



L'acte administratif et le droit international

Oumar TRAORE

Assistant de droit public

Université Thomas SANKARA (Burkina Faso)

Membre du groupe de Recherche sur l'Administration, les Institutions et le Fonctionnement
de l'Etat (GRAIFE)

Laboratoire de Droit et de Sciences Politiques (LDSP) Université Thomas SANKARA

Introduction	2
I. La structuration de l'acte administratif par le droit international	8
A. Une indifférence unilatérale surmontée	8
1. Le nivellement de l'acte administratif par le droit international.....	9
2. La primauté du droit international sur l'acte administratif.....	11
B. Une acceptation réciproque	14
1. Une nouvelle source du droit international.....	14
2. Une source d'obligations internationales.....	16
II. La reconfiguration de l'acte administratif par le droit international	19
A. L'internationalisation de l'acte administratif	19
1. La reconfiguration de la loi applicable au contrat administratif.....	19
2. La soumission de l'acte administratif aux institutions du droit international.....	22
B. La redéfinition de l'acte administratif par le droit international	24
1. La redéfinition de la qualité contractuelle des parties à l'acte administratif.....	24
2. La sécurisation de l'acte administratif par le droit international.....	27
Conclusion	29



Introduction

« Longtemps, le droit international est resté lointain aux yeux de l'administration (...). Il apparaissait, soit comme une affaire exclusivement politique résultant de secrètes tractations diplomatiques (...), soit comme un objet intellectuel sophistiqué pour juristes distingués »¹. Cette introduction du Professeur Benoît PLESSIX aux sources extranationales du droit administratif instruit sur le constat que l'acte administratif fut considéré initialement comme un acte étranger pour le droit international. Le droit international, à travers conventions² et jurisprudences a confirmé cette lecture. Ainsi le Tribunal arbitral dans *l'affaire de l'Alabama*³ et la Cour permanente de justice internationale (CPJI), par voie d'avis consultatif⁴ et plus solennellement par voie d'arrêt, a jugé qu'à l'égard du droit international, le droit administratif constitue plutôt un fait juridique, fait duquel le droit international tire des conséquences⁵.

Cet *obiter dictum* de la CPJI a posé ainsi les termes d'un vieux débat entre les tenants et les opposants de la primauté du droit international sur le droit interne⁶. Cependant, les termes de ce débat ne sont pas restés uniquement dans la sphère du droit international. Le droit administratif s'y est aussi intéressé, d'abord par le haut⁷ après avoir reconnu la supériorité d'un traité international sur un acte administratif⁸, inscrivant ainsi les rapports entre ce dernier et le droit international dans la perspective des rapports de systèmes et d'opposition⁹. Les développements du droit administratif et du droit international instruisent, dans cette veine, sur l'existence d'un rapport entre l'acte administratif et le droit international¹⁰.

¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 81.

² C'est le cas de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités selon lequel « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». C'est aussi le cas de l'article 3 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

³ Tribunal arbitral, sentence du 14 septembre 1872, Alabama (Etats Unis C./ Grande Bretagne), RSA vol. XXIX. 125.

⁴ *Compétence des tribunaux de Dantzig*, CPJI, série B, numéro 15.3, avis du 03 mars 1928.

⁵ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt n° 7 du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A, n° 7, p. 19, § 2.

⁶ H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, (1) 1923-I, pp. 71-120, pp. 79-91 ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in Mélanges offerts à Henri Rolin. *Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

⁷ CE, sect., 23 avril 1997, GISTI, Rec. 142 ; CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190 ; CE, ass., 30 octobre 1998, *Saran Levacher et autres*.

⁸ CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291.

⁹ M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *op. cit.*, p. 492.

¹⁰ Demba SY, *Droit administratif*, 3^e édition, Dakar, L'Harmattan, 2021, pp. 73 et 74.



Les approches historiques du droit international ont conçu ce dernier comme la résultante d'une histoire tourmentée dont la lointaine existence est aujourd'hui un fait avéré¹¹ et qui a pu s'imposer au regard des interactions entre les nations. Des romains¹² à Vitoria, Zouch¹³, Bentham¹⁴ Kant et Dumont¹⁵, l'évolution du droit international fut celle d'un rendez-vous rendu obligatoire au gré des circonstances et des spécificités de la société internationale. La définition partagée du droit international permet de dire avec une doctrine autorisée qu'il désigne le droit applicable à la société internationale¹⁶.

L'acceptation de cette définition n'épuise pas, néanmoins, toute la problématique relative à la définition du droit international. Michel VIRALLY avait défini celui-ci sous l'angle de son originalité dans sa ligne propre et en fonction de ses particularités¹⁷. Celles-ci étaient initialement fondées sur l'inter étatsisme, la production normative et la subjectivité des Etats comme seuls sujets du droit international. Cet entendement fut du moins celui de grands juristes postmédiévaux, Hugues GROTIUS, Christian WOLF et Emer de VATTEL¹⁸ dont les désaccords portaient essentiellement sur les variances dans la conception du droit naturel et du *jus gentium*.

¹¹ B. S. KORFF, *Introduction à l'histoire du droit international* (relié), Kluwer Academic Publishers, 1968, 608 p.

¹² On doit aux romains, en histoire du droit, la double distinction entre le droit public et le droit privé. Le *corpus juris civilis* est un texte du droit romain qui régissait les relations entre les citoyens romains. La rencontre de Rome avec les cités barbares est à la base de la naissance d'un droit spécifique applicable dans les relations Rome-étranger, connu sous le nom de *jus gentium* ou droit des gens. Cette expression fut utilisée chez les auteurs internationalistes du XVII^e, parfois au début du XX^e siècle. Voir à ce sujet, P. GUGGENHEIM, « Histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, Vol. 94, 1958, pp. 7 et suivants ; M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité », *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, pp. 484 et suivants.

¹³ Juriste et Philosophe anglais, Zouch est connu comme l'auteur qui a révélé à la doctrine la signification romaine du *jus gentium*. Il a fait bouger le curseur en considérant que le droit des gens avait une dimension souveraine pour appréhender les relations entre les nations. En lieu et place, il proposa l'expression *juris inter gentes* ou droit international comme élément constitutif de son traité sur le droit international et dont le titre entier donne l'expression latine « *Juris et judicii feialis sive juris inter gentes et quoestionum de eo explicatio* », voir A. CHRETIEN, *Principes de droit international public*, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1893, p. 56.

¹⁴ Bentham est un philosophe anglais du XVIII^e siècle qui, dans son *Introduction aux principes de morale et de législation*, introduisit une qualification anglaise de l'expression *jus inter gentes* en l'expression *international public law*.

¹⁵ Emmanuel Kant, s'inscrivant dans l'évolution de la pensée du Chancelier d'Aguesseau a traduit l'expression *jus inter gentes*, entre les Nations en Etat. Etienne DUMONT aurait utilisé l'expression droit international public.

¹⁶ A. PELLET, M. FORTEAU, A. MIRON, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, 2022, p. 57.

¹⁷ M. VIRALLY, *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Graduate Institute Publications, 1990, consulté le 30 août 2023 sur <https://books.openedition.org/iheid/4377>, p. 86.

¹⁸ Voir par exemple la conception de VATTEL : E. DE VATTEL, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Reproduction of edition of 1758, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, p. VIII.



Malgré la codification du processus d'élaboration des normes conventionnelles, la normativité du droit international fut un sujet discuté en doctrine¹⁹. La norme internationale, entendue comme l'ensemble des règles destinées à régir les relations des sujets du droit international, n'est ainsi pas uniquement celle qui est produit par la voie conventionnelle. Elle concerne aussi les actes unilatéraux des Etats. La possibilité pour l'acte unilatéral de l'Etat d'être une source de normativité pour le droit international a conféré *ipso jure* à l'acte administratif une place de choix dans la théorie de la normativité internationale. Les théories sur l'unité et la fragmentation du droit international, depuis la position de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'ordre juridique communautaire²⁰, ont contribué à l'éclosion du droit international en branches sans véritable autonomie²¹. Etant entendu que la diversité du droit international n'exclut nullement les Etats, l'acte administratif entretient des rapports avec les différentes branches du droit international. Il en va ainsi du droit international économique, du droit international des droits de l'homme, du droit international de l'environnement, du droit international des droits de l'homme ...²². Dès lors, la perspective du droit international dans cette réflexion est moins holistique que sectorielle et entend tenir des propos sur l'acte administratif dans la perspective du droit international des traités, du droit communautaire et du droit international des investissements désigné autrement par l'idée de droit des contrats d'Etat.

En tant que donnée fondamentale de la société internationale, la coexistence du droit international avec les spécificités nationales ne pouvait laisser indifférente l'existence d'un rapport de systèmes. La dynamique du droit international par rapport à l'acte administratif ne semble pas avoir été celle d'une résistance, malgré *l'obiter dictum* de la CPJI²³. Cette position de la Cour traduisait l'état d'une situation qui, pour le droit international, pouvait être considérée comme celui d'un constat au prisme l'autonomie des deux ordres. Par définition, l'acte administratif, expression de la puissance publique, est la manifestation d'une puissance

¹⁹ Emmanuelle TOURME-JOUANNET, *Le droit international*, 3^e édition, Paris, PUF, 2022, p. 34 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 169 ; P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP, Tome LXXXVI, 1982, p. 7 et suivants.

²⁰ CJCE, arrêt du 5 février 1963, *Expeditie Onderneming van Gend et Loos c./ Administration fiscale néerlandaise*, affaire 26/62, Rec., 1963, P.00003 ; CJCE, arrêt du 15 Juillet 1964, *Flamino Costa c./ Enel*, affaire 6/64, Rec., 1964 ;

²¹ A. PELLET, « L'unité ou la fragmentation du système juridique international » in S.F.D.I., colloque de Strasbourg, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 294-298 ;

²² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op.cit., pp. 83-119.

