics éloignerait la possibilité de parvenir à un droit international des contrats publics. En plus, la conception de cette hypothétique organisation internationale devrait être prudente et devrait éviter que cette organisation ne soit à l'origine d'une contradiction normative entre les traités existants et les règles que la même organisation pourrait engendrer en tant que source de production normative.

La construction du droit international des contrats publics est donc, à l'heure actuelle, une construction académique très utile à la pédagogie<sup>1886</sup>, à la planification des projets, contrats et dépenses publiques et pour la pratique professionnelle<sup>1887</sup>, mais cette construction intellectuelle ne conduit pas, du moins pour l'instant, à l'existence d'un sous-système juridique dans le cadre du droit international public.

---

<sup>1885</sup> En tout cas, le droit de cette organisation internationale hypothétique ne devrait pas absorber le droit des investissements internationaux, mais ce hypothétique droit pourrait renforcer le droit international de l'investissement, en préservant les standards et en respectant l'arbitrage caractéristique de ce domaine juridique et, en plus, cette organisation internationale pourrait apporter des règles de droit matériel pour combler des lacunes de certains TBI qui, aujourd'hui, semblent être une sorte d'archaïsme conventionnel en vigueur. Une hypothétique organisation mondiale des contrats publics peut être une réalité difficile à atteindre, ou peut-être cette hypothétique organisation internationale serait une organisation indésirable pour quelques États, ou non.

<sup>1886</sup> À l'annexe I nous présentons un modèle de master consacré au droit international des contrats publics.

<sup>1887</sup> Comme on peut le voir à l'annexe I, il n'existe pas d'obstacle pour parler d'un droit international des contrats publics. De plus, d'un point de vue pédagogique, il y a suffisamment d'éléments pour commencer à penser à un master en droit international des contrats publics; mais, d'un point de vue scientifique, un accord plurilatéral au sein de l'OMC ne constitue pas un vrai sous-système de droit international.

L'harmonisation au sein de l'OMC est limitée, et cette harmonisation ne pourrait pas donner lieu à règles spécifiques à appliquer dans la phase d'exécution du contrat (qui concernent, par exemple, la résiliation du contrat ou le *jus variandi*) simplement parce que ces règles sont en dehors des objectifs de l'OMC. En plus, les différences entre le cocontractant et l'entité contractante seraient toujours en dehors de l'ordre juridique plurilatéral des contrats publics créé au sein de l'OMC; et, selon les règles conventionnelles relatives aux investissements, ces différends pourraient faire l'objet d'un contentieux d'arbitrage, mais aussi d'un contentieux administratif et/ou judiciaire selon le droit étatique ou le contrat. Dans cette optique, peut-être, on peut voir que la construction d'un droit international des contrats publics pourrait être faite à travers l'articulation des divers domaines et des règles dispersées<sup>1888</sup> dans le cadre académique comme nous l'avons fait dans cette thèse.

---

<sup>1888</sup> L'ouverture du marché se développerait au sein de l'OMC, mais le droit à la consultation préalable des peuples autochtones se développerait au sein de l'OIT, l'harmonisation du droit pénal pour la sauvegarde de l'intégrité des contrats publics se déroule au sein de la Convention des Nations Unies contre la corruption, etc.



## **Annexe I. Idées pour un projet de Master en droit international des contrats publics. Parcours recherche et professionnel**

### **Premier semestre (30 crédits)**

- Le droit des contrats publics dans l'Union européenne (8 crédits)
- Le droit des contrats publics dans l'OMC (7 crédits)
- Le partenariat public-privé (5 crédits)
- Droit international contre la corruption aux contrats publics (6 crédits)
- Droit international de l'environnement et les contrats publics (3 crédits)

### **Deuxième semestre (30 crédits)**

- Droits de l'homme et objectifs secondaires et la libre concurrence (2 crédits)
- La phase de l'exécution du contract (2 crédits)
- Les contrats publics en droit international de l'investissement. Le contentieux (4 crédits)
- Les droits des peuples autochtones dans le cadre des contrats publics (2 crédits)
- Droit de la concurrence et contrats publics (3 crédits)
- L'eau en droit international (2 crédits)
- Introduction au droit de l'énergie (2 crédits)
- Le contentieux national en matière de contrats publics (2 crédits)
- Grand oral (5 crédits)\*
- Mémoire ou séjour professionnel (5 crédits)

---

\* Il s'agit d'un examen oral sur n'importe quel sujet des cours de la formation, y compris les séminaires obligatoires.

### **Séminaires obligatoires du premier semestre**

- Défis en ce qui concerne les sujets et sources du droit international
- L'interprétation des traités internationaux dans la pratique internationale
- Les chapitres sur les « marchés publics » dans le cadre des accords de libre-échange. Une perspective comparative
- Le *compliance* dans le cadre des contrats publics
- L'éthique publique et les conflits d'intérêts
- La Banque Mondiale et les contrats publics
- Problèmes spécifiques sur les aides d'État au marché international des contrats publics

### **Séminaires obligatoires du deuxième semestre**

- Les contrats publics dans le Mercosur
- Problèmes spécifiques en ce qui concerne le dialogue compétitif
- L'absence d'un programme mondial de clémence et ses conséquences pratiques
- *Contract Claims vs. Treaty Claims* dans le cadre de la jurisprudence
- Dommages à l'exécution du contrat et la responsabilité dans le cadre du droit international public et privé
- Les contrats de l'Autorité internationale des fonds marins
- L'incidence des pandémies sur les contrats publics. Tendances législatives et jurisprudence

## Bibliographie

### 1. Ouvrages

- AEYEYE (O), *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations in Developing Countries: Perspectives on Anti-Corruption*, Cambridge University Press, 2012.
- ÁLVAREZ (J), *Public International Law Regime Governing International Investment*, Pocketbooks of The Hague Academy of International Law, 2011.
- ANAYA (J), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2000.
- ANTON (D) et SHELTON (D), *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, 2011.
- ALVIK (I), *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2011.
- AMERASINGHE (C), *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 2004.
- ARROWSMITH (S), *The Law of the Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005.
- AUDIT (M), BOLLÉE (S) et CALLÉ (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2016.
- BAKER (E), MELLORS (B), CHALMER (S), *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Oxon, Informa, 2009.
- BANKETAS (I) et NASH (S), *International Criminal Law*, Londres, Cavendish publishing, 2003.
- BASSIOUNI (Ch), *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BEIGEKLIMAN (M) et BEIGEKLIMAN (D), *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption*, N. Jersey, John Wiley & Sons, 2010.
- BLANCAS (C), *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- BOAS (G), *Public International Law, Contemporary Principles and Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
- BOURDON (P), *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, 2014.
- BOURGUIGNON (D), *Le principe de Précaution. Définitions, applications et gouvernance*, Service de recherche pour les députés, 2015.
- BOVIS (C), *EU Public Procurement Law*, Cheltenham / Northampton, Elgar European Law, 2012.
- BAKER (E), MELLORS (B), CHALMER (S), *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Oxon, Informa, 2009.
- BRAUD (X), *Cours de Droit administratif général*, Issy-les-Moulineaux, Gualino éditeur, 2018.
- BROUSSOLLE (Y), *Leçons de droit administratif*, Paris, Ellipses éditions, 2015.
- BROWNLIE (I), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1999.
- CAMPOS (M<sup>a</sup> C), *Aplicación práctica del compliance en la contratación pública*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- CANAL-FORGUES (E), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CARREAU (D), JUILLARD (P), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017.
- CARREAU (D) et MARRELA (F), *Droit international*, Paris, Pedone, 2012
- CASALE (G) et GIANNI (A), *International Labour Law Handbook: from A to Z*, Torino, G. Giappichelli, 2017.
- CASSAGNE (J), *Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo)*, Madrid, editorial Reus, 2016.
- CASSESE (A), *International Criminal Law*, Oxford University press, 2003.
- CASTELLARIN (E), *La participation de l'Union Européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, Pedone, 2017.

- CERRILLO (A), *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur menor, Thomson reuters aranzadi, 2014.
- CHÉTIEN (P), CHIFFLOT (N) et TOURBE (M), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014.
- CHILSTEIN (D), *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Paris, Dalloz, 2003.
- CIENFUEGOS (M), *Los procedimientos de celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, Barcelona, Bosch editor, 2017.
- CISÉ (I), *Gouvernance d'entreprise, responsabilité sociétale en droit malien*, Paris, L'Harmattan, 2018.
- CLARKE (L), *Responsibility of International Organizations under International Law for the Acts of Global Health Public-Private Partnerships*, N. York, Routledge, 2014.
- CLAY (T) et PINSOLLE (Ph), *French International Arbitration Law Reports: 1963-2007*, Huntington, JurisNet, 2014.
- CLÉMENT (M), *Droit européen de l'environnement, jurisprudence commentée*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- CONDON (B), *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, États-Unis, Transnational Publishers, 2006.
- CORVAGLIA (M), *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford, Bloomsbury, 2017.
- CORVAGLIA (A), *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Londres, Hart Publishing, 2017.
- COTULA (L), *Investment Contracts and Sustainable Development*, Londres, IIED, 2010.
- CRAWFORD (J), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012.
- CUQ (M), *L'eau en droit international. Convergences et divergences dans les approches juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- DADOUN (A), *La nullité du contrat et le droit pénal*, Paris, L.G.D.J, 2011.
- DAVEY (W), *Non-discrimination in The World Trade Organization: The Rules and Exceptions*, Ail-Pocket, La Haye, 2012.
- DAVID (E), *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- DE LA VEGA (F), *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust). Exención o reducción de multas en caso de cártel*, Madrid, Dykinson, 2017.
- DE LA ROSA (S), *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- DE SADELEER (N), *Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, Institute d'études européennes, 2010.
- DEGOFFE (M), *Droit administratif*, Paris, Ellipses, 2012.
- DIXON (M), *Textbook on International Law*, Oxford University Press, 2013.
- DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- DOPAGNE (F), *Les contre-mesures des organisations internationales*, Lovain-la-Neuve, Anthemis, 2010.
- DUBBER (M) et HÖRNLE (T), *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2014.
- DUBOIS (L) et BLUMAN (C), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015.
- DUVIC-PAOLI (L-E), *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018.
- DURVIAUX (A-L), *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.
- DUSSAULT (R) et BERGEAT (L), *Traité de droit administratif*, vol. 2, Les Presses de l'Université Laval, 1986.
- D'AGOSTINO (S), *Libre-échange et protectionnisme*, Rosny, Bréal, 2003.

EDWARD (D) et LANE (R), *Union Europe Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

EMANUELLI (P), *Government Procurement*, Markham, Lexisnexis, 2012.

FAURE (V), *L'apport du tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005.

FERGUSON (G), *Global corruption. Law, Theory & Practice*, troisième édition, University of Victoria, 2018.

FERNANDEZ (S), *Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international*, Nanterre, Institute Universitaire Varenne, 2016.

FOILLARD (Ph), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015.

FROT (O), *Développement durable et marchés publics*, La Plaine Saint-Denis, AFNOR, 2008.

FRIER (P-L) et PETIT (J), *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014.

GALVIS (M) et RAMÍREZ (A), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, Due process of Law Foundation, 2013.

GARCÍA (F), *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*, Madrid, Dykinson, 2018.

GARCÍA (L), *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.

GARIN (A), *Le droit d'accès aux documents: en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, Paris, 2017.

GAUDEMET (Y), *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

GAUDEMET (Y), *Traité du droit administratif*, tome 1, Paris, LGDJ, 2001.

GHÉRARI (H), *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

GILDEMEISTER (A), *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, Paris, LGDJ, 2013.

GIMENO (J-M), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Cizur Menor, Thomson reuters-Aranzadi, 2014.

GIRAUDEAU (G), *Les différends territoriaux devant le juge international. Entre droit et transaction*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

GROS, *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, Paris, l'Harmattan, 2014.

GUILHAUDIS (J-F), *Relations internationales contemporaines*, Paris, LexisNexis, 2017.

HAMANN (A), *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014.

HARTLING (J), *Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2017.

HIGUSHI (T), *Natural Resource and PPP Infrastructure Projects and Project Finance*, Singapour, Springer, 2019.

HO (J), *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018.

IONESCU (R), *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

JACOBS (F), WITHE (R) et OVEY (C), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014.

JAN (J) et VEDDER (H), *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2012.

JANIS (M), *An Introduction to International Law*, Little, Brown and Company, Boston / N.York / Londres, 1993.

JENNINGS (R) et WATTS (A), *Oppenheim's International Law (Peace. Introduction and Part 1)*, vol. 1, 1992.

JEZE (G), *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3 (sur *Le fonctionnement des services publics*), Paris, Dalloz, 2011 (ce livre est une réédition).

JAIN (J), *Harmonization of International Competition Law*, Hambourg, Anchor Academy Publishing, 2013.



KIEFFER (B), *L'Organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008.

KLABBERS (J), *International Law*, Cambridge University Press, 2013.

KLÄGER (R), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

KLEE (L), *International Construction Contract Law*, Sussex, John Wiley & Sons, 2015

KOSTADINOVA (T), *Political Corruption in Eastern Europe: Politics After Communism*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2012.

KOEBELE (M), *Corporate Responsibility Under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Torts Law*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

KOTUBY (C) et SABOTA (L), *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, 2017.

KRAMER (L), *EU Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 20-27.

KREIJEN (G), *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

KULESZA (J), *Due Diligence in International Law*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016.

KULICK (A), *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012.

KUOKKANEN (T), *International law and the environment: Variations on a theme*, Kluwer Law International, The Hague / Londres / N. York, 2002.

LAGELLE (A), *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, L'harmattan, 2014.

LAUTERPACHT (H), *The function of Law in the International Community*, Oxford University Press, 2011.

LEBEN (Ch), *The Advancement of International Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2010.

LESAFFRE (H), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007.

LIM (C), HO (J) et PAPANINSKIS (M), *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2018.

LLAMZON (A), *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

LOMBART (M), DUMONT (G), SIRINELLI (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013.

LOWENFELD (A), *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008.

LUFF (D), *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles / Paris, Bruylant / LGDJ, 2004.

LUKAS (K), *International Construction Contract Law*, Chichester, John Wiley & Sons, 2014.

MANERO (A), *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, JM Bosch editor, 2018.

MARCIALI (S), *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

MARCO (S), *Competition Law of The UE and UK*, Oxford University Press, 2011.

MARCUS (L), *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010.

MARTIN (P), *The Globalization of Contentious Politics: The Amazonian Indigenous Rights Movement*, Londres / N. York, Routledge, 2002.

MATSUSHITA (M), SCHOENBAUM (T) et MAVROIDIS (P), *The World Trade Organization. Law, Practice and Police*, Oxford University Press, 2006.

McLACHLAN (C), *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

MELIÁN (J), *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Sevilla, Global Law Press, 2011.

MILES (K), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.

MOANGUE (J), *La protection des peuples autochtones au Cameroun*, Paris, Dianoïa, 2009.

MORANT-DEVILLER, (J), *Droit administratif*, Paris, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

MORENO (J) et CANCINO (R), *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea-México*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018.

MORLINO (E), *Procurement by International Organizations: A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge University Press, 2019.

MOUYAL (L), *International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights Perspective*, Oxon / N. York, Routledge, 2016.

NADAKAVUKAREN (K), *International Investment Law*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2013.

NANTEUIL (A), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.

NEFRAMI (E), *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

NERSESSIAN (D), *International Human Rights Litigation: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2016.

NEWCOMBE (A) et PARADELL (L), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Austin / Boston, Wolters Kluwer, 2009.

NOROU TALL (S), *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, l'Harmattan, 2015.

OCHRANA (F), PUCEK (M) et PLACEK (M), *Detecting and reducing corruption risk and fraud in the public sector*, Praha, Karolinum, 2018.

PEISER (G) *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014

PERUZZETTO (S) et LUBY (M), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998.

PETIT (P), *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrétien, 2013.

PINAUD (X), *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003.

POUDRET (J-F) et BESSON (S), *Comparative Law of International Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell / Schulthess, 2007.

POULET-GIBOT (N), *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*, Rosny-sous-Bois, Bréal éditions, 2007.

REICH (N), NORDHAUSEN SCHOLE (A) et SCHOLE (J), *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge, Intersentia, 2015.

RICHER (L), *L'Europe des marchés publics: Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009.

ROBERT-CUENDET (S), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

RODRÍGUEZ (J), MORENO (J), JINESTA (E), NAVARRO (K), *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, San José, Guayacán, 2011.

ROLLAND (S), *Development at the WTO*, Oxford University Press, 2012.

ROMANO (F), *Mondialisation des politiques de concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2003.

ROUAULT (M-Ch), *Droit administratif (Mémentos LMD)*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018.

ROUAULT, (M-Ch), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015.

RIVERO (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011 (réédition du livre du 1960).

RYNGAERT (C), *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008.

SÁENZ (R), *Contratación Administrativa en Centroamérica. Procedimientos en licitaciones y adquisiciones para proyectos de desarrollo*, Tegucigalpa, Banco Centroamericano de Integración Económica, 2006.

SALACUSE (J), *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, 2013.

SALMON (J), *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

SANCHEZ (A), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2011.

SERDAREVIC (A), *The European Union as a collective actor in the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 2013.

SERRANO (A) et SERRANO (I), *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, Dykinson, 2016.

SIERRA (G), *L'internationalisation pluraliste du droit public d'intégration régionale*, Paris, LGDJ-L'extenso éditions, 2013.

SWEENEY (B), *The Internationalisation of Competition Rules*, Londres / N. York, Routledge, 2008.

SCHAPIRA (J), TALLEC (G), BLAISE (J B) et IDOT (L), *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1985.

SCHILL (S), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009.

