



Bureau
international
du Travail
Genève

International
Labour
Office
Geneva

UNE CONTRIBUTION DE 90 ANS

du Tribunal administratif
de l'Organisation internationale
du Travail à la création d'un droit
de la fonction publique internationale

90 YEARS OF CONTRIBUTION

of the Administrative Tribunal of
the International Labour Organization
to the creation of international civil service law

Edited by: Dražen Petrović



ILO
Administrative
TRIBUNAL
administratif
de l'OIT

*UNE CONTRIBUTION DE 90 ANS
DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL
À LA CRÉATION D'UN DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE*

90 YEARS OF CONTRIBUTION
OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL
OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION
TO THE CREATION OF INTERNATIONAL CIVIL SERVICE LAW

Copyright © International Labour Organization 2017
First published 2017
Première édition 2017

Publications of the International Labour Office enjoy copyright under Protocol 2 of the Universal Copyright Convention. Nevertheless, short excerpts from them may be reproduced without authorization, on condition that the source is indicated. For rights of reproduction or translation, application should be made to ILO Publications (Rights and Licensing), International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland, or by email: rights@ilo.org. The International Labour Office welcomes such applications.

Libraries, institutions and other users registered with a reproduction rights organization may make copies in accordance with the licences issued to them for this purpose. Visit www.ifro.org to find the reproduction rights organization in your country.

90 years of contribution of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization to the creation of international civil service law - Geneva, ILO, 2017

Une contribution de 90 ans du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail à la création d'un droit de la fonction publique internationales.

ISBN 978-92-2-030688-8 (print)
ISBN 978-92-2-030690-1 (web pdf)

The designations employed in ILO publications, which are in conformity with United Nations practice, and the presentation of material therein do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the International Labour Office concerning the legal status of any country, area or territory or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers.

The responsibility for opinions expressed in signed articles, studies and other contributions rests solely with their authors, and publication does not constitute an endorsement by the International Labour Office of the opinions expressed in them.

Reference to names of firms and commercial products and processes does not imply their endorsement by the International Labour Office, and any failure to mention a particular firm, commercial product or process is not a sign of disapproval.

ILO publications and digital products can be obtained through major booksellers and digital distribution platforms, or ordered directly from ilo@turpin-distribution.com. For more information, visit our website: www.ilo.org/publns or contact ilopubs@ilo.org.

Printed in Switzerland

This publication was produced by the Document and Publications Production,
Printing and Distribution Branch (PRODOC) of the ILO.

*Graphic and typographic design, layout and composition, manuscript preparation,
copy editing, proofreading, printing, electronic publishing and distribution.*

PRODOC endeavours to use paper sourced from forests managed
in an environmentally sustainable and socially responsible manner.

Code: DTP-CORR-PAP-REPRO

UNE CONTRIBUTION DE 90 ANS
du Tribunal administratif
de l'Organisation internationale du Travail
à la création d'un droit de la fonction publique internationale

90 YEARS OF CONTRIBUTION
of the Administrative Tribunal
of the International Labour Organization
to the creation of international civil service law

Edited by Dražen Petrović

ILO
Administrative
TRIBUNAL
administratif
de l'OIT

Geneva/Genève
2017

EDITOR'S NOTE

The present book arises out of a symposium that the Administrative Tribunal of the International Labour Organization organized on 5 May 2017 to celebrate the 90 years of its existence and its 125th Session held in 2017.

The organization of an event that would bring together in the same room judges of the ILO Administrative Tribunal and legal experts who are concerned by and interested in the case law of the Tribunal was long overdue. This was finally achieved on 5 May 2017. A limited but notable list of panellists included lawyers representing staff unions, complainants, international organizations, as well as judges and legal officers of other courts of justice or administrative tribunals. The participation of some 200 persons in the symposium demonstrates the strong interest that topics concerning international civil service law can trigger.

It seemed regrettable not to record the event in writing for those who could not attend the symposium, or who will be dealing with the topics covered by its agenda in the future. That is why the present book is being published. The panellists kindly agreed to revise their presentations in a format suitable for a book and I have to express my deepest gratitude for their high-quality essays.

Most of the panellists are employed by different institutions. It goes without saying that the views presented in their essays are personal and do not necessarily represent the views of those institutions.

The organization of the symposium would not have been possible without tireless efforts of Ms Fabienne Corsion Offre from the Tribunal's Registry. The Registry was assisted by the able staff of the ILO Conference Service throughout the symposium and I express my sincere appreciation for their assistance.

Many people have helped in the preparation of the book. I am very grateful to all of them for their contribution but let me thank particularly Ms Fabienne Corsion Offre. My thanks go also to Ms Yusra Suedi from Geneva University, who pre-edited and reviewed all texts. I thank also my colleagues from ILO unit PRODOC for their continuing support, availability and great work done in preparation of this book.

Dražen Petrović

November 2017

EDITOR'S NOTE	5
INTRODUCTION	11
Claude Rouiller	13
Guy Ryder.....	15
Dražen Petrović	19
Longest-existing international administrative tribunal: History, main characteristics and current challenges	
PART I / PARTIE I	31
The various facets of the law governing the relations between international civil servants and international organisations / <i>Les différents aspects du droit applicable aux relations entre les fonctionnaires internationaux et les organisations internationales</i>	
Chloé Charbonneau-Jobin	33
<i>Tu patere legem quam ipse fecisti</i> : une perspective syndicale	
Celia Goldman.....	43
Finding the law of the international civil service in the jurisprudence of sister tribunals	
Dr Christian Rohde	53
Organizational practice as a source of law	
PART II / PARTIE II	75
General principles applied by the Tribunal / <i>Principes généraux appliqués par le Tribunal</i>	
Laurent Germond.....	77
L'omniprésence du devoir de sollicitude dans la jurisprudence récente du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail	

Guido Raimondi	99
La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de la fonction publique internationale	
Dr Eva-Maria Gröniger-Voss, A. Kristen Baxter, Arthur Nguyen dao....	109
The principle of acquired rights with particular focus on the jurisprudence of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization	
Jean-Pierre Isselé	129
Les leçons à tirer de la pratique de la Cour internationale de Justice en matière de réformation de jugements du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail: problèmes soulevés par le principe de l'égalité devant la Cour	
PART III / PARTIE III	135
Milestones of the Tribunal's case law / <i>Grandes étapes de la jurisprudence du Tribunal</i>	
Donata Rugarabamu	137
Milestones in the jurisprudence of the International Labour Organization Administrative Tribunal: Guiding international organizations and their personnel in addressing harassment	
Jean-Didier Sicault	153
Le contrôle du Tribunal en matière salariale dans le cadre du régime commun des Nations Unies	
Sigrid Arlen.....	167
La notion de fonctionnaire international	
Laurence Fauth	183
Due process and equality of arms in the internal appeal: New developments from Judgments 3586 and 3688	
Closing remarks by Judge Giuseppe Barbagallo	193

Judges of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization <i>Juges du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail</i>	201
Registrars of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization <i>Greffiers du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail</i>	205
Index	207
Programme of the symposium in honour of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization / Programme du colloque en l'honneur du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail	
Photos	

INTRODUCTION

■ CLAUDE ROUILLER

Président du Tribunal administratif de l'OIT
President of the Administrative Tribunal of the ILO

■ GUY RYDER

Directeur général du BIT
Director-General of the ILO

■ DRAŽEN PETROVIĆ

Greffier du Tribunal administratif de l'OIT
Registrar of the Administrative Tribunal of the ILO

CLAUDE ROUILLER

Président du Tribunal (jusqu'au 30 juin 2017)

Mesdames et Messieurs,

En ma qualité de Président du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail, et au nom de ce Tribunal et de ses membres, M. le Vice-président Barbagallo, M^{me} le juge Hansen, M. le juge Frydman, M. le juge Moore, M. le juge Sir Hugh Rawlins et M^{me} le juge Diakité, j'ai l'honneur d'ouvrir ce colloque intitulé «Une contribution de 90 ans à la création d'un droit de la fonction publique internationale».

Cette rencontre est un plaisir personnel, non seulement en raison du nombre de participants, mais aussi parce qu'elle se déroule dans la bonne ville de Genève, c'est-à-dire dans mon pays, la Confédération suisse. Genève, appelée ville de Calvin ou ville de Rousseau, mais, pour moi qui suis un humaniste indéfectible, elle est avant tout la ville de la Croix-Rouge, dont l'institution à la fin du XIX^e siècle fut le début de l'installation à Genève d'un grand nombre d'organisations internationales des plus diverses. La Suisse doit beaucoup à ces organisations pour lesquelles elle accomplit sans réserve les tâches d'accompagnement nécessaires.

Pourquoi ce colloque? Et pourquoi ce colloque aujourd'hui?

Ce colloque est une sorte de dérogation à la manière de communiquer des magistrats, qui n'ont pas en principe à débattre hors du prétoire. Mais il se trouve que nous vivons aujourd'hui au sein d'une société, dite informatisée ou globalisée, dans laquelle les juges peuvent être appelés à participer au débat public pour entendre du plus près possible l'opinion de ceux qui subissent leur force et leurs jugements.

Pourquoi ce colloque aujourd'hui? Pour deux raisons. Tout d'abord, le Tribunal a été créé il y a quatre-vingt-dix ans et c'est là encore un grand jour que, par exemple, les municipalités chez nous fêtent avec des fleurs, des discours et parfois même un fauteuil, que l'on donne comme cadeau aux jubilaires – cadeau à vrai dire assez déplacé.

Mais le Tribunal est aussi aujourd'hui à l'aube de sa 125^e session, qui sera la session d'automne. C'est un bail, et ça l'est particulièrement pour moi qui ai participé aux vingt-cinq dernières.

L'organisation d'un tel colloque est un gros travail. S'il a été initié par le Président en compagnie du Greffe, il faut dire que le mérite essentiel en revient à notre Greffier, M. le professeur Dražen Petrović, qui a, il faut le reconnaître, guidé toute la marche des événements qui ont conduit à notre réunion.

N'est-ce pas Schopenhauer qui a dit dans *L'art d'avoir toujours raison*: «Il ne faut jamais saluer personne parce que l'on oublie toujours quelqu'un»? Eh bien soyons téméraire! Saluons en premier lieu M. le Président Michel Genthod, qui, Président de notre Tribunal pendant plus de deux décennies, nous fait l'honneur d'être parmi nous et à qui je dois tout en tant que juge international, vu la bienveillance avec laquelle il m'a accueilli au sein de cette juridiction. Je salue également, sans vouloir lui donner une préséance quelconque par rapport à ceux que je citerai par la suite, M. Guido Raimondi, Président actuel de la Cour européenne des droits de l'homme et ancien juge à la Cour de cassation de la République italienne, non pas en raison de ses titres, mais de ce qu'il a accompli pour le Tribunal pour en garantir l'indépendance et pour assurer son efficience dans le respect de la séparation des pouvoirs alors qu'il était le Conseiller juridique du Bureau international du Travail. Il m'incombe aussi de saluer le représentant du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies, M. Rowan Downing, son Président.

C'est ensuite avec un plaisir non dissimulé que je vais saluer M. Christos Rozakis, Président, et mon ami et compatriote Giorgio Malinverni, Vice-président, ainsi que M^{me} Lenia Samuel, juge suppléant, tous délégués du Tribunal administratif du Conseil de l'Europe. Nous avons aussi parmi nous M. Harissios Tagaras, Vice-président, et M^{me} Celia Goldman, qui sera l'une de nos intervenantes, pour le Tribunal administratif du mécanisme européen de stabilité. Je remercie enfin de leur présence M. Salihu Belgore, Président du Tribunal administratif de la Banque africaine de développement, et M. Homero Bibiloni, Président du Tribunal administratif de l'Organisation des États américains.

Il m'incombe enfin l'honneur de saluer M. Guy Ryder, Directeur général du Bureau international du Travail, qui représente ici l'organisation qui héberge notre Tribunal, tout en lui donnant une garantie d'indépendance absolue et en assurant son intendance. Ce rôle de l'Organisation internationale du Travail est particulièrement bien compris par M. le Directeur général Ryder. J'ai pu le constater au cours des quatre années durant lesquelles je l'ai rencontré périodiquement. Il a le souci non seulement d'accomplir les deux tâches que je viens d'évoquer, mais aussi de veiller à ce que ses juges, dont 60 autres organisations internationales reconnaissent la compétence, soient dotés d'un statut digne de leur tâche de magistrat judiciaire.

M. le Directeur général, désirez-vous vous adresser à l'assemblée?

GUY RYDER

Director-General of the International Labour Office

Monsieur le Président du Tribunal administratif Claude Rouiller,

Mesdames et Messieurs les juges,

Mesdames et Messieurs,

Tout d'abord, merci de me donner la possibilité de vous accueillir au Siège de l'OIT et de vous saluer au nom de l'Organisation à l'occasion de ce 90^e anniversaire du Tribunal.

Monsieur le Président,

Bien que le rattachement du Tribunal administratif à l'OIT se soit fait au début un peu par la force des choses, dans le contexte historique tourmenté de l'après-guerre, il est important de rappeler que c'est la volonté des mandants de l'OIT – gouvernements, travailleurs, employeurs – qui a joué et continue de jouer un rôle déterminant qui fait que le Tribunal est devenu progressivement un fournisseur universel de services publics et de justice administrative internationale. Le Tribunal ne serait pas ce qu'il est sans la reconnaissance de son importance non seulement par l'OIT, mais également par toutes les organisations internationales. De par son mandat relatif au monde du travail, c'est l'OIT qui était la mieux à même d'assumer les responsabilités incombant à l'organisation hôte d'un tel organe judiciaire international indépendant.

Aujourd'hui, la juridiction du Tribunal couvre une soixantaine d'organisations internationales, en plus de l'OIT, offrant ainsi une protection juridique à plus de 60 000 fonctionnaires internationaux dans le monde.

Je me dois également ici de reconnaître le travail remarquable accompli par tous ceux et celles qui sont à l'origine de l'importante jurisprudence du Tribunal, c'est-à-dire les juges du Tribunal. J'aimerais saisir cette occasion pour exprimer, au

nom de l'Organisation internationale du Travail, ma profonde gratitude à l'actuel Président du Tribunal, Monsieur Claude Rouiller.

Monsieur Rouiller, vous avez, pendant ces treize dernières années, apporté une précieuse contribution aux travaux du Tribunal, mais vous avez hélas décidé de quitter vos fonctions en juillet de cette année.

Ladies and gentlemen,

The history of the Tribunal is linked in a particularly graphic way to the International Labour Office. Not many of you perhaps know that one of my predecessors as Director-General, Edward Phelan, who happened to be the very first official of the International Labour Organization, was also the very first official to bring a complaint to the Tribunal, in 1929.

Maybe you also did not know that at that time complainants had to pay one-fiftieth of their annual salary at the moment of presenting a complaint, to pay for access to this justice. Happily, I think, it is a practice which no longer exists but I think we need to be inspired by the fact that Phelan was the first client of the Tribunal all those years ago. By the way, I understand he lost his case so it's not giving me any particular ideas!

Ladies and gentlemen, I think that the Tribunal is, in the eyes of all, a great success story. The ILO takes real pride in being able to take good care of our Tribunal. To see it succeed, to see it expand, to see it become a global reference. And at all times, and you have said it, Mr President, in the fullest respect of its authority and particularly of its independence. Your seven judges are selected among supreme judicial organs of national jurisdictions and, as I have said, membership now covers as many as 60 member organizations.

Being the host organization is, as I have said, a source of pride but a source of responsibility as well. And it is not from any responsibility flowing from a legal text, but rather from the mandate and commitment of our Organization, that we are defenders of social justice and of decent work, that we feel that responsibility. The Office has always felt that it is our job to support the Tribunal's efforts and to do everything that we can to promote its continued commitment to improvement and excellence.

So, on the eve of the ILO's own centenary in 2019, I want to take this opportunity which you kindly offer me to – on behalf of the ILO – acknowledge the Tribunal's achievements as well as the challenges lying ahead. And to say that we remain committed as ever to continue our service and support to the Tribunal to the best of our ability.

Ladies and gentlemen, today's gathering and celebration allows me to express thanks and recognition to the admirable work that you, Mr President, and all of your fellow judges accomplish so selflessly and with such extraordinary talent and authority. You help all of us to run the operations of international organizations. You help us to learn from experience and to apply the principles of fairness and justice, transparency and integrity. And we know that integrity depends upon due process as a critical function and a major contribution to the development of the international civil service law of which so many are grateful to your contribution.

In this room, ladies and gentlemen, many ILO events take place, our Governing Body meets here but we also supervise international labour standards each year, each Conference held in June in this room. It is quite a lively occasion. So it seems to me fitting that you meet here today for your colloquium to discuss the creation and the various aspects of international civil service law.

Through the Tribunal, the ILO has always ultimately covered the territory which is not normally addressed in its labour standards, and the labour law created within the international organizations has its own guardian with ILO in its name. We have appreciated the work of the Tribunal and its judges. The Tribunal carries and does honour to the image of the ILO beyond our usual borders and represents an essential guarantee for the international community.

So I thank all of you Mr President and your colleagues, and all of the friends of the Tribunal who have come today to take part in this most important colloquium. I wish you all success and I reiterate my respect and appreciation to the Tribunal.

Thank you, Mr President.

LONGEST-EXISTING INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE TRIBUNAL: HISTORY, MAIN CHARACTERISTICS AND CURRENT CHALLENGES

DRAŽEN PETROVIĆ

Registrar of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization.

He is also a Visiting Professor at Geneva University International Organizations MBA (IOMBA) program (since 2010/11 academic year) and an Associate of the Institute of International Law (since 2017).

Previously Principal Legal Officer of the International Labour Office (ILO), Legal Officer at the United Nations Compensation Commission (UNCC) and Senior Teaching and Research Assistant at Sarajevo University Faculty of Law.

Ph.D (Geneva University), *LL.M* (EUI, Florence), *M.L.S* (Belgrade University), *LL.B* (Sarajevo University).

The views expressed herein are those of the author and do not necessarily reflect the views of the International Labour Organization or of its Administrative Tribunal.

The Administrative Tribunal of the International Labour Organization is the oldest international administrative tribunal and one of the longest-lasting international institutions. Ninety years of existence may not be so impressive from the perspective of the International Labour Organization (ILO), which will soon be celebrating the first 100 years of its existence, but it is a remarkably long period of time for many other international institutions and especially other international administrative tribunals.¹

I. Creation of the Tribunal

Like many other international institutions, this Administrative Tribunal owes its creation to a need to address a crisis. In the early years of the League of Nations and the ILO, there was no possibility for staff to contest an administrative decision before a judicial body,² although the first Director-General of the ILO, Mr Albert Thomas, had suggested as early as in 1921 that this should be introduced following the model of the French *Conseil d'État*³ The only possibility was for serious disputes to be referred to the Executive Council of the League, or to the ILO Governing Body, but these were both political organs.⁴ This possi-

¹ For example, the United Nations Administrative Tribunal was created in 1949 but in 2009 it was replaced by the UN Dispute Tribunal and the UN Appeals Tribunal; the Administrative Tribunal of the Council of Europe was created in 1965; the Administrative Tribunal of the Organization of American States in 1971; the World Bank Administrative Tribunal in 1980; the Administrative Tribunal of the Inter-American Development Bank in 1981; the Bank for International Settlements Administrative Tribunal in 1987; the Asian Development Bank Administrative Tribunal in 1991; the International Monetary Fund Administrative Tribunal in 1992; the OECD Administrative Tribunal in 1992; the African Development Bank Administrative Tribunal in 1997; the NATO Administrative Tribunal in 2013; and, finally, the European Stability Mechanism Administrative Tribunal in 2013.

² This was due to the immunity of jurisdiction that Switzerland granted to the League of Nations and the ILO. See Dražen Petrović: "L'importance du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en Suisse", in Antoine Eigenmann, Charles Poncet and Bernard Ziegler (eds): *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller* (Basel, Helbing Lichtenhahn, 2016), pp. 181–193, and in particular pp. 181–185.

³ Pierre Siraud: *Le Tribunal administratif de la Société des Nations* (Paris, Librairie Mariale, 1942), p. 22. See also Memorandum by the International Labour Office submitted to the International Court of Justice in preparation of the Advisory Opinion of 13 July 1954, "Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal", Written Proceedings, pp. 46 et seq. (the ILO Memorandum), at p. 51.

⁴ This possibility was introduced by League of Nations Assembly's resolution of 17 December 1920. It had two limits: the complainant had to be a holder of a contract of at least five years' duration, and complaints were restricted to cases of termination of contract.

bility was used in 1925 by an official of the League of Nations, Mr Monod, who was not reintegrated in the secretariat following a period of leave and appealed to the Executive Council of the League. Finding it difficult to hear individual complaints, the Council created an arbitral college composed of three lawyers (Mr de Adlercreutz from Sweden, Mr Barone from Italy and Mr Van Stooten from the Netherlands) with a mandate to make recommendations regarding the outcome of the case. The Council also undertook to respect and implement the decisions of the arbitral college. The handling of this case had made it obvious that political bodies were not well-suited to handle individual appeals, and prompted a debate about the best way of dealing with them. In the end, the Member States decided in 1927 to set up a Tribunal in order to guarantee the legal nature, independence and impartiality of the appeal process. So, long before this idea was enshrined in international human rights instruments,⁵ there was a determination to provide a judicial remedy against administrative decisions at international level.