²³ Selon la CPJI, tout acte qui ne trouve pas sa source en droit international est fondé sur des mesures d'ordre national. Voir CPJI, *Affaires des emprunts serbes* (France c./ Serbie), arrêt n°14 du 12 juillet 1929, C.P.J.I., série A, n° 20/21, pp. 41 et 42.



souveraine²⁴ d'un Etat sur son territoire. La diversité de son appellation en droit interne traduit l'existence d'une mosaïque de situation que l'acte administratif est censé couvrir. Le doyen VEDEL, au regard de la fluctuation dans la théorie de l'acte administratif avait conclu en 1953 que la recherche de la définition du concept restait d'actualité²⁵. L'on sait, néanmoins, que l'acte administratif est connu sous diverses expressions, chacune étant suggestive d'une idée et d'une certaine appréhension de l'acte administratif. Cette diversité fluctue entre « décision exécutoire », « acte faisant grief », « acte détachable », « acte réglementaire », « acte collectif », « acte individuel²⁶ » et contrat.

Dans l'appréciation de la normativité d'un acte administratif par rapport au droit international, le juge international prend le fait comme un moyen ne pouvant contredire le droit international²⁷. Cette conséquence confère à l'acte administratif une place en droit international. En jugeant par exemple que les mesures administratives sont de simples faits au regard du droit international, c'est, insidieusement, non seulement affirmer l'existence de ces faits comme une source réelle²⁸ pour le droit international, c'est aussi classer la norme qu'induit ces faits dans la « hiérarchie normative » du droit international²⁹.

A cet égard, le droit administratif, en tant qu'émanation de l'autorité administrant un territoire, est une source de droit interne empreinte d'unilatéralisme³⁰. Quoique ces caractéristiques établissent un fort penchant de la jurisprudence, le droit administratif se symbolise par l'autorité d'une administration qui se veut le porte étendard de l'intérêt général. Les objectifs qu'il poursuit sont aussi présents dans l'action des organisations internationales, contribuant à l'internationalisation du droit administratif dans sa dimension globale et internationale³¹. Il en va ainsi par exemple du privilège du préalable dans la théorie des actes administratifs. En ce sens, l'acte administratif unilatéral du droit international, celui d'une organisation internationale par exemple bénéficie d'une présomption de validité en l'absence d'une

²⁴ Au sens du droit international, la puissance publique est une mention utile pour désigner la conduite du souverain territorial sur son territoire. Voir, *Compétence en matière de pêcheries*, (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, C.I.J. Recueil 1974, § 50 ; *Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), Arrêt du 13 décembre 1999, C. I. J. Recueil 1999, § 98 ; Olivier BEAUD, « Le souverain », *Revue pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 35.

²⁵ G. VEDEL, Note sous CE, 23 janvier 1953, *Audouin*, *JCP*, 1954, 7916.

²⁶ V. P. ANGENIOL, « Quand une décision réglementaire devient individuelle », *AJDA*, 2022, p. 860.

²⁷ D. ALLAND, *ANZILOTTI et le droit international public, un essai*, deuxième édition, Paris, A. Pedone, pp. 112-117.

²⁸ La source réelle est appréhendée ici comme le fait qui est à la base de l'adoption d'une norme.

²⁹ D. ALLAND, *ANZILOTTI et le droit international public, un essai, op.cit.*, p. 140.

³⁰ TC, 02 décembre 1902, *Société immobilière Saint Just*, 00543.

³¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 90.



protestation assumée par l'un des membres de l'organisation³² tant qu'une juridiction internationale n'a pas infirmé, directement ou indirectement, la validité de l'acte³³.

Dans sa dimension globale, l'acte administratif subi une influence du droit international³⁴. Cette influence permet à un acte interne en prise avec le droit international de produire des effets de droit dans cet ordre. C'est le cas de l'acte administratif négocié³⁵, auquel le droit international confère diverses appellations au détriment de l'idée de contrat administratif pour les besoins et les commodités propres au droit international. Il peut ainsi être un contrat d'Etat³⁶, un contrat transnational³⁷ ou encore un accord de développement économique³⁸.

La réflexion engagée dans le cadre de cette contribution cherche à appréhender les mutations subies par l'acte administratif sous l'influence du droit international. Elle s'intéresse aussi aux institutions du droit administratif ayant reçu une entrée ou une acceptation en droit international. En cela, le sujet présente un double intérêt.

Primo et d'un point de vue théorique, l'étude de l'acte administratif par rapport au droit international n'éloigne pas l'analyse du droit administratif. Elle ne focalise pas non plus l'accent uniquement sur le droit international. Elle prend néanmoins les institutions positives de ces deux ordres comme point de départ d'une théorisation³⁹ dont l'objectif est de montrer que même en trouvant une entrée dans le droit international, l'influence subie par l'acte administratif ne le transforme pas fondamentalement. La mutation qui peut résulter de cette influence est une

³² Ce fut le cas dans l'affaire du Sud-ouest africain par rapport à la résolution mettant fin au mandat de l'Afrique du Sud et dans l'affaire du Cameroun Septentrional par rapport à la résolution sur l'organisation de l'auto-détermination dans ce territoire jadis sous administration britannique.

³³ *Affaire du Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963 : C. I. J. Recueil 1963, p. 36 ; *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, du 18 juillet 1966, C.I.J. Recueil 1966, p. 34 § 48.

³⁴ R. MAUREL, (2018). Compte rendu de [Anne-Marie THÉVENOT-WERNER, *Le droit des agents internationaux à un recours effectif. Vers un droit commun de la procédure administrative internationale*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016], *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 31(1), 319–323. <https://doi.org/10.7202/1065040ar>.

³⁵ R. DEAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Thèse, Université d'Angers, 2006, p. 595 p.

³⁶ P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », *RCADI*, 1969-III, t. 128, p. 104.

³⁷ M. AUDIT, « Droit administratif - Veille de droit administratif transnational Chronique 2007 », *Droit Administratif* n° 8-9, Août 2007, chron. 1, §§ 11 et suivants.

³⁸ Le Professeur Jean François LALIVE utilise ces différentes terminologies pour désigner une seule réalité avec une préférence affichée pour les contrats transnationaux. Voir J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *RCADI*, vol. 181, 1983, pp. 30 et 31.

³⁹ S. CASSESE, « Le droit administratif global : une introduction », *Droit Administratif* n° 5, Mai 2007, étude 8, §§ 1 et suivants.



évolution⁴⁰ et ne donne pas jour à des actes hybrides. En effet, l'acte mi, mi est un acte ni, ni⁴¹. Cette perspective induit aussi des conséquences sur la nature des normes du droit international. En définitive, les influences réciproques entre l'acte administratif et le droit international permettent de maintenir chaque concept dans sa discipline d'origine en observant les évolutions subies ou assumées de ces conceptions primaires au sein des disciplines en mutation.

Secundo et au plan pratique, l'étude sur l'acte administratif et le droit international présente un intérêt d'un point de vue du contentieux administratif et international. L'acte administratif interne peut être ainsi la source d'un double contentieux interne et international⁴² alors que l'acte administratif en prise avec le droit international produit moins de contentieux administratif au regard des conséquences de la théorie des actes de gouvernement⁴³ dont le champ d'affirmation connaît moins d'éclat au regard de la jurisprudence administrative.

Les interactions entre l'acte administratif et le droit international mettent dès lors en jeu des rapports de système inversés⁴⁴. Initialement, la relation entre ces deux étaient symbolisée par la méfiance⁴⁵ justifiant le rejet du premier par le second⁴⁶. Les possibilités d'interactions possibles ressemblaient à ces mariages de raison du XVII^e siècle dont le seul but était de préserver des intérêts personnels des familles. Au gré de l'évolution, les rapports entre l'acte administratif et le droit international se rapprochent d'un mariage d'amour en vue de préserver l'intérêt général. C'est donc la nouveauté dans les rapports entre l'acte administratif et le droit international qui instruit et justifie qu'on le questionne à l'aune des évolutions tant du droit administratif que du droit international⁴⁷. Il nous est paru nécessaire de nous interroger si, dans les rapports entre l'acte administratif et le droit international, il résulte une mutation de l'acte administratif ou

⁴⁰ F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2009, p. 696.

⁴¹ P. MOUZET, « Sur les décisions ni réglementaires ni individuelles : des « actes à double visage », *AJDA*, 2016, p. 170.

⁴² P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », *op.cit.*, p. 133.

⁴³ La théorie des actes de gouvernement empêche parfois l'épanouissement du contentieux administratif à l'égard de certains actes en prise avec le droit international. Ce fut le point de vue de la jurisprudence administrative depuis le début du XX^e siècle, voir CE, 10 février 1893, *Tubé-Lourmand*, Lebon, p. 113 ; CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, D. 1927 ; CE, 07 mars 1952, *Szanto*, Lebon, p. 154 et de la doctrine de la fin du XIX^e siècle. Voir L. MICHOU, « Des actes de gouvernement », *Annuaire Université de Grenoble*, 1889, p. 263 ; P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, Dalloz, 1935, p. 81.

⁴⁴ En ce sens que les rapports de système sont d'abord des rapports de mise en perspective en vue de voir les oppositions et les complétudes.

⁴⁵ K. HANS, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, Volume 14, 1926, pp. 231-329.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 270.

⁴⁷ C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 9 ;



une transformation du droit international. Autrement dit, l'acte administratif en prise avec le droit international conserve-t-il encore sa nature administrative ?

Cette problématique nous conduit à appréhender la sensibilité de l'acte administratif par rapport au droit international. Si les influences du second sur le premier ne sont pas négligeables, il reste que l'acte administratif en prise avec le droit international ne subit pas une mutation. Il demeure un acte administratif en évolution au prisme des interactions entre deux ordres juridiques censés être autonomes. Cette autonomie induisait une méfiance qui s'est progressivement transformée en acceptation. Cette acceptation a permis à l'acte administratif d'avoir droit de citer en droit international sans perdre sa nature administrative. En conséquence les rapports entre acte administratif et droit international induisent des effets parfois unilatéraux et parfois réciproques permettant au second d'insuffler une nouvelle dynamique au premier sans pour autant le dénaturer. L'on peut déduire de cette dynamique la structuration de l'acte administratif par le droit international (I). Cette structuration a eu des échos sur la conception de l'acte administratif bilatéral. La corrélation entre le droit international et le contrat induit la reconfiguration de l'acte administratif par le droit international (II).