SCHOKKAERT (J), HECKSCHER (Y) et REYNTJENS (F), *International Investment Protection. Comparative Law Analysis of Bilateral and Multilateral Interstate Conventions, Doctrinal Texts and Arbitral Jurisprudence concerning Foreign Investments*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

SCHREUER (C), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009

SHAN (W), *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*, Londres, Hart Publishing, 2012.

SHANY (Y), *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2004.

SHAW (M), *International Law*, Cambridge University Press, 2014

SORNARAJAH (M), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010.

SORNARAJAH (M), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University press, 2017.

SORNARAJAH (M), *The Pursuit of Nationalized Property*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

SORNARAJAH (M), *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015.

TCHIKAYA (B), *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, Vanves, Hachette, 2017.

TERHECHTE (J), *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence*, Heidelberg, Springer, 2011.

THIEFFRY (P), *Droit de l'environnement de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

THIRLWAY (H), *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014.

TITI (A), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden Baden, Nomos et Hart Publishing, 2014.

TOMADINI (A), *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement*, Paris, LGDJ, 2016.

TREPTE (P), *Public Procurement in the UE, a Practitioner's Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

TREUMER (S), *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012.

UBAUD-BERGERON (M), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015.

VAN BOCKEL (B), *The 'ne bis in idem' Principle in EU Law*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2010.

VAN DER BOSSHE (P), *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005.

VANDAELE (A), *International Labour Rights and the Social Clause: Friends or Foes*, Londres, Cameron May, 2004.

VADI (V), *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2016.

VADI (V), *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2014.

VELLEY (S), *Droit administratif*, Paris, Vuibert, 2015.

VERZIIL (J), *International Law in Historical Perspective (Volume V: Nationality and other matters relating to individuals)*, Leiden, Sijthoff, 1972.

VINAIXA (M), *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Université de Santiago de Compostelle, 2006.

VOSS (J), *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011.

WALINE (J), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014.

WALLACE (R), *International Law*, Londres, Sweet Maxwell, 2002.

WESTRA (L), *The Supranational Corporation. Beyond the Multinationals*, Leiden / Boston, Brill, 2013.

WILLIAMS-ELEGBE (S), *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford, Hart, 2012.

WONGKAEW (T), *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration. A theory of Detrimental Reliance*, Cambridge University Press, 2019.

WYSSBROD (V), *L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2017.

YEN (T), *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2014.

YONG (H), *Public-private Partnerships Policy and Practice: A Reference Guide*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2010.

ZAGARIS (B), *International White Collar Crime. Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2010.

## 2. Thèses

BLANC (C), *La responsabilidad penal del Compliance officer*, thèse droit, Université de Lleida, 2017  
 < <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/664845/Tcbl1de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y> >.

CODINA (X), *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, thèse droit, Université Complutense de Madrid, 2017  
 < <https://eprints.ucm.es/43535/1/T38999.pdf> >.

DANIC (O), *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse droit, Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense, 2012  
 < <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-02166275/document> >.

MARTINEAU (A-Ch), *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, thèse droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2013  
 < <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01259489/document> >.

MICALEF (R), *L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada*, thèse droit, Université Laval et Aix-Marseille, 2019  
 < <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/33906/1/35018.pdf> >.

PELLET (A), *Recherche sur les principes généraux du droit en droit international*, thèse droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974  
 < [http://alainpellet.eu/wp-content/uploads/2017/06/Pellet\\_1974\\_Th%C3%A8se.pdf](http://alainpellet.eu/wp-content/uploads/2017/06/Pellet_1974_Th%C3%A8se.pdf) >.

SÁEZ (A), *Arbitrabilidad en los litigios internacionales con indicios de cohecho y corrupción*, thèse droit, Universidad Complutense de Madrid, 2017  
 < <https://eprints.ucm.es/41028/1/T38323.pdf> >.

SHWEKAT (A), *Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen. Etude comparative*, thèse droit, Université Toulouse Capitole, 2016  
 < <http://publications.ut-capitole.fr/22182/1/ShwekatAiad2016.pdf> >.

SUDERON (J), *El Derecho internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Competencia Judicial Internacional y Derecho Aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos Antitrust*, thèse droit, Université Carlos III de Madrid, 2015  
< [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20391/Julia\\_Suderow\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20391/Julia_Suderow_tesis.pdf) >.

### 3. Cours de l'Académie de droit international

BASEDOW (J), « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'applications des lois contre les restrictions de la concurrence », *R.C.A.D.I.*, vol. 264, 1997, pp. 9-178.

BEREZOWSKI (C), « Les sujets non souverains du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 65, 1938, pp. 1-85.

BOISSON DE CHAZOURNES (L), « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *R.C.A.D.I.*, vol. 347, 2010, pp. 79-406.

BRIGGS (A), « The Principle of Comity in Private International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 2011, pp. 65-182.

BROWN (E), « The Evolution of International Water Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 331, 2007, pp. 163-404.

BROWNLIE (I), « International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 255, 1995, pp. 9-228.

CASSIN (R), « Les droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974, pp. 321-332.

CRAWFORD (J), « Chance, Order, Change. The Course of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 365, 2013, pp. 9-390.

CYBICHOWSKI (D), « La compétence des tribunaux a raison d'infractions commises hors du territoire », *R.C.A.D.I.*, vol. 12, 1926, pp. 247-385.

DAVEY (W), « Non-Discrimination in the World Trade Organization: The Rules and Exceptions », *R.C.A.D.I.*, vol. 354, 2011, pp. 183-440.

DUPUY (P-M), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 188, 1984, pp. 9-133.

EL-KOSHERI (A), « Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier », *R.C.A.D.I.*, vol. 147, 1975, pp. 219-405.

GLASER (S), « Culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, vol. 99, 1960, pp. 467-593.

GOLDMAN (B), « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence », *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969, pp. 630-729.

HESS (B), « The Private-Public Divide in International Dispute Resolution », *R.C.A.D.I.*, vol. 388, 2018, pp. 49-266.

JUILLARD (P), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 150, 1994, pp. 9-216.

LANGENHOVE (F), « Le problème de la protection des populations autochtones aux Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, vol. 89, 1956, pp. 311-417.

LALIVE (J-F), « Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents », *R.C.A.D.I.*, vol. 181, 1983, pp. 9-283.

LEBEN (Ch), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 302, 2003, pp. 197-386.

LOQUIN (É), « Les règles matérielles internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 322, 2006, pp. 9-242.

LOUSSOUARN (Y), « Cours général de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 139, 1973, pp. 269-386.

MARRELLA (F), « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 285, 2017, pp. 33-435.

MERON (T), « International law in the age of human rights: general course on public international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 301, 2003, pp. 9-489.

MUIR WATT (H), « Aspects économiques du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 307, 2004, pp. 25-383.

NOLTE (G), « Treaties and their Practice, Symptoms of their Rise or Decline », *R.C.A.D.I.*, vol. 392, 2018, pp. 205-397.

OXMAN (B), « Idealism and the Study of International Law. Inaugural Lecture, Public International Law Session », 2010, *R.C.A.D.I.*, vol. 350, 2010, pp. 205-397.

RIGAUX (F), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale: cours générale de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol. 213, 1989, pp. 9-407.

RIGO (A), « The law applicable to the activities of international development banks », *R.C.A.D.I.*, vol. 308, 2004, pp. 9-251.

ROLIN (A), « Quelques questions relatives à l'extradition », *R.C.A.D.I.*, vol. 1, 1923, pp. 177-227.

SACERDOTI (G), « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *R.C.A.D.I.*, vol. 269, 1997, pp. 251-460.

SPOFFORD (C), « Third party judgment and international economic transactions », *R.C.A.D.I.*, vol. 113, 1964, pp. 117-236.

TRAVERS (M), « Les effets internationaux des jugements répressifs », *R.C.A.D.I.*, vol. 4, 1924, pp. 415-487.

TREVES (T), « The Expansion of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 398, 2019, pp. 8-398.

WEIL (P), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969, pp. 95-240.

#### 4. Articles et contributions

ABDELGAWAD (W), « Les règles de la concurrence dans les accords de l'OMC: le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », in *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration (Actes du colloque des 14 et 15 Jun 2007 à Dijon)* (ABDELGAWAD (W), directeur), Paris, LexisNexis Litec, 2008, pp. 237-267.

ADAMSKI (T), « The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, numéro 6, 2011, pp. 1502-1545.

ALEXANDER (K), « Article 6. Hearings », in *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (EULER (D) et al, éditeurs), Cambridge University Press, 2015, pp. 227-248.

ALEXANDROV (A) et MENDENHALL (J), « Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Simplification of International Jurisprudence », in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation* (ROVINE (J), éditeur), Brill / Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 24-44.

ÁLVAREZ (J), « The Human Right of Property », *Miami Law Review*, vol. 72, numéro 3, pp. 580-705.

ALVIK (I), « Investor-state contracts », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* (KRAJEWSKI (M) et TAMARA (R), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 271-298.

ALLEN (S), COSTELLOE (D), FITZMAURICE (M), GRAGL (P) et GUNTRIP (E), « Introduction. Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law », in *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (ALLENS (S) et al, éditeurs), The Oxford University Press, 2019, pp. 3-22.

ANDENAS (M) et CHIUSI (L), « Cohesion, Convergence and Coherence of International Law », in *General Principles and the Coherence of International Law* (ANDENAS (M) et al, éditeurs), Leiden / Boston, Leiden, Brill / Nijhoff, 2019, pp. 9-34.

ANDERSON (R) et ARROWSMITH (S), « The WTO regime on government procurement: past, present and future », in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (ANDERSON (R) et ARROWSMITH (S), éditeurs), Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 3-58.

ANOU (G), « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI », *Journal du droit international*, numéro 2/2015, pp. 505-525.

ARES (M) et BOULANGER (E), « Le régime international d'investissements, où sommes-nous? », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* (ARES (M) et BOULANGER (E), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1-38.

ARROWSMITH (S), « Competitive Dialogue in EU: A Critical Review », in ARROWSMITH (S) et TREUMER (S), *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012, pp. 3-143.

ARROWSMITH (S), « Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 47, numéro 4, 1998, pp. 793-816.

ARROWSMITH (S) et BOVIS (Ch) « Introduction », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 1-31.

AUBY (J-B), « Préface », in *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts* (FOLLIOU-LALLIOT (L) et TORRICELLI (S), directrices), Bruxelles, Bruylant, 2018.

AUDIT (M), « Arbitrage international et contrats publics en France », in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 115-132.

AUDIT (M), « Présentation générale », in *Contrats publics et arbitrage international*, in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. i-xii.

AUDRAIN-DEMEY (G), « L'intégration de la protection de l'environnement dans la politique des transports de l'Union européenne », in *Environnement et développement durable dans les politiques de l'Union Européenne* (BROVELLI (G) et SANCY (M) directeurs), Presses universitaires de Rennes, Rennes 2017, pp. 117-130.

AUGSBERG (I), « Observing (the) Law: The "Epistemological Turn" in Public Law and the Evolution of Global Administrative Law », in *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere* (JURCYS (P) et al, éditeurs), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 9-27.

AZNAR (M), « En torno a la unidad sistemática del Derecho internacional », in *La constitucionalización de la comunidad internacional* (PETERS (A) et al, éditeurs), Valencia, Cedri, Tirant lo blanch, 2012, pp. 263-312.

AZOULAI (L) et CLEMENT-WILZ (L), « La bonne administration », in *Traité de droit administratif européen* (AUBY (J-B) et DUTHEIL (J) directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 671-697.

BAILLIET (C), « What is to become of the human rights international order in an age of neo-medievalism? », in *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins* (BAILLIET (C), éditrice), Cambridge University Press, 2012, pp. 95-124.

BALDWIN, (J) « International Human Rights Plaintiffs and the Doctrine of *Forum Non Conveniens* », *Cornell International Law Journal*, vol. 40, numéro 3, 2007, pp. 749-780.

BANDRÉS (J), « *Umbrella clauses*: uncertain contract protection under IAS », *Globalización, Competitividad y Gobernabilidad de Georgetown/Universia*, vol. 12, numéro 2, pp. 100-113.

BANIFATEMI (Y) et VON WALTER (A), « France », in *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (BROWN (Ch), editeur), Oxford University Press, 2013, pp. 245-288.

BASTID (S), « Le Droit international public dans la sentence de l'Aramco », *Annuaire Français de droit international*, vol. 7, 1961, pp. 300-311.

BASTID-BURDEAU (G), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *Archives de philosophie du droit*, tome 50, 2007, pp. 289-304.

BELLIER (I), « Retour sur la négociation de la déclaration des droits des peuples autochtones: reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », in *Le statut des peuples autochtones: à la croisée des savoirs* (PESSINA (S) directeur), Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris UMR de droit comparé-Paris I, Paris, Karthala, 2012, pp. 73-96.

BENAVIDES (J), « Tendencias generales de la contratación pública en América Latina », in MORENO (P) et BENAVIDES (J) (éditeurs) *La Contratación Pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 49-71.

BENITO (D), « La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act* » in *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (CASTRO (A) et OTERO (P), coordinateurs), Madrid, Dykinson, 2016, pp. 115-143.

BENTOLINA (D), « Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, pp. 373-420.

BERNARDINI (P), « Stabilization and adaptation in oil and gas investments », *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, vol. 1, numéro 1, pp. 98-112.

BERRAMDANE (A), « Le partenariat public-privé dans le droit de l'Union européenne » in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN*, (BERRAMDANE (A) et TROCHU (M), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 87-106.

BJORKLUND (A) et NAPPERT (S), « Beyond Fragmentation », in *New Directions in International Economic Law: In Memoriam Thomas Wälde* (WEILER (T) et BEATENS (F) éditeurs), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Londres, 2011, pp. 439-480.

BJORKLUND (A), « Sustainable development and international investment law », in *Research Handbook on Environment and Investment Law* (MILES (K) éditrice), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 38-68.

BJORKLUND (A), « Applicable Law in International Investment Disputes », in *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide* (GIORGETTI (C), éditrice), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, pp. 261-286.

BLACHER (Ph) « L'État dans la doctrine « progressiste » du droit international public », *Cités*, numéro 18, 2004, pp. 77-84.

BLAKESLEY (Ch), « Extraterritorial Jurisdiction » in *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, vol. II (édité par M. Cherif Bassiouni), Transnational Publishers, Inc. Ardsley, 1999, pp. 33-188.

BLAUBERGER (M) et KRAMER (R) « European Competition vs. Global Competitiveness Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement Beyond Europe », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 13, numéro 1, 2013, pp. 171-186.

BOISSON DE CHAZAURNES (L), « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain: quelques réflexions », in *International Law and the Quest for its Implementation. Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas* (BOISSON DE CHAZOURNES (L) et KOHEN (M) éditeur), Leiden, Brill, 2010, pp. 345-372.

BORELLI (S), « Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: The Rüffert Case », *Transfer. European Review of Labour and Research*, numéro 2/08, 2008, pp. 358-362.

BOUDANT (J), « Dumping », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril, 2015 (Vu sur le site de la bibliothèque de l'UPVD).

BOUSTA (R), « Droit des étrangers: mais à quoi sert le droit à une bonne administration ? », *Revue des droits de l'homme*, numéro 12/2017 (mis en ligne le 06 juillet 2017)  
< <https://journals.openedition.org/revdh/3216> >.

BOVIS (Ch) « The principles of public procurement regulation », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 35-59.

BOVIS (Ch), « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, numéro 49, 2012, pp. 247-290.

BOVIS (Ch), « Public Procurement Regulation », in *Specialized Administrative Law of the European Union: A Sectoral Review* (HOFMANN (H) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2018, pp. 476-507.



BOWN (C), « Mega-Regional Trade Agreements and the Future of the WTO », *Global Policy*, vol. 8, numéro 1, 2017, pp. 107-112.

BRACH-THIEL (D), « Vers la fin des conflits négatifs de compétence en droit pénal international? », in *Questions de droit pénal international européen et comparé. Mélanges en honneur du professeur Alain Fournier*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2013, pp. 37-58.

BROWN (A), « To Complicity... and beyond! Passive Assistance and Positive Obligations in International Law », *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 27, 2014, pp. 133-164.

BRUUN (N), JACOBS (A) et SCHMIDT (M), « ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Rüffert case », *Transfer. European Review of Labour and Research*, numéro 16/4, 2010, pp. 473-488.

BURCET (M), « La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (enfocando lo comercial dentro del ámbito de las inversiones) », in *El arbitraje comercial internacional en Europa* (COLLANTES (J-L) et CREMADES (A-C), directeurs), Lima, Palestra, 2013, pp. 353-370.

BURGER (E) et HOLLAND (M), « Private-Sector Incentives for Fighting International Corruption », in *Corruption in International Business: The Challenge of Cultural and Legal Diversity* (édité par Sharon Eicher), Taylor & Francis Group, 2009, pp. 163-174.

BURGORGUE-LARSEN (L), « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 203-264.

CAHIN (G), « Droit international coutumier et traités d'investissement-Aspects méthodologiques », in *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 17-44.

CAHIN (G), « La clause de couverture (dite umbrella clause) », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 119, numéro 1, 2015 pp. 103-144.

CANÇADO (A), « L'humanisation du droit international. La personne humaine en tant que sujet du droit des gens », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 14, 2014, pp. 45-66

CANTEGREIL (J), « The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 22, numéro 2, 2011, pp. 441-458.

CANTORE (C) et TOBAN (S), « Public Procurement in The UE », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), et al, éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 143-161.

CARANTA (R), « Sustainable Public Procurement in the EU », in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (CARANTA (R) et TRYBUS (M), éditeurs), Copenhagen, DJØF Publishing, 2010, pp. 15-51.

CARL (M), « La politique commerciale de l'Union européenne », *Petites affiches*, numéro 116, 2001 (Vu sur le site par de la Bibliothèque de l'UPVD).