The newly created judicial body, formally established on 26 September 1927,⁶ was called the Administrative Tribunal of the League of Nations, but from the beginning the ILO was actively involved in its creation and the officials of the International Labour Office were covered by the jurisdiction of the Tribunal. In fact, the first three judgments of the Administrative Tribunal of the League of Nations concerned ILO officials, including the one who later became the fourth Director-General of the International Labour Office, Mr Edward Phelan.⁷

At the beginning, the Tribunal had its own “probationary period”.⁸ It was initially created for three years only. As we can witness from today’s perspective, its performance during that probation was judged positive and the Tribunal became a permanent body in 1931. One of the few things that remains from this three-year period is the duration of the judges’ mandate. In fact, its duration has never been changed and Article III of the Statute still provides that “[t]he judges shall be appointed for a period of three years”.⁹

⁵ For an argument relating to the Universal Declaration of Human Rights, see Suzanne Bastid: “Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence”, 92 *Recueil des cours* 343 1957, at p. 367. See also the argument that Article 6 of the European Convention on Human Rights implied the fundamental principle that the exercise of administrative power should be subject to judicial control: Chittharanjan Felix Amerasinghe: “Reflections on the internal judicial systems of international organizations”, in Olufemi Elias (ed.): *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal* (Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 35.

⁶ By a Resolution adopted by the Assembly of the League of Nations, *Official Journal of the League of Nations*, May 1928, p. 751.

⁷ See Judgment 2, available, only in its French original, at: http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=.02&p_language_code=FR.

⁸ In the resolution of 26 September 1927 creating the Tribunal, the Assembly of the League of Nations decided that it would examine in 1931 whether there is reason to abrogate or amend the Statute of the Tribunal. See *supra* note 7.

⁹ Contrary to some other international courts of justice and tribunals, the Statute of the Tribunal does not provide for any limitation as to the number of mandates per judge.

The main characteristics of the Tribunal generally remain the same to this day. The Tribunal's Statute has been amended only seven times but its competences *ratione materiae* and *ratione personae*¹⁰ have not been modified. The basic text of paragraph 2 (and later added paragraph 5) of Article II of the Tribunal's Statute remains the same:

The Tribunal shall be competent to hear complaints alleging nonobservance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials [...], and of such provisions of the Staff Regulations as are applicable to the case.¹¹

What is absent from this provision is any reference to the national law of the host State. Indeed, from the beginning, and contrary to the situation that prevailed with some international institutions prior to the creation of the League of Nations and the ILO, the idea was not to rely on the domestic law of any State, but to apply a new system of law. Therefore, the Tribunal is not simply an alternative judicial forum which it might have been necessary to create because the immunity of jurisdiction enjoyed by the organizations prevents the enforcement of the domestic law by national tribunals.¹² The law that the Tribunal is to apply is not the domestic law: it is a self-contained and independent legal regime created for the needs of the proper functioning of international organizations.¹³

Moreover, except for some minor editorial changes, the power of the Tribunal to issue orders in respect of successful complaints also remained unchanged. The current text of Article VIII of the Statute (initially Article IX) reads as follows:

In cases falling under article II, the Tribunal, if satisfied that the complaint was well founded, shall order the rescinding of the decision impugned or the performance of the obligation relied upon. If such rescinding of a decision or execution of an obligation is not possible or advisable, the Tribunal shall award the complainant compensation for the injury caused to her or him.¹⁴

This provision gives the Tribunal, in addition to the possibility to order the payment of material or moral damages, the power to set aside the final decision of an executive head and even to order the reinstatement of an official.

¹⁰ Obviously, the number of organizations that have recognized its jurisdiction has increased considerably, but the competence *ratione personae* is still limited to "officials" (or derivative status of "former officials" and heirs).

¹¹ Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, adopted by the International Labour Conference on 9 October 1946, last amended 7 June 2016, available at: <http://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm> [accessed 19 August 2017].

¹² Melissa Su Thomas and Olufemi Elias: "The role of international administrative law", in Olufemi Elias (ed.), *op. cit.* (supra note 5), pp. 402–403.

¹³ For the main characteristics of this law, see Dražen Petrović: "Le droit applicable devant le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail", in *Revue de droit administratif et de droit fiscal* (Lausanne, forthcoming).

¹⁴ *Supra* note 12.

The fact that the essential rules remained almost the same is very important. Unlike some other systems that have had to undergo fundamental changes, the stability of its rules makes this Tribunal an attractive judicial forum.

After the total of 37 numbered judgments¹⁵ issued by the Administrative Tribunal of the League of Nations¹⁶ – 16 of which were delivered in 1946 – a major change occurred in 1946.

II. The International Labour Organization takes over

Following the demise of the League of Nations, the Tribunal was taken over by the ILO¹⁷ at the highest level – the judges are appointed by the International Labour Conference, which also has the authority to amend the Tribunal's Statute. Given that the role of the Tribunal in 1946 was to review the decisions of the Director-General of the International Labour Office, it was not surprising that the status of the Tribunal was to be determined by the highest authority of the Organization.

Apart from the name, not too many things changed in 1946¹⁸ – the same judges continued their work,¹⁹ the Statute remained fundamentally the same and the officials of the International Labour Office continued to be covered by the Tribunal's jurisdiction. The Tribunal even continued to deal with the cases filed by former officials of the League of Nations.

In fact, at the last session of the Assembly of the League, on 18 April 1946, in one of the last resolutions to be adopted, the Assembly already amended the Statute of the Tribunal to replace the words “League of Nations” by “ILO”, notably in Article 1 of the Statute which defines the name of the Tribunal. So, even before the ILO accepted it, the Tribunal became the “Administrative Tribunal of the International Labour Organisation”. The continuity was emphasized also by the ILO. In the *Resolution concerning the adoption of the revised Statute of the Administrative Tribunal*, adopted by the International Labour Conference on

¹⁵ There is also one preliminary judgment, delivered on 21 February 1946, which was not numbered.

¹⁶ As of May 2017, the electronic version of all 37 judgments is available in the Tribunal's database TRIBLEX in their original (French) version. The translations into English will follow shortly.

¹⁷ Though not without some hesitation; see Francis Maupain: “Les responsabilités de rattachement d'une juridiction administrative internationale: l'exemple du Tribunal administratif de l'OIT”, in *Le contentieux de la fonction publique internationale*, Actes des journées d'études des 9–10 décembre 1994, Société française pour le droit international (Paris, Pedone, 1996), pp. 183–192, at p. 184.

¹⁸ The three main changes were the introduction of the possibility for the Tribunal to be designated as an arbitration body in contracts concluded by the ILO (Article II (4) of the Statute); the elimination of the deposit that the complainants were paying to introduce the complaint (i.e. the deletion of Article VIII), and the new possibility to refer the question on the Tribunal's competence to the International Court of Justice (Article XII of the Statute, which was recently deleted).

¹⁹ Judges Albert Devèze, Vald. Eide and A. van Rijckevorsel, who adopted the 16th Judgment of the League of Nations Administrative Tribunal in 1937 and all subsequent judgments until the last, 37th Judgment in 1946, also adopted Judgments 1–7 of the ILO Administrative Tribunal.

9 October 1946, it was noted that the Governing Body had decided in May 1946, at its 98th Session, that the ILO should assume the responsibility “for maintaining the Administrative Tribunal”.²⁰

That is why it is not justified to describe the ILO Administrative Tribunal as a new Tribunal or as a successor of the previous one. It simply continued its work under a new name, especially as far as the ILO itself was concerned.

III. Important characteristics of the Tribunal introduced by the ILO

The ILO gave to the Tribunal three important characteristics.

Political legitimacy

First, the ILO gave the judges considerable political credibility. While the original text of the Statute adopted in 1927 provided that three judges and three deputy judges²¹ would be appointed by the Council of the League of Nations, which would be equivalent to the ILO Governing Body, the ILO decided that judges should be appointed by the International Labour Conference.²²

By entrusting the task of appointing judges to the Conference, which is not only the highest body of the Organization but, more importantly, is a tripartite body²³ entrusted with the mandate of dealing with international labour issues, the ILO pre-empted any serious challenge to the judges’ legitimacy. Who else would be better placed than the “World Parliament of Labour” to choose judges for this type of jurisdiction?

²⁰ The statement of maintaining the Tribunal was also confirmed in the ILO Memorandum, *supra* note 3, p. 46.

²¹ The distinction between judges and deputy judges was eliminated by the International Labour Conference in a resolution adopted on 11 June 1992, by amending Article II, paragraph 1, of the Statute (*supra* note 12).

²² Resolution of the Assembly of the League of Nations of 18 April 1946 left open the question as to which organ would appoint the judges. It simply said it would be the competent organ of the ILO.

²³ Each member State is represented by a delegation comprised of government, employers and workers delegates. See article 3, paragraph 1, of the Constitution of the International Labour Organisation, available at: <http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO> [accessed 19 August 2017]. By providing that the Conference will elect the judges, the ILO also empowered all member States to participate in this process, thereby ensuring the equality of States in that respect. See Jacques Ballaloud: *Le Tribunal administratif de l’Organisation internationale du Travail et sa jurisprudence* (Paris, Pedone, 1967), p. 29.

Professional credibility

Second, the ILO opted for the selection of judges who already hold the highest judicial functions in their respective countries.²⁴ Contrary to some other international tribunals and courts of justice, judges of this Tribunal do not become judges when they take up this office; they are judges already prior to their appointment by the Conference. By insisting on selecting professional judges holding highest judicial functions, often in national supreme courts,²⁵ the ILO has guaranteed the professional credibility and integrity of the Tribunal's work.

The logic underlying this approach is important: if international organizations did not have immunity of jurisdiction, those same judges would have been called upon by the national law, often in the last instance, to judge the actions of the organizations. The level of the judges of the Tribunal can therefore be seen as the natural complement to the privileges and immunities that those organizations enjoy in Member States and the guarantee for the latter that the staff would enjoy the highest level of protection. The judges' experience and knowledge have a direct impact on the undeniably high quality of the judgments, which – and this answers a question frequently asked by the parties – are drafted by the judges and not by the Registry staff. While it is almost natural for lawyers to disagree with some judgments, it is impossible to seriously argue that a judgment of the Tribunal is “political”, biased or influenced by any particular State or international organization.

It is also important to recall that those judgments always result from an agreement of at least three judges. In fact, no substantive decision in this Tribunal is adopted by a single judge. The confrontation of views and arguments, different personal and professional experiences, common and civil law logics and approaches, makes the deliberations particularly interesting and enriching.

Creating a critical factor of “international governance”

Third, the ILO offered this public service to others. In the period of the League of Nations, the Tribunal accepted to be used as an arbitration body for some institutions. However, this was rather a marginal role. In 1949, the newly created World Health Organization (WHO), with its headquarters in Geneva, made a request to the ILO to recognize the jurisdiction of its Administrative Tribunal. To make this

²⁴ The preparatory works for the creation of the Administrative Tribunal of the League of Nations reveal that the Control Commission had already envisaged that future judges should have legal experience, either as judges or as attorneys of other persons involved in judicial proceedings. However, the proposal that judges be designated by the administration and the staff was rejected. See *Official Journal of the League of Nations*, Special supplement No. 58, 1927.

²⁵ See document GB.329/PFA/11/3, para. 5.

possible, the Statute of the Tribunal was amended.²⁶ The WHO's recognition of the Tribunal's jurisdiction was followed by that of most of the UN specialized agencies, as well as several major global and regional organizations. The first non-UN organization was CERN in 1955.

The Statute was further amended in 1998 to accept applications from organizations that are not entirely inter-governmental but are international in character.²⁷ There are now 59 such organizations and institutions, including two courts of justice that have recognized the Tribunal's jurisdiction (there used to be four more in the past).

Obviously, the Tribunal's judgments have a considerable impact on the functioning of these organizations and on what is commonly called "international governance". Indeed, it is difficult, if not impossible, to identify another international institution which has such a direct, huge and continuous impact on such a significant number of international organizations.

IV. Main challenges

Diversity of internal rules

The variety of organizations that recognized the Tribunal's jurisdiction, with the great difference in their mandates, internal legal rules, cultures and characteristics, makes its task both interesting and challenging.

Each organization has created its internal law in a different manner. Under a generic term "provisions of the Staff Regulations", which is found in the Statute of the Tribunal, one can actually identify 60 systems of internal rules, consisting of not only staff regulations but also a collection of internal rules, instructions, bulletins, memoranda or circulars. The difficulty facing the Tribunal is therefore to review all applicable written legal rules for each case, and they are often very different from one case to another. As the written rules of international organizations are frequently incomplete, given that some issues are not (yet) regulated, an important role is left to the practice. The Tribunal inevitably had to take into account and recognize the legal value of the practice as a source of rights and obligations, although this source of law is not specifically provided for in the Statute.²⁸

²⁶ The new paragraph 5 was inserted in the existing Article II of the Statute and an Annex was added to the Statute. These amendments were adopted at the 32nd Session of the International Labour Conference in 1949.

²⁷ The Conference, during its 86th Session, amended Article II, paragraph 5, of the Statute and replaced the introductory paragraph of the Annex to the Statute (*supra* note 11).

²⁸ For an example of a recent judgment referring to the practice, see Judgment 3680, *consid.* 12.

To be able to create a coherent body of case law, the Tribunal insisted on general principles of law. These general principles not only bring different applicable laws together, but also contribute to the creation of the law of international civil service. Even without a specific reference in the Statute, it was inevitable that the high-level judges would quickly identify the principles common to their respective legal systems and transpose them into the general principles of law which apply to individual cases brought before the Tribunal.²⁹

The Tribunal has made a major contribution to the creation of international civil service law (or, as some would say, “international administrative law”): in almost 3,900 judgments that the Tribunal delivered by summer 2017, it has dealt with almost all aspects of the labour conditions of international civil servants. Its judgments have inspired other international administrative tribunals in adopting their own case law – mostly agreeing, but at times also disagreeing with this Tribunal. The task of identifying milestones of that rich case law is therefore extremely challenging and necessarily subjective.

Selection and availability of judges

One of the few conditions laid down by the Statute for the selection of judges is that they be of different nationalities. In all, 56 judges and deputy judges of 29 different nationalities have sat on the Tribunal since 1946.³⁰

Those who closely analyse the judgments can sometimes detect the influence of one school of legal reasoning or another, but generally all judgments go in the same direction: creating a body of law that can serve the purpose of international organizations and that can be identified as international civil service law.

It is not always easy to find suitable candidates to serve as judges of the Tribunal. Beyond the requirement of being a judge of a high jurisdiction, satisfying gender criteria and ensuring wider geographic presence, the candidates need to have professional experience in both labour and administrative law as well as being able not only to draft judgments in either English or French, but also to deal with complaint files that often combine documents in English and French.

Many judges have remained with the Tribunal for several years. Some of the present judges have been with the Tribunal for more than a decade. Several former Presidents

²⁹ See Laurent Germond, *Les principes généraux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.* (A. Pedone, Paris, 2009).

³⁰ In fact, during the period of the League of Nations, 37 numbered judgments and one non-numbered judgment were adopted by five judges. See Ioannis D. Antoniadis, *Les décisions du Tribunal administratif de la Société des Nations* (Paris, 2005), p. 25. The first 12 judgments (until 1932) were adopted by Mr Albert Devèze, Mr Montagna and Mr Froelich. As of Judgment 13, Mr Eide replaced Mr Froelich, and from Judgment 16 on, Mr van Rijkevorsel replaced Mr Montagna.

of the Tribunal – Judges Gentot, Ba, Gaudron and Rouiller, for instance – stayed with the Tribunal for between 10 and 15 years each. The fact that judges remain for a considerable period of time contributes greatly to the stability of the Tribunal's case law. As the judges may either be in active service back in their national tribunals or have other jobs and assignments, if retired from the national judiciary, all present and former judges should be thanked for the time, energy and expertise they have invested in the Tribunal.

Necessity to remain available to a wide range of international civil servants

This Tribunal is the only judicial recourse for over 63,000 international civil servants. Many other international civil servants are covered by the jurisdiction of almost 20 other international administrative tribunals or international courts of justice which have jurisdiction over staff disputes. Judges of those tribunals are the only judges before whom international civil servants can challenge an administrative decision.

The administrative tribunals are the ultimate guarantors of applying principles of due process in the international civil service and of delimiting the use of the wide discretionary powers of the executive heads of the organizations.³¹

The need to address her or his complaint to the Tribunal may arise for anyone, including sometimes the very same executive heads. For example, a former Director-General of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW) had to seek justice from this Tribunal.³² A former UN Secretary-General also brought (and won) a case against the United Nations before the former UN Administrative Tribunal.³³ Recently, even two judges of the International Criminal Court had to seek justice before this Tribunal in relation to their pension rights.³⁴

There is a long list of other officials at all levels who have filed complaints with the international administrative tribunals. They may have not always won, but their case was heard by a judge. That is why it is so important that this Tribunal should remain available for the organizations that have recognized its jurisdiction and for newly created organizations intent on ensuring a high standard of protection of legal rights.

³¹ See Theodor Meron, "Status and independence of the international civil servant", 167 *Recueil des cours* 285 1980, p. 354.

³² Judgment 2232. This judgment triggered considerable interest of the doctrine. For example, see Jan Klabbers, "The Bustani Case before the ILOAT: Constitutionalism in Disguise?", in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, April 2004, pp. 455–464.

³³ Judgment 1495.

³⁴ Judgments 3359 and 3859.

Unfortunately, certain categories of employees of international organizations still do not have access to the international administrative tribunals, as they do not belong formally to the category of “officials”, as contemplated by the tribunals’ statutes. While this definition of competence *ratione personae* may have been broad enough to encompass the majority of the employees of international organizations in the past, the present reality is that many persons in an employment relationship with the organizations do not have the formal status of “officials”. Some others (consultants, external candidates for vacancies, interns, etc.) have no – or have only very hypothetical – means to seek the legal protection of their rights.³⁵ The time may be right to reconsider this issue.

Number of cases

Recourse to the Tribunal is increasing every year. It may be worth recalling that in 1929 the Administrative Tribunal of the League of Nations rendered three judgments, in 1930 only one, in 1931 none at all and, in the whole period of its operation under that name, 37 judgments.

After the Second World War there was a four-year interval between the first and the second session, and that second session was organized for only three cases. Two years later, the third session dealt with only one case.

It is public knowledge that the numbers are not at all in that range any more. While for a long time the Tribunal was able to deal with the cases relatively quickly after the end of the written proceedings, it has gradually seen the number of complaints filed annually increase beyond what it would normally examine in two annual sessions. Since 2010, the Tribunal has been regularly receiving more than 200 complaints per year. In order to deal with this workload, the Tribunal organized an extra session in 2014,³⁶ extended the duration of its regular sessions from three to four weeks and introduced a new “fast-track” procedure in its Rules. The Registry staff also modified the nature of its support to the judges. These combined measures have enabled the Tribunal to increase the average number of judgments per session from 50 to 80, even adopting as many as 97 judgments at its 123rd Session alone.

³⁵ See Meron, *supra* note 31, p. 357.

³⁶ The 117th Session of the Tribunal, organized in February 2014.

Part I

The various facets of the law governing the relations between international civil servants and international organisations

Partie I

Les différents aspects du droit applicable aux relations entre les fonctionnaires internationaux et les organisations internationales

■ **CHLOÉ CHARBONNEAU-JOBIN**

Tu patere legem quam ipse fecisti: une perspective syndicale

■ **CELIA GOLDMAN**

Finding the law of the international civil service in the jurisprudence of sister tribunals

■ **CHRISTIAN ROHDE**

Organizational practice as a source of law

TU PATERE LEGEM QUAM IPSE FECISTI: UNE PERSPECTIVE SYNDICALE

CHLOÉ CHARBONNEAU-JOBIN

Chloé Charbonneau-Jobin est membre en exercice du Barreau du Québec et a commencé sa carrière au sein d'un cabinet privé de Montréal en tant qu'avocate spécialisée en litige de responsabilité professionnelle et disciplinaire. De 2001 à 2004, elle a travaillé au sein du Département des normes internationales du travail de l'OIT (NORMES) essentiellement au service de la Liberté syndicale (LIBSYND), tout en poursuivant des études de D.E.A. en droit international à l'IUHEI. En 2009, après quelques années entre l'Inde et le Brésil, elle a poursuivi sa carrière à Ottawa au sein de l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, plus grand syndicat de professionnels de la fonction publique fédérale canadienne, dont elle a représenté les membres devant diverses instances administratives et quasi judiciaires tant en arbitrage qu'en médiation, y compris devant divers tribunaux des droits de la personne. Chloé a été nommée Conseillère juridique du Syndicat du personnel de l'OIT en septembre 2016.