I. La structuration de l'acte administratif par le droit international

L'acte administratif est l'expression de la volonté d'un dépositaire de l'autorité publique en droit interne. Ce qualificatif a un intérêt à la fois dans l'ordre juridique interne de l'Etat et dans l'ordre juridique international. La première conception se fonde sur le principe de l'autonomie des ordres juridiques postulant en conséquence et *a priori* une indifférence des ordres juridiques interne et international. En raison des interactions entre l'acte administratif et le droit international, les évolutions de l'acte administratif et du droit international ne militent guère pour l'idée d'une autonomie aussi marquée. La tendance est plutôt celle d'une indifférence unilatérale surmontée (A). En conséquence, l'évolution parallèle entre l'acte administratif et le droit international est devenue très épaisse. L'acte administratif, en droit internationale, est désormais un *acte juridique international*⁴⁸, instituant ainsi une acceptation réciproque (B).

A. Une indifférence unilatérale surmontée

L'indifférence du droit international à l'égard de l'acte administratif est le fruit d'une confrontation entre deux ordres juridiques. Tout de même, le droit international donne parfois, à l'acte administratif sa consistance. Il en résulte un nivellement de ce dernier par le droit

⁴⁸ Italiques ajoutés, car d'un point de vue strict du droit administratif l'expression acte juridique international est un néologisme.



international (1). Ce nivellement induit la primauté du droit international sur l'acte administratif (2).

1. Le nivellement de l'acte administratif par le droit international

L'acte administratif, élaboré pour régir l'Etat à l'interne, n'est pas resté éloigné du droit international. C'est l'autorité de cette dernière en droit interne qui ne fut pas certaine dès le départ⁴⁹. Deux domaines, résultant de l'évolution du contentieux administratif des « actes internationaux », peuvent expliquer cet état des choses. Il s'agit d'une part, du contrôle de la procédure de ratification des traités en forme simplifiée ; et d'autre part, de l'appréciation de la réciprocité dans l'application d'un traité international⁵⁰.

La première situation est la résultante d'une distinction constitutionnelle entre la ratification opérée par le parlement et celle opérée par l'exécutif. La première hypothèse instruit sur l'existence d'une loi qui échappe au contrôle du juge administratif. C'est le cas des articles 149 de la Constitution du Burkina Faso⁵¹, 169 de la Constitution du Niger⁵², 85 de la Constitution de la Côte d'Ivoire⁵³, 182 de la Constitution du Mali⁵⁴ qui posent le principe de l'intervention de la ratification par voie législative. Dans ces différentes hypothèses, le principe est donc l'intervention d'un acte administratif pour la ratification des traités autres que ceux figurant dans les diverses dispositions constitutionnelles citées. Le principe de réception du droit international par des mécanismes au plan interne, quoique relevant d'un constat du droit international⁵⁵ au détour de la théorie du domaine réservé⁵⁶, n'est une exigence que dans l'ordre juridique interne.

⁴⁹ B. STIRN, « Le Conseil d'Etat et le droit international », Colloque de l'Université Panthéon-Assas sur *L'internationalisation du droit administratif*, 2020, disponible sur www.conseil-etat.fr, consulté le 10 septembre 2023.

⁵⁰ CE, ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, Rec., 297.

⁵¹ Selon cette disposition, doivent être ratifiés par une loi, les traités de paix, les traités de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient l'état des personnes ou qui modifient une loi.

⁵² Au Niger il s'agit traités de défense et de paix, les traités et accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui modifient les lois internes de l'Etat et ceux qui portent engagement financier de l'Etat.

⁵³ En Côte d'Ivoire ce sont les traités de paix, les traités ou Accords relatifs à l'organisation internationale, et les traités qui modifient les lois internes de l'Etat.

⁵⁴ Au Mali, ce sont les traités de paix et de commerce, les traités portant constitution d'une organisation internationale, ceux engageant les finances de l'Etat et les traités relatifs à l'état des personnes.

⁵⁵ Ce point est l'objet de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats. Selon cette disposition, l'invocation du droit interne ne peut prospérer dans la neutralisation des effets d'un traité que s'il en résulte la violation manifeste d'une disposition d'importance fondamentale du droit interne.

⁵⁶ R. KOLB, « Du domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *Revue générale de droit international public*, 2006, n°3, pp. 597-646 ; B. V. W. OUEDRAOGO, « L'évolution du domaine réservé de l'Etat en droit international », *Afrilex*, 2021, pp. 1-28.



Dès lors, les mécanismes de ratification par l'exécutif, opérée au moyen d'un acte administratif appelle l'attention du droit international à l'égard de l'acte administratif constatant la naissance de l'obligation juridique internationale pour l'Etat. Ainsi, un traité signé et non ratifié ne peut entrer dans l'ordre juridique interne⁵⁷. C'est ce qui explique que le juge administratif, faisant preuve d'une attention particulière pour les relations internationales de l'Etat, a rangé ces catégories d'actes dans celle des actes de gouvernement⁵⁸.

La seconde situation résulte de l'interprétation des traités internationaux dans la sphère juridique interne. Opérée pendant longtemps au moyen d'un acte administratif émanant du ministère des affaires étrangères, la jurisprudence administrative et la doctrine y ont d'abord vu un principe normal dans le fonctionnement de la République avant que le juge administratif ne se donna lui-même cette prérogative⁵⁹. Dans les deux cas cependant, la portée pour le droit international est restée relativement neutre dès lors que celui-ci trouve par cette interprétation, un moyen d'entrée dans l'ordre juridique interne de l'Etat. Ainsi, il suffit au droit international de constater que l'Etat a respecté son engagement international au moyen d'un acte, administratif fût-il⁶⁰.

Cette exigence est aussi celle du droit communautaire à travers la conséquence des directives. Le juge communautaire UEMOA en a fait un principe général à valeur communautaire dans son avis du 18 mars 2003⁶¹. Plus tard, il l'a consacré au moyen d'arrêts⁶². Il s'agit dès lors d'une tendance dans les relations entre l'acte administratif et le droit international. Cette tendance révèle que la présence de l'acte administratif dans la théorie des sources du droit international fut d'abord une consécration par constat. Cette consécration fut considérée par la jurisprudence administrative comme le règne d'une administrativité de l'acte conforme au droit

⁵⁷ J. F. LACHAUME et autres, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, 19^e édition, PUF, 2023, p. 67 ; CE, 18 avril 1951, *Elections de Nolay*, D. 1953.

⁵⁸ Par exemple pour le refus d'un Etat d'aller devant la CIJ voir CE, 9 juin 1952, *Gény*, Rec., p. 19 ; Sur l'ordre de brouiller les émissions d'une radio étrangère voir TC, 2 février 1950, *Radiodiffusion française*, Rec., Lebon ; sur les conditions de signature d'un traité international voir CE, Sect., 1er juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Rec., p. 312.

⁵⁹ CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, Rec. 171.

⁶⁰ C'est le cas de la directive de l'UEMOA numéro 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA internalisée au Burkina Faso initialement par décret numéro 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public.

⁶¹ Avis numéro 001-2003 du 18 mars 2003 portant demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des Comptes au Mali.

⁶² Arrêt n° 01/2021 du 19 mai 2021, *recours préjudiciel* n° RP 20 RP005 du 24 avril 2020, introduit par la Cour de Cassation du Burkina Faso ; Arrêt n° 005/2020 du 08 juillet 2020, *recours de la Commission contre Cour constitutionnelle du Bénin*.



international⁶³. Ceci est conforté par le constat même en droit administratif que c'est la conformité de l'acte administratif au droit international qui fait l'objet de l'office du juge administratif s'il est appelé à se prononcer sur un acte administratif en rapport avec le droit international. Les références de la jurisprudence administratives à ce sujet, assorties d'une période de rétention du juge administratif à l'égard des actes de ratification⁶⁴, sont suivies d'une époque d'admission en droit français⁶⁵ auréolées par l'*obiter dictum* de la CPJI. La CPJI a jugé qu' « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, **au même titre que**⁶⁶ les décisions judiciaires ou **les mesures administratives**⁶⁷ ». Cette position de la Cour a fait école dans la jurisprudence internationale⁶⁸ au point de faire admettre la primauté du droit international sur l'acte administratif.

2. La primauté du droit international sur l'acte administratif

D'un point de vue du contentieux administratif, la primauté du droit international sur l'acte administratif fut l'œuvre de la jurisprudence administrative applicable aux ex colonies françaises. Elle fut légitimée au moyen de l'invention par le juge administratif du contrôle de conventionnalité dont la finalité est d'apprécier la conformité d'un acte administratif par rapport au droit international. L'on se place déjà sur le terrain de la production d'effets juridiques du droit international sur le droit interne. L'arrêt *dame Kirkwood*⁶⁹ constitue à cet égard l'aboutissement d'une théorie aujourd'hui consolidée dans le droit du contentieux administratif⁷⁰. La négation du vieux principe selon lequel *l'action diplomatique ne participe pas de l'action administrative*⁷¹ est la preuve que l'acte administratif, trouvant ses fondements

⁶³ CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291 ; En droit français, CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, Rec. 142 ; CE, ass., 15 octobre 1993, *RU de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, Rec., 268 ; CE, 30 juillet 2021, *François COMPAORE*, Rec. Lebon, 439436.

⁶⁴ CE, 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. 534 ; CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, D. 1927.

⁶⁵ CE, 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim* ; CE, 12 juillet 2017, *Durbano*, Rec., 425.

⁶⁶ Gras ajoutés.

⁶⁷ « *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* », fond, arrêt n° 7 du 1926, C.P.J.I. série A, n° 7, p. 19, § 3.

⁶⁸ Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM), rôle des affaires n°2, *affaire du navire « SAIGA 2 »*, Saint-Vincent-et-Les-Grenadines c. Guinée, arrêt du 01 juillet 1999, §§ 116 à 121 ; *Affaire du Navire « Virginia G »* (Panama/Guinée-Bissau), arrêt du 14 avril 2014, TIDM Recueil 2014, § 219.

⁶⁹ CE, Assemblée, 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, requête numéro 16690, rec. p. 291.

⁷⁰ Rendu une année après l'arrêt *dame Lamotte* (CE, assemblée, 17 février 1950) l'arrêt *dame Kirkwood* prolonge les enseignements du juge administratif sur le recours pour excès de pouvoir et consacre la suprématie des traités sur les actes administratifs. J. F. LACHAUME et autres, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, 19^e édition, PUF, 2023, p. 66.