CAZALA (J), « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009/1, t. XXIII, pp. 5-32.

CHACÓN (A), « La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Implicaciones para el Estado de Derecho contemporáneo », *Revista Prolegómenos*, vol. XVIII, numéro. 35, 2015, pp. 169-188.

CHARLES DE BIHAN (D), « Financement des PPP dans l'Union et les États », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TRUCHU (M), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 229-262.

CIENFUEGOS (M), « La anhelada asociación euromercosureña tras quince años de negociaciones », *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, numéro 112, 2016, pp. 225-253.

CISEE (H), « Foreword », in SOREIDE (T), *Drivers of Corruption: A Brief Review* (World Bank Publications, 2014).

CISSE (A), « Production normative et intégration économique en Afrique noire francophone », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique* (BOY (L), RACINE (J-B) et SUEUR (J-J), sous la direction de) Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 165-180.

CLARK (R), GAUTHIER (J-F), COVIELLO (D) et SHNEYEROV (A), « Bid Rigging and Entry Deterrence in Public Procurement: Evidence from an Investigation into Collusion and Corruption in Quebec », *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, numéro 3, 2018, pp. 301-363.

COHEN-JONATHAN (G), « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen: décision au fond du 19 janvier 1977 », *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977, pp. 452-479.

COLET (N), « La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), cuatro años después », *Anuario Partners*, 2011, pp. 17-51.

COLLANTES (J-L), « El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 4, 2002 < [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-07.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf) >.

COLLANTES (J-L), « Orígenes, desarrollo y fuentes del Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, (COLLANTES (J-L) directeur), Lima, Palestra, 2009, pp. 39-55.

COMBA (M) et RICHETTO (S), « Transposition of the 2014 Public Procurement Package in Italy: meeting the deadline without really doing so », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 135-153.

COMELLAS (M), « Las sanciones económicas en el marco de las Naciones Unidas », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales. Primera Parte* (COLLANTES (J), directeur), Lima, Palestra, 2009, pp. 60-101.

CONWAY (G), « *Ne Bis in Idem* in International Law », *International Criminal Law Review*, numéro 3, 2003, pp. 217-244.

COOP (G), « Introduction », in (DE BRABANDERE (G) et GAZZINI (T), éditeurs), *Foreign Investment in the Energy Sector Balancing Private and Public Interests*, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2014, pp. 1-5.

CORCOY (M), « Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador », in *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (BACIGALUPO (S) et al (coordinateurs), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 71-90.

CORDONIER (M-C), « Promoting Sustainable Investment through International Law », in *Sustainable Development in World Investment Law* (CORDONIER (M-C) et al, éditeurs), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, pp. 771-792.

CORVAGLIA (M), « Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement », *Journal of International Economic Law*, numéro 19, 2016, pp. 607-627.

CÔTÉ (Ch-E), « Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State », in *International Law in the New Age of Globalization*, (BYRNES (A), et al, éditeurs), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 389-423.

CÔTÉ (Ch-E), « Le Canada et l'investissement direct étranger. Entre ouverture et inquiétude », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale. Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, (ARES (M) et BOULANGER (E) sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 241-313.

CRÉPET (C), « La protection découlant du droit international des contrats », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 331-358.

CRÉPET DAIGREMONT (C), « L'arbitrage international des contrats d'investissement, entre droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 285-308.

CRISTANI (F), « Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) et al, éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2016, pp.157-206.

CROCKETT (A), « Stabilisation clauses and sustainable development: Drafting for the future Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K), éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 516-538.

DAVIES (A), « The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 23-55.

DAWAR (K), « The Government Procurement Agreement, the Most-Favored Nation Principle, and Regional Trade Agreements », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A) *et al*, éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 111-139.

DAWAR (K) et SKALOVA (M), « The Evolution of EU Public Procurement Rules and its Interface with WTO: SME Promotion and Policy Space », in *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules* (ØLIKKE (G) et SANCHEZ-GRAELLS (A), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 59-79.

DARNACULLETA (M), « El Derecho administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo? », *Revista de Administración Pública*, número 199, 2016, pp. 11-50.

DE BENITO (M) et HUERTA DE SOTO (S), « El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo », *Revista del Club Español del Arbitraje*, número 22, 2015, pp. 113-128.

DE BRABANDERE (E), « The Settlement of Investment Disputes in the Energy Sector », in *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests* (GAZZINI (T), éditeur), Leiden / Londres, Brill Nijhoff, 2014, pp. 130-168.

DE LA CUESTA (J), « The principle of humanity in penal law », *Revue internationale de droit pénal*, 2011/3, vol. 82, pp 457-476.

DE LA CUESTA (J), « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe 'ne bis in idem'. Rapport général », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, pp. 673-705.

DE LA HARPE (S), « Substantive and Objective Criteria in Preferential Public Procurement: The Case of 2011 Regulations in South Africa », in *Public Procurement Reform and Governance in Africa* (NYECK (S.N), éditeur), N. York, Clarkson University, 2016, pp. 97-129.

DE SCHUTTER (O), « Les affaires Total et Unocal: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, pp. 55-101

DEBROUX (M), « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence: quelles décisions stratégiques ? », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence* (MASSON (A), directeur), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 161-176.

DESBROSSE (P), « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *Revue internationale de droit économique*, numéro 2010/2, pp. 211-240.

DESESSARD (L), « France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* », *Revue international de droit pénal*, vol. 73, 2002/3-4, pp. 913-940.

DERO-BUGNY (D), « Le droit de l'Union européenne applicable aux marchés publics et aux concessions d'une valeur inférieure aux seuils prévus par les directives 2014/23/UE, 2014/24 et 2014/25 », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2016, pp. 529-553.

DIAZ (C), « La sociedad internacional en busca de un orden constitucional », *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, número VI, 1994-1995, pp. 13-39.

DÍAZ (M), « España, informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, pp. 873-899.

DORREGO (A) et MARTINEZ (F), « La colaboración público-privada », in *La colaboración público-privada la ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros* (DORREGO DE CARLO (A) et MARTINEZ VASQUEZ (F), directeurs), Madrid, La Ley, 2009, pp. 31-89.

DOUMBIA-HENRY (C) et GRAVEL (E), « Accords de libre-échange et droits des travailleurs: évolution récente », *Revue internationale du Travail*, vol. 145, numéro 3, 2006, pp. 211-234.

DUMBERRY (P), « International Investment Contract », in *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (GAZZANI (T) et DE BRABANDERE (E) éditeurs), Leiden / Noston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 215-243.

DUMBERRY (P) « International Investment Contracts », in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations* (GAZZINI (T) et DE BRABANDERE (E) éditeurs), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 216-232.

DUMBERRY (P) et DUMAS (G), « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2011-2012, pp. 569-600.

DUNOFF (J), « Dysfunction, Diversion, and the Debate over Preferences: (How) Do preferential Trade Policies Work? », in *Developing Countries in WTO Legal System* (THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J) éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 45-73.

DUPUY (P-M), « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 45-62.

DURVIAUX (A) « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés publics et contrats publics », in *Contrats publics: Contraintes et enjeux* (WAUTERS (K), coordinatrice), Anthemis, Limal, 2014, pp. 7 et suivants.

DUTREY (Y), « El papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en la Inversiones Internacionales », in *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales, primera parte*, (COLLANTES (J-L), directeur), Lima, Palestra, 2009, pp. 103-128.

ECKERT (G), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les marchés de partenariat », in *Du contrat de partenariat au marché de partenariat* (REGOURD (S) et RAPP (L), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 276-290.

EICHER (S), « Government for Hire », in *Corruption in International Business. The Challenge of Cultural and Legal Diversity* (EICHER (S), éditrice), Burlington, Gower, 2009, pp. 15-29.

ERICSON (A) et GROUSSOT (X), « The Obligation of Transparency in EU Public Procurement Law », in *Discretion in EU Public Procurement Law*, BOGOJEVIC (S) et al, éditeurs), Oxford, Hart, 2019, pp. 99-114.

ERNST (A) « Lena Goldfield Arbitration », in *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R), directeur), Oxford University Press, 2015, pp. 578-583.

ESTEVE (J), « Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para « proteger, respetar y remediar »: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? », *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 317-351.

ESTUPIÑAN-SILVA (R), « Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 14, 2014, pp. 581-616.

< [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1870-46542014000100016&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542014000100016&lng=es&nrm=iso&tlng=es) >.

FABBRICOTTI (A), « Universalisme-Régionalisme dans les Échanges Commerciaux Internationaux », *Select Proceedings of the European Society of International Law* (CRAWFORD (J) et NOUWEN (S) éditeurs) Oxford / Portland, Hart Publishing, 2012, vol. 3, 2010, pp. 301-310.

FABIANI (E), « La corrupción de los servicios públicos nacionales y extranjeros », in *Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, (FERRE (J-C) éditeur), Salamanca, Université de Salamanca, 2002, pp. 121-136.

FAHNER (J) et HAPPOLD (M), « The Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, pp. 741-759.

FARDE (G) et SAUSSIÉ (S), « La diversité des partenariats public-privé », in *Économie des partenariats public-privé* (SAUSSIÉ (S), directeur), Louvain-la-Neuve, De Boeck 2015, pp. 23-47.

FARLEY (M) et POURBAIX (N), « The EU Concessions Directive: Building (Toll) », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, numéro 1, pp. 15-25.

FERNÁNDEZ (C), « Sobre la unidad del Derecho internacional », in *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (MARIÑO (F), coordinateur), Madrid, Trotta, 2002, pp. 265-298.

FERNÁNDEZ (C), « Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea », *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, numéro 2, 2014, pp. 343-350.

FERNÁNDEZ (C), « Interculturalidad y fuentes del Derecho: Algunas reflexiones desde el Derecho internacional », in *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho* (BARRANCO in (M) et al, coordinateurs), Madrid, Dykinson / Departamento de Derecho internacional, eclesiástico y filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 217-237.

FERWERDA (J), DELEANU (I) et UNGER (B), « Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators », *European Journal on Criminal Policy and Research*, numéro 23 (2), 2017, pp. 245-267.

FOLLIOT-LALLIOT (L), « The Harmonisation Process in Developing Countries », in *Public Procurement and Aid Effectiveness: A Roadmap under Construction* (LA CHIMIA (A) et TREPTE (P) éditeurs), Oxford / Hart, pp. 97-118.

FORCESE (C), « ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act », *Yale Journal of International Law*, vol. 26, numéro 2, 2001, pp. 487-515.

FOSTER (G), « Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium between Economic Development and Indigenous Rights », *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, numéro 4, 2012, pp. 627-691.

FRANCIONI (F), « Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 20, numéro 3, 2009, pp. 729-747.

FRANCIS (D), « Choices and Consequences: Internationalizing Competition Policy after TPP », in *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP* (KINGSBURY (B), et al, éditeurs), Oxford University Press, 2019, pp. 413-440.

GALLEGO (I), « La prevención de la corrupción en la contratación pública », in *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas* (NIETO (A) et MAROTO (M), directeurs), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

GARCÍA-BOLIVAR (O), « Economic development at the core of the international investment regime », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (C) et MILES (K) éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 586-605.

GAUTRON (J-C), « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, pp. 11-152.

GAZZINI (T), « Bilateral Investment Treaties », in *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 99-132.

GÉLINAS (F), « From Harmonized Legislation to Harmonized Law. Hurdles and Tool, Judicial and Arbitral Perspectives », in *The UNCITRAL Model Law after Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration* (BACHAND (F) et GÉLINAS (F), éditeurs), N. York, JurisNet, 2013, pp. 261-275.

GERMAIN (M), « Pluralisme et droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 49, 2006, pp. 235-241.

GERMINY (L), « Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site », *Transnational Dispute Management*, vol. 10, numéro 5, 2013, pp. 1-11.

GESLIN (A), « La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010, pp. 657-687.

GHÉRARI (H), « Les marchés publics », in *Droit de l'économie internationale* (DAILLIER (P) et al, directeurs), Paris, Pedone, 2004, pp. 493-504.

GIANNAKAPoulos (C), « The Right to regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach », in *Permutations of Responsibility in International Law* (FITZMAURICE (M) et SINGER (S), éditeurs), Leiden, Brill, 2019, pp. 148-184.

GIANNOUMIS (A) et RAJA (D), « Harnessing Technology to Realize the Right to Inclusive Education », in *The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law*, (DE BECO (G), et al, éditeurs) Cambridge University Press, 2019, pp. 346-373.

GIMENO (J-M), « La "codificación" de la contratación pública mediante el Derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE », *Revista española de derecho administrativo*, num. 172, 2015, pp. 81-122.

GIMENO (J-M), « La nueva regulación europea de la contratación pública y su transposición en España », *Nueva Época*, número 4, 2017, pp. 7-30.

GLASHAUSSER (A), « Treaties as Domestic Law in the United States », in *Progress in International Law* (MILLER (R) et BRATSPIES (R) éditeurs), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Londres, 2008, pp. 219-242.

GONZÁLEZ (J) « Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública », *Revista española de derecho europeo*, número 56, 2015, pp. 13-42.

GONZÁLEZ-VARAS (S), « Derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato administrativo », *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, número 285, 2001, pp. 179-214.

GORS (B) et VANSNICK (L), « La sélection: une étape intégrée en pleine mutation », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1er juillet 2013* (BEN MESSAOUD (S) et VISEUR (F), éditeurs), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 239 et suivants.

GOTANDA (J), « Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contract, Revisited », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1461-1473.

GROUSSOT (X) et ERICSSON (A), « *Ne Bis in Idem* in the EU and ECHR Legal Orders. A matter of Uniform Interpretation? », in *Ne Bis in Idem in EU Law* (VAN BOCKEL (B), éditeur), Cambridge University Press, 2016, pp. 53-102.

GUIHEUX (G), « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français: Entre novation et tradition », *Revue générale de droit*, vol. 36, numéro 4, 2006, pp. 785-799.

HALONEN (K-M), « Many faces of transparency in public procurement », in *Transparency in EU Procurements*, (HALONEN (K-M) et al, éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 8-32.

HALLSTROM (P), « Sovereignty and Transnational Investments », in *Aspects of Sovereignty: Sino-Swedish* (SEBASTIK (P) éditeur), Leiden / Bostob, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 63-81.

HARRISON (J), « Overview of EU-Korea Free Trade Agreement », in *European Union and South Korea* (HARRISON (J) éditeur), Edinburgh University Press, 2013, pp. 59-60.

HAVA (E), « Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional », *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, número 87, 2016, pp. 60-98  
< <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4356/3640> >.

HEBLY (J) et HEIJNSBROEK (P), « When Amending Leads to Ending », in *The Applied Law and Economics of Public Procurement* (PIGA (G) et TREUMER (S) éditeurs), Londres, Routledge, 2013, pp. 163-184.

HEINEMANN (A), « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, numéro 3, 2004, pp. 293-324.

HEISKANEN (V), « Of capital import: The definition of "investment" in international law », in *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration* (HOFFMANN (A) éditrice), Association Suisse de l'Arbitrage, 2010, pp. 51-73.

HENZELIN (M), « *Ne bis in idem*, un principe à géométrie variable », *Revue Pénale Suisse*, tome 123, 2005, pp. 345-392.

HERNÁNDEZ (F), « La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá », *Revista de Administración Pública*, número 194, 2014, pp. 475-508.

HEYDON (K) et WOOLCOCK (S), « Évolution des accords de libre-échange: stratégies, contenu et comparaison », *La vie économique*, vol. 11, 2007, pp. 8-12.

HILF (M), « ¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente? », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 1, 2000 < <http://www.reei.org/> >.

HIRSH (M), « International Tribunals as Agents of Harmonization », in *Regulations of Foreign Investment: Challenges for International Harmonization* (DAVEK (Z) et MAVROIDUS (P) éditeurs), Singapur, World Scientific Publishing, 2013, pp. 97-114.

HUDON (P-H) et GARZON (C), « Corruption in public procurement: entrepreneurial coalition building », *Crime, Law & Social Change*, vol. 66, número 3, 2016, pp. 291-311.

HUFBAUER (G) et MORAN (T), « Government Procurement in US Trade Agreements », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 288-299.

HESSAMI (Z), « Political corruption, public procurement, and budget composition: Theory and evidence from OECD countries », *European Journal of Political Economy*, vol. 34, 2014, vol. pp. 372-389.

IDOT (L), « Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, número 2, avril-juin 2002, pp. 371-399.

IOSSA (E) et BOVIS (Ch), « Colloquium », in *Public Procurement Policy* (PIGA (G) et TATRAI (T), éditeurs), Routledge, N. York, 2016, pp. 101-113.

IRURETAGOIANA (I), « La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más) », *La Ley Unión Europea*, número 60, 2018.

JACOBS (F), « The role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment », *Journal of Environmental Law*, vol. 18, número 2, 2006, pp. 185-205.

JARAMILLO (F) Los servicios en la Comunidad Andina, », in *Derecho comunitario andino* (ouvrage collective), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 335-360.

JERÉZ (J), « Gobernanza pública y prevención de la corrupción » in *Contratación Pública* (ALONSO (J), coordinateur), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 209-226.

JOHNSON (L) et VOLKOV (O), « Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno », *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, número 1, tomo 5, janvier, 2014, pp. 3-6  
< [https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd\\_itn\\_jan\\_2014\\_es.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd_itn_jan_2014_es.pdf) >.

JOUBIN-BRET (A), « Protecting the Investor and Protecting the Environment: Conflicting Objectives in International Investment Agreements » in *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment* (LEVASHOVA (J) et al, éditeurs), La Haye, Eleven international publishing, 2015, pp. 31-51.

KALDERIMIS (D), « Investment treaty arbitration as global administrative law: What this might mean in practice », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K) éditeurs) Cambridge University Press, 2011, pp. 145-160.