Les propos et opinions exprimés dans cet article n'engagent que leur auteur et ne reflètent pas nécessairement les opinions et/ou prises de positions du Syndicat du personnel de l'OIT. L'auteure tient à exprimer sa gratitude au Greffier du Tribunal, M. Dražen Petrović, pour ses précieuses suggestions dans l'élaboration de cette contribution.

Le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (ci-après, le Tribunal) est un acteur indispensable dans l'évolution du droit administratif international, un domaine du droit qui est appelé à se raffiner, se préciser et se définir davantage à une cadence plus soutenue que d'autres domaines du droit. Qu'est le droit sans le juge? Il semble que le premier ait besoin du second pour affirmer son existence même. On prend d'ailleurs toute la mesure de cet état de fait lorsque les fonctionnaires d'une organisation internationale se heurtent aux limites des mécanismes de règlement internes des différends et, sur la recommandation notamment de leur syndicat, se voient contraints de se tourner vers le Tribunal, ultime gardien du droit, afin d'obtenir gain de cause. Ainsi, le Tribunal, dernier et unique recours, a la lourde responsabilité de réviser les décisions prises par des administrations non soumises au droit national et d'en assurer la légalité, avec tout ce que cela comporte de défis, mais aussi de potentiel créatif.

Nous nous pencherons donc sur la contribution remarquable du Tribunal au développement du droit administratif dans une perspective syndicale et en s'intéressant en particulier à l'application du principe *tu patere legem quam ipse fecisti* en matière de consultation et de négociation collective.

Définition du principe et de son champ d'application

Le Tribunal a lui-même défini le principe *patere legem* comme signifiant que «toute autorité est liée par la règle qu'elle a elle-même édictée, aussi longtemps qu'elle ne l'a ni modifiée ni abrogée¹». Qualifié de principe général cadre protégeant les fonctionnaires contre le fait du prince et comme un «principe de légalité²», il est essentiel à la sécurité juridique en droit administratif international. Le Tribunal a par la suite réaffirmé le principe en termes un peu plus larges en indiquant qu'«une organisation internationale a le devoir de respecter ses propres règles internes et d'agir de manière qui permette à ses employés d'avoir l'assurance que ces règles seront respectées³». Puis, le Tribunal a précisé que «toute autorité est liée par la règle qu'elle a elle-même édictée, aussi longtemps qu'elle ne l'a ni

¹ Jugements 51 (1960), consid. 3; 862 (1987), consid. 8; et 963 (1989), consid. 5.

² Laurent Germond, *Les principes généraux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.* (Pedone, Paris, 2009), p. 75.

³ Jugement 2170 (2003), consid. 14; 2326 (2004), consid. 15; et 2414 (2005), consid. 23 *in fine*.

modifiée, ni suspendue, ni abrogée⁴». Le Tribunal dans ses décisions se réfère à ce principe en utilisant indifféremment tant sa locution latine qu'en le paraphrasant. De plus, une violation du principe *patere legem* entraîne une annulation de la décision attaquée quasi automatique et, dans la majorité des cas, le Tribunal ne se penche pas sur les autres moyens soulevés par les plaignants dès lors que la preuve de cette violation a été faite.

Mais quelles sont ces règles visées par le principe? Sont-ce seulement les règles contenues dans le Statut du personnel, les règles adoptées par l'organisation elle-même ou fait-on également référence à toutes les règles, peu importe leur nature, leur source et le processus décisionnel dont elles sont issues? À cette question, le Tribunal a affirmé que par «règle interne» on désigne tout l'éventail des règles applicables dans l'ordre juridique interne d'une organisation donnée, y compris la pratique.

Et au sujet des règles écrites, le Tribunal a, par le biais de certaines décisions phares, contribué à la reconnaissance formelle de la valeur juridique en droit international administratif des accords collectifs conclus entre l'administration et les associations de personnel et/ou les syndicats. À titre d'illustration, on peut citer le jugement n° 1369 (affaires *Decarnière n° 2* et *Verlinden n°s 1 et 2*) où le Tribunal, bien qu'il ait rejeté les requêtes quant au fond, a néanmoins saisi l'occasion pour clarifier son champ de compétence quant au droit applicable. En effet, une objection préliminaire avait été soulevée par l'organisation défenderesse à l'effet que le Tribunal n'avait pas compétence puisqu'une convention collective ne pouvait être invoquée dans le cadre d'un litige porté devant lui. Le Tribunal a donc énoncé, d'une part, qu'il lui appartient «d'assurer le respect du droit dans toute l'étendue de la compétence définie par son Statut et d'appliquer à cet effet toute règle de droit pertinente, qu'elle soit attribuée au droit international, au droit administratif, au droit du travail ou à toute autre matière juridique»⁵ à l'exception, bien entendu, du droit national. Et, d'autre part, que «les conventions collectives sont un instrument fondamental de progrès, de justice et de paix dans les rapports sociaux [...]. Mais les conventions collectives, là où elles existent, font partie des sources du droit de la fonction publique internationale. En souscrivant à une telle convention, l'organisation assume des obligations juridiques qui peuvent être invoquées devant le Tribunal par les membres du personnel et que le Tribunal doit appliquer selon ses termes et son intention⁶.»

Ainsi, le Tribunal applique le principe *patere legem* et consacre également de façon implicite le rôle et le mandat des entités représentant le personnel, associations ou syndicats, qui ont négocié ces accords. En effet, quelle meilleure façon

⁴ Jugement 2575 (2007), consid. 6.

⁵ Jugement 1369 (1994), consid. 15.

⁶ *Ibid.*, consid. 16.

de reconnaître la raison d'être des syndicats que d'affirmer la valeur juridique des instruments qu'ils contribuent à créer à travers le processus de la négociation collective? Dans ce même jugement, le Tribunal a rappelé que l'existence d'une convention collective ne saurait priver un fonctionnaire des garanties assurées par le Statut du personnel, mais que rien ne l'empêche d'invoquer une convention collective, et ce même si ce dernier n'est pas membre du syndicat, réaffirmant ainsi également «les corollaires de la liberté d'association et du principe de l'égalité de traitement⁷».

Application du principe dans le contexte des droits individuels

Le plus grand nombre d'illustrations de l'application du principe *patere legem* dans la jurisprudence du Tribunal se trouvent dans le cadre de plaintes sur des questions relatives aux évaluations de rendement⁸, aux promotions personnelles et aux processus de recrutement et de sélection. Nous nous intéresserons davantage à ces dernières.

Dans l'affaire à l'origine du jugement 1549, l'organisation en cause opposait une pratique en vertu de laquelle une candidature dans le cadre d'un processus de sélection pouvait être acceptée jusqu'au moment où l'ensemble du processus était achevé. Cette pratique n'avait pas été publiée et ne répondait pas aux exigences de clarté et de transparence requises par un concours. En outre, le Tribunal rappela que sa jurisprudence exigeait «une stricte observation des règles d'un concours qui ne sauraient être modifiées après que le processus de sélection ait commencé, l'organisation étant tenue au respect des règles qu'elle s'est elle-même données (*patere legem quam ipse fecisti*): voir les jugements 107 (affaire *Passacantando*), 729 (affaire *Ilomechina*), 1071 (affaire *Castillo*), 1077 (affaire *Barahona*), 1158 (affaire *Vianney*), 1223 (affaire *Kirstetter* n° 2) et 1359 (affaire *Cassaignau* n° 4)⁹».

D'un point de vue syndical, cela revêt une importance particulière selon nous essentiellement pour trois raisons.

Premièrement, au sein de la fonction publique internationale, le concept de mérite constitue la pierre angulaire de la progression de carrière, qui est perçue par certains comme laborieuse; on comprend donc aisément l'impérieuse nécessité de s'assurer du respect scrupuleux des règles liant l'organisation. Le cadre réglementaire des questions de dotation peut inclure par exemple un accord collectif qui aurait été négocié avec le syndicat du personnel. C'est notamment le cas à l'OIT. De plus, ces règles prévoient la participation des représentants du personnel au sein des comités de sélection. Et donc, de ce fait, les représentants du

⁷ *Ibid.*, consid. 18.

⁸ Jugements 2414 (2005), consid. 23, et 2170 (2003), consid. 14.

⁹ Jugement 1549 (1996), consid. 13.

personnel sont grandement sollicités par les fonctionnaires estimant être lésés à l'issue d'un processus de recrutement et ont le devoir, dans l'intérêt de l'ensemble du personnel, de défendre vigoureusement les règles applicables.

Deuxièmement, nombre de décisions administratives que le Tribunal est appelé à examiner, dont celles relatives à la dotation, relèvent du pouvoir d'appréciation de l'organisation, et la preuve d'un vice de forme ou de procédure est nécessaire pour les annuler. «Le Tribunal exerce son pouvoir de contrôle en ce domaine avec une prudence particulière, sa fonction n'étant pas de se substituer à l'organisation pour se prononcer sur les mérites respectifs des différents candidats¹⁰». Ainsi, les associations de personnel et syndicats ont un intérêt particulier à s'assurer du respect des règles par lesquelles l'organisation a accepté de se lier et de surcroît lorsqu'elles sont issues d'un processus de négociation collective car, bien souvent, les fonctionnaires plaignants ne peuvent seuls se pourvoir contre ces décisions, croyant à tort qu'ils pourront amener le Tribunal à réexaminer le fond de la décision et à procéder à une autre nomination.

Troisièmement, dans le monde moderne du travail soumis aux diktats de faire toujours plus avec moins et auxquels la fonction publique internationale n'échappe pas, il est d'autant plus nécessaire de demeurer vigilant dans le cadre des concours de recrutement, puisque les administrations peuvent être tentées d'adopter des pratiques ayant pour but d'accélérer ceux-ci ou de les utiliser en réponse à de possibles pressions opérationnelles ou autres, mais qui ne seront pas nécessairement en conformité avec les règles qui les lient. D'ailleurs, à cet égard, le Tribunal a affirmé sans équivoque qu'une pratique établie qui violerait une règle «ne peut avoir pour effet de modifier cette règle, et le fait que les fonctionnaires soient au courant de cette pratique ne les empêche pas d'exercer leur droit de contester une décision fondée sur cette pratique dès lors que celle-ci leur fait grief¹¹». Mais, si les syndicats peuvent grandement contribuer à l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux contraintes contemporaines dans le respect des droits du personnel et en tenant compte des besoins des organisations, le rôle du Tribunal est essentiel pour en garantir l'application.

L'obligation de consulter au préalable

Au sujet de l'obligation de consulter les représentants du personnel d'une organisation, le Tribunal a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises, que ce soit pour définir ce que constituait la consultation, la différencier de la négociation collective ou en préciser les modalités¹². La consultation est souvent perçue ou même considérée comme le parent pauvre de la négociation collective.

¹⁰ *Ibid.*, consid. 9.

¹¹ Jugement 2959 (2011), consid. 7.

¹² Voir notamment le jugement 380 (1979), consid. 20-23.

C'est à tort selon nous qu'on mésestime cette obligation faite aux organisations de consulter les représentants du personnel, et l'application du principe *pater legem* par le Tribunal a donné lieu à des décisions riches et dont on ne saurait sous-estimer l'impact.

Premièrement, dans l'affaire *Kheir, Muenster et Turco*¹³, les requérants contestaient la décision de l'administration de leur appliquer un barème de rémunération prise en considération aux fins de la pension résultant de l'application des nouvelles dispositions d'un article du Statut du personnel. Or, les plaignants invoquaient que la procédure de modification du Statut du personnel n'avait pas été respectée et donc, la procédure d'amendement étant viciée, la décision qui en découlait l'était tout autant. Le Statut du personnel créait un organisme paritaire dénommé Comité des relations avec le personnel qui devait être consulté sur les propositions d'amendement et un autre article prévoyait que le Directeur du Centre international de l'OIT à Turin avait le pouvoir d'amender le Statut après avoir consulté ledit comité. L'administration a admis avoir passé outre les critères procéduraux tout en niant l'absence de consultation, mais le Tribunal a retenu que la procédure n'avait pas été respectée et a rappelé que: «le Statut du personnel [...] a en lui-même un caractère autonome et, lorsque le Centre décide d'en modifier certaines dispositions, il prend certes sa propre décision, mais il doit le faire en respectant les règles qu'il s'est données. [...] En ne [les] respectant pas en l'espèce, il a commis une illégalité qui rend sans portée le nouvel article 5.2 du Statut du personnel¹⁴.»

Dans le jugement 1488, le Tribunal a appliqué strictement le principe *pater legem*. Les requérants soutenaient que le Statut du personnel faisait une distinction entre le Comité central du Comité du personnel et le Comité consultatif général. La défenderesse arguait que cela importait peu, parce que les représentants du personnel avaient été étroitement impliqués dans le processus de prise de décision et qu'ils avaient pu faire des suggestions via le Comité central du Comité du personnel. Or le Tribunal a plutôt retenu que «[l]e fait que la direction ait pu consulter d'une autre façon le personnel sur ce sujet n'entre pas en ligne de compte: ce qui fait défaut, dans cette affaire, c'est ce qu'exige l'article 38 (3), à savoir la consultation officielle du Conseil consultatif général et la soumission de son avis motivé avant que la décision ne soit prise¹⁵». Le Tribunal ajoutait en *obiter*: «D'une manière générale, il convient, pour assurer de bonnes relations entre le personnel et l'administration, non seulement de permettre à cet organe créé en application du Statut des fonctionnaires de donner un avis "motivé", mais aussi d'exiger de lui qu'il le fasse¹⁶.»

¹³ Jugement 1200 (1992).

¹⁴ Jugement 1200 (1992), consid. 4.

¹⁵ Jugement 1488 (1996), consid. 10.

¹⁶ *Idem*.

Dans le jugement 3671, la défenderesse avait publié des ordres de service informant le personnel de plusieurs modifications apportées au Règlement du personnel. Or, la requérante, agissant en sa qualité de «membre du personnel, membre élue d'une association du personnel et membre du Conseil du personnel¹⁷», a obtenu l'annulation par le Tribunal de la décision attaquée sans nécessité d'examiner les autres moyens de la requête. En effet, la requérante plaidait que les ordres de service n'avaient pas été soumis à la consultation du Conseil du personnel avant leur publication et que cela était contraire à la disposition alors en vigueur du Statut du personnel. Le Tribunal, après avoir cité explicitement le principe *patere legem*, a tranché en ces termes: «lorsqu'un texte prévoit la consultation d'un organe de représentation du personnel avant la prise d'une décision, l'autorité compétente est tenue de suivre cette procédure, sauf à entacher sa décision d'illégalité¹⁸.»

Dans une décision rendue encore tout récemment en 2017, dans le cadre d'un litige sur la question de nouveaux barèmes de rémunération entrés en vigueur en mars 2012, une trentaine de fonctionnaires recrutés sur le plan local à Bangkok ont déposé des requêtes contre l'OIT¹⁹. La contestation portait essentiellement sur le processus qui avait abouti au gel des salaires des fonctionnaires en poste et à l'adoption de nouveaux barèmes de rémunération considérablement moins favorables pour les fonctionnaires entrant en fonction après le 1^{er} mars 2012. Parmi les arguments invoqués, les plaignants faisaient valoir que le Directeur général avait omis de consulter le Comité de négociation paritaire avant de fixer l'échelle des traitements bruts et nets des fonctionnaires de la catégorie des services organiques nationaux et des fonctionnaires de la catégorie des services généraux dans les autres lieux d'affectation, contrairement au libellé clair d'un article du Statut du personnel.

Le Tribunal n'a pas manqué de rappeler le principe *patere legem*, mais a également considéré que le fait que par le passé il n'y avait pas eu de consultation préalable n'excusait pas l'absence de consultation requise par le Statut du personnel, puisque la règle n'avait pas été amendée ou abrogée²⁰. Néanmoins, à cet égard, le Tribunal dans un passage qui, en apparence, peut sembler contradictoire a noté que:

le procès-verbal [de réunion] ne mentionne aucune objection de la part des représentants du Syndicat du personnel au sein du Comité de négociation paritaire concernant l'absence de consultation dudit comité avant l'adoption de la nouvelle échelle des traitements et la décision de geler celle en vigueur. Cette absence de consultation ne peut dès lors objectivement être incluse parmi les vices qui, selon les représentants du Syndicat du personnel, ont entaché le processus ayant abouti à l'adoption de la nouvelle échelle des traitements et à la décision de geler celle en vigueur. Le Tribunal en déduit que ce n'est que par la suite que l'absence de consultation a été considérée

¹⁷ Jugement 3671 (2016), consid. 1.

¹⁸ *Ibid.*, consid. 4. Voir également le jugement 3736 (2017), consid. 7.

¹⁹ Jugement 3883 (2017).

²⁰ *Ibid.*, consid. 21.

comme un argument juridique susceptible d'être soulevé à l'appui du recours intenté plus tard dans l'année²¹.

Pour ces motifs, le Tribunal a donc décidé de ne pas annuler les décisions portant application du gel salarial aux requérants, mais plutôt de les indemniser en ordonnant le versement de dommages matériels et moraux. On peut penser qu'en s'exprimant ainsi le Tribunal ait souhaité faire référence à la théorie juridique de l'*estoppel*. Or, selon nous, cela peut être difficilement conciliable avec le principe général de droit qu'est *patere legem* et il y aura lieu de suivre de près l'évolution possible de ce principe dans la jurisprudence du Tribunal pour déterminer s'il s'agit d'une véritable évolution de l'application du principe *patere legem* ou d'une remarque propre aux circonstances de l'affaire *Bhadrasiri*. Une chose est certaine, cette décision est particulièrement pertinente dans la foulée des récentes discussions au sein du Système commun des Nations Unies au sujet des baisses salariales anticipées pour les fonctionnaires de la catégorie des services organiques basés à Genève. Les associations du personnel et les syndicats au sein des organisations seront appelés à jouer un rôle toujours plus affirmé, la consultation, réclamée de toute part, et la consécration du droit à la négociation collective redevenant, plus que jamais, d'actualité²².

On peut raisonnablement affirmer que la consultation est peut-être le talon d'Achille des administrations qui, parfois, omettent de respecter les règles en régissant l'exercice avant d'adopter certaines décisions. Le Tribunal, en rappelant à l'ordre les administrations délinquantes, a ainsi contribué à rééquilibrer le rapport de force. Il sera intéressant de surveiller l'application du principe *patere legem* en matière de consultation patronale-syndicale, voire de négociation collective, dans un futur proche surtout quant aux questions touchant au système commun des Nations Unies.

Conclusion

La richesse, la diversité et la pertinence du corpus jurisprudentiel du Tribunal est tributaire de l'originalité, de la créativité et de la qualité des arguments juridiques développés par les parties dans le cadre des litiges qu'il est appelé à trancher. À cet égard, les associations du personnel et les syndicats ont beaucoup à apporter, soit à titre d'acteurs dans l'élaboration des règles dont on veut assurer l'application, soit à titre de représentants légaux des plaignants ou d'*amicus curiae*, puisqu'ils sont aux premières loges des grands débats qui font rage au sein des organisations.

²¹ *Ibid.*, consid. 25.

²² Lors de la tenue du colloque le 5 mai 2017 et tout au long des semaines suivantes, les fédérations des associations du personnel du système commun de l'ONU ont tenu de grandes mobilisations pour dénoncer les décisions de la Commission de la fonction publique internationale relativement à des coupes salariales anticipées dans certaines villes, dont notamment Genève, en raison d'une baisse de l'ajustement de poste, mettant ainsi en avant la pertinence de la négociation collective et du dialogue social au sein du système onusien et le rôle des associations du personnel dans la détermination des conditions de travail des fonctionnaires, y compris de leurs salaires.

Si d'aucuns peuvent exprimer leur lassitude ou leur déception face à certaines prises de position du Tribunal, par exemple sur la reconnaissance de l'intérêt à agir des représentants du personnel dans le cadre d'une plainte déposée au Tribunal²³, il n'en demeure pas moins que le Tribunal, à son propre rythme, s'adapte aux besoins et aux thèmes selon les époques. À cet égard permettez-nous de formuler le souhait de voir le Tribunal, cette institution vitale à la longévité exceptionnelle, poursuivre sa mutation, consolider son œuvre et continuer à façonner le droit administratif international de demain en faisant la part belle à la reconnaissance du droit d'ester en justice des associations du personnel et des syndicats. Ainsi, en permettant par exemple les demandes d'avis consultatifs introduits par ces derniers ou en examinant des griefs collectifs ou de principe concernant l'interprétation et l'application des règles par lesquelles une organisation aura accepté de se lier, le Tribunal pourrait examiner l'application du principe *patere legem* sous un angle différent et novateur.

²³ De l'aveu même du Tribunal, sa jurisprudence relative à la qualité pour agir devant lui des représentants du personnel élus «peut ne pas apparaître claire dans son ensemble» (voir le jugement n° 3642 (2016), consid. 9, qui semble marquer un changement de cette notion par le Tribunal par rapport à l'interprétation adoptée notamment dans le jugement n° 3449 (2015), consid. 3).