⁷¹ P. WEIL, M. LONG, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 676.



dans le droit international⁷², ne peut lui être contraire en toute impunité⁷³. Cette jurisprudence administrative vient atténuer ainsi la portée de la théorie des actes de gouvernement⁷⁴, née sous des jurisprudences princières⁷⁵, et devenue, depuis, une invention jurisprudentielle pour l'immunité de certains actes administratifs⁷⁶ en prise avec le droit international. A travers le contrôle de conventionnalité, c'est l'affirmation par voie prétorienne de la primauté du droit international sur l'acte administratif dont l'article 151 de la Constitution du Burkina Faso et l'article 55 de la Constitution française posent le principe sous le vocable, parfois, général de loi. Jean François LACHAUME en conclut qu' « en faisant référence aux traités et accords internationaux, l'article 55 de la Constitution (151 de la Constitution burkinabè) vise, d'abord et pour l'essentiel, les techniques classique de fabrication du droit international »⁷⁷.

Contrairement à la primauté des traités internationaux qui a été affirmée dans la plupart des Constitutions (l'article 151⁷⁸ de la Constitution du Burkina Faso ainsi que d'autres constitutions⁷⁹), le débat reste ouvert sur la primauté de la coutume internationale vis-à-vis des actes administratifs. Les constitutions de certains Etats d'Afrique de l'ouest francophone, inspirées de la constitution française, ont mis en place un système de monisme avec primauté du droit international. En conséquence, c'est tout le droit international qui prime sur l'acte administratif. Partant, la coutume internationale a une emprise sur le droit administratif, sauf lorsqu'un Etat, à l'égard de la naissance d'une règle coutumière internationale, a fait une *persistant objector*⁸⁰. En dehors de cette situation, son respect par le droit national est fondé sur la théorie volontariste de l'accord tacite elle-même fondée sur le principe de bonne foi⁸¹.

La primauté de la jurisprudence internationale sur les actes administratifs a été résolue par la CPIJ dans l'affaire de *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*⁸².

⁷² J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2022, 1118 p.

⁷³ Cette situation résulte de l'Etat de droit qui implique de cerner l'activité administrative au regard de ses implications juridictionnelles.

⁷⁴ CE, 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, 181249.

⁷⁵ CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*.

⁷⁶ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, 2^e édition, CeDAT, 2021, p. 73.

⁷⁷ J. F. LACHAUME et autres, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, *op.cit.*, p. 77

⁷⁸ Selon cette disposition, « Les traités et 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. » On trouve cette disposition similaire dans la constitution française (article 55), ivoirienne (article 87), Béninoise (article 147), nigérienne (article 171), malienne (article 183)...

⁷⁹ Article 55 de la Constitution française de 1958.

⁸⁰ A. PELLET, M. FORTEAU, A. MIRON, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, 2022, p. 419.

⁸¹ CIRDI, 25 septembre 1983, *Amco Asia e.a c. Indonésie*, ARB/81/1§ 14.

⁸² Voir les notes de bas de page 1 et 53.



Dans ce cas, la primauté de l'acte administratif devient la règle, mais uniquement à l'égard de cette coutume internationale. Le juge administratif français a fait l'option d'une distinction selon que l'acte est administratif ou législatif. La primauté de la coutume internationale ne peut être invoquée qu'à l'égard des actes administratifs⁸³ sauf en cas de similarité entre la coutume internationale et la règle de droit interne. En conséquence, la jurisprudence du Conseil d'Etat français confirme qu'aucune règle n'interdit le juge administratif à recourir à la coutume internationale⁸⁴ pour la résolution de certains « problèmes spécifiques du droit international »⁸⁵. En revanche, le droit allemand s'écarte de cette double distinction, instaurant un régime similaire à celui des Etats d'Afrique de l'ouest francophone.

Ainsi le Tribunal constitutionnel fédéral allemand tire de l'article 25 de la constitution allemande la supériorité sur la loi fédérale des seules règles générales du droit international⁸⁶, au nombre desquelles elle range la coutume internationale⁸⁷. La primauté du droit international sur l'acte administratif s'explique au moyen d'un raisonnement autonome⁸⁸ et d'un raisonnement *a fortiori* partant de la primauté du droit communautaire sur la loi⁸⁹.

Le droit UEMOA offre une pareille perspective depuis l'avis consultatif de la Cour de justice sur *l'agrément unique*⁹⁰. Le principe adopté par la loi bancaire⁹¹ et la Convention portant création de la Commission bancaire⁹² a été de mettre en place l'intervention d'un acte administratif⁹³ dans l'octroi d'un agrément bancaire avant toute intervention de la Commission bancaire⁹⁴. La conséquence à l'égard des autres actes administratifs nécessaires dans d'autres

⁸³ CE, assemblée, 06 juin 1997, *Aquarone*.

⁸⁴ CE, 15 décembre 2018, *Etat d'Ukraine*, Rec., 485 ; CE, ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, Rec., 297.

⁸⁵ J. F. LACHAUME et autres, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, 19^e édition, PUF, 2023, p. 79.

⁸⁶ Selon l'article 25 de la Constitution allemande, « Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. »

⁸⁷ B. STIRN, « Le Conseil d'Etat et le droit international », Colloque de l'Université Panthéon-Assas sur *L'internationalisation du droit administratif*, 2020, disponible sur le site du Conseil d'Etat, consulté le 25 juillet 2023.

⁸⁸ Dans l'arrêt Cohn Bendit, le Conseil d'Etat français paraît avoir admis la supériorité d'un acte administratif individuel sur une directive en méconnaissance de l'arrêt *Van Duyn* du 04 décembre 1974 de la Cour de justice des communautés européennes. CE, 22 décembre 1978. L'arrêt *Perreux* se présente cependant comme un revirement de la jurisprudence Cohn Bendit, CE, 30 octobre 2009.

⁸⁹ CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190 ; CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. 251.

⁹⁰ Avis numéro 1/96 du 10 décembre 1996, *Demande d'avis de la BCEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers*.

⁹¹ Voir l'article 9 de cette loi.

⁹² Articles 12, 24 et 32.

⁹³ Cet acte est signé par le ministre compétent de l'Etat d'accueil de l'institution financière.

⁹⁴ A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e édition, L'Harmattan, 2018, p. 79.



Etats de l'Union est nette et résulte d'une volonté première du droit communautaire de faire prévaloir dans les autres Etats un acte administratif signé dans un Etat membre. Dès lors, la relation entre droit administratif et droit international s'inscrit dans la dimension d'une acceptation réciproque.

B. Une acceptation réciproque

La liaison entre l'acte administratif et le droit international ressemble à un mariage de raison du XVII^e siècle. Cette déduction est la conséquence d'un constat à travers la jurisprudence internationale qui voit désormais dans l'acte administratif une nouvelle source du droit international (1). En conséquence, l'acte administratif est aussi une source d'obligation internationale (2).

1. Une nouvelle source du droit international

L'appréciation de l'acte administratif par rapport au droit international n'en fait plus, un acte isolé. L'acte administratif peut pleinement produire des effets en droit international. Dans certaines situations, l'acte administratif unilatéral devient un *acte juridique international*.

La première hypothèse se situe dans la détermination des actes administratifs des organisations internationales. Ce sont les actes unilatéraux adoptés par une institution internationale. L'acte administratif dans cette acception est considéré comme la substance d'une volonté unilatérale d'un organe, lequel est établi en vue de prendre des décisions au nom d'un ensemble institutionnel⁹⁵. Il existerait sous cet angle des sujets de droit auxquels l'acte en question s'adresse. Le mécanisme d'appréciation de l'acte est celui du droit administratif dans la mesure où ce dernier, pour admettre l'existence formelle d'un acte administratif se suffit de son auteur, du respect de la procédure et de la hiérarchie des normes. La présomption de légalité est acquise dès sa signature. Cette logique n'est pas différente en droit international⁹⁶. Elle explique que des suspicions de validité de l'acte soient fondées dès lors que l'un des trois éléments fait défaut.

L'acte administratif unilatéral, cette fois en tant que l'acte d'un Etat dans sa dimension avec le droit administratif, est aussi une source du droit international suivant la volonté de la jurisprudence internationale. Cet aspect de la problématique est surtout marqué dans le cadre du contentieux territorial impliquant des Etats issus du processus de décolonisation. La résolution des litiges frontaliers impliquant les Etats latino-américains et les Etats africains a

⁹⁵ M. VIRALLY, « Les actes unilatéraux des organisations internationales », disponible sur <https://www.sfdi.org>, p. 253, consulté le 30 juillet 2023.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 269.



été fondée sur le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation et le principe de l'*uti possidetis juris*. Il en résulte une double implication à l'égard de l'acte administratif par rapport au droit international.

La première se fonde sur l'autorité effective exercée par le colonisateur sur un territoire. La Cour internationale de justice définit les effectivités coloniales comme *le comportement des autorités administratives (...) pendant la période coloniale*⁹⁷. Cette dernière prend en compte la puissance publique⁹⁸ en tant qu'attribut⁹⁹ et doctrine du droit administratif¹⁰⁰. La jurisprudence internationale a développé la théorie des effectivités dont les nombreuses manifestations s'apprécient sous l'angle de l'existence d'actes administratifs, entendu ici comme des actes matériels de l'administration. Il s'agissait d'une administration interne ou plus précisément l'administration d'un territoire au sens du droit administratif, nécessitant la réalisation d'activités de police. Dans l'affaire de l'île de *Kasikili/Sedudu*, le prononcé de la Cour en faveur du Botswana fut rendu possible au moyen de l'appréciation de l'autorité, sous l'angle du droit administratif, de l'administration botswanaise¹⁰¹. Cette dynamique a fait école dans la jurisprudence internationale¹⁰².

Le point le plus marquant dans la considération de l'acte administratif comme un acte juridique international ou une source du droit international réside dans la définition que la Cour donne de l'*uti possidetis juris* dans la délimitation des territoires des Etats issus de la décolonisation en Afrique. Selon la CIJ, *lorsque le principe de l'uti possidetis juris est en jeu, le jus en question n'est pas le droit international, mais le droit (...) administratif du souverain avant l'indépendance*¹⁰³. En considération de ces jurisprudences, la CIJ a invoqué les actes

⁹⁷ *Différend frontalier (Burkina Faso c/ Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, C.I.J. Recueil 1986, § 63.

⁹⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 8 ; A. GESLIN, « Puissance publique et droit international », Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA-5, coll. Colloques et débats, Grenoble, France, Lexis-Nexis, 2012, p. 269.