KESSIE (E), « The Legal Status of Special and Differential Treatment Provisions under the WTO Agreements », in *WTO Law and Developing Countries* (BERMANN (G) et MAVROIDIS (P), éditeurs) Cambridge University Press, 2007, pp. 12-35.

KINGSBURY (B), KRISCH (N), STEWART (R), « The emergence of the global administrative law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-61.

KINGSBURY (B) et SCHILL (S), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest. The Concept of Proportionality », in *International*

*Investment Law and Comparative Public Law* (SCHILL (S), éditeur), Oxford University Press, 2010, pp. 75-104.

KUNZLIK (P), « Régimes des marchés publics à l'échelle internationale et possibilités d'intégration des facteurs environnementaux dans les achats publics », in *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, Paris, OCDE, 2003, pp. 125-177.

LALONDE (P), « The Internationalization of Canada's Public Procurement », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A) et al, éditeurs), Oxford University Press, pp. 300-318.

LANNON (E), « L'Union européenne, le régionalisme ouvert et le multilatéralisme dans un contexte de crise économique mondiale », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve: Liber Amicorum Paul Demaret* (GOVAERE (I) et HANF (D), directeurs), Bruxelles, Éditions scientifiques internationales, 2013, pp. 735-745.

LAWTHER (W), « Public-Private Partnerships. Transparency and Accountability Issues », in *Private Financing of Public Transportation Infrastructure: Utilizing Public-Private Partnerships* (LAWTHER (W) et MARTIN (L) éditeurs), Lanham, Lexington Books, 2015, pp. 179-193.

LAZOUZI (M), « La spécificité des contrats publics internationaux », *Revue des contrats*, numéro 3 du 1 septembre, 2014, pp. 545-552.

LE LAN ROOS (C) et UTTAM (K), « Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement », *Journal of Cleaner Production*, numéro 86, 2015, pp. 403-416.

LEBEN (Ch), « Introduction » de l'ouvrage collectif: *Le droit européenne et l'investissement* (KESSEDJIAN (C) et LEBEN (Ch), directeurs), Paris, éditions Panthéon, 2009, pp. 15-24.

LEDERMAN (E), « Corporate Criminal Liability 2.0: Expansion Beyond Human Responsibility », *Manitoba Law Journal*, vol. 43/4, 2020, pp. 35-84.

LELIEUR (J), « 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, numéro 4, 2013, pp. 198-210.

LENFERINK (A), TILLEMA (T) et ARTS (J), « Public-Private Interaction in Contracting: Governance Strategies in the Competitive Dialogue of Dutch Infrastructure Projects », *Public Administration*, Vol. 91, numéro 4, December 2013, pp. 928-946.

LEVASHOVA (Y), « Fair and Equitable Treatment and Protection of the Environment: Recent Trends in Investment Treaties and Investment Cases », in *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment* (LEVASHOVA (J) et al, éditeurs), La Haye, Eleven international publishing, 2015, pp. 53-86.

LEVINE (J), « The Interaction of International Investment Arbitration and the Rights of Indigenous Peoples », *Transnational Dispute Management*, numéro 1, 2017.

LHUILIER (G), « MNCs' obligations in their 'sphere of influence' », in *Research Handbook on Human Rights and Investment* (RADI (Y) éditeur), Cheltenham / Northampton, 2018, pp. 244-272.

LICHERE (F), « Transposition of the Public Procurement Directive in France: between over implementation and questionable implementation », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 93-111.

LIMPENS (A), « Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, numéro 3, 1967, pp. 621-653.

LORZ (R), « Fragmentation, consolidation and the future relationship between international investment law and general international law », in *Investment Law within International Law* (BEATENS (F, éditrice), Cambridge University Press, 2013, pp. 482-493.

LUCENA (I), « La implementación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Implicaciones para los Estados », *Universitas*, numéro 25, 2017, pp. 69-89.

MAASSARANI (T), « Four Counts of Corporate Complicity: Alternative Forms of Accomplice Liability Under The Alien Tort Claims Act », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 38, numéros 1-2, 2005-2006, pp. 39-65.



MADSEN (F), « The Historical Evolution of the International Cooperation against Transnational Organised Crime: An Overview », in *International Law and Transnational Organized Crime* (HAUCK (P) et PETERKE (S), éditeurs), Oxford University Press, 2016, pp. 3-23.

MALARET (E), « Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica », *Revista catalana de dret public*, numéro 55, 2017, pp. 23-47.

MALJEAN-DOUBOIS (S) et RICHARD (V), « *The applicability of international environmental law to private enterprises* », in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives & Safeguards* (DUPUY (P-M) et VIÑUALES (J), éditeurs), Cambridge University Press, 2013, pp. 69-96.

MARCOU (G), « Le régime juridique », in *Le Tunnel sous la manche entre États et marchés* (MARCOU (G), *et al*, directeurs), Presses universitaires de Lille, 1992, pp. 61-143.

MARCHAL (F), « L'évolution des procédures de clémence », *Revue française d'économie*, vol. XXVIII, numéro 3, 2013, pp. 71-117.

McLACHLAN (C), « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, avril 2005, pp. 279-320.

MILANO (E) et PRIETO (G), « Arbitrajes y adjudicaciones inter-estatales de inversión extranjeras en la reciente experiencia latinoamericana », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) *et al*, éditeurs), Leiden / Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 207-228.

MARES (R), « Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress », in *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (MARES (R) éditeur), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 1-49.

MARTIN-BIDOU (P), « La Cour internationale de justice et la protection de l'environnement: nouveaux développements », in *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 177-192

MARTY (N), « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. I (CLAMOUR (G) et UBAUD-BERGERON (M), textes réunis et présentés par), Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 321-340.

MARTY (F), « Les partenariats public-privé dans les infrastructures de télécommunications à haut et très haut débit: les enjeux concurrentiels », *Revue d'économie industrielle*, numéro 141, 2013, pp. 73-116.

MASSON (A), « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques: l'exemple du droit de la concurrence », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence* (MASSON (A), directeur), Bruxelles, Larcier, 2013, pp.15-65.

MATEUS (A), « Competition and Development. What Competition Law Regime? », in *Competition Law and Development*, (SOKOL (D) *et al*, éditeurs), Stanford University Press, 2013, pp. 115-136.

MATTERA (A), « Le marché unique: une vue d'ensemble », *Petites affiches*, numéro 52, 1 mai 1998 (Vu sur ligne par la bibliothèque de l'UPVD).

MAZOUZ, (B) « Les aspects pratiques des partenariats public-privé. De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP », *Revue française d'administration publique*, numéro130, 2009/2, pp. 215-232.

MAYER (P), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *Journal du droit international*, année 113, numéro 1, 1986. pp. 5-78.

MENDES (J), « La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative », *Revue française de l'administration publique*, numéro 131, 2009, pp. 555-571.

MERON (T), « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, numéro 2, 2000, pp. 239-278.

MESSERLIN (P), « How Open Are Public Procurement Markets? », in *Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A), HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P) éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 548-567.

MILES (C) « The influence of the International Court of Justice on the Law of Provisional Measures », in *A Farewell to Fragmentation* (ANDENAS (M) et BJORGE (E), éditeurs), Cambridge University Press, 2015, pp. 218-271.

MOCKLE (D), « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, numéro 1, 2012, pp. 3-48.

MOLINA (C), « Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de "legitimidad" al de sus "límites" », *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, número 135, 2016, pp. 79-110.

MONTJOIE (M), « La Union Européenne et la protection international de l'environnement », in *Union européenne et Droit international en l'honneur de Patrick DAILLIER* (BENLOLO-CARABOT (M) éditrice et al), Paris, pedone, 2012, pp. 519-537.

MORÁN (R) « Prólogo » de l'oeuvre collective *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, Madrid, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, 2007.

MORLINO (E), « International Public Procurement », in *Research Handbook on Global Administrative Law* (CASSESE (S), éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 82-106.

MORRIS (D), « The Regulatory State and the Duty of Consistency », in *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (LALANI (S) et POLANCO (R), éditeurs), Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, 2015, pp. 49-68.

NASTOU (P), « L'évaluation des Parties à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales: un mécanisme institutionnel de suivi au service de l'harmonisation des législations et pratiques nationales », in *La corruption et le droit international* (DORMOY (D), directeur), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 5-48

NEFRAMI (E), « L'Union Européenne et es accords de libre-échange « nouvelle génération » », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIX, 2018, pp. 517-535.

NELL (P), « Transparence dans les marchés publics: options après la Conférence de l'OMC à Cancún », *Revue internationale de droit économique*, numéro 3, 2004, pp. 355-379.

NERI (K), « La sous-régionalisation », in *La régionalisation du droit international* (DOUMBÉ-BILLÉ (S), coordinateur), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-240.

NEU (D), EVERETT (J) et RAHAMAN (A), « Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject », *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 28, 2015, pp. 49-61.

NICHOLAS (C), « UNCITRAL and the Internationalization of Government Procurement Regulation », in *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (GEORGOPOULOS (A) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2017, pp. 86-110.

NIETO (A), « Delitos de corrupción en los negocios », in *Derecho penal económico y de la empresa* (DE LA MATA (N), DOPICO (J), LASCURAÍN (J) et NIETO (A), auteurs), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 415-445.

NIKKEN (P), « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 246-271.

NIETO (A), « Introducción al Derecho penal económico », in *Derecho penal económico y de la empresa* (DE LA MATA (N), DOPICO (J), LASCURAÍN (J) et NIETO (A), auteurs), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 39-60.

LAVALLÉE (E), RAZAFINDRAKOTO (M) et ROUBAUD (F), « Ce qui engendre la corruption: une analyse microéconomique sur données africaines », *Revue d'économie du développement*, vol. 18, 2003, pp. 5-47.

NOGUELLOU (R), « Les catégories du droit des contrats administratifs », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* (AUBY (J-B), directeur), Paris, Dalloz, 2010, pp. 679-690.

NOGUELLOU (R), « Contrats publics et discrimination », *Revue des contrats*, numéro 4, 2010, p. 1442.

NORODOM (A-T) « L'Organisation des Nations Unies au service des peuples autochtones; quelle efficacité? », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2011, pp. 49-70.

NOUVEL (Y), « Les rapports entre le juge de Luxembourg et les autres juges en matière économique », in *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 345-354.

NOVAK (F), « La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico », in *Derecho comunitario andino* (NOVAK (F), *et al*), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 57-100.

NUSSBAUM (A) « Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », *Cornell Law Review*, vol. 36, numéro 1, 1950, pp. 31-53.

OHLER (C), « Concessions », in *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R), directeur), Oxford University Press, 2015, pp. 115-122.

ORTINO (F), « Public Services Investment Liberalization and Protection », in *Regulations of Foreign Investment: Challenges for International Harmonization* (DAVEK (Z) et MAVROIDUS (P) éditeurs), Singapour, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd, 2013, pp. 395-416.

ORREGO (F), « Of Contracts and Treaties in the Global Market », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, pp. 341-357.

OTIS (G) et LAURENT (A), « Le défi des revendications foncières autochtones: La Cour européenne des droits de L'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 89, 2012, pp. 43-70.

OYEWUNMI (T), « Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues Oil », *Gas & Energy Law Intelligence Journal*, 2011, vol. 9, numéro, 6, pp. 1-25.

O'REILLY (J), « La Loi constitutionnelle de 1982. Droit des autochtones », *Les Cahiers de Droit*, vol. 25, numéro 1, 1984, pp. 126-144.

PEARSON (Z), « An international human rights approach », in *Corruption and Anti-Corruption* (LARMOUR (P) et WOLANIN (P), éditeurs), Canberra, Australian National University Press, 2013, pp. 30-61.

PANTILIMON (O), « Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies », in *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (BOVIS (Ch) éditeur), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2016, pp. 215-241.

PAPILLON (M) et RODON (T), « Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada », *Environmental Impact Assessment Review*, numéro 62, 2017, pp. 216-224.

PASQUALUCCI (J), « Evolution of International Indigenous Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 6, numéro 2, 2006, pp. 281-322,

PELLETIER (Ph), « La révision de 2012 de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d'application », *Annuaire Canadien de droit international*, vol. 51, 2013, pp. 99-164.

PEYRICAL (J-M), « Les avenants sources d'unification du droit des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. I, (CLAMOUR (G) et UBAUD-BERGERON (M) textes réunis et présentés par), Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 825-845.

PETERS (A), « Le cheminement historique des organisations internationales: entre technocratie et démocratie », in *The Roots of International Law / Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Haggemacher* (DUPUY (P-M) et CHETAİL (V), éditeurs), Leiden, Nijhoff / Brill, 2013, pp. 487-529.

PETERS (A), « La transparence comme principe du droit international public », in *Le cosmopolitisme juridique* (DE FROUVILLE (O), directeur), Paris, Pedone, 2015, pp. 171-178.

PETERS (A), « The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, numéro 3, 2017, pp. 671–704.

PETERS (A) « Immune against Constitutionalisation? », in *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (PETERS (A) *et al.*, éditeurs), Brill / Nojhoff, Leiden / Boston, 2014, pp. 1-19.

PIETH (M), « Preventing corruption, a case study », in *Les Chemins de l'harmonisation pénale* (DELMAS-MARTY (M), *et al.*, directeurs), Paris, Société de Législation Comparée, 2008, pp. 225-252.

PLANCHADELL (A), « Las víctimas en los delitos de corrupción », *Estudios Penales y Criminológicos* de l'Université de Santiago de Compostela, vol. XXXVI, 2016, pp. 1-77.

PRIETO (J) « International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism », in *International Investment Law in Latin America* (TANZI (A) *et al.*, éditeurs), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 130–156.

PRISLAN (V) et ZANDVLIET (R), « Labour provisions in international investment agreements: Prospects for sustainable development », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012-2013, pp. 357-413.

QUINOT (G) et ARROWSMITH (S), « Introduction », in *Public Procurement Regulation in Africa* (QUINOT (G) et ARROWSMITH (S) éditeurs), Cambridge University Press, 2013, pp. 1-21.

QURASHI (Z), « Renegotiation of International Petroleum Agreements », *Journal of International Arbitration*, 2005, vol. 22, numéro 4, pp. 261-300.

RAMBAUD (P), « Un arbitrage pétrolier: la Sentence Liamco », *Annuaire Français de droit international*, 1980, pp. 274-292.

RANDAZZO (V) et MISSANELLI (P), « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *Revue du droit de l'Union Européenne*, numéro 4/2014, pp. 663-700.

REINISCH (A), « Legality of Expropriations », in *Standards of Investment Protection* (REINISCH (A) éditeur), Oxford University Press, 2008, pp. 171-204.

REMIER (O), « Public law and public policy in the international commercial contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010: a brief outline », *Uniform Law Review*, vol. 18, numéro 2, 2013, pp. 262-280.

REQUENA (M), « La recepción de la jurisprudencia de la CIJ en las decisiones de los tribunales del CIADI: Especial referencia de las cuestiones de jurisdicción », *Revista electrónica de estudios internacionales*, numéro 30, 2015 < [www.reei.org](http://www.reei.org) >.

RICHER (L), « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 175-185.

RICHER (L), « Constitution, contrats et commande publique », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 37, octobre 2012, pp. 37-48.

RINGE (W-G) et BERNITZ (U), « Introduction », in *Company Law and Economic Protectionism: New Challenges to European Integration*, Oxford University Press, 2010.

RITLENG (D) « Les contrats de l'administration de l'Union Européenne », in *Traité de droit administratif européenne* (AUBY (J-B) et DUTHEIL (J), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 219-238.

RIVAS (J), « Colombia », in *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (BROWN (Ch), éditeur), Oxford University Press, 2013, pp. 183-243.

RIVIER (R), « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées* (ROBERT-CUENDET (S), directrice), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 413-483.

ROBERT-CUENDET (S), « L'arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea: la fin des TBI européens? », *European Papers*, vol. 3, numéro 2, 2018, pp. 993-1004.

ROBERT-CUENDET (S), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *Annuaire français de droit international*, vol. 57, 2011, pp. 439-476

ROBERTS (A), « Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights », *Harvard International Law Journal*, vol. 56, numéro 2, 2015, pp. 353-417.

ROBERTS (J), « The ‘subject’ of corruption », *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 28, mai, 2015, pp. 82-88.

RODRIGUEZ (M), « Cláusulas sociales y contratación pública », *Diario La Ley*, número 8766, 2016.

RODRIGUEZ (M), « La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación », *Cuadernos de Derecho Local*, número 39, 2015, pp. 141-161.

RODRIGUEZ-ARANA (J), « La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa », *Misión Jurídica-Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, número 6, 2013, pp. 23-56.

RUEGG (J), « Première approche du PPP », in *Le partenariat public-privé: un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement?* (RUEGG (J), et al, directeurs), Lausanne, Presses polytechniques, 1994, pp.1-14.

RUIZ (J), « Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los « Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla », *Derecho & Sociedad*, número 42, 2014, pp. 179-192.

RUNAVOT (M-C), « Les partenariats public-privé dans le domaine de la santé: réflexions sur un nouveau mode d'exercice de l'autorité publique internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 60, 2014, pp. 655-684.

RUNAVOT (M-C), « La « bonne administration »: consolidation d'un droit sous influence européenne », *Revue française de droit administratif*, 2010/2, pp. 395-403.

RUSCHE (T), MICHEAU (C), PIFFAUT (H) et VAN DER CASTEELE (K) « State Aid », in *The EU Law of Competition*, (FAULL (J) et NIKPAY (A), éditeurs), Oxford University Press, 2014, pp. 1923-2032.

SACERDOTI (G), « La contribution de l'organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, des accords régionaux, un droit des investissements internationaux », *Revue général de droit international public*, numéro 4, 2016, pp. 721-744.