FINDING THE LAW OF THE INTERNATIONAL CIVIL SERVICE IN THE JURISPRUDENCE OF SISTER TRIBUNALS

CELIA GOLDMAN

Registrar of the International Monetary Fund Administrative Tribunal (IMFAT) and Judge of the European Stability Mechanism Administrative Tribunal (ESMAT). Ms. Goldman has been a frequent contributor to symposia on the law of the international civil service and was the convener of the IMFAT's 20th Anniversary Symposium on "The Future of International Administrative Law: Harmonization? Fragmentation? Dialogue?" She is a member of the American Society of International Law (ASIL) and Co-Chair of ASIL's Interest Group on International Courts and Tribunals. She is also a member of the European Society of International Law (ESIL) and presented her work on "Legitimacy and Community: A Systems Approach to Understanding the Authority of the International Administrative Tribunals" at ESIL's 2015 Annual Conference. Ms. Goldman serves as Member, Scientific Advisory Board, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (EiPro), and Member, Advisory Board, *Oxford International Organizations* (OXIO).

Ms. Goldman is a graduate of the Yale Law School, where she was a Senior Editor of the *Yale Law Journal*. She served as Law Clerk to the Honorable Theodore R. Newman, Jr. of the District of Columbia Court of Appeals and practiced employment law in Washington, DC, prior to joining the Registry of the IMFAT.

Any views I express in this article are my own and not those of any particular tribunal.

I have been asked to discuss the role of the jurisprudence of sister tribunals in the decision-making of an international administrative tribunal (or “IAT”). Before delving into the specific question of the role of the jurisprudence of sister tribunals, it may be useful to say a few words about the overall question of the law applied by the administrative tribunals.

The Statute of the International Monetary Fund Administrative Tribunal (hereinafter “IMFAT”), and the Report of the International Monetary Fund (IMF) Executive Board in recommending its adoption¹, provide some guidance. Article III of the Statute states:

In deciding on an application, the Tribunal shall apply the internal law of the Fund, *including* generally recognized principles of international administrative law concerning judicial review of administrative acts.²

This provision tells us firstly that the Tribunal is to apply the “internal law of the Fund”, and secondly, the “internal law of the Fund” incorporates “generally recognized principles of international administrative law concerning judicial review of administrative acts”.

The Report of the Executive Board elaborates on Article III, explaining that the internal law of the Fund may be divided into two categories: (1) the “formal, or written, sources”³, and (2) the so-called “unwritten sources”. Under the second-category, it is noted that the “administrative practice of the organization may, in certain circumstances, give rise to legal rights and obligations”.⁴

¹ The consolidated Commentary on the Statute of the International Monetary Fund Administrative Tribunal comprises the Report of the Executive Board to the Board of Governors on the Establishment of an Administrative Tribunal for the International Monetary Fund (1992) and the Report of the Executive Board to the Board of Governors on Amendments to the Statute of the Administrative Tribunal for the International Monetary Fund (2009).

² Statute of the International Monetary Fund Administrative Tribunal, International Monetary Fund, Washington, DC, 2009 (emphasis added).

³ The Commentary on the Statute lists as examples of the “formal or written sources”, the Articles of Agreement, the By-Laws and Rules and Regulations, and the General Administrative Orders. It also describes the hierarchy of the Fund’s internal law insofar as decisions of the Executive Board must be consistent with the Fund’s Articles of Agreement and resolutions of the Board of Governors. See pp. 17-18.

⁴ *Ibid.*

Significantly, the other “unwritten source” of law to be applied by the IMFAT, according to the Report of the Executive Board, are “certain general principles of international administrative law, such as the right to be heard ... [that] are so widely accepted and well-established in different legal systems that they are regarded as generally applicable to all decisions taken by international organizations, including the Fund”.⁵

Of course, the IMFAT Statute and Commentary are not the only places where the various facets of the applicable law are set out. This question was explored extensively by the World Bank Administrative Tribunal (hereinafter “WBAT”) in its first Decision *de Merode*.⁶ Reference may also be made to Article IX of the Statute of the Bank for International Settlements Administrative Tribunal, which presents a very interesting formulation of the applicable law.⁷

With that bit of background, let me now turn to the focus of this article. Many of us take for granted that international administrative tribunals cite the jurisprudence of other international administrative tribunals. When, why, and how do they do this? And what does it mean for the law of the international civil service?

I propose that there are at least three reasons why IATs cite the judgments of their sister tribunals: first, to locate the individual international administrative tribunal within the larger universe of such tribunals; second, in order to reason by using the (non-binding) precedents of sister tribunals, as if they were their own precedents; and, third, to find and transmit higher norms (or “general principles”) amongst the various international administrative tribunals. I will take a closer look at each of these.

First, an individual administrative tribunal may use the jurisprudence of sister tribunals to establish its presence within the larger orbit of IATs. In this way, cross-citation serves as a kind of signaling device, announcing that a substantive relationship exists between the law applied by one administrative tribunal and that applied by another.

We might expect to find the invocation of cross-citation in particular by newer tribunals in their earliest judgments. Indeed, we find this explicitly in *Lindsey*, the first decision rendered by the Asian Development Bank Administrative Tribunal in

⁵ *Ibid.*, p. 18 (emphasis added).

⁶ *de Merode and others v. World Bank*, World Bank Administrative Tribunal, Decision No. 1, 83 ILR 639, 5 June 1981.

⁷ Statute of the Bank for International Settlements Administrative Tribunal, 13 January 2014, available at <http://www.bis.org/about/atbis/s14.pdf> [accessed 9 August 2017].

1992.⁸ That decision quite plainly calls upon the precedents of the World Bank Administrative Tribunal to establish such matters as its standard of review and, indeed, the various categories of the applicable law.⁹ (It is no coincidence, of course, that Judge Elihu Lauterpacht served on both of those Tribunals.)

A more recent example is the North Atlantic Treaty Organization (NATO) Administrative Tribunal, which in its first Judgment in 2013, invoked precedents from both the World Bank and ILO Administrative Tribunals relating to the standard of review for the non-extension of a contract, and for performance-based decisions more generally.¹⁰ More sweepingly, that Judgment also refers to a “consensus among international administrative tribunals” with regard to such matters.¹¹

There is a kind of reciprocal – and self-fulfilling – effect to such invocations. On the one hand, the individual tribunal’s decision is anchored with greater weight than if written without reference to the decisions of other tribunals. On the other hand, the concept of a coherent international administrative law also takes strength from such comments, which are certainly not unique to the NATO Administrative Tribunal.

The second way in which international administrative tribunals use the jurisprudence of their sister tribunals is to reason by using the (non-binding) precedents of those tribunals as if they were their own precedents, thereby increasing the available pool of case law. Once again, this approach necessarily presumes a kind of interrelationship among the substantive law of the various IATs.

We may want to stop here and ask whether IATs follow their *own* precedents. In my opinion, it is quite non-controversial that they do. There are a number of reasons for this. A principal one is that IATs are not ad hoc tribunals, but essentially “permanent” or continuing ones, whose legitimacy is enhanced when they act with a measure of consistency over time. By looking to precedent, tribunals also gain in efficiency by avoiding the need to re-play in full the decision-making process when similar issues and fact patterns recur. Furthermore, reasoning through precedent provides future litigants with a measure of predictability that like cases shall be considered in a similar manner. In international organizations, a tribunal’s use of precedent may also have a kind of downstream effect, guiding decision-makers in other tiers of the dispute resolution system.

⁸ *Carl Gene Lindsey v. Asian Development Bank*, Asian Development Bank Administrative Tribunal, Decision No. 1, 18 December 1992.

⁹ *Ibid.*, paras 12, 43.

¹⁰ *JF v. NATO Support Agency*, North Atlantic Treaty Organization Administrative Tribunal, 4 November 2013, Judgment Case No. 885 (AT-J(2013)0001).

¹¹ *Ibid.*, para. 33.

Hence, IATs often use their own precedents much as a common law court would. By including the non-binding precedents of sister tribunals in their repertoire, they may enrich this process. Given that sister tribunals' precedents are not binding, and that tribunals can therefore pick and choose which ones to cite, I think it is striking that some tribunals wrestle as much as they do with those precedents. Certainly, the IMF Administrative Tribunal has done this, as we will see later.

For relatively newer tribunals, and for those with small caseloads, this approach seems to have particular utility. As a tribunal matures, it may find that it has less need to look outward to the jurisprudence of other international administrative tribunals in order to find the law.

The third way in which an international administrative tribunal may use the decisional law of sister tribunals is to find and transmit higher norms (or "general principles") in a process of cross-fertilization. In this way, IATs weave the fabric of what has been termed "international administrative law" or the law of the international civil service. This third approach raises a particularly interesting question: What is the relationship between an organization's written law, general principles, and the cross-citation of jurisprudence amongst the various IATs? One answer to that question is that when a tribunal identifies a general principle underlying the written law, that identification provides a natural justification for looking to the jurisprudence of other IATs. The jurisprudence then carries these principles from organization to organization, influencing the interpretation of the written law.

The IMF Administrative Tribunal, in the 2015 case of *Ms "GG" (No. 2)*, referred to facts establishing what it concluded was a "pattern" of impermissible workplace hostility. In elaborating the theory of a "pattern" of impermissible conduct, the IMFAT cited judgments of the ILO Administrative Tribunal and European Union Civil Service Tribunal, pointedly acknowledging that:

The IMFAT finds this jurisprudence of its sister tribunals pertinent because the Fund's written rules prohibiting discrimination, harassment, retaliation and a hostile work environment give expression to fundamental principles of workplace fairness, and those principles are to a significant extent shared among international intergovernmental organizations.¹²

It is also notable that when a tribunal treads into new territory jurisprudentially – including where fundamental human rights are at stake – it may seek comfort in the existing jurisprudence of other IATs.¹³

I would now like to look at one more example of the interplay between general principles, the written law, and the citation of precedents. That example arises

¹² *Ms "GG" (No. 2) v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 29 December 2015, Judgment No. 2015-3, para. 187.

¹³ For that approach, please refer to: *Ms "M" and Dr "M" v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 29 November 2006, Judgment No. 2006-6, para. 125.

in relation to the question of an organization's obligation to provide reassignment assistance in the event of abolition of a position.

In a recent case, our host tribunal, the ILO Administrative Tribunal, stated the relevant principle as follows:

While it is true that international organisations have the right to restructure their operations, abolish posts if necessary and consequently terminate the appointment of their staff members who are affected by the planned restructuring... , they cannot simply terminate their appointment—at least not if they hold an appointment of indeterminate duration—without first taking suitable steps to find them alternative employment...¹⁴

It is notable that in the course of that one sentence, the ILOAT cited no fewer than five of its own prior judgments. In a later paragraph, it also noted that the respondent organization had “given effect to these principles in its Staff Rules”.¹⁵

Tracing the cited judgments, it may be observed that the earliest one pronounced that “[t]here is a *general principle* whereby an organisation may not terminate the appointment of a staff member whose post has been abolished, at least if he holds an appointment of indeterminate duration, without first taking suitable steps to find him alternate employment.”¹⁶ In the next cited judgment, the ILOAT took note of an applicable written rule of the defendant organization. Nonetheless, it took pains to say that, “Quite apart from that written rule, the Tribunal has often declared...”¹⁷ before re-stating the principle.

A few years later, the ILOAT was in a position to declare: “[I]n accordance with the Tribunal's case law [citing two judgments], the defendant could not terminate the complainant's appointment solely on that basis, without having taken appropriate steps to find him a new assignment.”¹⁸ In 2013, the ILOAT again referenced its own prior decisions as authority for the applicable principle, reaffirming: “The Tribunal's case law has consistently upheld the principle that...”¹⁹ In that same case, the Tribunal referred to the “breach of a *fundamental right*”.²⁰

Through this series of cases, we see that the ILOAT's own jurisprudence has served to establish authority for a concept that it early recognized as a “general

¹⁴ *P. v. WHO*, International Labour Organization Administrative Tribunal, Judgment 3755 (2016), consid. 6.

¹⁵ *Ibid.*, consid. 7.

¹⁶ *Gracia de Muñiz v. FAO*, International Labour Organization Administrative Tribunal, Judgment 269 (1976), consid. 2 (emphasis added).

¹⁷ *de Roos v. ESO*, International Labour Organization Administrative Tribunal, Judgment 1745 (1998), consid. 7.

¹⁸ *T. v. FAO*, International Labour Organization Administrative Tribunal, Judgment 2207 (2003), consid. 9 (emphasis added).

¹⁹ *C., D., F., G. and K. v. CDE*, International Labour Organization Administrative Tribunal, Judgment 3238 (2013), consid. 10.

²⁰ *Ibid.*, consid. 14 (emphasis added).

principle”, later reiterated as having an existence “quite apart” from the written law, and ultimately characterized as a “fundamental right”. In that process, the Tribunal gave additional weight to the principle by cloaking it with the authority of its own precedents.

The IMFAT also has had occasion to consider the issue of reassignment assistance. Its jurisprudence demonstrates perhaps a slightly different approach to the use of citations. The ILOAT, in the cases discussed above, did not feel the need for recourse to the jurisprudence of any other international administrative tribunal – perhaps because its own trove of jurisprudence is so vast and rich. The IMFAT, by contrast, has shown a penchant for referring to external case law, seeking either to align or distinguish its own decisions from those of others, or to formulate in its own terms some rule of law after surveying the approach taken by sister tribunals. In the case of reassignment assistance, the IMFAT, after reviewing judgments of other IATs, formulated its standard as follows: “The jurisprudence of administrative tribunals accordingly indicates that international organizations must make *genuine, serious, and pro-active efforts* in reassignment of their employees whose positions have been abolished.”²¹ I should note that the IMFAT in that case began its discussion of the issue by quoting the applicable rule of the organization and then seeking interpretation of it through a survey of the case law of other tribunals. Weighing the facts, the IMFAT concluded that the Applicant had not prevailed on his reassignment claim.

In other reassignment assistance cases, the IMFAT has also explored the jurisprudence of sister tribunals (in particular, the ILOAT and WBAT), apparently less with a purpose of divining a particular principle and more for the purpose of using the precedents of sister tribunals as if they were its own precedents, expanding the universe of fact patterns with which to compare the particulars of the case at hand.

In the case of *Pyne*, the IMFAT distilled a particular principle from the earlier case of *Mr “F”*, namely, that the “staff member’s own conduct in respect of the reassignment process may deprive him of a remedy for the Fund’s failure to take proactive steps”; it then considered the facts of various cases of the World Bank Administrative Tribunal; and finally weighed the facts of the instant case, denying the Applicant relief.²²

In the later case of *Sachdev*, the IMFAT began by referencing the cases of *Pyne* and *Mr “F”*, stating: “This Tribunal recently has observed that the obligation of the organization to assist a redundant staff member in identifying opportunities

²¹ *Mr “F” v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 8 March 2005, Judgment No. 2005-1, para. 117 (emphasis added).

²² *Ms D. Pyne v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 14 November 2011, Judgment No. 2011-2, para. 94.

for reassignment, *which is given expression in the Fund's internal law, ... is supported by generally recognized principles of international administrative law.*"²³ This statement provided the gateway for a very detailed examination of the facts not only of the IMFAT's own precedents but those of other tribunals. The IMFAT ultimately concluded that the Fund had failed to render the assistance required and that the Applicant should accordingly be compensated.

It is notable that although the ILOAT in the cases discussed above generally used citations to its own jurisprudence for the purpose of declaring a principle (and the specificities of that principle), it seems not to have used that jurisprudence to wrestle in the way that the IMFAT has with the application of the principle in the face of particular constellations of facts.

In conclusion, we have seen that when a tribunal identifies a general principle (or higher norm) that undergirds the written law, it will feel empowered to incorporate in its reasoning in a particular case the jurisprudence of sister tribunals.

What are the cautions, caveats, and pitfalls inherent in citing the jurisprudence of sister tribunals? This practice is fraught with some dangers that have been recognized by organizations in drafting tribunal statutes. For example, the Report of the Executive Board on the IMFAT Statute states:

[T]he reference to general principles is not intended to introduce concepts that are inapplicable to, or inappropriate for, the Fund... [T]o the extent that [another] tribunal's decision is dependent on the particular law of the organization in question..., the decision would be regarded as specific to the organization in question and not part of the general principles of international administrative law.²⁴

In a similar vein, the Statute of the Bank for International Settlements Administrative Tribunal, provides:

In the absence of applicable rules, the Administrative Tribunal shall base its judgments on general principles of the law of the international civil service and, in case of doubt, on general principles of Swiss law, whereby it is understood that neither judgments delivered by other administrative tribunals of the international civil service nor those of national courts shall be binding upon the Tribunal.²⁵

In short, the process of "finding the law of the international civil service through the jurisprudence of sister tribunals" is not without controversy. In working with non-binding precedents – with "foreign law," as it were – the tribunal may not so much be "finding the law" as choosing what law it wishes to find. Once cloaked

²³ *Ms N. Sachdev v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 6 March 2012, Judgment No. 2012-1, para. 210 (emphasis added).

²⁴ Commentary on the Statute of the International Monetary Fund Administrative Tribunal (2009), p. 19.

²⁵ Article IX, para. 2, Statute of the Bank for International Settlements Administrative Tribunal, 13 January 2014, available at <http://www.bis.org/about/atbis/s14.pdf> [accessed 9 August 2017].

with the authority of precedent, that principle is reified and transmitted to other tribunals, for better or for worse.

I leave you with these questions: Does the use by international administrative tribunals of the jurisprudence of sister tribunals presume more consanguinity than is warranted? Are there real differences not only in written law but in the culture and practices of different institutions that warrant caution in this respect? Why is there not more cross-citation amongst IATs? Is it simply the lack of a common database or are other factors at work as well?

Finally, on the following, I think we may all agree: each international administrative tribunal speaks in its own voice and looks to the jurisprudence of others either to buttress or to distinguish its own views, helping to locate its decisions within the universe of decisional law evolving in the many parallel spheres of its sister tribunals. The tribunal is not “bound” but it is “informed” by the jurisprudence of its sisters. Indeed, it is that premise that brings us together today to learn from one another.

ORGANIZATIONAL PRACTICE AS A SOURCE OF LAW

DR CHRISTIAN ROHDE

Principal Registrar for the United Nations Appeals and Dispute Tribunals.

Previously Chief of the Management Evaluation Unit in the Department of Management of the UN Secretariat (2011–2014), Senior Legal Officer in the legal division of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (2009–2011), Senior Legal Adviser of the Registry of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2003–2009), Chief of the Office for Legal Aid and Detention Matters, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (1998–2002), and Deputy Senior Elections Officer, Organization for Security and Co-operation in Europe, Mission to Bosnia and Herzegovina (1996).

Dr Rohde was also Assistant Professor for public law, European and international law at the University of Augsburg (1997) and Assistant Professor for public law, European and international law at the University of Dresden (1993–1995).

He holds a PhD in international law (University of Greifswald) as well as a master's degree in law (University of Munich), and studied law in Kiel, Munich and Paris. He passed the associate judge exam in 1993 and was a referendaire in the State of Bavaria (1990–1992).

The views expressed in this text are the views of the author alone and do not necessarily reflect the views of the United Nations Organization. None of the other texts contained in this publication are attributable to this author or the United Nations Organization.

I. Framing the question with four perspectives on organizational practice in international organizations

As this article explores legal aspects of the administrative practice of international organizations, the critical role of this area of law and internal law set by the administration in general in facilitating organized processes, including in international organizations,¹ should not be underestimated. The beneficiaries of such organized and lawful processes are the stakeholders of organizational practice, who each have their own and different expectations of, and perspectives on such internal rules and practice.

I suggest beginning with the perspective of staff members. Staff members are most often the subjects of organizational practices, especially in the area of entitlements and benefits, specifically salary and other benefits, tax reimbursements, overtime regulations, and other issues with fiscal effects. It would be appropriate to assume that, in terms of organizational practices filling in gaps in the internal laws, staff members are interested in fair and open practices of an organization, equal treatment and if possible an opportunity to comment. It is also likely that staff members are interested in clear and timely administrative decisions based on practice, and that confusion over what the practice is and how it impacts staff's legal realities. A lack of understanding of such realities would make misunderstandings over entitlements more likely and might result in avoidable litigation.

In contrast, what could be the perspective of line managers who are not in charge of setting practice but of applying it? First, they are unlikely to be lawyers and are likely to be looking for clear and timely guidance on the practice of an organization in certain matters. Second, managers occasionally complain that it might be difficult to get on-point advice from departments of an organization charged with internal management. Such departments might say: "This is not explicitly regulated, but we have always done it like that, and we think this is clear." And third, managers are generally uneasy about setting favourable practice with regard to one staff member as they might create precedent in the form of what then might be understood as a general organizational practice.

¹ José Alvarez, "International Organizations as Law-Makers", in Christopher Forsyth and William Wade (eds): *Administrative Law* (10th ed., Oxford University Press, 2009), pp. 732 et seq., on "delegated legislation".