⁹⁹ O. BEAUD, « Le souverain », *revue pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 33.

¹⁰⁰ J.-B. AUBY, « A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, Etudes réunies par Fabrice MELLERAY, Université de Poitiers, 2004, p. 9.

¹⁰¹ *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, Arrêt du 13 décembre 1999, C. I. J. Recueil 1999, § 98.

¹⁰² *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, (Malaisie/Singapour), arrêt du 23 mai 2008, C.I.J. Recueil 2008, § 222 ; Cour Permanente d'Arbitrage, *souveraineté territoriale et champ du différend*, Erythrée/Yémen, Award Series, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 288, par. 19, et p. 423, par. 474 ; Cour permanente d'arbitrage, *affaire de l'île de Palmas (ou Miangas)*, Etas Unis c./ Pays-Bas, sentence arbitrale du 04 avril 1928, RSA, volume II, p. 837, § 3 ; *Affaire des phares en crête et à samos*, C.P.J.I., arrêt du 08 Octobre 1937, fascicule n° 71, série A/B, p. 106 ; *Affaire des phares en crête et à samos*, C.P.J.I., arrêt du 17 mars 1934, fascicule n° 62, série A/B, p. 25 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie/Malaisie), arrêt du 17 décembre 2002, C. I. J. Recueil 2002, § 147 ; « *Affaire des Minquiers et des Écréhous* » (France / Royaume-Uni), Arrêt du 17 novembre 1953: C. I. J. Recueil 1953, § 71.

¹⁰³ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, § 160 ; *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), arrêt du 19 novembre 2012, C.I.J. Recueil 2012, § 64.



administratifs français pour résoudre le différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali en 1986, entre le Bénin et le Niger en 2005¹⁰⁴, entre le Burkina Faso et le Niger en 2013¹⁰⁵.

De même, l'acte par lequel un Etat délimite ses frontières internationales peut être un acte administratif unilatéral. C'est le cas pour la délimitation des lignes de base¹⁰⁶, ou la proclamation unilatérale de zones de pêche exclusives¹⁰⁷. Et cette détermination se fait au moyen d'actes à caractère unilatéral. L'acte administratif devient sous cet angle un fait ayant une valeur normative pour le droit international, sans pour autant conférer au juge international le rôle de se comporter comme le ferait une juridiction administrative française si elle devait se prononcer sur les actes administratifs adoptés sous la colonisation¹⁰⁸. C'est pourquoi dans la logique kelsenienne de l'Etat, le pouvoir en tant que composant essentiel de la puissance est un élément de validité de l'ordre juridique étatique¹⁰⁹. A cet égard, il peut être une source d'obligations internationales.

2. Une source d'obligations internationales

L'acte administratif n'est pas uniquement un acte juridique international. Il peut être aussi une source d'obligation internationale.

Le premier élément qui renseigne sur cette donne se situe dans la théorie des actes unilatéraux de l'Etat conformément au droit international. Dans cette hypothèse, l'acte unilatéral de l'Etat crée une obligation juridique internationale. Il devient un acte normateur autonome de l'Etat pour le droit international. A cet égard, la dénonciation par voie administrative d'un traité¹¹⁰, la reconnaissance d'un Etat ou d'un gouvernement suivant la même voie¹¹¹, la ratification par l'exécutif¹¹², la protestation¹¹³, la notification, le retrait d'une organisation internationale¹¹⁴ ...

¹⁰⁴ *Différend frontalier* (Bénin/Niger), arrêt du 12 juillet 2005, C.I.J. Recueil 2005, §§ 30, 53 et 55.

¹⁰⁵ *Différend frontalier* (Burkina Faso/Niger), arrêt du 16 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, §§ 1, 66 et suivants.

¹⁰⁶ « *Affaire des pêcheries* » (Royaume-Uni c/ Norvège), Arrêt du 18 décembre 1951 : C. I. J. Recueil 1951, p. 131, § 8 et p. 132, § 4 et 7.

¹⁰⁷ A. VAN DER ESSEN, « Les régions Arctiques et Antarctiques », in *Traité du nouveau droit de la mer*, R. J. DUPUY, D. VIGNES (dirs), Paris, Economica, 1985, p. 476.

¹⁰⁸ *Différend frontalier* (Bénin/Niger), arrêt du 12 juillet 2005, C.I.J. Recueil 2005, § 140.

¹⁰⁹ H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *R.d.C.*, 1953-III, p. 76 ; L. DELBEZ, « Du territoire dans ses rapports avec l'Etat », *R.G.D.I.P.*, 1932, p. 712 ; P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, 2e édition, Tome 1, Genève, Librairie Georg, 1953, p. 374.

¹¹⁰ Note numéro 2023-609/MAECRBF/CAB du 07 août 2023 sur la dénonciation de la Convention de non double imposition signée le 11 août 1965 entre le Burkina Faso et la France.

¹¹¹ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, 1964-I, tome 112, pp. 363-467.

¹¹² A. PELLET, M. FORTEAU, A. MIRON, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, 2022, p. 365.

¹¹³ *Statut juridique du Groenland oriental*, C. P.J. I. série A/B n° 53, arrêt du 05 avril 1933, p. 62.

¹¹⁴ A. KPODAR, D. KOKOROKO, « Le retrait par le Bénin et la Côte d'Ivoire de leur déclaration accordant la saisine de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples aux individus et organisations non gouvernementales », *CDP*, 11 août 2020, disponible sur cdplome.org, consulté le 30 août 2021.



sont autant d'actes unilatéraux des Etats qui, s'inscrivant dans le cadre de leur droit administratif au moyen de la théorie des actes de gouvernement, constituent des sources d'obligation internationale. La CPJI¹¹⁵ et la CIJ¹¹⁶ ont tiré prétexte de ces actes unilatéraux pour se prononcer en faveur de contentieux élevés à leur prétoire.

La dénonciation, par l'exécutif, d'une convention internationale ratifiée par celui-ci constitue un acte administratif insusceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Elle laisse cependant la possibilité pour une juridiction internationale de se prononcer, s'il existe une déclaration facultative de compétence obligatoire, à l'égard d'une juridiction ou si la convention contenait une clause d'arbitrage. L'idée est qu'une convention dénoncée laisse toujours en suspens des effets résiduels que la dénonciation ne peut méconnaître. Une dénonciation par l'exécutif emporte ainsi deux effets juridiques. En tant qu'acte administratif de droit interne elle met fin à une convention internationale, et en tant qu'acte autonome pour le droit international elle laisse subsister des effets de ce droit, notamment, le respect des engagements souscrits conformément à la Convention¹¹⁷.

L'acte administratif peut être le point de départ d'un conflit en matière de protection des droits de l'homme. Ce fut le cas dans l'affaire *Afolabi Olajide c./ République fédérale du Nigeria* par rapport à l'acte du gouvernement de la fermeture de la frontière avec le Bénin¹¹⁸.

A l'égard de la théorie des sources du droit international, les principes généraux du droit (PGD) constituent un point de rencontre entre l'acte administratif et le droit international. Les PGD en droit international constituent des principes généraux en vigueur dans le droit interne des Etats. En s'en appropriant, la jurisprudence internationale établit un lien entre le droit international et le droit administratif. Les PGD en droit international sont aussi des principes du droit interne dont beaucoup tirent leur source de la théorie de la légalité administrative¹¹⁹. C'est le cas du principe des droits de la défense abordé de longue date par la jurisprudence administrative¹²⁰ et

¹¹⁵ *Statut juridique du Groenland oriental*, C. P.J. I. série A/B n° 53, arrêt du 05 avril 1933, pp. 22 et 27.

¹¹⁶ *Affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt du 20 décembre 1974, C. I. J. Recueil 1974, p. 457 ;

¹¹⁷ Cette dernière exigence se fonde sur l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités selon lequel « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. »

¹¹⁸ Cour de justice de la CEDEAO, arrêt numéro 01/04/04, *Affaire Afolabi Olajide c./ République du Nigeria*, du 27 avril 2004.

¹¹⁹ CE de France, 28 juillet 2000, *Paulin*, Rec., 317 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 86.

¹²⁰ CE, 28 juin 1918, *Heyriès* ; CE, 05 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, CE, 26 octobre 1945, *Aramu et autres*.



érigé en principe du droit à un procès équitable en droit international¹²¹. Il en va aussi de même du principe de sécurité juridique¹²² jadis faible en droit international¹²³, mais ayant acquis droit de citer au nom des principes de l'Etat de droit transportable en droit international¹²⁴. A l'inverse, la jurisprudence administrative française admet que le juge administratif français peut se référer à un principe général du droit international dès lors qu'il n'est pas en contradiction avec l'ordre public français¹²⁵. Ainsi, l'existence des PGD en droit international, fruit de son constat en droit interne, a été rendue possible au moyen de la codification de ce droit et de la présence d'un juge international qui en est le garant¹²⁶.

Par ailleurs, le droit international s'est approprié la technique des actes administratifs en matière de délégation de signature. A l'occasion d'un contentieux communautaire devant la Cour de justice de l'UEMOA, cette juridiction s'est référée au droit administratif, notamment à la théorie de la légalité administrative, pour déterminer la validité d'une délégation de signature en droit UEMOA. C'est à l'aune de la théorie des actes administratifs que le juge communautaire a invalidé la délégation de signature donnée au président de la Commission de l'UEMOA à son directeur de cabinet¹²⁷. Le Professeur Alioune SALL, critiquant cette posture du juge communautaire, fait observer, à propos de cet avis, qu'il fait « une large place à des considérations de droit administratif¹²⁸ ».

L'acte administratif a aussi reconfiguré le contentieux administratif de la réparation au sein des organisations internationales. Il en va ainsi de l'institution des tribunaux administratifs dans les Organisations internationales en vue du règlement des différends opposant l'organisation à ses agents. Dans le cadre d'un recours formé contre un acte qui fait grief, la jurisprudence administrative a jugé qu'un requérant qui souhaite obtenir réparation de dommages subis du fait de l'adoption d'un acte administratif devait, avant l'introduction d'une instance de plein

¹²¹ *LaCrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, C. I. J. Recueil 2001, p. 466 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c./ Espagne), arrêt du 05 février 1970, C.I.J. Recueil 1970, p. 3 ; Cour de Justice de l'UEMOA, arrêt n° 02/2012 du 19 décembre 2012, *Dame Mondoukpe Sidonie Sodabi et M. Léon Kougblenou C./ BCEAO agence principale de Cotonou* ;

¹²² R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, pp. 103-142.