SACERDOTI (G), « The Proliferation of BITs: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards », in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (SAUVANT (K), éditeur), Oxford University Press, 2008, pp. 127-136.

SALMON (E), « Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas », in *Derecho comunitario andino* (ouvrage collective), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 21-56.

SAMPLINER (G), « Arbitration Innovations in Recent U.S. Investment Treaties », in *International Arbitration International Arbitration. Contemporary Issues and Innovations* (MOORE (J), éditeur), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 147-164.

SANCHEZ-GRAELLS (A), « Public procurement and ‘core’ human rights: a sketch of the European Union legal framework » in *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer* (MARTIN-ORTEGA (O) et METHVEN (C) éditrices), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 96-114.

SANCHEZ-GREALLS (A), « Against the grain? Member State Interests and UE Procurement Law », in *Between Compliance and Particularism: Member State Interests and European Law*, (MARTON (V), éditeur), Springer nature Switzerland, 2019, pp. 171-189.

SANCY (M), « Une introduction au principe d'intégration de l'environnement dans les autres politiques: du droit international au droit européen », in *Environnement et développement durable dans les politiques de l'Union Européenne* (BROVELLI (G) et SANCY (M) directeurs), Presses universitaires de Rennes, Rennes 2017, pp. 19-24.

SARA VADI (V), « Reconciling Public Health and Investors' Rights », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (DUPUY (P-M) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 452-486.

SAX (J). « L'affaire Bhopal devant les tribunaux américains. Forum non conveniens », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro 4, 1986, pp. 413-419.

SESTIER (J-F), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », in *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, SFDI, Paris, Pedone, 2015, pp. 121-136.

SHANY (Y), « Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims », *The American Journal of International Law*, vol. 99, numéro 4, 2005, pp. 835-851.

SHREUER (C), « Investments, International Protection », in *Articles from The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (WOLFRUM (R) sous la direction de), Oxford University press, 2015, pp. 559-578.

SCHREUER (C) et KRIEBAUM (U) « From Individual to Community Interest in International Investment Law », in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma* (FASTENRATH (U) et al, éditeurs), Oxford University Press, 2011, pp. 1079-1096.

SILVA (E), « Por un regreso al sentido ordinario de la palabra « inversión » », *Revista Peruana de Arbitraje*, numéro 10/2010, pp. 25-52.

SILVA (E) et SIMOES (C), « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international* (AUDIT (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 25-44.

SOBRINO (J), « Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y supranacionalidad », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, pp. 853-870.

SOKOL (A) et STEPHAN (A), « Prioritizing Cartel Enforcement in Developing World Competition Agencies Competition Law and Development », in *Competition Law and Development*, (SOKOL (D) et al, éditeurs), Stanford University Press, 2013, pp. 137-154.

SORNARAJAH (M), « Evolution or revolution in international investment arbitration? The descent into normlessness », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (C) et MILES (K) éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 631-657.

SPIERMANN (O), « Applicable Law », in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (MUCHLINSKI (P), ORTINO (P), SCHREUER (C), éditeurs), Oxford University Press, 2008, pp. 89-116.

STAAP (E), « Third-Party Liability for Violations of the Law of Nations: Apply International Law, the Law of the Situs, or Domestic Standards », *Santa Clara Law Review*, vol. 49, numéro 2, 2009, pp. 495-529.

STAVENHAGEN (R), « Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas », *Revista IIDH*, vol.48, 2008, pp. 257-268.

STEINGRUBER (A-M), « El Paso v. Argentine Republic: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a reflection of general principles of law recognized by civilized nations in the context of an investment treaty claim », *Uniform Law Review*, vol. 18, numéro 3-4, 2013, pp. 509-531.

SPINELLIS (D), « Global report the *ne bis in idem* principle in “global” instruments », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/3, pp. 1149-1162.

SUWA-EISENMANN (A), « Économie géographique », in *27 questions d'économie contemporaine*, (ASKENAZY (P) et COHEN (D) directeurs), Paris, Éditions Albin Michael, 2008.

SYKES (A), « The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design », *American Journal of International Law*, vol. 113, numéro 3, 2019, pp. 482-534.

TIGROUDJA (H), « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du droit international public ». Propos autour des récents arrêts et avis », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 52, 2006, pp. 617-640.

TITI (C), « Scope of international investment agreements and substantive protection standards », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* (KRAJEWSKI (M) et TAMARA (R), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 175-192.

TITI (C) « Between Utopia and Realism: Mediation and the Settlement of Investment Disputes », in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes* (TITI (C) et FACH (K) éditrices), Oxford University Press, 2019, pp. 21-38

TOMKIN (J), « Article 50 », in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (PEERS (S), HERVEY (T), KENNER (J) et WARD (A) éditeurs), Portland, Hart Publishing Ltd, 2014, pp. 1373-1412.

TORRICELLI (S), « Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours », in *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts* (FOLLIOU-LALLIOT (L) et TORRICELLI (S), éditrices), Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 473-493.

THAI (K), « Global Public Procurement Theories and Practices: An Introduction », in *Global Public Procurement. Theories and Practices* (THAI (K), éditeur), Boca Raton, Springer, 2017, pp. 1-14.

THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J), « Editors' introduction », in *Developing Countries in WTO Legal System* (THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J) éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 1-18.

TROUCHU (M), « Financement des PPP dans le spays émergents », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TROUCHU (M), sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 263-288.

TOMKIEWICZ (V) et PAVOT (D), « Les rapports normatifs entre l'Union Européenne et l'OMC », in *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et droit international* (BURGORGUE-LARSEN (L) et al, directrice), Paris, Pedone, 2012, pp. 181-209.

TORRALBA (E), « La propiedad privada extranjera: Las inversiones internacionales ante la nacionalización », in *Derecho internacional económico y de las inversiones. Segunda parte*, COLLANTES (J) (directeur), Palestra, Lima, 2009, pp. 389-412.

TORRES (M), « Marco normativo internacional contra la corrupción », in *Urbanismo y corrupción política* (MORILLAS (L), Directeur), Madrid, Dykinson, 2013, pp. 163-192.

TRACHTMAN (J), « Developing Countries, The Doha Round, Preferences, and Right to Regulate », in *Developing Countries in WTO Legal System* (THOMAS (Ch) et TRACHTMAN (J) éditeurs), Oxford University Press, 2009, pp. 111-126.

TREUMER (S), « Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive », in *Modernising Public Procurement: The New Directive* (LICHÈRE (F), CARANTA (R) et TREUMERS (S), éditeurs), København, Djøf, 2014, pp. 9-27.

TRUSWELL (E), « Thirst for profit: Water privatisation, investment law and a human right to water », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K), éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 570-585.

TRINIDAD (P), « ¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional », *Revista Española de Educación Comparada*, número 9, 2003, pp. 13-47.

TROCHU (M) « Le partenariat public-privé dans le droit des États membres de l'Union européenne- Étude comparative (France, Allemagne, Italie et Royaume-Uni) », in *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN* (BERRAMDANE (A) et TROCHU (M), directeurs), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 61-86.

TRUSWELL (E), « Thirst for profit: Water privatisation, investment law and a human right to water », in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (BROWN (Ch) et MILES (K), éditeurs), Cambridge University Press, 2011, pp. 570-585.

ULFSTEIN (G), « Indigenous Peoples' Right to Land », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, pp. 1-47.

UTTAM (K) et LE LANN ROSS (C), « Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement », *Journal of Cleaner Production*, numéro 86, 2015, pp. 403-416.

VALEIJE (I), « La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias », *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018, pp. 479-545.

VAN ASSELT (H), VAN DER GRIJP (N) et OOSTHERHUIS (F), « Greener public purchasing: Opportunities for climate-friendly government procurement under WTO and EU rules », *Climate Policy*, vol. 6, numéro 2, 2006, pp. 217-229.

VAN DER BERG (A), « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009 », *Journal of International Arbitration*, vol. 29, numéro 2, 2010, pp. 179-198.

VAN DER VYVER (J), « The United States and the Jurisprudence of International Tribunals », in *Resolving International Conflicts*, (HAY (P) *et al.*, éditeurs), Budapest / N. York, Central European University Press, 2008, pp. 283-318.

VAN HARTEN (G) et LOUGHLIN (M), « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *The European Journal of International Law*, vol. 17, numéro 1, 2006, pp. 121-150.

VARCARCEL (P), « Transposition of Directive 2014/24/EU in Spain: between EU demands and national peculiarities », in *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States* (TREUMER (S) et COMBA (M), éditeurs), Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 232-259.

VERHOEVEN (J), « Droit international des contrats et droit de gens (A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. État libyen*) », *Revue belge de droit international*, 1978, pp. 209-230.

VIALFONT (A), « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », *Revue internationale de droit économique*, numéro 2, 2007, pp. 157-184.

VIÑUALES (J), « Foreign Investment and the environment in international law. Current trends », in *Research Handbook on Environment and Investment Law* (MILES (K) éditrice), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 12-37.

WALLACE (D), « Criminal Investigations: A Hypothetical Case », in *Interim and Emergency Relief in International Arbitration* (ZIYAEVA (D) *et al.* éditeurs), Huntington, New York, Juris, 2015, pp. 199-207.

WATERMEYER (R.B), « A generic and systemic approach to procurement: the case for an international standard », *Public Procurement Law Review*, numéro 1, 2005, pp. 39-61.

WEIL (P), « Principes généraux du droit et contrats d'États », in *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 387-414.

WEISS (F) et STEINER (S), « The investment regime under Article 207 of the TFEU –a legal conundrum: the scope of 'foreign direct investment' and the future of intra-EU BITs », in *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (BAETENS (F), éditrice), Cambridge University Press, 2013, pp. 355-374.

WILLIAMS-ELEGBE (S), « Human rights in the context of public procurements financed by the World Bank », in *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer* (MARTIN-ORTEGA (O) et METHVEN (C) éditrices), Cheltenham / Northampton, Elgar, 2019, pp. 49-61.

ZACHARIAS (D), « Article XIII », in *WTO-Trade in Services: Trade in Services* (édité par Rüdiger Wolfrum, *et al.*), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, vol. 6, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008, pp. 272-286.

ZICCARDI CAPALDO (G), « Jurisprudential Cross-fertilization Forum: A pilot Experiment in Legal Harmonization on the Tenth Anniversary of the Global Community YILJ », in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2010-I, pp. 207-211.

ZIEGLER (A), « The WTO Agreement before Swiss Courts », in *The Practice of International and National Courts and the (de-)Fragmentation of International Law*, (FAUCHALD (O) et NOLLKEAMPER (A), éditeurs), Oxford / Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 321-341.



ZUMBANSEN (P), « Law and Legal Pluralism: Hybridity in Transnational Governance », in *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere* (JURCYS (P) *et al*, éditeurs), Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 49-70.

## 5. Documents électroniques et autres articles

ALEXOPOULOU (M) et SANCHEZ (A), « Competition and Public Procurement. A overview », < [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition\\_and\\_public\\_procurement\\_an\\_overview.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/competition_and_public_procurement_an_overview.pdf) >

ÁLVAREZ (J), IRIARTE (J), MARTÍN-ORTEGA (O), REQUEJO ISIDRO (M), SALES (L), ZAMBRANA (N), ZAMORA (F), « A Propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo DAHL) », 2011. < <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/159808> >.

ANDERSON (R), KOVACIC (W) et MULLER (C), « Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalisation », *International Centre for Trade and Sustainable Development / World Economic Forum*, 2016 < <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Anderson-Kovacic-Muller-Final.pdf> >.

ANDERSON (R) et MULLER (A), « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development », *WTO Staff Working Paper*, ERSD-2017-04, World Trade Organization (WTO), < <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152257/1/87921872X.pdf> >.

BALDEON (G), « La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino », *Agenda Internacional*, Año XVII, número 28, 2010, pp. 59-74.

BARRET (J) et STANKS (R), « La question des marchés publics à l'OMC », *Commentaire sur la politique économique et commerciale*, numéro 23, Ministère des Affaires étrangères et du commerce (Canada), 1998.

BASEDOW (J), « Droits de l'homme et droit international privé (travaux préparatoires) », 4ème commission de l'Institut de droit international, La Haye, 2019 < <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-4-Droits-de-lhomme-et-droit-international-prive-Basedow-Travaux-La-Haye-2019.pdf> >.

BERNAL (M), « La igualdad de género y los contratos públicos », 2012 < <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.67/relcategoria.121/relmenu.3/chk.90fd932912fb278678515cd2d5e9cddb> >.

BOHOSLAVSKY (J) et BAUTISTA (J), « Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión », Santiago de Chile, CEPAL-Colección Documentos de proyectos, 2011 < <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/1/S2010980.pdf> >.

BOURQUIN (M), « L'humanisation du droit de gens », < <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/humanisation.pdf> >

BOY (L), « Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe », < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00722829/document> >.

BUAT (A), « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics » (Rapport présenté au nom de la Commission du Commerce et adopté à l'Assemblée générale du 6 mars 2014), CCI Paris Ile-de-France, < <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/marches-publics-management-performant.pdf> >.

CREMADES (B-M) « El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica », 2018, < <https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf> >.

DE SCHUTTER (O), « L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux », Université catholique de Louvain, *CRIDHO Working Paper* 2005/05 < <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.05.pdf> >.

DELMAS-MARTY (M), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques » < [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Dalloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf) >.

DELL (G), « Les conventions contre la corruption à l'Afrique », *Transparency International* < <http://uncaccoalition.org/resources/advocacy/les-conventions-contre-la-corruption-en-afrique-transparency-international.pdf> >.

DRAGOS (D) et NEAMTU (B), « Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects » (April 27, 2014) < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2488047](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2488047) > (vu le 12/05/2017);

DUCLERCQ (C) et MARAFEE (M) « L'arbitrage d'investissement intra-UE: la résistance s'organise », 2019 < <https://actuarbitragealtana.wordpress.com/2019/02/28/larbitrage-dinvestisment-intra-ue-la-resistance-sorganise/> >.

D'ACHON (E) et TROTTMANN (C), « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances (Rapport 2016-M-051), 2016 < <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2016/2016-M-051.pdf> >.

ESTUPIÑAN-SILVA (R) et IBÁÑEZ (J), « La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de pueblos indígenas y tribales » < [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.301-336.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.301-336.pdf) >.

FACH (K), « Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática » < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2923716](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923716) >.

FERNÁNDEZ-ARMESTO (J), « La lucha contra la corrupción desde el arbitraje » (VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje), Madrid, CEU ediciones, 2018, < <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Hugo%20Grocio%202014%20La%20lucha%20contra%20la%20corrupci%C3%B3n%20desde%20el%20arbitraje.pdf?ver=2018-02-13-101813-930> >.

GIMENO FELIU (J) « La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad ». Ponencia AEPDA. Madrid, février de 2015 < <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10493/11176> >.

GIMENEZ-PUJOL (A) et CASTAÑO (J), « Green Public Procurement in the Asia Pacific Region: Challenges and Opportunities for Green Growth and Trade », *Asian Pacific Economic Cooperation Secretariat*, 2013 < <https://www.apec.org/Publications/2013/06/Green-Public-Procurement-in-the-Asia-Pacific-Region-Challenges-and-Opportunities-for-Green-Growth-an> >.

GORSKI (J), « Opening Government Procurement to International Competition in the Asia-Pacific Region: Impact of the Transpacific Partnership », *Chinese University of Hong Kong, Centre for Financial Regulation and Economic Development, Working Paper* numéro 16, 2016 < <https://ssrn.com/abstract=2749410> >.

GRANDAUBERT (V), « La responsabilité internationale de l'entreprise privée patronnée pour ses activités menées dans le cadre de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », 2016 < <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2018/01/RJC-2016-GRANDAUBERT.pdf> >.

DIETRICH (M), « Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law », *IISD Best Practices Series*, 2017

< <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf> >.

HENDERSON (W), « Indigenous Peoples in Canadian Law », in *The Canadian Encyclopedia*

< <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/aboriginal-people-law> >.

HEUNINCKX (B), « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides*, numéro 21/2011

< <https://journals.openedition.org/pyramides/795?lang=en#text> >.

HOEKMAN (B) et MAVROIDIS (P), « The World Trade Organization's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Memberships? » 1995

< <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/719271468740698259/The-World-Trade-Organizations-agreement-on-government-procurement-expanding-disciplines-declining-membership> >.

MAGIDE (M), « Instrumentos contractuales de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas en el Derecho español », *Revista de Derecho administrativo*, número 16, 2016, pp. 125-142.

< <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16295/16706> >.

MANN (H), « International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities », 2008 < [www.oecd.org/investment/globalforum/40311282.pdf](http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311282.pdf) >.

MALJEAN-DUBOIS (S), « Les obligations de diligence dans la pratique: la protection de l'environnement », (Journée SFDI du Mans, Le standard de diligence et la responsabilité internationale du 2017), 2018 < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02109675/document> >.

MARULLO (M), « El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas », Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014 (*ICIP Working Papers, 2014/03*).

MONTOYA (R), « El principio ne bis in idem a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », publié sur ligne par *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

< <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/34.pdf> >.

MORENO (J), « La contratación pública en los países de la Comunidad Andina. Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea », Lima, Comunidad Andina, 2007.

< [http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165201429libro\\_atrc\\_contratacion.pdf](http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165201429libro_atrc_contratacion.pdf) >.

MORENO MOLINA (J), « El Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos », < <http://www.osce.gov.pe/consuocode/userfiles/image/moreno.pdf> >. Vu le 17.12.2016.

O'BRIEN (C.M), VANDER MEULEN (N) et MEHRA (A), « Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions », *International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights*, 2016 < <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2016/06/Public-Procurement-and-Human-Rights-A-Survey-of-Twenty-Jurisdictions-Final.pdf> >.

