

ANNEXE III

LA PRIVATISATION
DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Régis BISMUTH

BIBLIOGRAPHIE. – G. BURDEAU, « Les organisations internationales, entre gestion publique et gestion privée », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, The Hague, 1996, pp. 611-624. – G. BURDEAU, « La privatisation des organisations internationales », in H. GHERARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Paris, 2003, pp. 179-197. – L. RAVILLON, « Les organisations internationales de télécommunications par satellite : Vers une privatisation ? », *AFDI*, 1998, pp. 533-551. – A. REINISCH, « Contracts between International Organizations and Private Law Persons », in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Univ. Press, 2008, disponible sur www.mpepil.com. – D. SAGAR, « Privatisation of the Intergovernmental Satellite Organizations », in *SFDI, Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, Pedone, Paris, 2003, pp. 43-61.

370. Néologisme dont l'usage s'est généralisé, le terme de « privatisation » désigne des réalités bien distinctes. S'il est couramment employé pour dénommer le transfert de propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé, il l'est aussi dans les contextes de soumission au droit privé d'un service jusqu'alors régi par les règles du droit public, de délégation de services publics à des entreprises privées et de transformation d'une entreprise publique en une personne juridique de droit privé, ces trois dernières situations correspondant selon certains à « de fausses privatisations » (P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, p. 748, n° 630). Le terme est donc employé tout autant dans sa dimension formelle (le recours aux formes du droit privé) que substantielle (le transfert temporaire ou définitif d'activités publiques au secteur privé), étant entendu que la mise en œuvre du transfert au secteur privé s'accompagne généralement du recours aux formes du droit privé.

Sur les différentes acceptions du terme « privatisation », voy. M. Margolis, « Privatization », in M. Bevir (ed.), *Encyclopedia of Governance*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2007, pp. 748 ss. ; D. Haubrich, « Privatization », in W.A. Darity (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, McMillan, New York, 2nd ed., 2008, pp. 481 ss.

Sur le recours à ce terme pour désigner le transfert d'une entreprise du secteur public au secteur privé, voy. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, op. cit., p. 749, n° 630 ; « Privatization », in B.A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, 9th ed., 2009, p. 1316 ; « Privatization », in E.A. Martin (ed.), *A Dictionary of Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 5th ed., 2003, p. 382. L'entrée « Privatisation » n'apparaît pas au sein du *Dictionnaire Cornu*.

371. Il est cependant délicat de transposer ces différentes acceptions au domaine des organisations internationales. Il n'existe pas de régime juridique précisant les modalités de transfert temporaire de la gestion d'activités publiques au secteur privé tel qu'en droit interne (délégation de service public, partenariat public-privé, etc.) et la pratique des organisations internationales reste très disparate (B. Bull, D. McNeill, *Development Issues in Global Governance – Public-Private Partnerships and Market Multilateralism*, Routledge, Abingdon, 2007, XIV-215 p.). Il est cependant possible d'évoquer le terme de « privatisation » *lato sensu* pour désigner le recours aux formes du droit privé par les organisations internationales (§ 1) et *stricto sensu* en ce qui concerne le transfert définitif au secteur privé de certaines activités des organisations internationales, les principales expériences de privatisation intéressant les organisations de télécommunications par satellite (§ 3). Le terme peut aussi s'employer pour désigner l'intégration d'opérateurs privés au fonctionnement d'organisations internationales intervenant dans des services publics privatisés à l'échelon national (§ 2).

Le terme « privatisation » a reçu une acception plus large afin d'évoquer l'influence grandissante des acteurs privés dans l'institutionnalisation des relations internationales (G. Burdeau, 2003, pp. 179 ss.). Les thèmes suivants ne seront pas abordés : le recours par les organisations internationales à des sources privées de financement (voy. chapitre 18) ; l'association de la société civile (ONG, experts, etc.) aux activités des organisations internationales (voy. chapitres 11 et 27) ; le financement d'activités privées par les organisations internationales ; les activités spontanées d'acteurs privés présentant les caractéristiques d'un service public international (fédérations sportives, ISO, IASB, ICANN, etc.) et les mécanismes de reconnaissance de ces activités par des organisations internationales (voy. chapitre 2).