Coming from an entirely different perspective, the leader of an organization, often not a lawyer, is likely to be interested in smooth, cost-effective management according to legal principles. A senior leader is, however, likely to be concerned whether her or his organizational practice creates legal obligations for the organization. A senior leader might further be concerned whether she or he would even be consulted on organizational practices or whether such practices might be created by senior or even middle managers not realizing that they are setting precedent with potentially significant financial or operational implications which might be difficult to reverse.

Finally, what might be the perspective of a legislative body of an international organization, composed of Member State representatives, on organizations setting practice with legal effects? There may be an in-built tension in terms of the relationship between the legislative body and the executive when the latter effectively creates legal obligations through setting practice in certain areas in which the legislative has – deliberately or unknowingly – left some gaps. In principle, the staff regulations and rules of an organization are the primary body of law regulating rights and obligations. However, the amount of matters regulated in such legal sources pales in comparison with the detail of regulation provided in administrative issuances of heads of organization, and it would be inconceivable for a legislative to legislate in such detail technical matters for which the executive has a high degree of expertise. It is accepted and necessary that the executive decrees administrative instructions concretizing legislation.² In any case, the legislative is able to specifically regulate areas which have thus far been covered only by organizational practice and is thus able to modify or discontinue³ practice by legislation.

II. Organizational practice as reviewable law in Statutes of international administrative tribunals

Putting it mildly, the statutes of international administrative tribunals vary greatly in terms of the law that they apply to verify the lawfulness of an organization's administrative decisions. This is particularly relevant for the topic of this article because the Statutes provide clues as to the range of law acknowledged by legislative bodies as being applicable. One would doubt that organizational practice as a source of law would be referred to in any Statute, because it may not be seen as a classic source of law. Nevertheless, in the broader context of international adjudication, practice does play a role as an element of one important source of law, namely in Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice, referring to "international custom, as evidence of a general practice accepted as

² Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Principles of the institutional law of international organizations* (2nd ed., Cambridge University Press, 2005), pp. 286 *et seq.*

³ Michael Barton Akehurst, *A modern introduction to international law* (5th ed., London, Boston and Sydney: George Allen and Unwin, 2005), pp. 39, 40. The term "desuetude" is usually applied in the framework of treaties; however, ignoring a practice or abandoning it may well be expressed by the term.

law”.⁴ Overall, however, Statutes are neither very specific on the applicable law⁵ nor coherent across international administrative tribunals. A few examples provide evidence of this.

The Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT) stipulates in Article II: “The Tribunal shall be competent to hear complaints alleging nonobservance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials of the International Labour Office, and of such provisions of the Staff Regulations as are applicable to the case.”⁶ In terms of sources of the applicable law, the Statute only makes reference to “the terms of appointment of officials”, wherever they may be found, and the “Staff Regulations”.⁷ Looking at the quote, it seems that the Statute does not say much about the applicable law, and certainly there is no mention of potential such as *ius cogens*, treaties, resolutions, customary law, general principles of law, organizational practice, and so forth. However, the formulation is open in terms of the applicable law, which could be considered an advantage for the ILOAT in that it is not restrictive.

The Statute of the World Bank Administrative Tribunal includes a different take on the applicable laws:

The Tribunal shall hear and pass judgment upon any application by which a member of the staff of the Bank Group alleges non-observance of the contract of employment or terms of appointment of such staff member. The words “contract of employment” and “terms of appointment” include all pertinent regulations and rules in force at the time of alleged non-observance including the provisions of the Staff Retirement Plan.⁸

Now, this framing of the relevant law is slightly more precise than ILOAT’s Statute. But it still refers principally to the written internal laws of the World Bank Group and not to other legal sources, not to mention organizational practice.

When looking at the internal justice system of the United Nations, the relevant Article 2 of the United Nations Dispute Tribunal (UNDT) Statute states:

The Dispute Tribunal shall be competent to hear and pass judgement on an application filed by an individual [...] (a) To appeal an administrative decision that is alleged to be in non-compliance with the terms of appointment or the contract of employment. The terms “contract” and “terms of

⁴ United Nations, Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945).

⁵ Yaraslau Kryoi, “Abstract”, in *Colloquy on the common focus and autonomy of international administrative tribunals* (Council of Europe, 2015), pp. 135–136.

⁶ Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, adopted by the International Labour Conference on 9 October 1946, last amended 7 June 2016, available at: <http://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm> [accessed 19 August 2017].

⁷ *Ibid.*, Article II(1).

⁸ The World Bank Administrative Tribunal Statute, World Bank (adopted 30 April 1980, amended 31 July 2001 and 18 June 2009), Article II.

appointment include all pertinent regulations and rules and all relevant administrative issuances in force at the time of alleged non-compliance.⁹

Compared to the previous tribunals, “administrative issuances” are mentioned in addition, but no further reference is made. As the Statute of the UNAT, the higher tribunal in the two-tier internal justice system, confers the power to review UNDT judgments in Article 2, the UNAT Statute contains no reference to the law relevant for the review of a UNDT judgment. Presumably this body of law includes the UNDT Statute and Rules of Procedure.

The review of tribunals’ Statutes becomes a little more fruitful at the International Monetary Fund (IMF) Administrative Tribunal. Article III of its Statute reads:

The Tribunal shall not have any powers beyond those conferred under this Statute. In deciding on an application, the Tribunal shall apply the internal law of the Fund, including generally recognized principles of international administrative law concerning judicial review of administrative acts. Nothing in this Statute shall limit or modify the powers of the organs of the Fund under the Articles of Agreement, including the lawful exercise of their discretionary authority in the taking of individual or regulatory decisions, such as those establishing or amending the terms and conditions of employment with the Fund. The Tribunal shall be bound by any interpretation of the Fund’s Articles of Agreement decided by the Executive Board, subject to review by the Board of Governors in accordance with Article XXIX of that Agreement.¹⁰

Beyond the reference to the internal laws of the IMF, there is a reference to “generally recognized principles of international administrative law”, which is an acknowledgement that they exist and are applicable. The fact that no further detail is mentioned points to the fact that the identification, formulation and scope of application of the principles are up to the tribunal.

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Administrative Tribunal’s Statute is contained in Annex III to the OECD Staff Regulations and, in the relevant part, reads:

The Administrative Tribunal of the OECD shall have jurisdiction over applications filed in the cases provided for under the Staff Regulations, and the Regulations for Council experts and consultants, auxiliaries or employees. b) The Tribunal shall also have jurisdiction over applications filed by the Staff Association or a trade union or professional organisation in respect of any act affecting them or directly prejudicing any rights accorded to them under the Regulations, Rules and Instructions applying to the officials of the OECD, Council experts and consultants, auxiliary staff or employees¹¹

⁹ United Nations Dispute Tribunal Statute (adopted by the United Nations General Assembly in resolution 63/253 on 24 December 2008, amended by resolution 71/266 on 23 December 2016), available at: <<http://www.un.org/en/oaj/dispute/statuterules.shtml>> [accessed 23 August 2017].

¹⁰ Statute of the International Monetary Fund Administrative Tribunal, International Monetary Fund, Washington, DC, 2009.

¹¹ OECD Staff Rules, Regulations and Instructions, Annex III: Resolution of the Council on The Statute and Operation of the Administrative Tribunal (adopted 12 December 1991), available at: <www.oecd.org/careers/Staff_Rules_July_2017_to_print.pdf> [accessed 23 August 2017].

This Statute again focuses on the Staff Regulations and Rules, only paragraph B mentions “Instructions”.

For the tribunal of the Council of Europe, the jurisdiction is formulated as follows in the Statute: “The jurisdiction of the Tribunal is provided for in Article 60 of the Staff Regulations. Any dispute concerning the scope of its jurisdiction shall be settled by the Tribunal itself.”¹² Article 60 of the Council of Europe Staff Regulations stipulates: “The Administrative Tribunal, after establishing the facts, shall decide as to the law.”¹³ So, this is not specific either. On a separate note, Article 46 of the Staff Regulations of the Council of Europe explicitly recognizes “the general principles of law” for the purposes of pension scheme revisions.¹⁴

And, as the final example, the tribunal of the Inter-American Development Bank's Statute stipulates:

The Tribunal shall hear and pass judgment upon any application by which an Employee of the Bank or of the Corporation alleges non-observance of his or her contract of employment or terms and conditions of appointment. The words “contract of employment” and “terms and conditions of appointment” include *all pertinent regulations and rules in force at the time of the alleged non-observance*, including the rights or benefits established by a Bank Staff Retirement Plan (hereinafter referred to as a “Plan”).¹⁵

In essence, the Statutes largely refer to the body of internal law of an organization without defining it specifically.¹⁶

III. Organizational practice as a legitimate tool of setting internal rules in international organizations

In 2017 it seems fairly certain that an emerging reality, which was already described on several occasions, has continued on its path: “The old image of a hierarchical public administration single-handedly implementing well-defined policy goals set down in legislation must today compete with a vision of the administrative process as open-ended, collaborative and net-worked.”¹⁷ Further, “The executive branch, which once served the elected politicians and the state-provider of a few basic services (...) has now become society's largest

¹² Council of Europe Staff Regulations, Appendix XI: Statute of the Administrative Tribunal, available at < http://www.coe.int/T/AdministrativeTribunal/WCD/status_en.asp > [accessed 23 August 2017], Article 4.

¹³ Council of Europe Staff Regulations, available at <http://www.coe.int/T/AdministrativeTribunal/WCD/staff_en.asp>, [accessed 23 August 2017].

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Statute of the Administrative Tribunal of the Inter-American Development Bank, available at: < <http://www.iadb.org/en/about-us/administrative-tribunal,6187.html> > [accessed 23 August 2017].

¹⁶ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Jurisdiction of specific international tribunals* (Brill/Martinus Nijhoff Publishers, 2008) p. 231.

¹⁷ Francesca Bignami, “From expert administration to accountability network: A new paradigm for comparative administrative law”, 59 *American Journal of Comparative Law* (2011), pp. 859, 869.

artefact.”¹⁸ And finally, “regulated entities themselves devise practices to comply with relatively unspecific regulatory requirements”, and practices “help (...) regulated entities make sense of technical areas (...) by circumventing some of the challenges of Fissian-style reasoned deliberation with more straightforward cut-and-paste policy dissemination”.¹⁹

These “modern” thoughts may not necessarily apply directly to international civil service law, or do they? Is international civil service law ahead of domestic administrative law in terms of the phenomena of how law is created and applied? Has the international civil servant emerged to be not only an administered subject, but asserts a right to be informed, to make her/his voice heard, to receive reasoned decisions and to have the option of having her/his decisions reviewed by independent courts?²⁰ Realistically, international civil service law does exist, but it does not constrain the organizations in all their activities. This includes that organizations resort frequently to practices which are initially informal, but may under certain conditions create rights and obligations and have the quality of a legal source.

Arguably, in some of the literature the lawmaking related to international organizations, which is not treaty law or law adopted by constituting assemblies or bodies, has been called “secondary law-making”²¹ which, in my opinion, gives lawmaking by administrations through written texts, practice and other sources less recognition than it actually deserves. It is understood that this is a technical term; however, this type of law can be just as relevant for staff members and managers in an international organization as primary sources of law. The discussion as to whether administrative instructions are law in the sociological sense, or have only a doctrinal value in identifying law in terms of legislative positivism,²² seems to be outdated in 2017 as tribunals are consistently looking at administrative instructions as law, and take a practical approach or organizational practices.

IV. A theory of sources in brief

International civil service law is not a source of law which was conceived in a planned and organized manner through a scheduled legislative act and published

¹⁸ Sabino Cassese, “New parts for administrative law: A manifesto”, 10 *International Journal of Constitutional Law* (2012), pp. 603–608. See also Gérard Timsit, “Le droit administratif face à la mondialisation – Les attentes des citoyens”, 22 *European Review of Public Law* 2010, pp. 325–326.

¹⁹ David Zaring, “Best practices”, 81 *New York University Law Review* (2006), pp. 297, 300.

²⁰ *Ibid.*, p. 609. See also Kevin Haugh, *United Nations Administrative Tribunal Conference: Organized Under the Auspices of the Executive Office of the Secretary-General* (New York, 9 November 2007), p. 153.

²¹ Volker Röben, *International law, development through international organizations, policies and practice*, Max Planck Encyclopedia for International Law, available at: < <http://opil.ouplaw.com> >, para. 5.

²² Rene David and John Brierley, *Major legal systems in the world today* (Stevens & Sons Ltd., London, 1978), para. 109.

in a gazette, like many domestic laws. Instead, international civil service law, often considered an element of international administrative law, started its life in part at the roots of the Central Commission for the Navigation of the Rhine²³ in 1815 after the Congress of Vienna, with five Member States and 18 staff members, and then with the League of Nations Secretariat in 1920.²⁴ From then on, across the multitude of international organizations that exist in 2017, much has happened in the theory of the sources of law. The theory varies from field to field, but there are a number of clear principles. It is adapted to the environment: at the International Court of Justice (ICJ), the sources are treaties, customary law, general principles and court decisions.²⁵ There could also be *ius cogens*, sort of very basic and recognized law. In international law, there is naturally a need for consensus, given the sovereignty of States. In administrative law, on the other hand, it would be constitutional-level law, legislation, administrative issuances, circulars and manuals.

But the theory of sources in administrative law is shifting. The traditional doctrine of the sources of law relies on a limited number of sources and a clear hierarchy.²⁶ It has been questioned as too fragmentary, inflexible, hermetic and unable to explain the realities and political framework of rule-making, and the different actors, their perspectives and interests.²⁷ It is argued that a traditional system of norms with categories such as high-level/low-level, binding/not binding or issued according to procedure/simply emerged are no longer sufficient to describe normative phenomena. It seems that, particularly in international civil service law (which has influences from international law, international and domestic administrative law and domestic labour law), the system of legal sources may include some non-traditional elements with the traditional ones such as the constitutional document of an organization as the highest-ranking source. Closing in on organizational practice as a source of law, it seems trite that the administrations of international organizations participate in the making of internal rules;²⁸ in fact, more rules are created by administrations than by the constitutional assemblies of international organizations.

What then defines phenomena as sources or law? Legal systems aim to predict the conduct of subjects and distinguish between permissible and non-permissible

²³ Central Commission for the Navigation of the Rhine, available at: <http://ccr-zkr.org> [accessed 23 August 2017].

²⁴ For more about the League of Nations Secretariat, see <<http://biblio-archiv.unog.ch/detail.aspx?id=245>> [accessed 23 August 2017].

²⁵ United Nations, Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945).

²⁶ Eberhard Schmidt-Assmann, *The sources of administrative law* (2015), p. 1, available at www.diritto-amministrativo.org [accessed 23 August 2017].

²⁷ *Ibid.*, pp. 1–2.

²⁸ *Ibid.*, p. 8.

conduct. For that, the rule of law needs to be clear.²⁹ In general terms, a number of factors are important and are valid throughout the legal sources, no matter whether they are written or unwritten:

- Constitutional assignment, meaning a relation to and legitimate reliance on a constitutional norm on which a lower-level norm relies in terms of content, a legitimization through its original power source³⁰
- Consistency in formulation and application
- Absence of conflict with other laws
- Longevity of recognition and application
- Declaration, i.e. publication of the norm
- Custom, i.e. matching practice
- Absence of divergence in application.³¹

None of the above criteria seem to imply a restriction regarding how any of the criteria must be met. In fact, the above-referenced statutes of international administrative tribunals only make general references to the body of law they apply. While it can be assumed that much of it is written law, law comes in many shapes and is created by various methods and through various actors.³²

V. Organizational practice as law – reality and relevant factors

It is now widely accepted that organizational practice can indeed result in the creation of law in international organizations,³³ albeit not by the standard process of creating law by a legislative organ in an organized, documented and published act. In domestic jurisdictions, this is also accepted with regard to domestic administrative practice.³⁴ Several international administrative tribunals have explicitly stated the principle, though not often in significant detail. Sometimes the principle is to be identified based on a reverse conclusion or deduction from the text of a judgment.

²⁹ Yaroslau Kryoi, “The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy”, 47 *George Washington International Law Review* (2015), p. 277.

³⁰ Further to the concept of “constitution”, see Maurice Kamto, “The function of law and the codification of international law”, in Ulrich Fastenrath et al. (eds): *From bilateralism to community interest: Essays in honour of Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), p. 742.

³¹ *Ibid.*, p. 278, with reference to Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969).

³² Eberhard Schmidt-Assmann, *The sources of administrative law* (2015), pp. 7–8, available at: www.diritto-amministrativo.org [accessed 4 September 2017].

³³ Yaroslau Kryoi, see *supra* note 29, p. 291.

³⁴ For an overview of European Community Member States, see Jürgen Schwarze, *European administrative law* (revised 1st ed., 2006), pp. 97 *et seq.*

As an example, the ILOAT ruled in 1991: "(...) the Organisation made no express or implied commitment to continuing it[s practice]. The practice conferred no right on the staff (...)." ³⁵ The World Bank Administrative Tribunal (WBAT) stipulated in a rather clear manner in its decision No. 1 that:

The practice of the organization may also, in certain circumstances, become part of the conditions of employment. (...) The integration of practice into the conditions of employment must therefore be limited to that of which there is evidence that it is followed by the organization in the conviction that it reflects a legal obligation, as was recognized by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO (IJC Reports 1956, p. 91). The specific circumstances of each case may also have some bearing on the legal relationship between the Bank and an individual member of the staff, particularly the actual conditions in which the appointment has been made. ³⁶

The IMF Administrative Tribunal also identified organizational practice as having legal effects in a judgment in 1997. ³⁷ In the particular case, the applicant had sought the relief that her salary and all associated benefits be administered retroactively to a certain date at which she should have been promoted. For over a year, she had encumbered a post at a level lower than it was classified ("underfilling" practice) which the organization argued was based on the fact that she did not have the qualification to occupy the post at its classified level. Given the amounts, it is worth mentioning that the applicant also asked for a promotion to a grade higher than the post, 200,000 US dollars in damages, 300 per cent of her annual gross salary after promotion in damages and legal representation costs.

In its salient parts, the judgment reads:

The sources of the internal law of the Fund are discussed in the published Commentary on the Statute contained in the Report of the Executive Board to the Board of Governors on the Establishment of an Administrative Tribunal include unwritten sources of law. The second sentence of Article III of the Tribunal's Statute provides that: "In deciding on an application the Tribunal shall apply the internal law of the Fund, including generally recognized principles of international administrative law concerning judicial review of administrative acts."

The Commentary explains that:

There are two unwritten sources of law within the internal law of the Fund. First, the administrative practice may, in certain circumstances, give rise to legal rights and obligations. Second, certain general principles of international administrative law, such as the right to be heard [...] are so widely accepted and well-established in different legal systems that they are regarded as generally applicable to all decisions taken by international organizations, including the Fund. ³⁸

³⁵ Judgment 1118 (1991), *consid.* 18.

³⁶ *de Merode and others v. World Bank*, World Bank Administrative Tribunal, 83 ILR 639, 5 June 1981, paras 23, 24.

³⁷ *Ms "B" v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 23 December 1997, No. 1997-2.

³⁸ Report of the Executive Board to the Board of Governors on Amendments to the Statute of the Administrative Tribunal for the International Monetary Fund (2009), pp 17–18.

The above statements indicate that the concept of administrative practice effectively setting law has been around since the 1980s, coming close to 40 years now. One should expect that by 2017, the organization's legal departments, as well as all four groups of individuals referred to in the introduction to this article, would be aware of the very basic elements of the concept. It should be mentioned here that the IMF Administrative Tribunal recognized the IMF's practice of "underfilling" and the significant requests for damages were rejected by the tribunal as well. No costs for legal expenses were awarded.

VI. Criteria for organizational practice to become "law" or create rights as defined by international administrative tribunals: a matrix

Judgments of international administrative tribunals and literature on the topic point to a reasonably wide – and not necessarily coherent – range of criteria for organizational practice to deploy legal effects. Some of these criteria are regularly referred to in jurisprudence, and some are more exotic. The following is a record of the criteria most often cited. Organizational practice must fulfil some key criteria as set out below, but the definitive list of cumulative criteria remains unclear.

Clear and certain content

Arguably, the many judgments consulted for this article did not explicitly state that a practice could only produce legal effects if it had a clear and certain content. While this has not been formulated as a positive criterion, the language the tribunals use generally suggests that this is a possible criterion. Specific content is also a general criterion in order to qualify public acts as legislative acts.

Determinable effective date

This criterion is explicitly stated by the IMF Administrative Tribunal in its abovementioned judgment on the practice of "underfilling" posts.³⁹ The Tribunal stated that:

In its Judgment in re D'Acoust (Mr. Michael D'Acoust v. International Monetary Fund, Judgement No. 1996-1), the Tribunal set forth the following essential conditions for a valid regulatory decision: a decision, taken by an authorized organ of the Fund, laid down in a published official document of the Fund, with a determinable effective date, of which the staff has been given reasonable notice.⁴⁰

The criterion of such a date is not exactly widespread in judgments of international administrative tribunals, but in view of the question of which acts qualify as of legislative effect, it appears to make sense.