¹²³ M. VIRALLY, *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Graduate Institute Publications, 1990, disponible sur <http://books.openedition.org/iheid/4377>, p. 86 ; R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, pp. 103-142.

¹²⁴ En raison de la réduction du domaine réservé et de la constitutionnalisation du droit international.

¹²⁵ CE, 18 juin 2018, M. S, Rec., 265.

¹²⁶ K. DOSSO, « Le principe de sécurité juridique en droit international », *Afrilex*, 2020, pp. 18 et suivants.

¹²⁷ Cour de justice de l'UEMOA, avis numéro 001/98 du 10 septembre 1998 *sur la conformité de la délégation de signature donnée par le Président de la Commission à son directeur de cabinet avec les textes de l'UEMOA*, § 17.

¹²⁸ A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e édition, L'Harmattan, 2018, p. 118.



contentieux, obtenir l'annulation de l'acte administratif litigieux¹²⁹. Cette exigence pouvant entraîner une injustice, la jurisprudence administrative a jugé qu'il suffisait au requérant de concentrer les deux recours dans le cadre du contentieux de pleine juridiction. En d'autres termes, la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir est cumulable, seulement dans le cadre du recours de plein contentieux sans que l'exception de recours parallèle ne puisse faire obstacle à l'action d'un plaignant¹³⁰. Cette assurance a inspiré la jurisprudence communautaire désormais favorable à des recours parallèles¹³¹, remettant ainsi en cause sa jurisprudence initiale. Les observations du Professeur Alioune SALL s'inscrivent cependant dans une dimension contraire à la position de la Cour. Le non cumul des deux actions est justifiée par le fait qu'en choisissant le recours en responsabilité, le requérant a exclu le recours en annulation¹³². La possibilité ainsi offerte au droit international sur le droit administratif induit un redimensionnement de celui-ci par celui-là.

II. La reconfiguration de l'acte administratif par le droit international

Le concept de redimensionnement est une résultante de la science de l'image et poursuit le double objectif d'agrandissement ou de rétrécissement par l'idée de transformation. Appliqué aux rapports entre l'acte administratif et le droit international, l'interaction entre ces deux induit l'internationalisation de l'acte administratif (**A**). Sans perdre sa nature première, l'acte administratif reçoit une redéfinition par le droit international (**B**).

A. L'internationalisation de l'acte administratif

L'autonomie de la volonté dans la conclusion de certains contrats administratifs a changé la philosophie, partiellement en tout cas, du contrat administratif. C'est ce qui justifie l'existence d'une reconfiguration de la loi applicable au contrat administratif (**1**) et la soumission de celui-ci aux institutions du droit international (**2**).

1. La reconfiguration de la loi applicable au contrat administratif

L'internationalisation du droit administratif fut une trouvaille de la doctrine au prisme de l'analyse à la fois de la jurisprudence internationale et de la pratique administrative. Elle porte sur l'existence d'un élément d'extranéité dans la conduite des activités « dont l'administration

¹²⁹ CE, 15 février 1907, *Théveneau*, Rec., 162.

¹³⁰ CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec., 348 ; C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 11^e édition, Paris, LGDJ, 2023, pp. 75-76.

¹³¹ Cour de justice de l'UEMOA, arrêt du 29 mai 1998, *Entre Monsieur Laubhouet Serge et la Commission de l'UEMOA*.

¹³² A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e édition, *op. cit.*, p. 94.



est en charge ou les droits dont bénéficient les administrés »¹³³. La théorie de l'internationalisation de l'acte administratif fut un fait marquant à l'égard des contrats administratifs¹³⁴. Pendant longtemps confinés dans les carcans d'une pratique et d'une réflexion orientées sur des considérations de droit interne, propres à la logique temporelle même du droit¹³⁵, les tenants de la théorie du contrats administratifs n'ont pu l'envisager dans une perspective hors du droit national.

L'analyse de la mondialisation du droit situe cependant la conclusion d'un contrat administratif parmi les institutions du droit administratif global¹³⁶. Il ne s'agit pas d'entendre le global ici sous l'angle d'un effacement des ordres juridiques nationaux, comme c'est le cas du vaste mouvement de pensée autour de l'école du pragmatisme judiciaire de Belgique, symbolisée par la réflexion féconde de Chaïm PERELMAN¹³⁷, mais plutôt sous l'angle d'une revalorisation de ces ordres juridiques, contribuant au renforcement de la glocalisation¹³⁸. De la sorte, le mouvement créé par la mondialisation n'a pas pour finalité de créer un isolement, mais une « internormativité » pour engendrer ce que Mireille DELMAS-MARTY a appelé une « coordination par entrecroisements¹³⁹ ». Il fait cohabiter le global et le local¹⁴⁰, dans une dimension de la prise en compte de l'interne par l'international et *vice versa*¹⁴¹.

Cette dynamique n'est donc pas celle d'un écartement de l'acte administratif par le droit international, mais celle d'une prise en compte et d'un moyen d'alignement de deux ordres juridiques vers un objectif commun qu'est celui du développement économique. La logique

¹³³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 83.

¹³⁴ Selon l'article 42 de la Convention CIRDI, *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.*

¹³⁵ Le doyen Carbonnier nous enseigne que le droit est un *sic*, c'est-à-dire un acte vivant qui évolue et régresse en fonction des besoins des sociétés à des moments donnés. Selon l'opinion individuelle du juge Ammoun dans l'affaire de la Namibie devant la CIJ en 1971, « le droit est un acte [sic] vivant, non un palmarès glorieux des auteurs du passé, dont l'œuvre impose certes le respect, mais auxquels on ne peut supposer, des grands esprits exceptés, une vision de l'avenir telle qu'il leur soit possible de voir toujours au-delà de leur temps ». (Voir Opinion individuelle du juge AMMOUN, vice-président de la CIJ, sous l'avis consultatif sur *les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, CIJ Recueil 1971, p. 75.)

¹³⁶ C'est la conséquence de la dimension transnationale des contrats d'Etat et des contrats d'investissements.

¹³⁷ B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne, introduction au grands courants de la pensée juridique*, Story scientia, Bruxelles, 1999, 135 p.

¹³⁸ M. CHAMBON, « L'espace et le territoire : le droit public à l'épreuve de l'extranéité », « *Civitas Europa* », n° 35/2, 2015, p. 103.

¹³⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, pp. 39 et 40.

¹⁴⁰ J. B. AUBY, « Réflexions sur la territorialisation du droit », Mélanges J.-C. DOUENCE, 2006, p. 33 ; *La décentralisation et le droit*, LGDJ, coll. Systèmes, 2006 ; « Globalisation et décentralisation », Mélanges B. JEANNEAU, Dalloz, 2002, p. 569.

¹⁴¹ M. VANIER, « Partager la souveraineté territoriale : objets, modes et principes de l'État « glocal », *Rives nord-méditerranéennes* [En ligne], 25, 2006, p. 2.



d'un Etat imposant semble relever parfois d'un passé nostalgique lorsqu'elle est confrontée aux exigences de l'Etat de droit. Un Etat ne devrait s'imposer que dans le respect de la légalité. L'Etat est tenu par le principe de la légalité symbolisé par l'adage *tu patere legem ipse quam fecisti*. Or, la légalité au sein de l'Etat ne s'apprécie pas uniquement à l'égard du respect par l'Etat des lois et règlements qu'il édicte. Elle s'apprécie aussi à l'aune du principe *pacta sunt servanda* dans une dimension de droit interne dont le contrat administratif est une révélation.

Sous cet angle, la possibilité d'une liberté contractuelle de la personne publique et de son cocontractant se présente comme le fruit d'un aménagement entre l'interne et l'international. En conséquence, la disponibilité d'une *lega shopping* n'est pas un moyen d'altération de la nature administrative d'un contrat. Les considérations de développements économiques font néanmoins admettre qu'écarter une loi nationale est « fonction de l'équilibre des forces et du talent des négociateurs », donnant au contrat d'Etat les mêmes allures que la négociation d'un traité international¹⁴². Le choix, cependant, d'une loi autre que celle de l'Etat ou parfois de son cocontractant, relevant du droit international privé, moins un moyen d'altération de la nature administrative du contrat, « est un compromis négatif faisant la promotion de la neutralité des parties¹⁴³ » un moyen d'exécution du contrat fondé sur le consentement au sens juridique du terme, puisque ce dernier semble moins présent dans les contrats administratifs classiques.

Sous cette dernière vision, l'exécution consensuelle d'un contrat administratif et les exigences économiques inhérentes à cette exécution ne ferment pas la porte des « bons compromis ». Elle ne peut être non plus un moyen d'amoindrir la souveraineté de l'Etat, dès lors que suivant l'*obiter dictum* de la CPJI, la Cour se refuse à voir dans l'acte « par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté¹⁴⁴.

C'est cet argument qui instruit que le contrat administratif puisse faire l'objet, quant au droit applicable, de dépeçage ou de morcellement. Cette possibilité est le fruit d'une objectivité ou d'une objectivation du contrat administratif, laquelle découle des exigences de la légalité, impliquant que les interdictions en matière de conclusion des contrats doivent être identifiées¹⁴⁵. L'Institut du droit international avait proposé à cet égard que l'objectivation du contrat soit

¹⁴² J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *RCADI*, vol. 181, 1983, p. 43.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴⁴ *Affaire du vapeur Wimbledon*, C.P.J.I., série A, n°1, arrêt du 17 août 1923, p. 25, § 2.

¹⁴⁵ L'article 5 de la Constitution du Burkina Faso dispose, à titre d'exemple, que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce que la loi n'ordonne pas.



fondée sur l'autonomie de la volonté et à défaut sur la règle de droit avec laquelle le contrat a plus de rattachement¹⁴⁶.