§ 1. — Le recours aux formes du droit privé
par les organisations internationalesA. — La soumission au droit privé des activités
de l'organisation internationale

372. Sauf disposition contraire de son acte constitutif, une organisation internationale a la possibilité de soumettre certaines de ses activités au droit privé, notamment en ce qui concerne la conclusion de contrats entre l'organisation et des personnes privées

(A. Reinisch, 2006). Comme l'indique une résolution de l'IDI, il « est souhaitable que les parties désignent expressément les sources, nationales ou internationales, d'où découle le droit applicable » et elles « peuvent aussi se référer expressément à une combinaison de plusieurs sources » (IDI, Session d'Oslo, 1977, art. 2 de la résolution).

Sur la pratique de l'ONU, voy. *AJNU*, 1976, pp. 165-183. Sur la soumission au droit interne des opérations de transfert du patrimoine des organisations internationales à des entreprises privées, *infra* § 3, D.

B. — L'organisation internationale en tant que structure de droit privé

373. Il est moins courant que l'organisation internationale soit constituée sous la forme d'une personne morale de droit privé et que ses activités soient soumises au droit de l'État de son siège. À notre connaissance, le seul cas est celui de la Banque des règlements internationaux (BRI) constituée en 1930 sous la forme d'une société anonyme de droit suisse (art. 1 et 2 des Statuts de la BRI).

La question de la nature juridique de la BRI a été abordée lors de l'arbitrage opposant la banque à ses anciens actionnaires privés ayant fait l'objet en 2001 d'une expropriation afin de réserver le capital de la banque aux seules banques centrales (CPA, *Horst Reineccius et alli c. Banque des règlements Internationaux*, sentence partielle du 22 novembre 2002, *RGDIP*, 2003, n° 1, pp. 179-182, note P. Weckel). La Banque considérait que « l'existence d'un petit nombre d'actionnaires privés dont l'intérêt est avant tout financier devenait de plus en plus incompatible avec la mission internationale d'intérêt public de la BRI » (BRI, *71^e Rapport annuel*, 2001, p. 183). Le tribunal a relevé que les fondateurs de la BRI avaient choisi la forme d'une société de droit privé car ils doutaient qu'une entité instituée par un traité international puisse conduire des activités bancaires. Cependant, constituée en tant que personne morale de droit suisse, la BRI n'est pas entièrement soumise à celui-ci car, selon le tribunal arbitral, il n'a vocation à s'appliquer que s'il n'est « pas incompatible avec les instruments pertinents de droit international » (§ 106), notamment la Charte constitutive de la BRI qui stipule que « [l]es Statuts et toute modification qui leur serait apportée [...] seront valables et auront effet nonobstant toute contradiction avec toutes dispositions actuelles ou futures du droit suisse » (art. 5). Le droit suisse a par exemple vocation à s'appliquer « pour certaines formalités, comme par exemple la procédure à suivre pour les assemblées générales de la Banque » (§ 106). En ce qui concerne la mission de service public de la BRI, le tribunal a souligné que la poursuite d'opérations de nature commerciale par la Banque se justifie « dans l'exercice de ses fonctions publiques » et qu'il existe une différence « entre une entité à but lucratif et une entité qui recherche la maximisation du profit » (§ 117).

Plus subsidiairement, les États (ou certaines instances publiques) peuvent aussi instituer des associations de droit privé afin d'organiser leur coopération internationale sans nécessairement les doter de la personnalité juridique internationale. Pour une illustration, voy. annexe I.

C. — La création de structures de droit privé par l'organisation internationale

374. Dans la mesure où les organes d'une organisation internationale peuvent jouir d'une personnalité juridique distincte (c'est le cas, au sein de l'Union

européenne, de la BCE (art. 282 § 3 TFUE) et de la BEI (art. 308 TFUE)), il n'y a aucun obstacle à ce qu'ils soient institués sous la forme d'une personne morale de droit interne. Les exemples de création de structures privées exclusivement contrôlées par les organisations internationales (ou certains des États membres) sont cependant assez rares.