³⁹ *Supra* note 38.

⁴⁰ *Supra* note 38, para. 39.

Procedurally fair

There is a significant body of procedural rules that administrative lawmaking must follow.⁴¹ Tribunals verify this regularly in their jurisprudence. One example is the verification whether an official setting policy had the requisite authority: “The Tribunal finds that the official functions of the division and of their chiefs confer upon them sufficient authority to codify a pre-existing practice and issue the contested policy memorandum.”⁴²

Publicized

The ILOAT provides clarity on this element in a 2016 judgment when stipulating that:

While an international organization is obliged to apply its written rules, it must also act in accordance with a consistent practice while that practice is in existence. A staff member may rely on a practice that is created by an announcement, by an administrative circular or otherwise, which is evidence that in the exercise of a discretionary power the head of the organisation will follow a specified administrative procedure.⁴³

Three options are named for publicizing a practice, an announcement (not specified what that means, but it could mean a letter, an e-mail or another communication), an administrative circular (more in the shape of legislation), or “otherwise” (any other means of communication).

This criterion has also been picked up by other international administrative tribunals. In the above IMF Administrative Tribunal case, the Tribunal makes specific reference to a practice of “which the staff has been given reasonable notice”.⁴⁴ On this issue, the question remains as to what happens in cases where a practice contains regulation that is beneficial for staff, but was not sufficiently publicized,⁴⁵ particularly if other criteria are met. One could argue that in that case the practice did not become part of the contractual relationship, but also that it is not the fault of staff if they do not receive sufficient notice.

ILOAT Judgment 3793 might imply⁴⁶ that a prior judgment is sufficient to publicize an organizational practice to staff; however, the language does not seem strong enough to create a precedent.

⁴¹ Schmidt-Assmann, *supra* note 32.

⁴² *Supra* note 38, para. 45.

⁴³ Judgment 3680 (2016), consid. 12.

⁴⁴ *Supra* note 38, para. 39.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 53, referring to the argument of “limited circulation”.

⁴⁶ Judgment 3793 (2017), consid. 7, and the disposition.

Consciousness/opinio juris

The “conviction” of an organization that it follows legal obligation with a practice⁴⁷ is critical for a practice to have legal effects, and it is accepted as a criterion, but it may be hard to prove in some cases. However, this is an important element and it plays into the question of whether an organization actually has an *opinio juris* of a practice having legal implications. In international law sources, as per Article 38(1) of the ICJ Statute, custom, as evidence of a general practice accepted as law, is an important source.⁴⁸ The fact that international civil service law is created and effective in an international law sphere supports that the source theory that is valid between States may be relevant for the sources of international civil service law. The ILOAT has determined: “According to the international case law a custom arises only if there is evidence of repeated acts or of a consistent and unbroken practice that is deemed to be binding: *opinio juris sive necessitatis*.”⁴⁹

The Tribunal even refers to the term of a “customary rule” which, in this particular judgment, could not be established. The Tribunal held already in 1980⁵⁰ that an obligation may be created by the establishment of a practice that the staff have come to rely on, and that the enforcement of the practice depends on whether the practice was intended to have contractual effect. The recognition of conscious organizational practice creating obligations as formulated by the ILOAT,⁵¹ in a matter of renewal after multiple fixed-term contracts, was relied upon by the UNDT to consider the UN’s practice of granting consecutive fixed-term contracts over a long period and what the implications of the practice were.⁵² There are even authors who deem the practice of organizations “similar” to customary international law,⁵³ even though it is acknowledged that the processes of creation are different.

The theory of Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice has been explored extensively in the decisions of the International Court of Justice⁵⁴

⁴⁷ *de Merode and others v. World Bank*, World Bank Administrative Tribunal, 83 ILR 639, 5 June 1981, para. 23.

⁴⁸ United Nations, *Statute of the International Court of Justice* (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945), Article 38(1)(b).

⁴⁹ Judgment 1652 (1997), consid. 5.

⁵⁰ Judgment 421 (1980).

⁵¹ Judgment 1317 (1994), consid. 38.

⁵² UNDT/2014/0856, paras 33 to 36. The judgment was later reversed by the UNAT in judgment No. 2015-UNAT-558 with regard to whether the application was receivable.

⁵³ Yaraslau Kryoi, see *supra* note 29, p. 91, referring to Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266.

⁵⁴ See only I.C.J. Reports 2012, p. 9 at p. 122, para. 55. See also Omri Sender and Michael Wood, “The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon”, EJIL Talk! (30 November 2015), available at: <<https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>> [accessed 5 September 2017].

and literature.⁵⁵ The *opinio juris* relevant for customary international law is based on opinions of States, not organizations. So, while the model of identifying law on the basis of consistent practice and an underlying opinion is attractive, it may not be transposable one-on-one to organizational practices. Nonetheless, it is true that the jurisprudence of international administrative tribunals on practice as a source of legal effects resorts to criteria which resemble criteria familiar to a classic source of public international law.

Recognized and relied upon

Such an obligation can be created by the establishment of a practice that the staff rely upon, or by an announcement by administrative circular. It can also be created if, in the exercise of power, the Director proposes to follow a specified procedure. If the Director promises expressly or impliedly not to exercise her/his power except in a particular way, she/he can bind herself/himself, at least temporarily, not to act in any other way.⁵⁶

Legitimate

This is a criterion which has not been mentioned frequently in international administrative jurisprudence,⁵⁷ but it is clearly a consideration that plays a role in judgments. Indeed, tribunals would not accept a practice as creating legal consequences if it were not legitimate in their eyes. The legal basis for this is unclear, but I wonder whether a faint hint of equity comes into play here. Equity in the broad sense means fairness, and it comes into play when there are no applicable rules, which one could say is the case for areas where organizational practice fills gaps.

In examining whether practice qualifies to have legal effects, tribunals appear to have in the back of their mind, even though they may not clearly express it, whether a practice seems appropriate in terms of how it was created⁵⁸ and what its contents are. If either aspect is found weak, tribunals seem less likely to qualify a practice.

⁵⁵ Karin Oellers-Frahm, "Commentary on Article 21", in Bruno Simma et al. (eds): *Commentary on the Charter of the United Nations* (3rd ed., Oxford University Press, 2012), pp. 1938 *et seq.*

⁵⁶ Judgment 421 (1980), *consid.* 8.

⁵⁷ One example is *Brebion v. International Bank for Reconstruction and Development*, World Bank Administrative Tribunal, Decision No. 159, 11 April 1997, para. 14.

⁵⁸ *Ms "B" v. International Monetary Fund*, International Monetary Fund Administrative Tribunal, 23 December 1997, No. 1997-2, para. 45.

Longevity

Longevity is a factor that has been looked at by several authors and international administrative tribunals when it comes to elevating a practice to the force of a legal source. In a matter regarding salary/pension calculation, the ILOAT has explicitly denied the transformation of an organizational practice into the source of a legal entitlement as the practice had been in place “for a relatively limited number of years”.⁵⁹ The ILOAT continued by stipulating that “it would require a great deal more than is present in this case” for a practice to be the source of an acquired right. The Tribunal’s language can be taken as an indication that other factors of some gravity need to flow together to justify the finding of a practice creating a right. A repeatedly exercised practice is in itself also clearly not sufficient in the view of the Tribunal.⁶⁰ A prominent example of the relevance of longevity in that it may not be a factor turning practice into law is the former practice of the United Nations Secretariat to require job applicants for non-temporary professional level posts to relinquish permanent residence status in a country other than that of their nationality.⁶¹

It turned out this practice had been in effect for 59 years when it was challenged in 2011, and the organization had consistently relied on it.⁶² In this particular case, the organization relied on its own long-standing practice and the absence of a review or change by the UN General Assembly to support its legality; however, the UNDT stipulated that while the employment relationship as governed by the UN Staff Rules could be subject to exceptions by the Secretary-General, these would have to be based on written and published law to have a legal basis.⁶³ The UNDT’s decision was affirmed by the UNAT.⁶⁴

Free from variation

Consistency plays a significant role as a factor for organizational practices which, in the view of international administrative tribunals, create law. In its judgment in a case in which the applicant challenged the decision not to maintain her job title “assistant” as opposed to “secretary” after a transfer to another function and department, the ILOAT found that at the time there was, in effect, a consistent practice of job titles across the United Nations system and in particular also a precedence of “assistant” over “secretary”.⁶⁵

⁵⁹ Judgment 2089 (2002), consid. 14.

⁶⁰ Judgment 2632 (2007), consid. 13.

⁶¹ Judgment UNDT/2012/004, *Valimaki-Erk v. Secretary-General of the United Nations*, para. 9.

⁶² Judgment UNDT/2012/004, para. 40.

⁶³ Judgment UNDT/2012/004, paras 47 and 49.

⁶⁴ Judgment 2010-UNAT-276, *Valimaki-Erk v. Secretary-General of the United Nations*, in particular paras 27, 40 and 46.

⁶⁵ ILOAT Judgment 1407, *Diotallevi v. World Trade Organization*, para. 14.

Decisions based on it can be challenged

In an interesting analysis on a matter completely outside of international civil service law (ICSL), another possibly relevant factor emerged in 1939. In an article on the effects of local police practice to deport “undesirable” individuals to locations outside the Jersey City limits, the author describes two legal phenomena resulting from such practice.⁶⁶ One, the fact that they were simply relocated but not arrested, made it difficult for the individuals concerned to challenge the measure; two, given that this was a practice not applied by other police forces in the United States at the time, assistance and support to persons who lacked a clearly established residence had a potential to become chaotic.⁶⁷ Transposing these observations to the ICSL area, two factors emerge: a practice should only be considered to have the quality of law if decisions based on it can be challenged, and, further, if it is not a localized practice, but one with a substantial range of application.

Does not contradict written rule

The ILOAT confirmed this critical requirement in 2016. In the particular case, an organization promoted a group of P-4 and one P-3 level staff to a number of team leader posts at the P-5 level. The applicant in the case was at P-4 level and was not promoted. In response to the organization’s argument that it had promoted P-3 staff to P-5 team leaders in previous promotion rounds, the ILOAT observed that “although the OPCW points out that, in the past, it has already promoted P-3 inspectors to P-5 Team Leaders, the Tribunal has consistently held that that a practice cannot become legally binding if it contravenes a written rule that is already in force”.⁶⁸ In 2016, the UNAT leaned in this direction when it ruled that “the Agency has acted appropriately to reverse a practice which is not permitted by the prevailing policy as expressed in the [organization’s circular]”.⁶⁹

Change of practice is accompanied by a “safety net” and a transitional period

In its *de Merode* judgment, the WBAT pointed to an interesting aspect of practice in relation to whether it was fundamental for a contractual relationship or not. If an organization were to include a safety net and/or transitional period in a regu-

⁶⁶ Ruth O. Blakeslee, “The law and administrative practice as barriers to mobility of population”, in *Social Security Administration Bulletin* (US Social Security Administration, October 1939), p. 3, available at: <<https://www.ssa.gov/policy/docs/ssb/v2n10/v2n10p3.pdf>> [accessed 15 September 2017].

⁶⁷ It seems we might know now where the makers of the US American “Rambo” film series took their inspiration from, with regard to the first installment of the series.

⁶⁸ Judgment 3601 (2016), consid. 10, with reference to Judgment 2959, consid. 7, and Judgment 3544, consid. 14.

⁶⁹ Judgment 2016-UNAT-701, *Husseini v. Commissioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*, para. 23.

lation or practice, that would be evidence of the gravity in substance of a matter.⁷⁰ Now it seems that this may not be a clear-cut broadly applicable criterion, but it still points to an idea that a practice tends to have legal effects the more fundamental its regulatory content is.

Change is challenged in a timely manner

The UNDT also raised another, albeit procedural, point: for a practice to result in individual rights, a change to the practice must be challenged in a timely manner. In the reverse, if no timely challenge is made, there is a likelihood that staff will be seen to have acquiesced to the change in practice.⁷¹

VII. A few thematic issues

The topic of organizational practice as a source of legal obligations is not confined to a list of criteria. Instead, it touches upon a number of legal concepts, some of which have largely been given shape by judicial decisions. A number of these concepts are discussed here.

Change of organizational practice and acquired rights

In its Judgment 1053, evolving around the change of an organizational practice according to which retiring staff were reimbursed domestic income taxes for lump-sum pension payments from the United Nations Joint Staff Pension Fund (UNJSPF), the ILOAT rejected the concept of acquired rights and relied on the principles of good faith and non-retroactivity.⁷² Both good faith and non-retroactivity could be considered general principles of law.⁷³ It seems that the Tribunal did not see any existing acquired right but focused on whether the organization changed its practice appropriately. In a case in 2013, the UNDT framed the context between the change of an organizational practice and acquired rights by looking at whether a “fundamental” alteration of an “essential term of employment” had occurred, in this case by the sudden and lasting unavailability of a staff cafeteria.⁷⁴ The UNAT looked at legitimate changes in organizational practice in 2016 and examined the argument whether the respondent was estopped from de-

⁷⁰ *de Merode and others v. World Bank*, World Bank Administrative Tribunal, 83 ILR 639, 5 June 1981, para. 88.

⁷¹ *Ibid.*, para. 146. The UNAT had some doubts (“To some extent”) about whether *Leboeuf et al.* had acquiesced to the change in practice, but did not reverse on this point, 2015-UNAT-568, para. 99.

⁷² Judgment 1053 (1990), consid. 5–6.

⁷³ For the concept of general principles in the internal law of the UN, see Wolfgang Stoeckl, “Commentary on Article 101”, in Bruno Simma *et al.* (eds): *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3rd ed., Oxford University Press, 2012), p. 2066.

⁷⁴ UNDT/2013/090, *Candusso v. Secretary-General*, para. 30 *et seq.* The UNDT’s judgment was upheld by the UNAT. Referring to practice and acquired rights, see also ILOAT Judgment 2089, *Berthet and others v. European Molecular Biology Laboratory*, para. 14.

nying an entitlement it had previously granted. The Tribunal found no merit in this stipulation, as organizations were, in principle, able to change practices.⁷⁵ The estoppel idea also spills over into the following concept, legitimate expectation.

Change or organizational practice and legitimate expectation

In terms of practice as a source of law, the UNDT has argued more on the side of legitimate expectation than the actual organizational practice as a source of law. While the elements of a practice such as continuity, uniformity, generality and longevity are identical, the UNDT relies on legitimate expectation of a staff member, which may be somewhat broader than relying on a specific practice, and it also places more emphasis on the perspective of the staff member than on an organization having to be consistent in its practices. The concept of legitimate expectation has been applied by the UNDT, particularly in the context of a possible expectation for renewal of fixed-term contracts through a representation or promise of the organization, or with regard to a particular treatment expected from the organization.⁷⁶

General principles of law and organizational practice

Organizational practice is distinctly different from a general principle as a source of law.⁷⁷ General principles are basic and abstract rules capturing an important legal principle applicable across legal fields and strengthening the rule of law beyond the written or customary law. Key principles are fairness, equality and good faith. In international organizations, one could also argue that the application of the Noblemaire principle, critical to the status and conditions of service of international civil servants, is seen as such a general principle of law.⁷⁸ But the application of the principle by organizations also created a long-standing organizational practice. However, the difference between the application of a principle and the creation of a practice is that general principles are there before practices emerge or are deliberately created. Thus, practices are checked against principles and not the other way around.

Common law v. civil law perspective

In common law, it is recognized that in reality, parliament is forced to derogate a significant amount of law-making to administrative bodies, in particular in matters of detail. Parliament sets a framework only; it is neither feasible nor practical for parliament to provide all necessary regulations. It is recognized that this situation

⁷⁵ 2016-UNAT-701, *Husseini v. UNRWA*, para. 21.

⁷⁶ Judgment UNDT/2013/157, *Nwuke v. Secretary-General*, para. 167.

⁷⁷ Article 38(1)(c) ICJ Statute: "general principles of law recognized by civilized nations".

⁷⁸ Judgment 986 (1989), *consid.* 7.

poses a problem in relation to the separation of powers, but it has become evident that in modern society administrative law-making is real and indispensable.⁷⁹ It is notable that administrative legislation is governed by the same principles as legislation through parliament.⁸⁰ In Anglo-American administrative law, administrative rule-making is widely accepted and its political background is openly discussed in part to ensure that scrutiny is possible. It has been expressed that the mechanisms legitimizing administrative lawmaking are consultation, publication, legislative scrutiny and the availability of judicial review.⁸¹ In particular, the concepts of practice as a source of law, and also legitimate expectation and acquired rights, are common-law phenomena. The mere mention of such concepts in my home jurisdiction would have cost me my law degree.

Acquiescence to change of practice

The UNDT considered in 2014 whether the change of a more-than-a-decade long practice of one of the UN departments on compensation for overtime work violated the rights of staff members who had been compensated under the practice.⁸² The practice had been that staff members could accumulate overtime after having worked eight hours on a given day. For these eight hours, the organization used to include in the count, on a given day, annual leave, sick leave or compensatory time off on that given day. According to the change implemented in January 2005, such authorized absence was no longer to be counted for the eight hours of work required before overtime could be accumulated.⁸³ The UNDT framed the issue whether the practice had created rights for staff members as an issue of legitimate expectation of staff in continuing the practice.⁸⁴ It clarified that, in principle, a legitimate expectation can be created by a regular organizational practice.⁸⁵ In this particular case, the UNDT required that, for a change of practice to infringe upon legitimate expectation, the change must be carried out by the decision-maker in charge of the practice, must be unfair and not merely unfavourable to a staff member, and considerations of public policy may override legitimate expectations.⁸⁶ The UNAT upheld the UNDT's decision.⁸⁷

⁷⁹ Christopher Forsyth and William Wade (eds), *Administrative Law* (10th ed., Oxford University Press, 2009), p. 731.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 732.

⁸¹ Paul Craig, *Administrative law* (8th ed., Sweet and Maxwell, 2016), p. 433.

⁸² Judgment UNDT/2014/033, *Leboeuf et al. v. Secretary-General*.

⁸³ *Ibid.*, paras 3, 47 *et seq.*, and 112.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 124.

⁸⁵ Judgment UNDT/2013/090, *Candusso v. Secretary-General*, para. 39.

⁸⁶ Judgment UNDT/2014/033, *Leboeuf et al. v. Secretary-General*, para. 146 (iv).

⁸⁷ Judgment 2015-UNAT-568, *Leboeuf et al. v. Secretary-General*.

Burden of proof

The ILOAT stated in Judgment 3734:

As stated in Judgment 2702, under 11, “[i]t is well established that the party seeking to rely on an unwritten rule bears the onus of proving the substance of the rule. This applies equally to a party seeking to rely on an established practice.” Beyond stating that its established practice is consistent with its interpretation, the IAEA has not adduced any proof of the existence or nature of the practice. It may also be added that a practice cannot become legally binding if it is at odds with a statutory provision already in force, as is the case here (see, for example, Judgment 3546, under 8, and the judgments cited therein).⁸⁸

In terms of burden of proof, the UNDT takes quite a similar approach. In 2015, a judge at the UNDT opined:

It is for the Applicant to show that his expectation that he would have been found eligible for the advertised JO [Job Opening] was justified by a continuous, uniform and general practice. The Applicant has failed to meet this test. There is no evidence that the Administration systematically and over a continuous period of time applied eligibility criteria for vacant posts other than in accordance with the applicable guidelines. There is no basis for any expectation that, in the circumstances of the Applicant, the eligibility criteria would be applied otherwise.⁸⁹

Organizational practice in the legal hierarchy

Finally, the question must be asked where organizational practice stands in the hierarchy of legal sources of international civil service law. What are the sources and is there a hierarchy? I do not wish to go in depth on this as it is not the topic of this article, but I would like to mention this. Some of the sources of international civil service law are clear, such as in the case of the UN Charter, the Staff Regulations and Rules, bulletins and administrative instructions by the Secretary-General and the actual employment contract.⁹⁰ For legal sources like these, a ranking seems feasible, as the process of setting them provides clues as to their rank. However, there are other sources which are legitimate in international law or administrative law, but are harder to rank, which may somewhat affect their legitimacy.⁹¹ We are closing in on organizational practice as a source when we talk about manuals, information circulars, notes and other publicized issuances of organizations. Such documents may contain expressions of practice and certainly at times are important tools to communicate practice. But generally, Tribunals are very precise in determining what they consider to have legal effects or not. While they may not consider any of the above communications tools as creating legal effects based on their form, the practice reflected in the document may still create such effects.

⁸⁸ Judgment 3734, consid. 5.

⁸⁹ Judgment UNDT/2015/034, *Cicek v. Secretary-General*, paras 85-87.

⁹⁰ Thomas Laker et al. (eds): *Handbook on the internal justice system of the United Nations* (United Nations System Staff College, 2014), pp. 99–100 and 115–116.

⁹¹ Yaraslau Kryoi, see *supra* note 29, pp. 277–280.

Ultimately, the rank of organizational practices has not quite been determined, except that they may not conflict with the written law. That could put practice above general principles of law, which might be odd given that general principles are a string source of law.