OSSANDÓN (M), « El legislador y el principio ne bis in idem », *Política criminal*, vol. 13, número 26, 2018, pp. 952-1002.

< <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v13n26/0718-3399-politerim-13-26-00952.pdf> >.

PEIKIN (S), « Reflections on the Past, Present, and Future of the SEC's Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act », 2017

< <https://www.sec.gov/news/speech/speech-peikin-2017-11-09> >.

PERRIER (N), TORO (M) et PELLERIN (R), « Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets », CIRRELT-2014-4

< <https://www.cirrelt.ca/DocumentsTravail/CIRRELT-2014-04.pdf> >.

POLANCO (R), « Arbitraje de inversiones y casos de derechos humanos en América Latina »

< [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_polanco\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf) >.

PULGAR (T), « Las compras públicas como herramientas de desarrollo en América Latina y el Caribe », in *América Latina y El Caribe integran sus sistemas de Compras Públicas, I Reunión Regional, compilación de ponencias*, Quito, Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015

< <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/america-latina-y-el-caribe-integran-sus-sistemas-de-compras-publicas.pdf> >.

ROTH (R), « *Ne bis in idem* transnational: vers de nouveaux paradigmes ? », < <http://www.unige.ch/droit/static/publications/roth/nouveauxParadigmes.pdf> >, (cet article est paru dans: BRAUM (S) et WEYEMBERGH (A), directeurs, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, selon le site indiqué).

ROZES (L), « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », 2005 < <https://books.openedition.org/putc/1578#tocfrom1n2> >.

SALLY (R), « Regional economic integration in Asia. The track record and prospects », *ECIPE Occasional Paper*, numéro 2, 201 < <http://ecipe.org/app/uploads/2014/12/regional-economic-integration-in-asia-the-track-record-and-prospects.pdf> >.

SCHILLING-VACAFLOR (A) et FLEMMER (R), « El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina », Eschborn, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2013. < [https://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/md\\_pdf/1303\\_destradi\\_konferenzbericht\\_es.pdf](https://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/md_pdf/1303_destradi_konferenzbericht_es.pdf) >.

SOREIDE (T), « Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures », Bergen, Michelsen Institute, 2002 < <https://www.cmi.no/publications/file/843-corruption-in-public-procurement-causes.pdf> >.

STOLL (P-T) « Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions Forthcoming », in *Mega-Regional Trade Agreements and the Future of International Trade and Investment Law* (RENSMANN (T), éditeur), Springer, 2015 < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2872160](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2872160) >.

TRIBOLO (J), « La théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio: contribution au débat sur la juridicité du droit international », < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790356/document> >.

TRUDEL (P), POULIN (D), *et al* « La loi en ligne: La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 2001 < <http://www.lccjti.ca/definitions/neutralite-technologique/> >. Vu le 6 mai 2017.

VERBEEK (B-J) et KNOTTNERUS (R), « The 2018 Draft Dutch Model BIT: A critical assessment », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018 < <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/> >

VERVAELE (J), « El principio de *non bis in idem* en Europa », Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016 < [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele\\_def.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele_def.pdf) >.

WEERAKOON (D) et THENNAKOON (J), « SAFTA: Myth of Free Trade », *Economic and Political Weekly*, vol. 41, numero 37, 2006, pp. 3920-3923. < <http://www.worldbank.org/en/events/2017/11/15/asean-public-procurement-knowledge-exchange-forum#2> >.

YANNACA-SMALL (K), « Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements », *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing < [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf) >.

ZAMORA (F), « La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente », in *Papeles en el tiempo de los derechos*, número 1, 2012 < [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad\\_zamora\\_PTD\\_2012.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19307/responsabilidad_zamora_PTD_2012.pdf) >

ZAPATERO (P), « La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 27, 2014

< <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/notas/transformacion-estado-nicho-mercado-disciplinas-globales-contratacion-publica> >.

ZHAO (B), « The Curious Case of Ghana/Côte d'Ivoire: A Consistent Approach to Hydrocarbon Activities in the Disputed Area? », *Asian Journal of International Law*, Cambridge University Press (publié sur ligne le 01 août 2019).

ZUJTAY (E), « Note bibliographique sur le livre de Julius von Kirchmann », *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Revue internationale de droit comparé*, année 1967, 19/1, pp. 319-320.

## 6. Dictionnaires et encyclopédies

BRIDGE (F), *The Council of Europe French-English Legal Dictionary*, Strasbourg, Council of Europe publishing, 2012.

COLLANTES (J) (Director), *Enciclopedia del arbitraje*, Colección Biblioteca de arbitraje, Lima, 2018.

GRANT (J) et BARKER (C), *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, 2009.

KEYNES (N), *Keyes Encyclopedic Dictionary of Contract and Procurement Law, Booklet P*, Fifth edition, New York / London / Rome, Oceana publications, 1992.

LA ROSA (A-M), *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1998.

WOLFRUM (R), (Directeur), *Articles from the Max Planck Encyclopedia of Public International Law* Oxford University Press, 2015

*The Canadian Encyclopedia* < <https://www.thecanadianencyclopedia.ca> >.

## 7. Jurisprudence

### 7.1. Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement

*Gavazzi c. Roumanie*. Sentence arbitrale notifiée le 18 avril 2017, ARB/12/25, paragraphe 214-223.

*Joy Mining Machinery Limited c. l'Égypte*. Sentence arbitrale notifiée le 6 août 2004, ARB/03/11, paragraphes 71, 72, 81.

*Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay* (objections en matière de compétence). Sentence arbitrale du 29 mai 2009, ARB/07/9, paragraphe 141.

*SGS c. Philippines*. Décision arbitrale du 29 janvier 2004, ARB/02/6, paragraphe 128.

*Aconquija*. Sentence arbitrale du 21 novembre 2000, ARB/97/3, paragraphe 49.

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. República Argentina*. Décision d'annulation du 3 juillet 2002, ARB/97/3, paragraphe 95.

*ADC Affiliat Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*. Sentence arbitrale notifiée aux parties le 2 octobre, ARB/03/16, paragraphes 486 et 495.

*Inceysa vallisoleta S.L. c. El Salvador*. Sentence arbitrale du 2 août 2006, ARB/03/26, paragraphes 231-247 et 248.

*AAPL c. Sri Lanka*. Sentence arbitrale du 27 juin 1990, ARB/87/3, paragraphe 54.

*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. Argentine*. Sentence arbitrale du 8 décembre 2016, ARB/07/26, paragraphe 1200.

*Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V c. Turquie*. Sentence arbitrale notifiée aux parties le 30 décembre 2015, ARB/11/28, paragraphe 92.

*ConocoPhillips Petrozuata et al c. Venezuela*. Sentence arbitrale du 3 septembre 2013, ARB/07/30, paragraphes 361-362.

*Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie*. Mesures provisoires du 26 février 2010, ARB/06/2, paragraphes 114-165 et paragraphes 1 et 2 du dispositif de la résolution.

*Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*. Sentence arbitrale du 30 novembre 2017, ARB/14/21, Paragraphe 406.

*World Duty Free Company Limited vs. Kenya*. Sentence arbitrale adressée aux parties le 4 octobre 2006, ARB/00/7, paragraphe 157.

*Procedural order* CIRDI numéro 13 sur l'affaire *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex"), and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")* du 26 mai 2016, ARB/10/11 et ARB/10/18, paragraphe 7.

*UP and C.D Holding Internationale c. Hongrie*. Sentence arbitrale avec date d'envoi aux Parties le 9 octobre 2018, ARB/13/35, paragraphe 221.

*El paso*. Sentence arbitrale du 31 octobre 2011, ARB/03/15, paragraphe 623.

*Phoenix Action, LTD c. République tchèque*. Sentence arbitrale notifiée le 15 avril 2009, ARB/06/5, paragraphe 106.

*SGS Société Générale de Surveillance s.a. c. République islamique du Pakistan*. Décision sur la compétence du 6 août 2003, ARB/01/13, paragraphes 166 et 167.

*Total S.A. c. Argentine Republic*. Sentence arbitrale notifié 27 décembre 2010, ARB/04/1. paragraphe 132.

*ConocoPhillips Petrozuata BV et al c. Venezuela*. Sentence arbitrale du 3 septembre 2013, ARB/07/30, paragraphe 273.

*Aconquija*. Sentence arbitrale du 21 novembre 2000, ARB/97/3, paragraphe 49.

## 7.2. Cour permanente de justice internationale

*Lotus*. Arrêt du 7 septembre 1927, *Recueil des arrêts*, série A, numéro 10, p. 20.

*Mavrommatis*. Exception d'incompétence. Arrêt du 30 d'août 1924, *Recueil des arrêts*, séries A, numéro 2, p. 12.

*Emprunts serbes*. Arrêt du 12 juillet 1929, *Recueil des arrêts, serie A*, numéro 20/21, p. 41

## 7.3. Cour internationale de justice

### *Avis consultatifs*

*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Avis consultatif du 11 avril 1949. *Recueil CIJ*, 1949. p. 8.

### *Arrêts*

*Projet Gabikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*. Arrêt du 25 septembre 1997, *Recueil CIJ*, 1997, paragraphe 85.

*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*. Arrêt du 16 décembre 2015, *Recueil CIJ*, 2015, paragraphe 104.

*Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*. Arrêt du 9 avril 1949, *Recueil CIJ*, 1949, p. 22.

*Sud ouest africain*. Opinion dissidente du juge Tanaka dans l'arrêt du 18 juillet 1966, *Recueil CIJ* 1966, p. 298.

*Barcelona Traction (Espagne c. Belgique)*. Arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, 1970, paragraphe 37.

*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*. Arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010, paragraphes 109-112.

*Beard (Paraguay c. États-Unies)*. Ordonnance du 9 avril 1998. *Recueil CIJ*, 1998, paragraphe 41.

*Jadhav c. Pakistan (Inde c. Pakistan)*. Ordonnance du 18 mai 2017. *Recueil CIJ*, 2017, paragraphes 58 et 61.

#### **7.4. Tribunal international du droit de la mer**

*Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*. Avis consultatif du 1er février 2011. Rôle des affaires numéro 17, paragraphes 109-112.

*Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*. Rôle des affaires numéro 23, paragraphe 109.

#### **7.5. Sentences arbitrales de la CCI**

*ICC Case 1110*, 1963.

#### **7.6. Organisation internationale du Travail**

Rapport du 14 novembre 2001 du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Colombie de la convention 169, C169-2001.

#### **7.7. Organisation mondiale du commerce**

*Norvège-Marché concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim*. Rapport du Groupe spécial adopté par le Comité des marchés publics le 13 mai 1992, GPR.DS2/R, paragraphe 4.15, p. 18.

*Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*. Rapport de l'Organe d'appel 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, paragraphe 185.

#### **7.8. Comité de droits de l'homme des Nations Unies**

*AP c. Italie*. Communication numéro 2074/1986. *U.N. Doc. CCPR/31/D/204/1986 (1987)*

*A.R.J. c. Australie*. Communication numéro 692/1996. *U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996 (1997)*

#### **7.9. Cour de justice de l'Union européenne**

*Arrêts*

*Achmea*. Arrêt du 6 mars 2018 (C-284/16, Publié au Recueil numérique). ECLI:EU:C:2018:158, paragraphes 31-60.

*Telaustria et Telefonadress*. Arrêt du 7 décembre 2000 (C-324/98, *Rec.* 2000 p. I-10745). ECLI:EU:C:2000:669, paragraphe 60.

*SA Constructions et entreprises industrielles*. Arrêt du 9 juillet 1987, (27/86, 28/86 et 29/86, *Rec.* 1987 p. 3347) ECLI:EU:C:1987:355, paragraphe 15.

*Gasparini e.a.* Arrêt du 28 septembre 2006 (C-467/04, *Rec.* 2006 p. I-9199). ECLI:EU:C:2006:610, paragraphe 27.

*Commission c. Italie*. Arrêt du 13 septembre 2007 (C-260/04, *Rec.* 2007 p. I-7083) ECLI:EU:C:2007:508, paragraphes 22-24.

*Vitali*. Arrêt du 26 septembre 2019 (C-63/18). ECLI:EU:C:2019, paragraphes 35-37.

*Impresa Edilux et SICEF*. Arrêt du 22 octobre 2015 (C-425/14). ECLI:EU:C:2015:721, paragraphes 27 et 28.

*MedEval*. Arrêt du 26 novembre 2015 (C-166/14). ECLI:EU:C:2015:779, paragraphe 37.

*eVigilo*. Arrêt du 12 mars 2015 (C-538/13). ECLI:EU:C:2015:166, paragraphe 39.

*Pont de Nemours Italiana SpA et Unità sanitaria locale*. Arrêt de 20 mars 1990 (C-21/88), paragraphe 17.

*Orizzonte Salute*. Arrêt du 6 octobre 2015 (C-61/14). ECLI:EU:C:2015:655, paragraphe 46.

*Allemagne c. Commission*. Arrêt du 20 mai 2010 (T-258/06). ECLI:EU:T:2010:214, paragraphes 68-100.

*Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*. Arrêt du 5 février 1963 (26/62, *Rec.* 1963). ECLI:EU:C:1963:1.

*Yvonne van Duyn c. Home Office*. Arrêt du 4 décembre 1974 (41/7, paragraphes 3, 13 et 15 et paragraphe dispositif numéro 2 de l'arrêt.

*Ministère public c. Ratti*. Arrêt du 5 avril 1979 (148/78, *Rec.* 1979 p. 1629). ECLI:EU:C:1979:110, paragraphe 23.

*Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*. Arrêt du 24 septembre 1998 (C-76/97, *Rec.* 1998 p. I-5357). ECLI:EU:C:1998:432, paragraphe 47 et point 3 de la décision judiciaire.

*Koppensteiner*. Arrêt du 2 juin 2005 (C-15/04, *Rec.* 2005 p. I-4855). ECLI:EU:C:2005:345, paragraphes 22 et 30.

*Portgás*. Arrêt du 12 décembre 2013 (C-425/12). ECLI:EU:C:2013:829, paragraphes 25-34.

*RegioPost*. Arrêt du 17 novembre 2015 (C-115/14). ECLI:EU:C:2015:760, paragraphe 7 et paragraphe dispositif numéro 1 de l'arrêt.

*Apostolides*. Arrêt du 28 avril 2009 (C-420/07, *Rec.* 2009 p. I-3571). ECLI:EU:C:2009:271, paragraphes 31-39 et 82.

*Impact*. Arrêt du 15 avril 2008 (C-268/06, *Rec.* 2008 p. I-2483). ECLI:EU:C:2008:223, paragraphe 98.

*Uniplex*. Arrêt du 28 janvier 2010 (C-406/08, *Rec.* 2010 p. I-817). ECLI:EU:C:2010:45, paragraphe 49.

*Commission c. Autriche*. Arrêt du 10 novembre 2005 (C-29/04, *Rec.* 2005, p. I-9705). ECLI:EU:C:2005:670, paragraphe 47.

*Parking Brixen*. Arrêt du 13 octobre 2005 (C-458/03, *Rec.* 2005 p. I-8585). ECLI:EU:C:2005:605, paragraphes 40, 47, 48, 49.

*Coname*. Arrêt du 21 juillet 2005 (C-231/03, *Rec.* 2005 p. I-7287). ECLI:EU:C:2005:487, paragraphes 16, 17, 18 et 19.

*Evropaïki Dynamiki c. Commission*. Arrêt du 12 mars 2008 (T-345/03, *Rec.* 2008, p. II-341). ECLI:EU:T:2008:67, paragraphe 143.

*Commission / CAS Succhi di Frutta*. Arrêt du 29 avril 2004 (C-496/99P, *Rec.* 2004, p. I-3801). ECLI:EU:C:2004:236, paragraphe 109.

*Universale-Bau e.a.* Arrêt du 12 décembre 2002 (C-470/99, *Rec.* 2002, p. I-11617). ECLI:EU:C:2002:746, paragraphes 91-94.

*Concordia Bus Finland*. Arrêt du 17 septembre 2002 (C-513/99, *Rec.* 2002, p. I-7213). ECLI:EU:C:2002:495, paragraphe 57, point 2 de la décision judiciaire.

*Suède c. Commission*. Arrêt du 11 juillet 2007 (T-229/04, *Rec.* 2007, p. II-2437). ECLI:EU:T:2007:217, paragraphes 3 et 161.

*Medipac-Kazantzidis*. Arrêt du 14 juin 2007 (C-6/05, *Rec.* 2007 p. I-4557). ECLI:EU:C:2007:337, paragraphe 33.

*DHL Express (Italy) et DHL Global Forwarding (Italy)*. Arrêt du 20 janvier 2016 (C-428/14) ECLI:EU:C:2016:27, paragraphes 50-60.

*Fiocchi Munizioni c. Commission*. Arrêt du 30 septembre 2003 (T-, *Rec.* 2003, p. II-3951). ECLI:EU:T:2003:248, paragraphes 58 et 59.

*Commission c. Italie*. Arrêt du 18 juillet 2007 (C-382/05, *Rec.* 2007 p. I-6657). ECLI:EU:C:2007:445, paragraphe 34.

*Commission c. Italie*. Arrêt du 13 novembre 2008 (C-437/07, *Rec.* 2008 p. I-153, *Pub.somm.*). ECLI:EU:C:2008:624, paragraphe 29.



*Eurawasser*. Arrêt du 10 septembre 2009 (C-206/08, *Rec.* 2009, p. I-8377). ECLI:EU:C:2009:540, paragraphes 67, 68 et 77.

*Norma-A et Dekom*. Arrêt du 10 novembre 2011 (C-348/10, *Rec.* 2011, p. I-10983). ECLI:EU:C:2011:721, paragraphe 48.