Les États membres de la zone euro ont décidé en mai 2010 de la création d'un Fonds européen de stabilité financière (FESF) institué sous la forme d'une société anonyme de droit luxembourgeois et dont les statuts (www.efsf.europa.eu) stipulent qu'il est « governed by the laws of the Grand Duchy of Luxembourg and in particular the law of 10 August 1915 on commercial companies [...] » (art. 1). L'objet du FESF est de fournir des financements aux États membres de la zone euro en difficulté financière et ce, sous réserve de la conclusion d'un mémorandum d'accord avec la Commission européenne qui fixe les conditions de cette assistance (art. 3). Le FESF a depuis été remplacé par le Mécanisme européen de stabilité (MES).

§ 2. — L'intégration des opérateurs privés au fonctionnement de l'organisation internationale

375. Le mouvement de privatisation des services publics nationaux de certains secteurs (postes, télécommunications, énergie, etc.) a eu pour conséquence l'institution, à l'échelon national, d'autorités de régulation chargées de contrôler les entreprises prestataires de services nouvellement ouverts à la concurrence, parmi lesquelles les opérateurs historiques publics qui jouissaient, en règle générale, d'une situation de monopole. Cette distinction entre « régulateurs » et « opérateurs » au sein de certains États a eu des conséquences sur la composition et la vie des organisations internationales concernées qui ont dû associer à leur fonctionnement ces nouveaux opérateurs économiques, ces derniers devant mettre en œuvre les orientations décidées par l'organisation et notamment certaines des missions de service public (G. Burdeau, 1997, p. 620 ; G. Burdeau, 2003, p. 188).

La Constitution de l'UPU a été modifiée en 2008 (décision C 3/2008) compte tenu de « la nécessité de définir et de distinguer plus clairement les fonctions et les responsabilités de réglementation et d'exploitation des organes de l'Union en matière de prestation des services postaux internationaux » (Constitution de l'UPU, commentaire de l'article 1 bis.1.7) (voy. aussi les résolutions C 29/1994, C 110/1999 et C 11/2004). L'expression « administration postale » a été remplacée par celle de « Pays membre » et il a été institué une nouvelle catégorie nommée « Opérateur désigné » qui correspond à « toute entité gouvernementale ou non gouvernementale désignée officiellement par le Pays membre pour assurer l'exploitation des services postaux et remplir les obligations y relatives découlant des Actes de l'Union sur son territoire » (Constitution de l'UPU, art. 1 bis.1.7).

La composition de l'UIT reflète la volonté de cette organisation « de réunir divers acteurs du secteur des télécommunications, c'est-à-dire des administrations et des entités du secteur privé, pour l'élaboration de recommandations techniques sur les réseaux de télécommunication » (rés. 178). L'UIT comprend deux principales catégories d'acteurs : les « États membres » et les « Membres de Secteur » comprenant les principales entreprises du secteur des télécommunications et qui « sont autorisés à participer pleinement aux activités du

Secteur dont ils sont membres » (Constitution de l'UIT, art. 3.3). Ils sont dans ce cadre invités « à participer à toutes les procédures de recherche de décision visant à faciliter la réalisation d'un consensus » (rés. 14). La composition de l'UIT intègre aussi des « Associés » (catégorie introduite en 1998 « pour permettre à des entités ou organisations de petite taille de participer aux activités de l'UIT » (circulaire CAR/91) et les « Établissements universitaires » (voy. chapitre 9)).

§ 3. — Le transfert définitif au secteur privé des activités de l'organisation internationale

376. Les exemples de transfert définitif au secteur privé concernent principalement les opérations de privatisation des organisations intergouvernementales de télécommunications par satellite achevées au début des années 2000, et notamment d'INTELSAT, EUTELSAT et INMARSAT.

Avant ces privatisations, à l'instar de l'UPU et de l'UIT (*supra*, § 2), l'activité de ces organisations associait, d'une part, les États membres qui étaient liés par un traité international et, d'autre part, les opérateurs (publics ou privés) de télécommunications désignés par les États membres (généralement dénommés les « Signataires »). L'exploitation commerciale des satellites par les seconds se réalisait sur la base d'un « Accord d'exploitation » conclu avec les premiers (L. Ravillon, 1998, pp. 534 ss.).