VIII. Outlook

Twenty years ago, Martti Koskenniemi wrote in an article that

[R]ules fail to respond to the complexity of the social world. Hence, they are accompanied by exceptions, interpretative principles or broad standards that enable problems of overdetermination or underdetermination to be overcome. However, there are no rules on when to apply the rule or when the exception, the interpretive principle or the standard. As we have seen in [various areas], the principle of equity (or proportionality), once introduced as a supplement to the rules, has tended to devour them.⁹²

He went on to say that “[w]e can no longer assume we find social justice by applying the law. We seem to be able to find the law only by applying justice.”⁹³

In the light of this quote one could argue that it is real that written rules of international civil service law do not and cannot cover all situations which need to be governed by law and that we need to accept this.

⁹² Martti Koskenniemi, “Hierarchy in International Law: A Sketch”, in 8 *European Journal of International Law* (1997), pp. 574–575.

⁹³ *Supra* note 92, p. 535.

Part II

General principles applied by the Tribunal

Partie II

Principes généraux appliqués par le Tribunal

■ **LAURENT GERMOND**

L'omniprésence du devoir de sollicitude dans la jurisprudence récente du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail

■ **GUIDO RAIMONDI**

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de la fonction publique internationale

■ **DR EVA-MARIA GRÖNIGER-VOSS, A. KIRSTEN BAXTER, ARTHUR NGUYEN DAO**

The principle of acquired rights with particular focus on the jurisprudence of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization

■ **JEAN-PIERRE ISSELÉ**

Les leçons à tirer de la pratique de la Cour internationale de Justice en matière de réformation de jugements du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail: problèmes soulevés par le principe de l'égalité devant la Cour

L'OMNIPRÉSENCE DU DEVOIR DE SOLLICITUDE DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

LAURENT GERMOND

Avocat, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université Paris II (Panthéon-Assas). Il a d'abord assuré la défense pendant douze ans, aux côtés de M^e Jean-Didier Sicault, de fonctionnaires internationaux de plus de 60 organisations internationales devant une dizaine de tribunaux administratifs internationaux. Il a ensuite intégré en 2006 l'Agence spatiale européenne (ESA) qu'il a servie à son siège à Paris pour l'essentiel en tant que responsable du Bureau des affaires sociales et du règlement des différends. Il travaille, depuis septembre 2013, à l'Office européen des brevets (OEB) à Munich en tant que directeur du droit applicable aux agents. Sa thèse, soutenue en 2007 et publiée en 2009, est consacrée aux principes généraux tels qu'ils sont reconnus et appliqués par le Tribunal administratif de l'OIT.

Les opinions exprimées dans cette contribution sont personnelles à l'auteur et n'engagent nullement l'Organisation européenne des brevets.

Il aurait été intéressant de souligner l'application particulièrement rigoureuse faite récemment par le Tribunal du principe *tu patere legem* et le renforcement des exigences du Tribunal en matière de motivation des décisions. Toutefois, il m'a paru encore plus ambitieux d'appeler plus particulièrement votre attention sur deux principes généraux relativement nouveaux dans la jurisprudence, du moins dans leur formulation actuelle, à savoir le devoir de sollicitude qui est omniprésent dans la jurisprudence récente du Tribunal et le principe d'égalité des armes qui commence à pointer son nez dans celle-ci¹.

On se concentrera sur l'omniprésence dans la jurisprudence récente du Tribunal du devoir de sollicitude consacré par le juge communautaire dès les années 80².

Pour témoigner de cette omniprésence, il suffit de se référer à quelques sujets d'importance sur lesquels le Tribunal s'est penché en analysant la conformité de la décision contestée au regard du devoir en question: l'externalisation, les allégations de harcèlement et la maladie.

Concernant l'externalisation, le Tribunal a d'abord déclaré dans son jugement 3373:

Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où le nouveau dispositif adopté touchait directement le requérant dans sa situation économique, l'organisation devait veiller, en vertu de son devoir de sollicitude à l'égard de ses fonctionnaires, à ce que la mise en œuvre de ce dispositif n'entraîne pas de difficultés financières pour l'intéressé. Le Tribunal estime qu'en limitant à douze mois la durée du versement de l'indemnité dégressive qu'elle avait prévue l'Organisation n'a pas pleinement respecté ce devoir³.

Dans le jugement 3376, il a ensuite mis le sujet en perspective en ces termes:

L'externalisation de certains services, c'est-à-dire le recours à des collaborateurs extérieurs auxquels sont confiées des tâches qu'une organisation estime ne pas être en

¹ Jugement 2587 (2007), consid. 8; jugement 3586 (2016), consid. 5 et 14 à 20.

² À titre d'exemples, on citera la jurisprudence suivante: arrêt du 29 octobre 1981, Arning / Commission (125/80, Rec._p._02539) (cf. al. 18) Rejet; arrêt du 23 octobre 1986, Schwiering / Cour des comptes (321/85, Rec._p._03199) (cf. al. 18-20) Rejet; arrêt du 4 février 1987, Maurissen / Cour des comptes (417/85, Rec._p._00551) (cf. al. 12-13) Rejet; arrêt du 16 décembre 1987, Delauche / Commission (111/86, Rec._p._05345) (cf. al. 26) Rejet; arrêt du 18 janvier 1990, Maurissen et Union syndicale / Cour des comptes (C-193/87 et C-194/87, Rec._p._I-95) (cf. al. 23) Rejet.

³ Jugement 3373 (2014), consid. 9. (Italiques ajoutés.)

mesure de confier à ses agents engagés conformément au Statut du personnel, relève de la politique générale de l'emploi qu'une organisation a la liberté de conduire conformément à ses intérêts généraux. Le Tribunal n'a pas compétence pour se prononcer sur l'opportunité ou le mérite de l'adoption d'une telle mesure dans un domaine d'activité déterminé (voir les jugements 3225, au considérant 6, 3275, au considérant 8, 3041, au considérant 6, 2972, au considérant 7, 2907, au considérant 13, 2510, au considérant 10, 2156, au considérant 8, et 1131, au considérant 5). L'organisation qui fait appel à des sous-traitants, qu'il s'agisse d'entreprises collectives ou de personnes individuelles, doit cependant veiller à ce que le contrat qu'elle passe avec ceux-ci n'ait pas d'impact négatif sur la situation concrète des agents ou fonctionnaires assujettis au Statut du personnel et ne porte pas d'atteinte injustifiée aux droits que ce statut leur confère. Le risque d'une telle atteinte est particulièrement élevé lorsqu'il s'agit d'une externalisation contractuelle de longue durée et qu'elle se rapporte à des tâches qui demeurent partiellement exécutées, en parallèle, par du personnel statutaire (voir le jugement 2919 passim). En pareil cas, le devoir de sollicitude fait obligation à l'organisation de fournir aux personnels concernés une information suffisante sur les modalités de l'externalisation et ses conséquences possibles sur leur situation professionnelle et de prévenir les impacts négatifs qu'elle pourrait avoir sur cette situation (voir les jugements 2519, au considérant 10, 1756, au considérant 10 b), et 1780, au considérant 6 a)).

Il résulte de ce qui précède et de l'article II, paragraphe 1, du Statut du Tribunal qu'un fonctionnaire ne peut contester devant celui-ci l'externalisation de certaines tâches que dans la mesure où elle a des effets négatifs directs sur les droits que lui confère son contrat d'engagement. En l'espèce, force est de constater que tel n'est pas le cas. Certes, la mise en service du système IRIS a eu pour conséquence un changement d'affectation du requérant. Mais celui-ci a accepté ce changement d'affectation. Dans ces conditions, la requête doit être rejetée comme dépourvue de fondement, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les fins de non-recevoir soulevées par la défenderesse⁴.

Le deuxième sujet d'importance concerne les allégations de harcèlement. Ici, le Tribunal a notamment décidé dans son jugement 2636 que:

Bien que chaque membre du personnel de l'OMPI jouisse de la liberté d'association et de la liberté de discussion et de débat pour ce qui touche à la conduite des affaires de l'Association du personnel, y compris celles du Conseil du personnel, la liberté de discussion et de débat ne justifie pas, par exemple, les manœuvres d'intimidation, les comportements offensants ou les agressions. De plus, l'obligation faite à une organisation internationale d'offrir à tout fonctionnaire un lieu de travail sûr suppose qu'elle doit aussi veiller à ce que de tels agissements ne se produisent pas dans le cadre des activités de l'Association du personnel, du moins lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'Organisation sait qu'il existe de profondes inimitiés entre les différents protagonistes. Il s'ensuit que l'allégation selon laquelle le requérant aurait été agressé dans son bureau le 28 juin 2005 est une question qui relève de l'inobservation des stipulations de son contrat d'engagement et qui aurait dû être examinée par le Comité d'appel. En outre, l'OMPI devait, au titre de son devoir de sollicitude, veiller à ce que cette allégation fasse rapidement l'objet d'une enquête en bonne et due forme⁵.

⁴ Jugement 3376 (2014), consid. 2 et 3. (Italiques ajoutés.) Voir également les jugements 3640 (2016) (externalisation de l'administration des dossiers de pensions, proc. sommaire) et 3642 (2016) (externalisation de l'enregistrement des congés maladie, proc. sommaire).

⁵ Jugement 2636 (2007), consid. 28. (Italiques ajoutés.)

Il a aussi affirmé dans le jugement 2706:

En second lieu, le Tribunal ne peut que marquer son étonnement face aux suites qui ont été données par la défenderesse, sur le plan administratif, à la dénonciation de ces faits. D'une part, la sanction prononcée à l'encontre du supérieur hiérarchique principalement mis en cause – qui, ainsi qu'il a été dit plus haut, s'est limitée à une réprimande verbale avec versement d'une note à son dossier – n'était manifestement pas adaptée à la gravité de la faute commise. Ce constat s'ajoute d'ailleurs au fait que l'intéressé a conservé, à la suite de cette sanction, les attributions qui lui étaient confiées sans que celles-ci soient aucunement remises en cause.

D'autre part, il n'est pas contesté par l'Organisation que ce supérieur hiérarchique a fait l'objet, pour la période au cours de laquelle il avait été sanctionné, d'un rapport d'évaluation en tous points favorable, y compris en ce qui concerne sa conduite. *Le comportement ainsi adopté par l'Organisation à l'égard de ce fonctionnaire ne tient guère compte de la sollicitude due à l'agent victime des faits qui lui étaient reprochés et l'argument invoqué par la défenderesse, selon lequel elle n'aurait pu établir un rapport d'évaluation moins favorable, sauf à sanctionner l'intéressé une nouvelle fois à raison des mêmes faits, est empreint de mauvaise foi.*

Enfin, le Tribunal ne peut qu'être frappé du contraste entre l'extrême mansuétude dont a ainsi bénéficié l'ancien supérieur hiérarchique de la requérante et l'attitude plutôt rigoureuse adoptée, dans le même temps, à l'encontre de cette dernière. Outre que celle-ci n'a alors bénéficié – ainsi qu'il a été dit plus haut – d'aucune forme d'indemnisation, elle a fait l'objet, à la suite de la réunion tenue par le Directeur général le 10 mars 2003, d'une mutation dans un autre service décidée sans ménagement particulier à son égard. Ainsi, c'est elle qui, pour l'essentiel, a dû subir les conséquences concrètes défavorables de la situation créée par la mise en cause de son supérieur hiérarchique.

Ainsi que le Tribunal l'a notamment affirmé dans le jugement 2067, *il incombe à toute organisation internationale de traiter ses fonctionnaires avec dignité et d'éviter de leur infliger un tort inutile*⁶.

Dans la même veine, le Tribunal a décidé dans son jugement 3337 que:

Selon la jurisprudence constante du Tribunal, les allégations de harcèlement au travail doivent être prises très au sérieux, et les organisations internationales doivent diligenter au plus vite une enquête approfondie en cas d'allégations à ce sujet. Cela relève du devoir qui incombe à l'organisation de protéger ses fonctionnaires contre toute atteinte à leur dignité. Dans le jugement 3071, au considérant 36, par exemple, le Tribunal a déclaré ce qui suit: «Il est de jurisprudence constante qu'une organisation internationale a, à l'égard de ses fonctionnaires, le devoir d'enquêter sur les allégations de harcèlement. Ce devoir concerne à la fois le fonctionnaire qui se plaint de harcèlement et la personne à l'encontre de laquelle la plainte est formulée (voir le jugement 2642, au considérant 8). [...] En outre, ce devoir consiste à mener sur les allégations de harcèlement "une enquête rapide et approfondie" (voir le jugement 2642, au considérant 8).»

Il ressort clairement du dossier que l'OEB a manqué au devoir qu'elle avait envers le requérant d'assurer le prompt règlement de sa plainte pour harcèlement lorsqu'il travaillait à la PD5.1. Le requérant a déposé sa seconde plainte écrite pour harcèlement le 17 juin 2008 et elle n'avait toujours pas été réglée au moment où il a introduit son recours interne, le 17 juin 2009. Ce délai est trop long et constituait une violation du devoir de sollicitude qui

⁶ Jugement 2706 (2008), consid. 6-7. (Italiques ajoutés.)

imposait à l'OEB de prendre des mesures promptes pour traiter une telle plainte. En raison de ce manquement, le requérant a droit à des dommages-intérêts pour tort moral⁷.

Finalement, le Tribunal a ainsi conclu dans le jugement 3485:

Le Tribunal relève la déclaration du requérant selon laquelle il avait formulé des plaintes verbales auprès de hauts responsables, conformément à l'article 7.2 de l'instruction administrative ICC/AI/2005/005, mais qu'il n'avait reçu aucune réponse. Il n'est pas contesté que certaines de ses plaintes sont restées sans réponse. *Cela démontre un certain degré d'indifférence concernant les préoccupations qu'il avait exprimées. Cela constitue non seulement un autre aspect du harcèlement mais aussi un manquement au devoir de sollicitude de la CPI envers le requérant.* Ces éléments, auxquels s'ajoute la violation du droit à une procédure régulière, justifient que le Tribunal lui octroie des dommages-intérêts pour tort moral, fixés à 30 000 euros. Il a aussi droit à 1 000 euros à titre de dépens⁸.

Le troisième sujet d'importance concerne la maladie. En effet, dans son jugement 3506, le Tribunal se réfère au devoir de sollicitude en ces termes:

La requérante soutient que le Fonds a manqué, dans le traitement de la présente affaire, à son devoir de sollicitude à l'égard d'un de ses agents. Le Tribunal partage cette opinion. *Il ressort en effet des pièces du dossier que le Fonds aurait pu, s'il avait agi avec davantage de diligence et de bienveillance, accélérer le remboursement des sommes réclamées au titre des frais médicaux encourus par l'intéressée.* Il y a ainsi lieu de relever, notamment, que ce n'est qu'au stade de l'instruction du recours interne formé devant le Comité de recours, à la fin du mois d'août 2012, que les services de l'organisation se sont décidés à intervenir auprès de l'assureur en vue d'obtenir le règlement des sommes en cause. Le fait que cette démarche ait alors permis de résoudre immédiatement une part substantielle du litige montre qu'elle aurait sans nul doute gagné à être accomplie plus tôt. De même, et s'agissant plus particulièrement de la somme de 8 647 francs demeurée finalement seule en suspens, il est, comme il a déjà été dit, injustifiable que l'organisation n'ait pas eu à cœur d'en obtenir la prise en charge par l'assureur. *Ces manquements au devoir de sollicitude, qui sont d'autant moins excusables que les services du Fonds avaient connaissance de l'état de santé critique de la requérante, ont causé à cette dernière un évident préjudice moral.* Dans les circonstances de l'espèce, le Tribunal estime qu'il sera fait une juste appréciation de la réparation due à l'intéressée à ce titre en lui accordant une indemnité de 10 000 francs⁹.

Toutefois, la maladie n'est pas nécessairement un sésame pour l'application du devoir de sollicitude, pour autant que le droit applicable le prévoit et que celui-ci ait été respecté. Cela est confirmé par le Tribunal dans son jugement 3744:

Le Tribunal rejette également l'argument du requérant selon lequel la décision attaquée de mettre fin à son engagement serait entachée d'abus de pouvoir au motif que la FAO aurait illégalement appliqué l'article 302.9.22 du Règlement du personnel alors qu'elle aurait dû appliquer l'article 302.9.21 dudit Règlement. Comme exposé au considérant 14 ci-dessus, la FAO n'a pas commis d'erreur en engageant la procédure de licenciement prévue à l'article 302.9.22 du Règlement du personnel. Partant, les arguments avancés à cet égard dans la requête sont dénués de fondement. *Aucun élément du dossier ne permet d'affirmer*

⁷ Jugement 3337 (2014), consid. 11 et 15. (Italiques ajoutés.)

⁸ Jugement 3485 (2015), consid. 16. (Italiques ajoutés.)

⁹ Jugement 3506 (2015), consid. 21. (Italiques ajoutés.)

*que, comme le requérant l'énonce dans son troisième motif, la FAO n'a pas respecté le principe de bonne foi, a manqué au devoir de sollicitude et au devoir d'information qu'elle avait envers lui*¹⁰.

Après avoir effectué ce bref tour d'horizon pour sensibiliser le lecteur à la dimension du devoir de sollicitude dans la jurisprudence récente du Tribunal, on analysera d'abord l'évolution de la jurisprudence en forme de glissement vers le devoir de sollicitude. Une fois constatée l'absence de définition du devoir en question dans la jurisprudence du Tribunal, on tentera ensuite d'en définir les contours, le contenu et les limites, en examinant l'articulation du devoir de sollicitude avec plusieurs autres principes ou devoirs.

I. Évolution de la jurisprudence en forme de glissement vers le devoir de sollicitude

Il est intéressant d'analyser le glissement opéré dans la jurisprudence au fil des ans pour finalement consacrer récemment le devoir de sollicitude en tant que principe général.

Ainsi au «devoir de protection et d'assistance» initial succédera l'obligation des administrations de se soucier de la dignité et de la réputation de leurs agents et ne pas les placer sans nécessité dans une situation personnelle pénible qui elle-même annoncera le «devoir d'assistance et de sollicitude».

Du devoir de protection et d'assistance

Dans son jugement 70 (1964), le Tribunal a déclaré que:

*Si, en vertu d'un principe général du droit de la fonction publique internationale (cf. Cour internationale de Justice, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, p. 174), l'O.I.T. a, à l'égard de ses agents, un devoir de protection et d'assistance dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de l'exercice de celles-ci, le sieur Jurado, contre lequel une action en divorce était poursuivie devant la juridiction suisse ordinaire, ne se trouvait pas dans un cas où cette mission de protection pouvait ou devait être exercée*¹¹.

De l'obligation des administrations de se soucier de la dignité et de la réputation de leurs agents et ne pas les placer sans nécessité dans une situation personnelle pénible (1978-1998)

C'est dans le jugement 361 du 13 novembre 1978 que l'on trouvera formulée pour la première fois de manière aussi complète l'obligation faite aux administrations de se soucier de la dignité et de la réputation de leurs agents et ne pas les placer sans nécessité dans une situation personnelle pénible.

¹⁰ Jugement 3744 (2017), consid. 16. (Italiques ajoutés.)

¹¹ Jugement 70 (1964), p. 4. (Italiques ajoutés.)

Quant au fond, il est incontestable que la requête porte sur la manière dont le requérant a été traité. C'est ainsi, d'ailleurs, qu'il la présente lui-même. Tout au long du dossier, il répète qu'il a été humilié et traité honteusement par l'Organisation, sans qu'il l'eût mérité et que sa réputation professionnelle en a gravement souffert; il réclame donc sa réhabilitation, sous une forme ou sous une autre. De l'avis du Tribunal, cette prétention, si les faits permettent de l'établir, est fondée en droit, que les décisions attaquées soient valables ou non. *De même qu'il est implicite, dans tout contrat de service, que le fonctionnaire doit être loyal, porter à ses supérieurs le respect voulu et veiller à la réputation de l'Organisation, il est tout aussi implicite que l'Administration, dans sa façon de traiter les membres du personnel, doit se soucier de leur dignité et de leur réputation et ne pas les placer sans nécessité dans une situation personnelle pénible. Il n'est souvent pas possible d'éviter des situations difficiles et des déceptions mais, lorsque faire se peut, il importe de ne pas les provoquer.* Dans toutes les organisations, le fonctionnaire doit s'accommoder du bon et du mauvais côté des choses et il y a forcément, en matière de direction du personnel, des risques de bévues et de manque de tact que des excuses ou des explications peuvent suffire à faire oublier. Le Tribunal n'est appelé à connaître que des cas de torts graves auxquels il n'a pas été remédié. En pareille occurrence, c'est non pas la décision de prendre la mesure qui est pertinente au fond, elle peut être correcte ou incorrecte mais bien celle de lui donner telle ou telle forme et de l'exécuter de telle ou telle manière¹².

Vingt ans plus tard, dans son jugement 1756, le Tribunal mettra en perspective cette même obligation dans un jugement très important qui posera entre autres, selon nous, les bases de la reconnaissance à venir du devoir de sollicitude et du principe d'égalité des armes.