*Kansaneläkelaitos*. Arrêt du 21 mai 2015 (C-269/14). ECLI:EU:C:2015:329, paragraphe 33.

*Acoset*. Arrêt du 15 octobre 2009 (C-196/08, *Rec.* 2009 p. I-9913). ECLI:EU:C:2009:628, paragraphe 49.

*Commission c. Irlande*. Arrêt du 13 novembre 2007 (C-507/03, *Rec.* 2007, p. I-9777). ECLI:EU:C:2007:676, paragraphe 31.

*EVN et Wienstrom*. Arrêt du 4 décembre 2003 (C-448/01, *Rec.* 2003, p. I-14527). ECLI:EU:C:2003:651, paragraphe 35.

#### Avis

Avis 1/91 (Accord EEE-I), du 14 décembre 1991 (*Rec.* 1991 p. I-6079) (SVXI/I-533 FIXI/I-565) ECLI:EU:C:1991:490. Paragraphes 2 et 35.

Avis 2/15 (Accord de libre-échange avec Singapour), du 16 mai 2017 (*Recueil numérique*) ECLI:EU:C:2017:376. Paragraphes 81 et 249.

### 7.10. Cour européenne des droits de l'homme

*Krombach c. France*. Décision de la COEDH de 20 février 2018. Requête 67521/14, paragraphes 20, 21, 36-39.

*Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni*. Arrêt du 10 juillet 1998, 62/1997/846/1052-1053, paragraphe 61.

*Johtti Sapmelaccat at al c. Finlande*. Arrêt du 18 janvier 2005, Requête 42969/98.

*Soering c. UK*. Arrêt du 7 juillet 1989. Requête 14038/88. Paragraphe 64.

*Tyrer c. UK*. Arrêt du 25 avril 1978. Requête 5856/72, paragraphe 31.

*Handölsdalen Sami Village et al c. Suède*. Avis séparé juge Ineta Ziemele dans le cadre de l'arrêt de 30 mars 2010. Requête 39013/04.

### 7.11. Commission européenne des droits de l'homme

*Konkama et 38 autres villages sames c. Suede*. Décision du 25 novembre 1996 sur la recevabilité.

### 7.12. Communauté andine de nations

Avis du 03-2006 du 24 mars 2006. *Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado de oficio por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 4, 6, 8, 10 y 23 de la Decisión 439*.

Avis du 06-2006 du 13 juillet 2006. *Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por la República de Colombia contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y del artículo 4 de la Decisión 439*.

### 7.13. Cour interaméricaine des droits de l'homme

*Almonacid Arellano et autres c. Chili*. Arrêt du 26 septembre 2006, paragraphe 154.

*Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. l'Équateur*. Arrêt du 27 juin 2012, paragraphes 160-161.

*Peuples Kaliña et Lokono c. Surinam*, du 25 novembre 2015.

#### **7.14. Jurisprudence classique de l'arbitrage international sur les contrats de nature publique**

Sentence arbitrale du 23 août 1958 sur l'affaire *Aramco c. Arabie Saoudite*.

Sentence arbitrale du 19 janvier 1977 sur l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Libye*.

Sentence arbitrale du 2 septembre 1930 sur l'affaire *Lena Goldfields*.

Sentence arbitrale du 12 avril 1977 sur l'affaire *Liamco c. Libye*.

#### **7.15. Autre jurisprudence de l'arbitrage**

Sentence arbitrale du 4 avril 1928 sur *l'affaire de l'Île de la Palma (États-Unis c. Pays-Bas)*.

#### **7.16. Jurisprudence étatique**

Chili

Arrêt du 7 juin 2012 de la Cour constitutionnelle du Chili (rol 2045-11).

Belgique

Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques:

États-Unis

- *Cour suprême des États-Unis*

*Kiobel*. 569 U.S. (2013), numéro 10-1491. Arrêt du 17 avril, 2013.

*Daimler AG Petitioner c. Barbara Bauman et al*, numéro 11-965. Argued October 15, 2013. Arrêt du 14 janvier 2014.

*New York Central R. Co. c. États-Unis*, 212 US 481 (1909). Arrêt de 23 février 1909

- *Autres*

*Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir., arrêt du 30 juin 1980).

Espagne

Résolution du 6 septembre 2016 de la Commission nationale des marchés et de la concurrence de l'Espagne (Expte. S/DC/0544/14).

Résolution 92/2018 du Tribunal administratif des contrats publics d'Aragon (Espagne) du 28 septembre 2018 (RE 073/2018).

France

Arrêt de la Cour d'appel de Paris. Pôle 1, chambre 1, 28 Février 2017, numéro 15/06036.

Avis de 23 février 2017 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur *La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français*.

Arrêt de la Première Chambre civile, Cour de cassation française, 2 mai 1966, sur l'affaire *Galakis*.

Luxembourg

Avis du Conseil de la concurrence du 21 novembre 2016 de Luxembourg.

Pays Bas

Arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam du 28 avril 2009, affaire *Yukos*, numéro 200.005.269/01.

## 8. Vidéos

AMILHAT (M), « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », Colloque sur les directives du 2014 organisé par l'IMH, Université de Toulouse,

< <https://www.dailymotion.com/video/x268ob2> >.

RASPAIL (H), « L'homme comme sujet du droit de la mer », Colloque sur les droits de l'homme et la mer, Le Mans Université, < <https://umotion.univ-lemans.fr/video/3396-les-droits-de-lhomme-et-la-mer-rapport-introductif-lhomme-comme-sujet-du-droit-de-la-mer/> >.

RUIZ-FABRI (H), « La réglementation internationale du commerce, des investissements et de la monnaie: mise en perspective des développements du droit international économique », Médiathèque de droit international des Nations Unies,

< [http://legal.un.org/avl/ls/Ruiz-Fabri\\_IEL\\_video\\_1a.html](http://legal.un.org/avl/ls/Ruiz-Fabri_IEL_video_1a.html) >.

UBAUD-BERGERON (M), « La négociation », Colloque sur les directives du 2014 organisé par l'IMH, Université de Toulouse 1, < <https://www.dailymotion.com/video/x268ob2> >.

## 9. Principales sites

[sice.oas.org](http://sice.oas.org)

[curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

[legal.un.org](http://legal.un.org)

[ohchr.org](http://ohchr.org)

[transnational-dispute-management.com](http://transnational-dispute-management.com)

[ilo.org](http://ilo.org)

[cidh.oas.org](http://cidh.oas.org)

[comunidadandina.org](http://comunidadandina.org)

[cncdh.fr](http://cncdh.fr)

[worldcourts.com](http://worldcourts.com)

[echr.coe.int](http://echr.coe.int)

[unctad.org](http://unctad.org)

[refworld.or](http://refworld.or)

[unidroit.org](http://unidroit.org)

[oecd.org](http://oecd.org)

[italaw.com](http://italaw.com)

[itlos.org](http://itlos.org)

[babel.hathitrust.org](http://babel.hathitrust.org)

[corteidh.or.cr](http://corteidh.or.cr)

## TABLE DES MATIÈRES

Sommaire .....	p. 9
Acronymes et abréviations .....	p. 11
Introduction .....	p.13
1. La nécessité d'articuler différents domaines juridiques et de préciser la terminologie. p. 17	
<i>a. Précisions terminologiques</i> .....	p. 17
<i>(i) Le droit administratif global</i> .....	p. 18
<i>(ii) Le droit uniforme des contrats publics</i> .....	p. 20
<i>(iii) La nécessité d'affiner la terminologie: les contrats publics</i> .....	p. 22
<i>b. La nécessité d'articuler divers domaines juridiques</i> .....	p. 26
2. Le facteur de la libre concurrence dans la construction .....	p. 36
<i>a. Les organisations internationales et la libre concurrence</i> .....	p. 41
<i>b. Lutte contre la corruption, libre-échange et droits de l'homme</i> .....	p. 45
PREMIÈRE PARTIE: LES MANIFESTATIONS DE L'HARMONISATION DES DROITS DES CONTRATS PUBLICS .....	p. 49
TITRE I. LA LENTE HARMONISATION DES DROITS NATIONAUX AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE .....	p. 51
Chapitre 1. La naissance d'un droit des contrats publics de l'Union Européenne .....	p. 53
Section 1. L'émergence de règles communes dans le cadre du marché intérieur .....	p. 53
§1. L'harmonisation à travers plusieurs décennies de directives .....	p. 54
A. Le recours aux directives .....	p. 54
1. Les trois premières générations de directives, le reflet d'une harmonisation lente ....	p. 55
<i>(i) La première génération de directives</i> .....	p. 55
<i>(ii) La deuxième génération de directives</i> .....	p. 56
<i>(iii) La troisième génération de directives</i> .....	p. 57
2. Les directives de « quatrième génération », le perfectionnement de l'harmonisation ..	p. 59
B. L'harmonisation du droit des contrats à travers une législation dense et complexe ...	p. 60
1. La densité et la complexité dans l'harmonisation des concessions: la directive 2014/23 .....	p. 62
<i>(i) La définition des concessions concernées dans la directive 2014/23</i> .....	p. 64
<i>(ii) Le facteur risque, les contrats exclus et le seuil</i> .....	p. 64

(iii) <i>La détermination du contrat couvert</i> .....	p. 66
2. La densité et la complexité dans les marchés publics: les directives 2014/24 et 2014/25 .....	p. 67
(i) <i>La définition des marchés publics et la couverture de la directive 2014/24</i> .....	p. 68
(ii) <i>Les marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux: la directive 2014/25</i> .....	p. 70
§2. L'incontournable apport jurisprudentiel .....	p. 71
A. Le juge de l'UE à la recherche de cohérence .....	p. 72
1. La pertinence du droit originaire (ou primaire) .....	p. 72
2. Le lien entre la non-discrimination, l'égalité de traitement et la transparence .....	p. 74
B. Le tissu jurisprudentiel renforçant l'égalité et la légalité .....	p. 75
1. L'interdiction de la discrimination indirecte et des interprétations opposées au droit originel .....	p. 75
2. L'égalité de traitement, un principe et une nécessité pour la libre concurrence .....	p. 77
Conclusions de la section 1 .....	p. 77
Section 2. L'harmonie au-delà de la diversité des règles et principes .....	p. 78
§1. La variété des principes applicables dans le cadre du droit des contrats publics ....	p. 79
A. La pertinence des principes du droit originaire et le marché intérieur .....	p. 79
1. Le droit originaire dans la perspective de la dépense publique .....	p. 79
2. La rétroaction entre libre concurrence et la transparence et les bonnes pratiques ....	p. 80
(i) <i>Il est nécessaire que l'État respecte la transparence pour promouvoir la libre concurrence</i> .....	p. 80
(ii) <i>La nécessité de respecter la libre concurrence par les opérateurs économiques: les pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des contrats publics</i> .....	p. 82
B. L'articulation entre les différents domaines juridiques .....	p. 84
1. Les principes propres au droit des contrats publics de l'UE .....	p. 84
2. L'applicabilité des principes propres à d'autres domaines: l'exemple des principes du droit de l'environnement dans les contrats publics .....	p. 84
§2. La relation entre les contrats publics et les droits de l'homme .....	p. 87
A. La syntonisation des obligations internationales .....	p. 88
1. Les contrats publics dans la promotion des droits des personnes handicapés, la protection de l'enfance et la lutte contre la traite d'êtres humains .....	p. 89
(i) <i>Les droits des personnes handicapées</i> .....	p. 89
(ii) <i>La protection de l'enfance et lutte contre la traite des êtres humains</i> .....	p. 90
2. L'ambiguïté des « mesures appropriées » .....	p. 91

B. Le renforcement mutuel entre le droit de l'Union européenne des contrats publics, le droit international de l'environnement et le droit international du travail .....	p. 92
1. Le renforcement régional du droit international de l'environnement .....	p. 92
2. Le renforcement du droit international du travail et le droit de l'OIT .....	p. 95
Conclusions de la section 2 .....	p. 96
Conclusions du chapitre 1 .....	p. 98
Chapitre 2. L'orientation du droit des contrats publics de l'UE .....	p. 101
Section 1. La nécessité de règles, recours et Définitions claires dans la libre concurrence .....	p. 102
§1. La flexibilité du droit au service de l'harmonisation .....	p. 103
A. Le développement des concepts pertinents .....	p. 103
1. L'unification des concepts dans le cadre de la passation et le traitement du PPP ...	p. 104
(i) <i>La flexibilité dans le cadre des procédures de passation</i> .....	p. 104
(ii) <i>Les partenariats publics-privés, un exemple de flexibilité terminologique sur la base de la réalité</i> .....	p. 106
2. La cohérence entre les règles de l'harmonisation et du droit international .....	p. 110
B. L'accent sur l'intégrité, la réduction du risque et la neutralité technologique .....	p. 111
1. Une politique législative orientée à réduire des risques futurs .....	p. 112
(i) <i>L'exclusion de quelques opérateurs économiques</i> .....	p. 112
(ii) <i>Les principes de la protection de l'environnement: le principe de précaution</i> .....	p. 113
2. Les nouvelles technologies au service de l'intégrité: la neutralité technologique ...	p. 117
§2. La consolidation de l'ouverture du marché intérieur et de l'intégrité .....	p. 118
A. La garantie des recours .....	p. 119
1. Les recours internes comme garantie de l'harmonisation .....	p. 119
2. Le contrôle judiciaire européen comme garantie de l'harmonisation ...	p. 120
B. Les directives d'harmonisation dans le cadre de l'efficacité directe des directives ..	p. 121
1. L'« inconditionnalité » et la « précision » comme règle générale .....	p. 121
2. La règle générale dans le cadre des contrats publics .....	p. 122
Conclusions de la section 1 .....	p. 124
Section 2. Les contrats publics et l'UE en tant que domaine en constante évolution ...	p. 125

§1. Les limites au droit des contrats publics de l'UE .....	p. 125
A. Les faiblesses de l'harmonisation .....	p. 125
1. Les deux vitesses de l'harmonisation .....	p. 125
(i) <i>La reconnaissance de la problématique de différentes</i> <i>interprétations en fonction du seuil</i> .....	p. 126
(ii) <i>Les contrats en hors des directives s'éloignent de la concurrence</i> .....	p. 127
2. Un ordre juridique inachevé en ce qui concerne les phases du contrat .....	p. 129
B. Les silences de l'harmonisation .....	p. 131
1. Les aides publiques dans l'UE et le cadre du marché mondial des contrats publics .	p. 131
2. L'arbitrage dans l'exécution du contrat: entre le rejet et l'acceptation au sein des États .....	p. 133
§2. L'incertitude du point de vue du droit international des investissements .....	p. 135
A. Les contrats publics comme une modalité d'investissements soumise à l'arbitrage .	p. 135
1. Les contrats publics dans le cadre du droit international de l'investissement .....	p. 136
2. Les conséquences juridiques de la considération des contrats publics comme une modalité d'investissement .....	p. 137
B. Le refus de l'arbitrage d'investissements dans la politique de l'UE .....	p. 138
1. La politique législative de l'UE en ce qui concerne les investissements étrangers ...	p. 139
2. Le droit de l'Union Européenne rejette l'arbitrage d'investissements .....	p. 139
Conclusions de la section 2 .....	p. 144
Conclusions du chapitre 2 .....	p. 145
Conclusions du titre I .....	p. 149
TITRE II. L'HARMONISATION LIMITÉE DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS EN DEHORS DE L'UE ... ..	
	p. 155
Chapitre 1. Les bases de l'harmonisation du droit des contrats publics à l'échelle mondiale .....	p. 159
Section 1. Les contrats publics dans le cadre de l'OMC .....	p. 159
§1. L'ouverture du secteur des contrats publics dans un régime spécifique .....	p. 160

A. Le droit des contrats publics comme partie du droit du commerce mondial .....	p. 160
1. Le régime plurilatéral des contrats publics à partir de l'exclusion du GATT et de l'AGCS .....	p. 160
(i) <i>L'exclusion sans préambules</i> .....	p. 161
(ii) <i>L'harmonisation à partir de l'exclusion</i> .....	p. 162
(iii) <i>L'harmonisation en perspective historique</i> .....	p. 163
2. La continuité des principes du droit des contrats publics dans le cadre de l'OMC .....	p. 166
B. L'harmonisation par l'accord révisé en tant que source de droits et d'obligations .	p. 168
1. La passation et les contrats couverts par les règles de l'harmonisation .....	p. 168
2. L'harmonisation en fonction des destinataires des règles .....	p. 172
§2. L'adaptation du cadre juridique à la réalité mondiale .....	p. 174
A. La nécessité de règles flexibles pour une communauté internationale complexe ..	p. 175
1. La flexibilité de l'harmonisation en ce qui concerne les pays en développement .	p. 175
2. Les exceptions du régime juridique .....	p. 176
B. Le reflet d'un ordre juridique sauvegardé par lui-même .....	p. 176
1. La nécessité d'un contrôle interne, le Comité des marchés publics .....	p. 177
2. La nécessité de règles contentieuses pour garantir le respect des règles de droit matériel .....	p. 178
Conclusions de la section 1 .....	p. 180
Section 2. Les progrès et écueils en matière pénale .....	p. 180
§1. L'harmonisation du droit pénal des États dans la lutte contre la corruption .....	p. 183
A. Le recours au multilatéralisme dans la lutte contre la corruption .....	p. 183
1. Les caractéristiques générales des traités internationaux contre la corruption .....	p. 183
2. Le droit pénal contre la corruption en démarche internationale et régionale .....	p. 185
(i) <i>Les traités internationaux contre la corruption</i> .....	p. 185
(ii) <i>La prise en compte des instruments régionaux</i> .....	p. 188
B. L'harmonisation du droit pénal contre la corruption au sein de Nations Unies ....	p. 191
1. La Convention des Nations Unies contre la corruption .....	p. 191
(i) <i>La convention du point de vue du droit pénal</i> .....	p. 191
(ii) <i>La convention du point de vue de la procédure pénale</i> .....	p. 193
(iii) <i>La convention est une harmonisation de règles minimales</i> .....	p. 193



2. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ....	p. 194
§2. Les clauses obligatoires et les clauses facultatives dans la Convention des Nations Unies contre la corruption .....	p. 194
A. Les clauses d'harmonisation obligatoires .....	p. 194
1. L'obligation d'ériger des délits en droit interne .....	p. 195
2. Les clauses obligatoires relatives à la compétence judiciaire et à l'extradition .....	p. 196
B. Les pouvoirs d'appréciation en faveur des États .....	p. 198
1. Les pouvoirs d'appréciation en matière de droit pénal .....	p. 198
(i) <i>L'absence de la récidive internationale obligatoire</i> .....	p. 198
(ii) <i>Il n'y a pas une obligation en ce qui concerne l'annulation du contrat affecté par la corruption</i> .....	p. 199
2. Les pouvoirs d'appréciation en matière de compétence judiciaire .....	p. 201
Conclusions de la section 2 .....	p. 202
Conclusions du chapitre 1 .....	p. 203
Chapitre 2. La diversité de rythmes et de régimes à la lumière du sous-régionalisme, du régionalisme et du macro-régionalisme .....	p. 205
Section 1. La diversité de rythmes et de régimes en Amérique Latine et dans les Caraïbes .....	p. 206
§1. Les avancées sectorielles et géographiques .....	p. 209
A. L'embryon d'un droit des contrats publics de la Communauté andine de nations .	p. 209
1. Une harmonisation limitée au commerce de services .....	p. 210
(i) <i>Le droit de la Communauté andine de nations et la nécessité de rapprocher les législations</i> .....	p. 210
(ii) <i>Les contrats publics dans la libération du commerce de services</i> ...	p. 211
(iii) <i>Les « dictámenes » (avis) du Secrétariat général</i> .....	p. 212
(iii.a). <i>Le « dictamen » 03-2006</i> .....	p. 212
(iii.b). <i>Le « dictamen » 06-2006</i> .....	p. 214
2. L'influence du droit de l'OMC .....	p. 215
B. Les développements irréguliers au sein du Mercosur .....	p. 218
1. La différence de rythmes entre le Mercosur et la Communauté andine .....	p. 218
2. L'extrapolation des avantages par la clause de la nation la plus favorisée .....	p. 219
§2. Les accords de libre-échange .....	p. 220

A. L'asymétrie de l'harmonisation en l'Amérique latine .....	p. 221
1. L'absence d'une harmonisation au Système d'intégration de l'Amérique centrale ..	p. 221
2. De l'ALENA de 1998 à l'ALENA 2.0: le paradigme des changes (?) .....	p. 222
B. Des anciennes concessions unilatérales vers la multilatéralité .....	p. 224
1. Les contrats publics dans le CAFTA-RD .....	p. 225
2. Des incertitudes à la construction du droit international des contrats publics .....	p. 228
Conclusions de la section 1 .....	p. 230
Section 2. La diversité de rythmes et de régimes en Afrique et en Asie .....	p. 232
§1. L'harmonisation sous-régionale au milieu d'une zone de libre-échange continentale en Afrique .....	p. 232
A. L'ouverture des contrats publics dans l'Union économique et monétaire ouest africaine .....	p. 233
1. La directive 04/2005/CM/UEMOA, entre l'ouverture et le protectionnisme intracommunautaire .....	p. 234
2. La surveillance multilatérale de l'harmonisation à travers la directive 05/2005 .....	p. 240
(i) <i>L'harmonisation en perspective contentieuse: les recours</i> .....	p. 240
(ii) <i>L'harmonisation des sanctions</i> .....	p. 241
(iii) <i>La nullité du contrat à cause de la corruption, un autre élément différenciateur</i> ...	p. 241
B. Les contrats publics dans la zone africaine de libre-échange .....	p. 242
1. L'exclusion des contrats publics en matière de services .....	p. 243
2. La non exclusion des contrats publics en matière de marchandises .....	p. 244
§2. L'absence d'harmonisation du droit des contrats publics en Asie .....	p. 244
A. Vers une harmonisation en Asie ? .....	p. 245
1. <i>Le Agreement on South Asia Free Trade Area</i> .....	p. 245
2. L'exclusion des contrats publics de l' <i>ASEAN Comprehensive Investment Agreement</i> .....	p. 246
B. Les contrats publics dans la macro-région Asie-Pacifique .....	p. 247
Conclusions de la section 2 .....	p. 249
Conclusions du chapitre 2 .....	p. 250
Conclusions du titre II .....	p. 253
Conclusions de la première partie .....	p. 255

DEUXIÈME PARTIE: LES CONSÉQUENCES DE L'HARMONISATION DES DROITS  
DES CONTRATS PUBLICS ..... p. 259

TITRE I. LA VISIBILITÉ DES DROITS DE L'HOMME DANS LES CONTRATS  
PUBLICS ..... p. 261

Chapitre 1. L'articulation du droit international des droits de l'homme  
et du droit international économique autour des contrats publics ..... p. 263

Section 1. La pertinence du droit international des peuples autochtones ..... p. 263

§ 1. Du refus à l'acceptation des peuples autochtones dans le droit international ..... p. 263

A. L'absence d'un traité international spécifique sur les droits des peuples indigènes. p. 264

1. La dispersion des règles comme point de départ ..... p. 265

2. La relation entre contrats publics et droit international des peuples autochtones ..... p. 268

B. La consultation préalable en tant que facteur incontournable pour certains contrats. p. 271

1. La nature et l'effet de la consultation préalable ..... p. 271

2. La fortification de la consultation préalable en tant que devoir de l'État ..... p. 272

§ 2. La propriété indigène dans la construction du  
droit international des contrats publics ..... p. 274

A. Le droit de propriété indigène selon la jurisprudence interaméricaine ..... p. 274

1. La reconnaissance de la propriété collective autochtone ..... p. 275

2. L'importance de la possession de la terre et la réparation de la perte de propriété ... p. 276

B. La distinction nécessaire entre la propriété autochtone et la souveraineté de l'État. p. 278

1. La souveraineté des États sur les ressources naturelles ..... p. 278

2. Les peuples indigènes face au droit international des investissements ..... p. 280

Conclusions de la section 1 ..... p. 281

Section 2. La sauvegarde des droits de l'homme autour des contrats publics ..... p. 283

§ 1. L'articulation dans la phase de l'appel d'offres public ..... p. 284

A. Les clauses sociales et de protection de l'environnement ..... p. 285

1. L'inégale assimilation des clauses sociales entre les harmonisations ..... p. 286

2. La protection de l'environnement par le biais de l'harmonisation .....	p. 288
(i) L'évolution du facteur environnemental dans les contrats publics au sein de l'OMC .....	p. 288
(ii) La protection de l'environnement dans les ALE .....	p. 289
(iii) La tendance à la sauvegarde de l'environnement dans les ordres communautaires .....	p. 292
 B. La nécessaire cohérence face au droit international du travail .....	p. 293
1. Un éventuel dépassement de la logique mercantile à l'OMC .....	p. 294
2. La relation entre l'harmonisation et d'autres textes relatifs aux droits sociaux .....	p. 296
(i) Le travail des détenus .....	p. 296
(ii) Les droits des personnes handicapées .....	p. 297
(iii) La propriété intellectuelle .....	p. 298
 § 2. La surveillance transnationale et la responsabilité du cocontractant .....	p. 299
 A. La responsabilité en matière de droits de l'homme par le biais de l'extraterritorialité .....	p. 300
1. La responsabilité du cocontractant dans le cadre de l'extraterritorialité .....	p. 300
2. La non uniformité de l'extraterritorialité .....	p. 302
 B. La tendance à la surveillance de certains aspects non financiers des sociétés .....	p. 306
 Conclusions de la section 2 .....	p. 307
 Conclusions du chapitre 1 .....	p. 309
 Chapitre 2. L'irruption du « <i>plus in idem</i> » et du <i>forum shopping</i> dans l'ordre pénal ...	p. 315
 Section 1. Le principe <i>non bis in idem</i> dans le cadre de la lutte contre la corruption ....	p. 316
§ 1. Le principe <i>non bis in idem</i> dans la protection des droits de l'homme .....	p. 318
A. L'assimilation hétérogène du <i>non bis in idem</i> .....	p. 319
1. La faiblesse de la règle .....	p. 319
2. Les garanties de la règle .....	p. 322
B. La différence entre le droit interne et le droit international .....	p. 323
1. Le consensus, le rejet et les nuances autour du <i>non bis in idem</i> .....	p. 324
2. L'extradition autour du <i>non bis in idem</i> .....	p. 324
§ 2. L'infructueuse solution dans le cadre de l'Union Européenne .....	p. 326

A. L'insatisfaisante solution de la Convention d'application de l'Accord de Schengen.	p. 327
1. La règle générale de l'article 54 comme point de départ	p. 327
2. Les exceptions à la règle générale découlant de l'article 55	p. 328
B. Le <i>non bis in idem</i> dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.	p. 329
1. L'article 50 comme principe commun entre les États membres	p. 330
2. La personne humaine dans le cadre du <i>jus punendi</i>	p. 332
Conclusions de la section 1	p. 333
Section 2. La multiplicité des juridictions dans le cadre des droits de l'homme	p. 334
§ 1. La légitimité de la multiplicité de compétences judiciaires contre la corruption	p. 335
A. Le risque d'une manipulation des compétences judiciaires	p. 335
1. Le risque du <i>forum shopping</i> via le <i>non bis in idem</i>	p. 336
2. Le risque de deux arrêts contradictoires	p. 337
(i) <i>Évaluations judiciaires différentes sur un même fait dont l'existence n'est pas contestée</i>	p. 338
(ii) <i>Différents « faits prouvés » dans le cadre de chaque juridiction</i>	p. 339
B. La soumission de la multiplicité des compétences à la légalité internationale	p. 339
1. Légalité et légitimité de l'extraterritorialité dans le droit pénal des contrats publics.	p. 341
(i) <i>La sauvegarde de la fonction publique et de la libre concurrence. Le principe de la protection des intérêts</i>	p. 343
(ii) <i>La nationalité des victimes. La légitimité de la compétence personnelle passive</i>	p. 344
(iii) <i>La compétence sur les nationaux à l'étranger. Le principe de la compétence pénale active</i>	p. 345
2. Limites dans l'extraterritorialité	p. 347
§ 2. Vers une multiplicité de compétences compatibles avec les droits de l'homme	p. 348
A. Approche des peines et traitements inhumains et dégradants à partir du <i>plus in idem</i>	p. 348
B. L'existence de peines inhumaines	p. 349
1. La pluralité des peines et l'interdiction de peines et traitements inhumains et dégradants	p. 350
2. L'accumulation des peines pourrait-elle être internationalement illicite ?	p. 352

Conclusions de la section 2 .....	p. 352
Conclusions du chapitre 2 .....	p. 354
Conclusions du titre I .....	p. 359
TITRE II. LA VISIBILITÉ DE LA CONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS PUBLICS .....	
	p. 367
Chapitre 1. Des éléments pour la construction d'un statut international du cocontractant .....	p. 373
Section 1: Vers le statut international du candidat .....	p. 375
§ 1. Les droits du candidat dans le cadre du droit international .....	p. 375
A. Le candidat dans le droit international .....	p. 375
1. Le candidat en tant que titulaire de droits dans l'ouverture du marché mondial.....	p. 376
2. Les limitations en raison de la clause de la nation la plus favorisée .....	p. 376
B. L'interdiction de la discrimination, un droit et une source de droits .....	p. 378
1. Le droit de ne pas faire l'objet de décisions de nature discriminatoire .....	p. 379
(i) <i>La neutralité des spécifications techniques</i> .....	p. 379
(ii) <i>L'interdiction de l'instrumentalisation des clauses d'exception</i> .....	p. 380
(iii) <i>Droit de ne pas subir de clauses de protectionnisme déguisé</i> .....	p. 381
(iv) <i>La non-discrimination renforcée par la protection des droits de l'homme</i> .....	p. 382
2. Le droit à une bonne administration (à propos du droit à un recours) .....	p. 383
§ 2. Les obligations du candidat concernant la libre concurrence .....	p. 386
A. L'obligation de respecter la libre concurrence .....	p. 387
1. La nécessité du <i>fair play</i> . L'interdiction des comportements anticoncurrentiels .....	p. 387
2. Ententes injustifiables et institutions nationales .....	p. 389
B. L'obligation de prévenir la criminalité (la pertinence les programmes <i>compliance</i> )..	p. 391
Conclusions de la section 1 .....	p. 394
Section 2: Vers l'élaboration d'un statut international du cocontractant .....	p. 396
§ 1. L'influence des droits du cocontractant sur la construction .....	p. 397
A. Le principe <i>pacta sunt servanda</i> .....	p. 398

1. La pertinence des formules contractuelles pour sauvegarder le contrat .....	p. 398
2. La dérogation au principe <i>pacta sunt servanda</i> .....	p. 400
B. La pertinence du droit de clémence .....	p. 401
1. L'absence du droit de clémence et des programmes de clémence dans les traités ....	p. 404
(i) <i>Le silence des traités et la pertinence de la clémence dans la construction</i> .....	p. 404
(ii) <i>La clémence dans le cadre de l'extraterritorialité des sanctions</i> .....	p. 404
(iii) <i>L'efficacité de la clémence entre le droit administratif et le droit pénal</i> .....	p. 405
2. Vers une stratégie de coordination mondiale en matière de clémence ? .....	p. 407
§ 2. Les devoirs du cocontractant dans l'exécution du contrat .....	p. 409
A. La diligence raisonnable dans l'exécution du contrat .....	p. 409
1. La présence du facteur risque dans l'exécution du contrat .....	p. 409
2. La nécessaire coordination pour la sauvegarde des droits des tiers .....	p. 411
B. L'obligation de réparation et responsabilité .....	p. 411
1. Une contextualisation préalable de la question: le lieu de l'exécution du contrat .....	p. 412
2. La responsabilité du cocontractant en droit international .....	p. 413
(i) <i>La responsabilité dans le cadre du droit international public</i> .....	p. 414
(ii) <i>La responsabilité dans le cadre du droit international privé</i> .....	p. 416
(iii) <i>Le problème du PPP en ce qui concerne la détermination de la responsabilité</i> ...	p. 416
Conclusions de la section 2 .....	p. 417
Conclusions du chapitre 1 .....	p. 420
Chapitre 2. La pertinence du droit international des investissements et la contribution de la jurisprudence en matière d'arbitrage .....	p. 423
Section 1. La qualité d'investisseur de certains cocontractants .....	p. 427
§1. Le cocontractant dans le cadre du droit international de l'investissement .....	p. 427
A. Le cocontractant-investisseur en tant que sujet de droit international .....	p. 427
1. L'absence de définition de l'investissement en droit international .....	p. 428
2. Le contentieux arbitral entre le cocontractant-investisseur et l'État .....	p. 430
B. La protection de l'investisseur dans la phase d'exécution du contrat. Entre le bilatéralisme et le multilatéralisme .....	p. 432
1. Le bilatéralisme comme point de départ et ses limites dans l'Union européenne ....	p. 432

2. L'ensemble d'harmonisations multilatérales en tant qu'élément de la nouvelle réalité .....	p. 434
§2. Le cocontractant investisseur dans le cadre des limitations des pouvoirs souverains .....	p. 436
A. L'inégalité entre les parties au contrat .....	p. 436
1. L'acceptation de l'inégalité .....	p. 436
2. La modulation des pouvoirs souverains par le biais des traités .....	p. 437
B. Les limitations du pouvoir étatique en vertu du droit international non conventionnel .....	p. 349
1. La pertinence des principes généraux du droit et de la coutume intentionnelle .....	p. 440
2. La contribution des arbitres. La litanie de jurisprudence révélant la pertinence des principes généraux du droit en face du « pouvoir absolu » de l'État ...	p. 443
Conclusions de la section 1 .....	p. 449
Section 2. L'État en tant que sujet d'obligations contractuelles et non contractuelles ...	p. 451
§ 1. La pluralité d'obligations étatiques.....	p. 452
A. Les domaines juridiques concernés dans les contrats publics .....	p. 452
1. La cohérence comme une nécessité pour préserver la construction .....	p. 452
2. La nécessité de considérer le droit international comme un système .....	p. 455
B. La bonne foi dans la construction du droit international des contrats publics .....	p. 458
1. Le principe de la bonne foi contractuelle .....	p. 459
2. La bonne foi dans la phase contentieuse .....	p. 459
(i) <i>La présentation de documents en tant que manifestation de la bonne foi</i> .....	p. 460
(ii) <i>La bonne foi procédurale implique de ne pas contraindre le cocontractant</i> .....	p. 461
§ 2. L'obligation de préserver l'intégrité du contrat (à propos de la Convention des Nations Unies contre la corruption) .....	p. 464
A. Le rejet des contrats infectés de corruption .....	p. 464
1. La contribution de l'arbitre Lagergren, un classique parmi la jurisprudence .....	p. 465
2. La consolidation de la jurisprudence Lagergren dans le droit international .....	p. 466
B. Le pouvoir des arbitres de déclarer la nullité du contrat corrompu .....	p. 467
1. Le silence de la Convention des Nations Unies contre la corruption .....	p. 467



2. La détermination de la nullité d'un contrat par les arbitres .....	p. 468
Conclusions de la section 2 .....	p. 469
Conclusions du chapitre 2 .....	p. 471
Conclusions du titre II .....	p. 475
Conclusions de la deuxième partie .....	p. 485
Conclusion générale .....	p. 491
Annexe I .....	p. 499
Bibliographie .....	p. 501
Table des matières .....	p. 539