C'est cette situation qui justifie que la CPJI ait pu faire constater dans *l'affaire des emprunts serbes* la possibilité d'appliquer une loi d'origine étrangère à un contrat signé par un Etat¹⁴⁷. A l'occasion, la CPJI a fait du morcellement ou du dépeçage un principe applicable à la théorie des contrats d'Etat, suivant la volonté des parties. Ainsi, selon la Cour, « il est bien possible que ce ne soit pas la même loi qui régitte l'obligation sous tous les rapports¹⁴⁸. » Partant, la Cour a ainsi jugé que « l'Etat serbe aurait pu vouloir soumettre ses emprunts à une autre loi, soit en général, soit sous certains rapports ; si cela était prouvé, rien ne pourrait s'y opposer¹⁴⁹. »

Si l'appréciation du caractère administratif d'un contrat devait être constaté à l'aune de l'applicabilité d'une loi nationale, il y a lieu de rappeler que l'existence d'un *lega shopping* n'implique pas l'abandon total et définitif des dispositions nationales relevant de l'expression de la puissance publique. La CPJI a identifié cette situation par l'idée qu'un contrat conclu sous l'empire d'une loi étrangère peut se voir appliquer les dispositions nationales d'ordre public¹⁵⁰ donnant à la conception classique des contrats administratifs une actualité dans sa conception renouvelée. Il en va ainsi de l'applicabilité au contrat administratif, malgré l'existence d'une clause d'indexation d'un droit étranger, de la législation fiscale de l'Etat d'accueil et subsidiairement de sa législation sociale. Cette possibilité relève du droit coutumier¹⁵¹. En dépit, le contrat administratif peut être soumis aux institutions du droit international.

2. La soumission de l'acte administratif aux institutions du droit international

Le droit international constitue un ordre dont l'unilatéralisme induit une tendance de relégation du droit interne à un rang inférieur. Cette conséquence qui découle de la jurisprudence

¹⁴⁶ La solution de la Cour de Cassation situait les contrats passés entre l'Etat et un investisseur privé étranger dans la théorie du droit international privé. Voir Cass. Civ., 31 mai 1932, *L'Etat c/Veuve Carathéodory*. *Revue critique de droit international privé*, 1934, p. 909.

¹⁴⁷ *Affaires des emprunts serbes* (France c./ Serbie), arrêt n°14 du 12 juillet 1929, C.P.J.I., série A, n° 20/21, p. 41, § 4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 5.

¹⁴⁹ *Affaires des emprunts serbes* (France c./ Serbie), *op.cit.*, p. 42, § 3.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 41, § 4.

¹⁵¹ Selon l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économique des Etats, chaque Etat a le droit de réglementer les investissements étrangers sur son territoire.



internationale¹⁵² confère au droit international une autorité certaine sur le droit interne qui lui reste soumis¹⁵³.

Le contrat administratif international obéit à cette logique et se présente plus comme une soumission voulue qu'une soumission subie. Il s'en suit qu'à l'égard d'un Etat moniste, il n'y a pas une dualité de juridiction. Il s'agit plutôt d'unité de juridiction qui permet de sauter les juridictions ordinaires compétentes à l'égard d'un contrat administratif ordinaire. En conséquence, la compétence directe des juridictions internationales est celle d'une compétence d'attribution, à l'instar de la compétence du Conseil d'Etat. Une juridiction internationale n'est compétente dans le contentieux d'un contrat que dans la mesure où les parties lui auraient reconnu une compétence¹⁵⁴ au détriment des juridictions nationales.

Ainsi, la protection diplomatique devant les juridictions se présente comme une possibilité de l'Etat de l'investisseur contre l'Etat cocontractant suivant un processus coutumier¹⁵⁵. Son exercice peut trouver son fondement dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif international¹⁵⁶ vu comme un contrat d'avenir¹⁵⁷ qui s'est aujourd'hui concrétisé. Elle peut intervenir cumulativement avec le mécanisme de la responsabilité internationale de l'Etat suite à l'existence d'un *ducroire* à l'égard du cocontractant directement du fait du contrat. Elle peut aussi être exercée, en cas de souscription à une police d'une assurance par l'Etat de nationalité de l'assureur¹⁵⁸. Lorsque celui-ci est un national, il peut en résulter un véritable contentieux administratif du fait du contrat.

Le contrat administratif international peut aussi faire l'objet d'un arbitrage international. Soit qu'il fait l'objet d'une clause arbitrale autonome par rapport au contrat¹⁵⁹, soit que l'arbitrage

¹⁵² Voir la note 18 et 53 ci-dessus.

¹⁵³ La soumission de l'acte administratif au droit international peut avoir été rendu nécessaire au regard des contraintes de la société internationale. Cette situation, analysée supra, montre que ce n'est pas une soumission qui a été possible suivant des voies pacifiques.

¹⁵⁴ Cette reconnaissance de la compétence au lieu au moyen d'un acte administratif unilatéral de l'Etat : la déclaration facultative de compétence obligatoire. Ou au moyen d'un compromis ou d'une clause compromissoire.

¹⁵⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgique c./ Espagne) arrêt du 05 février 1970, C.I.J. Recueil 1970, § 35 ; *Affaire de l'Elletronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c./ Italie), arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, § 52.

¹⁵⁶ *Affaire des Concessions Mavromatis en Palestine* (Grèce c./ Royaume Uni), arrêt du 30 août 1924, CPJI, série A, n° 2, pp. 7-37

¹⁵⁷ R. WAKED, « La notion de contrat administratif international (les potentialités d'une théorie d'avenir) », *LPA*, 14 décembre 2012, p. 5.

¹⁵⁸ J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *op.cit.*, p. 71.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 66.



ait été intégré dans le contrat¹⁶⁰. Dans tous les cas, l'arbitrabilité des contrats administratifs est aussi une réalité du droit OHADA¹⁶¹. Dans cette veine, la suite des sentences rendues par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, ci-après CIRDI, s'inscrit dans le cadre d'une relation bilatérale prenant les allures d'un contrat d'Etat.

L'effet inverse peut néanmoins être signalé. Il concerne l'intervention des tribunaux de l'Etat en matière de litiges relatifs aux nationalisations¹⁶². La nationalisation, en tant qu'acte opéré par le droit interne trouve aussi son inscription en droit international. En cela, elle emprunte au droit interne et au droit international. Il en résulte, au regard de cette soumission, une redéfinition de l'acte administratif par le droit international.

B. La redéfinition de l'acte administratif par le droit international

La volonté est toujours un élément déterminant dans la formation de l'acte administratif. Le contrat administratif ayant perdu, dans certains cas, les privilèges dont il disposait, offre aux parties une faculté contractuelle qui peut interroger sur la qualité contractuelle des parties à l'acte administratif (1). Cette qualité induit des conséquences au regard de la sécurisation du contrat administratif qui peut être l'œuvre du droit international (2).

1. La redéfinition de la qualité contractuelle des parties à l'acte administratif

La théorie classique du contrat administratif en faisait un acte de puissance publique¹⁶³. La théorie renouvelée en fait un acte bilatéral recouvrant, parfois, les mêmes vertus qu'un acte passé entre deux personnes privées. Cette dernière conception est le résultat de l'internationalisation du contrat administratif et présente celui-ci comme un redimensionnement de l'acte administratif dans la perspective du droit international. La nature administrative du contrat n'est pas pour autant altérée.

La raison de cette première conséquence est qu'il n'y a pas de changement dans la nature juridique des contractants. Comme en droit interne des contrats administratifs, le droit des contrats administratifs internationaux met en relation une entité publique et une entité privée.

¹⁶⁰ Cette solution est plus commode dans les grands contrats d'investissements signés avec les Etats du Sud. La Cour de justice de l'Union Européenne n'a pas admis cette clause dans les contrats entre des Etats membres de l'UE. Voir, CJUE, 06 mars 2018, *Achmea*, C-284/16.

¹⁶¹ Article 21 du traité OHADA ; voir aussi E. F. SAWADOGO, « L'office du juge administratif dans le contentieux des contrats administratifs soumis à l'arbitrage dans le droit OHADA », *Revue burkinabè de droit*, numéro 54, 1^{er} semestre 2018, p. 60.

¹⁶² C'est l'objet de l'article 2, point 2, lettre c de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats.

¹⁶³ R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, t. 84, 74^e année, 1968, pp. 261 et suivants ; R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique*, *Bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence*, Conseil d'Etat, Etudes et documents, numéro 14, 1960, pp. 61-159 ; G. VEDEL, « Remarque sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges MESTRE*, 1956, pp. 562 et suivants.



Les éléments dits d'internationalisation du contrat peuvent aussi être intégrés dans un contrat administratif au nom de l'autonomie contractuelle de la puissance publique, exigeant que l'encadrement du contrat soit enfermé essentiellement dans sa procédure de conclusion et moins d'exécution. Si les parties conservent leur nature première, les considérations de droit interne et de droit international permettent de redéfinir la qualité contractuelle des parties. En droit des contrats publics internes, l'Etat agit comme une puissance publique, dans le contrat d'Etat il agit comme « une partie économique ». Le changement de la qualité du cocontractant présente davantage ce dernier comme un partenaire économique, qualité qui n'est pas toujours absent dans le contrat de partenariat public-privé, contrat pouvant se réclamer du droit interne et pouvant se communiquer au droit international.

Le contrat international est à cet égard un contrat internationalisé ou un accord quasi-international qui permet d'appréhender les mutations de l'acte juridique bilatéral ou multilatéral du droit administratif.

Au regard de la théorie de la souveraineté et de la conception de la CPJI selon laquelle elle se refuse à voir dans l'acte par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose un abandon de souveraineté¹⁶⁴, la théorie de l'inégalité des parties dans un contrat d'Etat¹⁶⁵ n'est pas une caractéristique principale de ce contrat¹⁶⁶. L'inégalité s'apprécie cependant par rapport à la qualité du cocontractant de la personne publique et ce même cocontractant en droit interne des contrats publics. La capacité économique du cocontractant dans les contrats d'Etat, sa capacité à mobiliser des fonds pour l'exécution des contrats, la nature même des contrats d'Etat sont des facteurs qui n'admettent pas une assimilation à tout bout de champ d'un contrat d'Etat par rapport à un contrat administratif de droit interne, faisant davantage du premier, un accord de développement économique.