A. — Les raisons motivant la privatisation

377. Plusieurs facteurs ont incité les États membres à mettre en œuvre un processus de privatisation des activités satellites exploités par ces organisations internationales (D. Sagar, 2003, pp. 49 ss.) : la multiplication des opportunités d'exploitation commerciale des satellites (télécommunications, technologies de l'information, télévision, etc.) ; le besoin de lever des capitaux privés afin de financer de nouveaux investissements ; à l'échelon national, la privatisation des opérateurs et la libéralisation des services de télécommunications ; le développement de la concurrence sur ce secteur d'entreprises privées ; les immunités et privilèges au bénéfice des organisations intergouvernementales susceptibles d'affecter les conditions de cette concurrence.

B. — Le maintien d'une organisation intergouvernementale « résiduelle »

378. Les opérations de privatisation d'INTELSAT, EUTELSAT et INMARSAT n'ont pas abouti à la complète disparition de ces organisations internationales. Si leur patrimoine a été transféré à des entreprises privées, elles ont désormais une structure minimale et pour fonction principale de s'assurer que les nouvelles entités privatisées respectent les missions de service public qui leur ont été confiées.

L'ancienne INTELSAT a été rebaptisée ITSO dont le but principal est de s'assurer que la nouvelle entité privatisée (Intelsat Ltd./S.A.) avec laquelle est conclu un « Accord de services publics » fournit des services publics de télécommunications internationales en

respectant les « Principes fondamentaux » suivants : « (i) maintenir la connexité mondiale et la couverture mondiale ; (ii) desservir ses clients ayant des connexités vitales ; (iii) fournir un accès non discriminatoire au système de la Société » (Accord relatif à l'ITSO, art. III). L'Accord relatif à l'ITSO a été conclu pour une période de douze ans à partir de la finalisation de l'opération de privatisation et il appartiendra à ses États membres de décider en 2013 d'y mettre un terme (Accord relatif à l'ITSO, art. XXI).

La nouvelle convention amendée relative à EUTELSAT précise (art. III) que celle-ci a pour but de veiller à ce que l'entité privatisée (Eutelsat S.A.) respecte certains principes de base (obligations de service public/service universel, couverture paneuropéenne du système à satellites, non-discrimination et concurrence loyale). Il en est de même pour l'IMSO dans le cadre de la privatisation d'INMARSAT (D. Sagar, 2003, pp. 50 ss.).

C. — Le transfert du patrimoine de l'organisation internationale à une société privée

379. Ces privatisations ont abouti à la création de sociétés de droit privé auxquelles a été transféré le patrimoine des anciennes organisations internationales. Les premiers actionnaires de ces sociétés ont été les anciens opérateurs signataires des « Accords d'exploitation » et leur part dans le capital a été déterminée proportionnellement aux sommes investies au sein des anciennes organisations internationales au titre de l'utilisation commerciale des satellites de communication.

Le siège de la société mère du groupe INTELSAT a été transféré au Luxembourg en 2009 suite à son acquisition par des investisseurs privés et celle-ci se dénomme à présent Intelsat S.A. Elle dispose de filiales immatriculées ou incorporées au Luxembourg, au Royaume-Uni et dans l'État du Delaware aux États-Unis. Eutelsat S.A. est une société anonyme de droit français dont le siège est à Paris et dont les titres sont cotés sur le marché Euronext. Inmarsat plc. est une société de droit britannique cotée au London Stock Exchange.

Le transfert des activités satellites à des entreprises privées soulève certaines interrogations sur la bonne réalisation à long terme des missions de service public par ces sociétés privées (par exemple le maintien de la connexité mondiale dans le cadre d'INTELSAT), d'autant plus que les organisations intergouvernementales résiduelles disposent de moyens de contrôle limités. Il existe en effet certains risques économiques (augmentation des tarifs pour les pays à bas revenus, abandon des marchés peu rentables, etc.) et politiques (maintien de la connexité pour les États faisant l'objet de sanctions économiques de la part de l'État du siège de la société privatisée, interférence des gouvernements au sein de sociétés privées ne bénéficiant plus d'immunités, etc.). Sur ces aspects, voy. K. Katkin, « Communication Breakdown? The Future of Global Connectivity after the Privatization of INTELSAT », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 38, pp. 1323 ss.