La conception du contrat d'Etat a cependant une autre configuration que celle en vigueur dans les contrats administratifs. Au fond, l'acte qui résulte d'un contrat reste toujours un acte administratif. La différence entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale tient dans les rapports entre l'interne et l'international. L'acte gouvernemental est un acte

¹⁶⁴ *Affaire du vapeur Wimbledon*, C.P.J.I., série A, n°1, arrêt du 17 août 1923, p. 25, § 2 ; Voir aussi J.- L. ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. Le Floch, A. de NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 20.

¹⁶⁵ J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *op.cit.*, p. 31.

¹⁶⁶ Une telle spécificité existe aussi dans les contrats administratifs du droit interne dans la mesure où les contrats nécessitant de grands investissements, signés entre l'Etat et ses propres ressortissants pourrait faire naître une inégalité lorsque le cocontractant est le seul à fournir des prestations dans des conditions accessibles à l'Etat.



administratif dans sa conception formelle et matérielle. C'est au regard de la question contentieuse que le droit administratif admet des distinctions entre les actes qui émanent des autorités publiques¹⁶⁷.

La qualification de la nature administrative du contrat peut être en cause lorsqu'il s'agit d'appréhender ce dernier à l'aune des critères jurisprudentiels¹⁶⁸. Cette qualification demeure lorsqu'il s'agit d'une qualification législative¹⁶⁹. Le principe de souveraineté de l'Etat l'autorise à aménager les effets d'un contrat et permet de critiquer la jurisprudence administrative qui juge que la personne publique ne peut renoncer à ses prérogatives contractuelles¹⁷⁰. Il en résulte une imbrication entre le droit interne et le droit international. Charles CHAUMONT, avec la singularité de son approche, avait qualifié cette situation comme étant le résultat d' « un transfert progressif qui apparaît comme une conquête juridique successive¹⁷¹ » entre le droit interne et le droit international. « Avant toute œuvre de construction, disait-il, il y a une tâche de destruction : cette première tâche essentielle a été de dénoncer les fausses valeurs et de détrôner les faux dieux¹⁷² ». Il souligne que « la catégorie du traité ou convention a servi d'une manière aussi complète que *mutatis mutandis*, la catégorie du contrat en droit privé », parce que « une catégorie n'est pas toute faite mais se modèle sur les circonstances particulières de l'organisation sociale¹⁷³ ». Partant, le service public en droit international « qualifie toute activité internationale ayant pour but de donner satisfaction à un besoin d'intérêt international¹⁷⁴ ». Cette particularité du service public en droit international rejailli sur la conception du contrat administratif internationalisé dont la vocation n'est plus de satisfaire l'intérêt général, mais l'intérêt international. C'est ce qui justifie que ce contrat puisse avoir une sécurisation internationale.

¹⁶⁷ En clair, la théorie de l'acte de gouvernement ne constitue pas un acte non administratif, mais un acte administratif couvert d'immunité contentieuse devant le juge administratif.

¹⁶⁸ Ces critères mettent l'accent sur la présence d'une personne publique, directement ou indirectement, dans le contrat, une clause exorbitante de droit commun et la poursuite d'une activité de service public ou d'intérêt général.

¹⁶⁹ On peut par exemple s'en rendre compte à la lecture de la loi 039-2016 du Burkina Faso sur les marchés publics. La qualification des prestations en cause de contrats administratifs n'a nulle part mis l'accent sur le cocontractant de l'administration.

¹⁷⁰ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*.

¹⁷¹ Ch. CHAUMONT, « Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public*. Études en l'honneur de G. SCHELLE, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 116.

¹⁷² *Ibid.*, p. 117.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 118.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 123.



2. La sécurisation de l'acte administratif par le droit international

L'acte administratif est, dans sa conception traditionnelle, est un acte de puissance publique. De ce fait, il se suffit à lui-même comme mesure de protection. Cependant, sous l'effet du développement des assurances et de la volonté des cocontractants, de nouvelles modalités de protection des contrats se présentent. En effet, le droit public des contrats n'échappe pas aux exigences du monde des affaires impliquant des transformations de l'Etat contemporain¹⁷⁵. Concrètement, la sécurisation de l'acte administratif par le droit international concerne l'hypothèse où le droit applicable au contrat administratif est celui de l'Etat cocontractant¹⁷⁶. Elle est l'œuvre des clauses de stabilité et d'intangibilité. Sa finalité est de renouveler la compréhension du droit interne des contrats publics en suggérant un réaménagement du droit national. Pour mémoire, la jurisprudence administrative a conféré à l'administration, sur son cocontractant, des prérogatives exorbitantes de droit commun¹⁷⁷ au nombre desquelles figurent le pouvoir de modification unilatérale du contrat¹⁷⁸, le pouvoir de sanction¹⁷⁹ ou encore le pouvoir de résiliation¹⁸⁰ dès lors que l'équilibre financier du contrat peut être restauré¹⁸¹.

Suivant la volonté de l'administration cependant, le contrat administratif peut être vu parfois comme une loi au sens premier du terme et trouver moyen pour s'insérer dans la hiérarchie des normes. Cette hypothèse a été développée dans la *Sentence Aramco*¹⁸², a connu sa consécration sous l'angle de la théorie du contrat sans loi¹⁸³. Elle permet d'insister sur une autre conception qui est celle du *contrat-loi*. Dans la théorie du contrat sans loi, les détails fournis dans les documents contractuels permettraient d'écarter la référence à toute législation. Dans celle du *contrat-loi*, la volonté de l'administration fait du contrat une loi. Dans ce cas, le contrat peut être contraire à une loi nationale et sanctionné comme tel par le juge interne et différemment par le juge international. Ainsi, la contravention des contrats administratifs aux règles internes du droit des contrats publics confère à ces contrats une autorité normative dans le droit international. Elle permet à la clause d'intangibilité de porter atteinte au pouvoir unilatéral de

¹⁷⁵ J. CHEVALIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 126 et suivants.

¹⁷⁶ Si la soumission du contrat à une loi étrangère se conçoit comme un moyen de protection, celle-ci peut être vue à la fois pour l'Etat d'accueil et pour le cocontractant lorsque cette loi assure une protection objective par le droit.

¹⁷⁷ J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n°46, p. 57.

¹⁷⁸ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* ; CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*.

¹⁷⁹ CE, 31 mai 1907, *Deplanque* ; CE, 30 septembre 1983, *Société Comexp*.

¹⁸⁰ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval* ; CE, 2 février 1987, *Société TV*.

¹⁸¹ CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*.

¹⁸² S. BASTID, « Le droit international public dans la sentence de l'Aramco », *AFDI*, 1961, pp. 300-311.

¹⁸³ J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *op.cit.*, p. 46.



modification du contrat et à la clause de stabilité de porter atteinte au pouvoir unilatéral de sanction et de résiliation de l'administration.

Parfois, c'est un acte administratif unilatéral qui confère au contrat administratif un rang normatif, à la fois pour le droit interne et pour le droit international. C'est le cas lorsque l'Etat d'accueil, sur fondement de sa loi nationale sur les investissements, confère à son cocontractant des avantages dans la phase d'installation et d'exploitation au moyen d'un acte administratif. Dans ce cas, le principe des attentes légitimes peut être un obstacle au retrait des avantages concédés si le cocontractant remplit les conditions d'un maintien des avantages prévu par le code des investissements. Une attitude contraire de l'Etat est à la fois source de contentieux interne et international.

L'actualité de la clause de stabilisation par rapport à la théorie de l'équation financière reste cependant posée, surtout en cas d'imprévision touchant les conditions d'exécution du contrat. Dès lors, toute mesure portant atteinte à l'équilibre financier du contrat n'est plus appréciée à l'aune du droit interne, nécessitant une appréciation selon que la mesure émane de la personne publique cocontractante ou d'une autre personne publique. Elle envisage le fait du prince dans toute sa dimension résultant de l'unité de l'Etat comme c'est le cas en droit international en matière de responsabilité internationale objective ou subjective de l'Etat¹⁸⁴.

Il reste à traiter les conséquences d'une nationalisation probable sur les suites d'un contrat administratif internationalisé. Les exigences de nationalisation peuvent-elles être invoquées contre la clause de stabilisation et d'intangibilité ? En cas de contradiction entre le contrat et la nationalisation, qu'est-ce qui doit l'emporter ?¹⁸⁵ Selon Jean François LALIVE, l'intérêt public l'emportant, les règles applicables ne sont pas différentes entre le droit international public et le droit administratif, au détour de l'idée d'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁸⁶. En clair, le principe de souveraineté permanente des peuples sur leur ressource naturelle peut utilement être invoqué comme un obstacle à la force obligatoire d'un contrat¹⁸⁷. En définitive, la nationalisation, acte de puissance publique, empruntant au droit interne et au droit

¹⁸⁴ J.- L. ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. Le Floch, A. de NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 23.

¹⁸⁵ J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *op.cit.*, p. 58.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸⁷ J. DE ARECHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, cité par J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », *op.cit.*, p. 71 ;



international, reste une hypothèse applicable à tout point de vue à un contrat administratif internationalisé.

Conclusion

Les interactions entre l'acte administratif et le droit international ont permis d'appréhender l'acte unilatéral et le contrat administratif par rapport au droit international. Il en résulte une relation de confiance contribuant à redéfinir des concepts ancrés dans le droit interne. A côté de la logique d'opposition, fréquemment abordée à travers les rapports de systèmes, une logique de complémentarité pourrait être observée, contribuant à l'affirmation d'une unité juridique et juridictionnelle.

Lors d'un colloque organisé en 2015 avec la Cour de cassation sur le thème « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », le vice-président Jean-Marc Sauvé déclarait : « l'ouverture de notre ordre juridique au droit international se manifeste par un triple phénomène d'incorporation, d'appropriation et d'imbrication ». Les deux premiers phénomènes sont l'œuvre à la fois du droit interne et du droit international et le dernier phénomène résulte du droit interne des contrats publics. L'on pourrait ainsi dire que la reconfiguration du contrat administratif par le droit international ne lui retire pas forcément sa nature administrative première, mais qu'elle ne maintient pas non plus fondamentalement cette nature. Il est au contour des deux disciplines. Ainsi, « L'acte ni-ni n'est pas un acte mi-mi : c'est un Janus »¹⁸⁸ et son étude permet d'envisager la perspective d'un droit administratif remodelé par le droit international.

¹⁸⁸ P. MOUZET, « Sur les décisions ni réglementaires ni individuelles : des « actes à double visage », *op.cit.*, p. 170.