D. — Le devenir des anciens fonctionnaires internationaux

380. Les anciens fonctionnaires internationaux sont désormais liés aux entreprises privatisées par un contrat de travail de droit privé. La reprise des contrats s'est réalisée à des conditions financières équivalentes afin de maintenir leurs droits acquis. Cependant, désormais salariés de droit privé, ils ne peuvent plus se

prévaloir des immunités et privilèges (notamment fiscaux) dont ils bénéficiaient en tant qu'agents d'une organisation internationale.

ii) Eutelsat S.A. et EUTELSAT ont conclu en 2001 un traité d'apport par lequel EUTELSAT transmettait l'intégralité de ses activités commerciales et techniques à Eutelsat S.A. par le biais d'un apport partiel d'actif soumis aux dispositions du Code de commerce français. Cet accord prévoit explicitement la reprise du passif d'EUTELSAT et notamment du régime de pensions des anciens fonctionnaires de l'organisation internationale. Le TAOIT a été saisi par d'anciens agents d'EUTELSAT s'estimant lésés par les nouvelles conditions d'ajustement et de garantie des pensions mises en œuvre par Eutelsat S.A. Si EUTELSAT n'a pas souhaité contester la compétence du TAOIT pour éviter un déni de justice, le Tribunal relève qu'il ne peut connaître, en vertu de son Statut, « que de litiges opposant les fonctionnaires internationaux aux organisations internationales qui les emploient » et qu'en l'espèce, compte tenu de l'opération de privatisation, « le litige soulevé par les requérants ne les oppose pas à l'Organisation internationale EUTELSAT mais à Eutelsat S.A., société anonyme de droit français » et « que les litiges opposant les parties ne relèvent pas de la compétence du Tribunal » (TAOIT, n° 2900, 13 novembre 2009).

N°s 381 à 384 réservés.

TITRE II

LA FORMATION D'UN ORDRE JURIDIQUE PARTIEL

INTERNATIONALE

ABBE PETERS

- BIBLIOGRAPHIE. - G. ARANGIO-RUIZ, « The "Federal Analogy" and UN-Charter Interpretation: A Crucial Issue », *FIL*, 1997, n° 3, pp. 1-38. - C.M. BRÖLMANN, « Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations », in D.B. HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2017, pp. 307-324. - B. DE WITTE, « Rules of Change in International Law: How Special is the European Community? », *NYIL*, 1994, vol. 25, pp. 299-333. - P.-M. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *MPYUNL*, 1997, vol. 1, pp. 1-33. - G. EVERLING, « Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nach Metzen der Verträge? Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht », in R. BERNF. ARDT (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung: Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlin, 1983, pp. 173-191. - B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, 215 p. - L. FOXSANEANU, « Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies », *AFDI*, 1957, pp. 313-349. - J. FROSTIN, « Are There Limits to the Amendment Procedures in Treaty Constituting International Organizations? », in G. HAFNER (ed.), *Libet Actio in Praesentia: Festschrift in Honour of his 80th Birthday*, Kluwer International, The Hague, 1998, pp. 201-218. - J. GOLD, « The Amendment and Variation of the Charters of International Organizations », *RBDI*, 1973, n° 3, pp. 59-76. - E. HEXNER, « Ideological Interpretations of Basic Instruments of Public International Organizations », in S. ENGEL (ed.), *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honour of Hans Kelsen*, Univ. of Tennessee Press, Knoxville, 1964, pp. 149-138. - C.W. JENKS, *The Proper Law of International Organization*, Stevens & Sons, London, 1962, 292 p. - B. KUBOGLI, « United Nations Charter, Interpretation of », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012. - E. LAUTERPACHT, « The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals », *RCADI*, vol. 115, 1976-IV, pp. 371-478. - F.A. MANN, « The "Interpretation" of the Constitution of International Financial Organizations », *NYIL*, 1968-69, vol. 43, pp. 1-19. - A. McNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », *NYIL*, 1930, vol. 11, pp. 100-118. - M.H. MENDELSON, « Reservations to the Constitutions of International Organizations », *NYIL*, 1974, vol. 45, pp. 137-171. - W. MENG, *Das Rechtsrecht*