En l'état, le litige se concentre sur la question de savoir si le requérant avait le droit de demander à l'Organisation si elle (ou l'un de ses agents) avait été à l'origine des mesures policières dont il avait été l'objet et, le cas échéant, de quelle manière cela s'était produit. *Le requérant invoque, à juste titre, deux principes généraux applicables à la fonction publique internationale, tels qu'ils ont été reconnus et développés par la jurisprudence du Tribunal.*

a) *D'une manière générale, une organisation – tenue comme le fonctionnaire au respect de la bonne foi – se doit d'éviter tout dommage inutile à son partenaire contractuel; elle doit témoigner à ses fonctionnaires les égards nécessaires et respecter leur dignité (voir par exemple les jugements 361, affaire Schofield, au considérant 9; 367, affaire Sita Ram, au considérant 4; 396, affaire Guisset, au considérant 6; 435, affaire Zihler, au considérant 5; 447, affaire Quiñones, au considérant 4; 873, affaire Da, aux considérants 5 et 7; et 942, affaire Leprince, au considérant 4).*

b) *En outre, en application de ce principe de base, il a été reconnu que l'organisation devait informer le fonctionnaire de toute mesure susceptible de porter atteinte à ses droits et intérêts légitimes (voir par exemple les jugements 323, affaire Connolly-Battisti, au considérant 12; 364, affaire Fournier d'Albe, au considérant 12; 869, affaire Hill, au considérant 19; 946, affaire Fernandez-Caballero, aux considérants 6 et 7; 1245, affaire Müller, au considérant 16; 1479, affaire Gill N° 2, au considérant 12; et 1526, affaire Baigrie, au considérant 2). Le terme « mesure », au sens de la jurisprudence, doit s'interpréter largement en prenant en considération l'évolution des conceptions relatives à la protection des données. Aussi l'organisation ne saurait-elle refuser au fonctionnaire la communication d'informations importantes qu'elle détient à son sujet, qui figurent ou pourraient figurer dans son dossier personnel; en effet, d'une part, ces informations pourraient être utiles ou nuisibles au fonctionnaire et, d'autre part, il doit avoir la faculté*

¹² Jugement 361 (1978), consid. 9. (Italiques ajoutés.)

de les contester ou de les préciser. C'est dans ce sens, par exemple, que le Tribunal a récemment invité une organisation à communiquer à un requérant un rapport médical le concernant (voir le jugement 1684, affaire Forté), qu'il a reproché à une organisation de n'avoir pas «fait preuve de davantage de transparence et de franchise dans ses relations» avec un requérant (voir le jugement 1732, affaire Stjernswärd, au considérant 18) ou encore qu'il a relevé qu'une organisation *ne pouvait se fonder sur des indications inexactes figurant dans un dossier concernant un fonctionnaire* (voir le jugement 1716, affaire Geyer N° 3, aux considérants 19 à 22). Le droit à l'information comporte toutefois des limites. Il ne saurait s'étendre à des indications vénielles, sans importance réelle pour le fonctionnaire. En outre, il existe des cas spéciaux pour lesquels un intérêt supérieur s'oppose à la divulgation, du moins dans l'immédiat. Ainsi, la discrétion peut être imposée par l'État concerné ou se justifier in casu en raison d'une procédure pénale en cours; elle peut s'imposer également au premier stade d'une enquête interne menée par l'administration. En revanche, il est évident que l'information requise ne saurait être refusée dans le seul but d'améliorer la position de l'organisation ou d'un de ses agents dans le cadre d'un litige avec le fonctionnaire concerné¹³.

Du devoir d'assistance et de sollicitude

C'est dans son jugement 1989 (2000) que le Tribunal dans un panel francophone se réfère pour la première fois expressément au devoir de sollicitude¹⁴, sans dire pour autant qu'il s'agit d'un principe général. Comme bien souvent, afin d'informer les parties du changement à venir, cela intervient dans un jugement de rejet.

C'est donc à bon droit que l'Agence a fait application à l'intéressé de l'article 60 du Statut. Il y a lieu en conséquence de rejeter toutes les conclusions de la requête, observation faite que *le Tribunal n'a constaté en l'espèce aucun manquement par l'Agence à son devoir de sollicitude vis-à-vis de son agent*¹⁵.

On trouvera également dans le jugement 2025 (2001) rendu la session d'après (90^e session) par le même panel une référence implicite au devoir de sollicitude.

Il reste que la défenderesse a elle-même admis qu'un examen attentif du dossier dans son ensemble devait la conduire à accepter les recommandations du Comité de recours; c'est la raison pour laquelle elle a offert à l'intéressé une affectation au siège. *Elle admettait* par là même – indépendamment du fait, contesté par elle, que la décision du Directeur général était fondée sur des informations incomplètes ou erronées – *que la situation particulière de l'intéressé n'avait pas été appréciée avec tout le soin que requièrent les décisions de gestion concernant ses fonctionnaires*. Cette simple constatation conduit le Tribunal à retenir que, même si l'affectation de l'intéressé à Rome lui a donné en partie satisfaction, elle n'a pu réparer l'intégralité du préjudice que lui a causé son transfert au Caire dans les conditions analysées ci-dessus. C'est donc à tort que, par sa décision du 24 septembre 1999 prononçant la mutation de l'intéressé à Rome, le Directeur général s'est abstenu d'allouer au requérant la réparation qu'il avait sollicitée¹⁶.

¹³ Jugement 1756 (1998), consid.10. (Italiques ajoutés.)

¹⁴ David Ruzié: «Jurisprudence du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail», *Annuaire français de droit international*, vol. XLVI, 2000, pp. 459-482.

¹⁵ Jugement 1989 (2000), consid. 12. (Italiques ajoutés.)

¹⁶ Jugement 2025 (2001), consid. 10. (Italiques ajoutés.)

C'est finalement dans son jugement 2204 (2003) rendu par le même panel dans une affaire intéressant la même organisation que celle ayant donné lieu au jugement 1989 que le Tribunal consacrera, à nouveau dans un jugement de rejet, le devoir d'assistance et de sollicitude au rang de «principe général du droit de la fonction publique internationale»¹⁷.

Ainsi donc, le Tribunal est passé en l'espace de quarante ans du «devoir de protection et d'assistance» au «devoir d'assistance et de sollicitude», tous deux étant présentés comme des principes généraux du droit de la fonction publique internationale.

Après avoir relevé l'absence de définition du devoir de sollicitude dans la jurisprudence, on tentera d'en cerner les contours, le contenu et les limites, en examinant comment le Tribunal a articulé le devoir de sollicitude avec d'autres principes ou devoirs.

II. Articulation du devoir de sollicitude avec d'autres principes ou devoirs

C'est en vain que l'on recherchera dans la jurisprudence la définition et les fondements du devoir de sollicitude.

Comme bien souvent, la jurisprudence est muette à ce sujet, ce qui permet aux juges d'ajuster, au fil du temps, selon les besoins, les principes généraux aux nécessités d'une bonne justice, c'est-à-dire une justice adaptée à son temps, comprise et acceptée par tous.

Nous n'avons pas davantage trouvé dans la jurisprudence récente du Tribunal une référence à la notion de protection qui serait associée au devoir de sollicitude.

Il reste que le Tribunal a associé le devoir de sollicitude aux notions de bienveillance, diligence et transparence. Le Tribunal a par ailleurs conjugué le devoir de sollicitude avec plusieurs autres principes ou devoirs.

L'on notera ainsi que le Tribunal associe, de manière plus ou moins régulière, le devoir de sollicitude avec le devoir d'assistance, la notion de tort inutile et excessif ainsi que le principe de la bonne foi, le devoir de diligence, le principe de sécurité juridique et le principe de proportionnalité.

¹⁷ Jugement 2204 (2003), consid. 7: «[...] La seule question est donc celle de savoir si l'Agence a été suffisamment diligente dans les négociations conduites avec le gouvernement belge et s'est ainsi acquittée de son devoir d'assistance et de sollicitude résultant tant de l'article 24 du Statut du personnel que des principes généraux du droit de la fonction publique internationale.»

Devoir de sollicitude et devoir d'assistance

Outre le jugement 2204, le Tribunal a également associé les notions d'assistance et de sollicitude dans plusieurs autres jugements. On citera d'abord le jugement 2280:

L'article 28, intitulé «Assistance par l'Organisation», invoqué par le requérant dans son recours interne dispose notamment [...]

Le requérant prétend que l'administration de la défenderesse a nié l'autorité de la chose jugée en remettant en cause le bien-fondé de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam. Le Tribunal estime qu'en l'espèce la question de la chose jugée ne se pose pas. La seule question sur laquelle le Tribunal doit se prononcer est celle de savoir si, au regard des règles applicables aux fonctionnaires de l'Organisation, cette dernière a pu légalement refuser l'indemnisation demandée. Or, en vertu de l'article 23 du Statut, le «fonctionnaire est tenu de résider au lieu de son affectation». Le requérant travaillant à temps plein exclusivement à La Haye, la défenderesse ne pouvait reconnaître que son lieu de résidence se situait ailleurs qu'aux Pays-Bas, même si, en violation de la réglementation, il a pu établir sa résidence ailleurs. *L'on ne saurait dès lors reprocher à la défenderesse de ne pas avoir apporté d'assistance à l'intéressé dans la contestation soulevée devant les autorités néerlandaises et d'avoir refusé l'indemnisation réclamée en application du paragraphe 2 de l'article 28 du Statut.*

S'agissant du grief relatif à la violation du devoir de sollicitude, le Tribunal, compte tenu de ce qui est dit ci-dessus, le trouve non fondé¹⁸.

On se référera également à deux jugements contre une même organisation, l'un rejetant la requête (3338), l'autre l'accueillant (3432), même si la notion d'assistance est implicite dans ce dernier jugement.

Tout d'abord, dans le jugement 3338, le Tribunal a décidé que:

La Commission de recours interne a joint les recours du requérant. Dans son avis du 30 novembre 2009, elle les a estimés «recevables, mais pour l'essentiel dénués de fondement». Elle a considéré en particulier que la responsabilité de l'OEB n'était pas engagée en vertu du paragraphe 2 de l'article 28 dans la mesure où il n'y avait pas de lien de cause à effet entre le dommage subi et la qualité ou les fonctions du requérant, d'autant que le directeur principal de l'administration avait expressément fait savoir au requérant le 4 octobre 2006 que l'Office ne partageait pas son point de vue juridique et lui avait expliqué pourquoi. *Pour la Commission, l'OEB avait honoré son devoir de sollicitude dès lors que, par lettre du 3 mai 2006, l'Office avait exposé la situation du requérant au ministère des Affaires étrangères et lui avait demandé de définir sa position juridique concernant le cas particulier du requérant et qu'après avoir reçu une réponse l'Office avait informé le requérant de la position juridique du ministère et lui avait dit qu'il la respecterait. La Commission de recours interne estimait à l'unanimité que l'argumentation présentée par le ministère des Affaires étrangères devait être considérée comme raisonnable et que, de ce fait, l'OEB n'était pas tenue d'intervenir ou de prendre des mesures supplémentaires pour assister le requérant. Elle concluait que l'Office n'avait pas manqué à son devoir particulier d'assistance au titre du paragraphe 1 ou 2 de l'article 28 du Statut des fonctionnaires ni à son devoir général de sollicitude.*

¹⁸ Jugement 2280 (2004), consid. 5, 8 et 9. (Italiques ajoutés.)

Le Tribunal est d'avis que l'OEB n'avait pas d'obligation d'intervenir davantage au nom du requérant au sujet de son statut de résident. Le fait que le ministère des Affaires étrangères ait estimé que le requérant était « résident permanent » ne saurait être vu comme « une menace, un outrage, une injure, une diffamation ou un attentat contre sa personne ou ses biens », surtout si l'on considère qu'il n'y avait pas de lien direct avec sa qualité ou ses fonctions. *Le Tribunal conclut que l'OEB s'est acquittée à cet égard de son devoir de sollicitude envers le requérant*, et que la réponse du ministère des Affaires étrangères quant au statut de résident du requérant (il était ressortissant néerlandais lorsqu'il a pris ses fonctions à l'OEB et il a été automatiquement classé comme résident permanent au sens de la Convention de Vienne de 1961 lorsqu'il a renoncé à sa nationalité néerlandaise en devenant ressortissant irlandais) n'était pas une décision arbitraire. Ce traitement ne saurait être considéré comme de la discrimination en raison de la nationalité¹⁹.

Dans le jugement 3432, le Tribunal fait aussi le lien entre le devoir d'assistance et le devoir de sollicitude:

Le principal argument du requérant sur cette question est que l'OEB lui aurait conseillé à tort de suivre la procédure IND et aurait dû insister plus fermement auprès des autorités néerlandaises sur le fait que cela était inutile compte tenu de l'Accord de siège de 1977. Il est très douteux que les enfants du requérant aient été obligés de suivre la procédure IND. En effet, eu égard au libellé des articles 7 et 8 de l'Accord de siège de 1977, on peut raisonnablement soutenir que les fonctionnaires de l'OEB (qu'ils soient ou non ressortissants néerlandais) et les membres de leur famille faisant partie du ménage avaient le droit d'obtenir une carte d'identité (article 8 de l'Accord) délivrée par l'OEB et qu'en vertu de l'article 7 ils n'avaient pas besoin d'un permis de résidence. Aucun élément du dossier soumis au Tribunal de céans n'indique que l'OEB aurait fait autre chose que conseiller aux personnes se trouvant dans la situation du requérant (en tant que ressortissant néerlandais) de suivre la procédure IND, que les autorités néerlandaises estimaient probablement appropriée pour les ressortissants néerlandais, même employés par l'OEB. Ce conseil a semble-t-il été donné en raison de la position adoptée par les autorités néerlandaises. Eu égard aux dispositions des articles 7 et 8, il aurait été loisible à l'OEB de soulever auprès des autorités néerlandaises la question de savoir si les personnes se trouvant dans la situation du requérant (en tant que ressortissant néerlandais) devaient suivre la procédure IND, même si, en vertu de la législation nationale, les ressortissants néerlandais y étaient obligés. *Bien que la jurisprudence du Tribunal s'oppose à l'interprétation d'un accord tel que l'Accord de siège de 1977 (voir, par exemple, le jugement 1182, au considérant 6) en vue de déterminer les droits et obligations des parties à un tel accord, rien n'empêche de mesurer le devoir de sollicitude de l'organisation internationale liée par un tel accord à l'aune d'une interprétation possible, voire probablement correcte. Comme l'OEB le relève fort justement dans sa réponse, il ressort de la jurisprudence du Tribunal qu'une organisation peut, dans certains cas, « exercer le pouvoir, l'autorité et l'influence considérables qu'elle possède pour amener les autorités [nationales] à modifier leur position » (voir le jugement 2032, au considérant 17).*

En l'espèce, *l'OEB n'aurait pas dû se borner à adopter l'approche des autorités néerlandaises relatives aux droits des personnes qui étaient à la fois fonctionnaires de l'Organisation et ressortissantes néerlandaises. Comme cela vient d'être relevé, on pouvait raisonnablement soutenir que l'approche des autorités néerlandaises était erronée. Par conséquent, l'OEB a manqué à son devoir de sollicitude envers le requérant en lui conseillant simplement de suivre la procédure IND, qui impliquait un cheminement administratif beaucoup moins direct que la délivrance d'une carte d'identité. L'OEB n'aurait pas dû donner ce conseil sans avoir au préalable, à tout le moins au nom du requérant, demandé instamment aux autorités*

¹⁹ Jugement 3338 (2014), consid. 2 et 7. (Italiques ajoutés.)

néerlandaises de délivrer des cartes d'identité à ses enfants, et ce, en se référant à l'Accord de siège de 1977. Toutefois, une bonne part des mésaventures qu'a connues le requérant a découlé non seulement du fait qu'il a initialement suivi le conseil de l'OEB d'engager la procédure IND, mais aussi du fait qu'il n'est pas allé au bout de cette procédure dans la mesure où il n'a pas demandé, avant que les MVV des enfants n'expirent en février 2015, des permis de résidence ordinaires. *Ainsi, le dommage subi par le requérant ne découle pas intégralement du manquement de l'OEB à son devoir de sollicitude. Dans ces circonstances, les pertes subies par le requérant sont difficiles à quantifier* ²⁰.

Devoir de sollicitude / dignité et tort inutile et excessif / bonne foi

Après la consécration dans le jugement 2204 du devoir d'assistance et de sollicitude, le Tribunal a associé dans des jugements postérieurs le devoir de sollicitude avec l'ancienne notion de tort inutile et excessif ainsi qu'avec le principe de la bonne foi.

Ainsi le Tribunal s'est-il référé dans ses jugements 3370 et 3375 au devoir de sollicitude en ces termes. Dans le jugement 3370, le Tribunal proclame:

Le Tribunal est convaincu que l'OEB a enfreint son devoir de diligence à l'égard du requérant. Celui-ci s'était porté candidat de bonne foi à un poste de grade A ouvert dans la ville où il travaillait à l'époque et où, on peut le supposer, il vivait également. Il l'a fait dans des circonstances où son supérieur hiérarchique direct estimait qu'il méritait une promotion à un poste de grade A et qu'il s'était en fait acquitté pendant les deux années précédant mars 2006 de fonctions d'une nature équivalente à des fonctions de grade A. Il est un fait que l'OEB n'a fourni aucun élément permettant de penser que cette évaluation de la situation était fautive, et les observations formulées dans l'échange de courriels d'avril 2006 mentionné plus haut suggèrent que l'avis de M. M. était partagé par d'autres.

On peut en déduire que la demande de reclassement du poste du requérant présentée en mars 2006 constituait une tentative tout à fait raisonnable et appropriée de la part de M. M. pour obtenir un résultat qui soit favorable au requérant et conforme à l'opinion qu'il avait de lui compte tenu des retards enregistrés et des difficultés rencontrées pour pourvoir le poste auquel le requérant s'était porté candidat près d'un an auparavant. *Même si le requérant n'était pas juridiquement en droit de voir son poste reclassé ni d'être nommé au poste auquel il s'était porté candidat, il avait le droit de voir l'OEB agir de bonne foi à son égard et respecter sa dignité. C'était un affront à sa dignité que de lui imposer un délai de plus de deux ans pour que sa situation soit réglée dans des circonstances où il estimait, et surtout où il savait que son supérieur hiérarchique direct estimait également, qu'il s'était acquitté de fonctions propres à un poste de grade A et qu'il était suffisamment qualifié pour être nommé à ce poste. Cet affront à sa dignité a été aggravé par l'effet qu'a eu son travail sur sa santé. Le requérant a apporté la preuve, non contestée par l'OEB, qu'au début de 2006 il s'est senti surmené, présentait manifestement des symptômes physiques de ce surmenage et qu'en juin 2006 sa santé s'est dégradée au point qu'il a dû s'absenter du travail pendant deux semaines.*

Le requérant, en raison de ce manquement de l'OEB au *devoir de diligence* qu'elle a à son égard, a droit à des dommages-intérêts pour tort moral, que le Tribunal évalue à 15 000 euros.

²⁰ Jugement 3432 (2015), consid. 10 et 11. (Italiques ajoutés.)

Bien qu'il ait été représenté par un collègue ayant les qualifications juridiques requises, il n'en a pas moins droit à 1 500 euros de dépens²¹.

Il est intéressant de relever que la référence au *duty of care* contenue dans la version anglaise du jugement original 3370 a été traduite dans la version française par «devoir de diligence» (considérant 13) et la seule référence au devoir de l'organisation en question sans précision a été étendue au devoir de diligence (considérant 15). Dans le jugement 3375, on retrouvera une référence aux notions de tort inutile et excessif ainsi qu'au principe de la bonne foi:

Selon un principe bien établi, une organisation internationale a d'une manière générale un devoir de diligence à l'égard de son personnel et ne doit pas l'exposer à des préjudices inutiles. Aussi les relations entre une organisation et un fonctionnaire doivent-elles être régies par la bonne foi (voir, par exemple, les jugements 2116, au considérant 5, et 1526, au considérant 3).

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 90 du Statut des fonctionnaires, la Commission médicale a pour mission de déterminer quelle mesure doit être prise à l'expiration de la période de congé de maladie maximale de deux cent cinquante jours. Selon les preuves apportées par le requérant, il a été soumis le 13 avril 2007 à un traitement clinique dont la durée prévue était de six semaines. *Les mesures ainsi prises n'étaient pas la conclusion du requérant selon laquelle il y a eu manquement au devoir de diligence par suite d'une inaction et d'un retard injustifié dans la procédure d'invalidité entre la mi-mars 2007 et novembre 2007.*

De plus, le Tribunal note que le 16 mars 2007, la Commission médicale composée de deux membres, qui avait été constituée en application du paragraphe 1 de l'article 89 du Statut des fonctionnaires, a décidé de prolonger la période de congé de maladie du requérant jusqu'au 30 septembre 2007. En outre, dans l'avis qu'elle a rendu en avril 2007, elle demandait qu'un examen de suivi du requérant soit mené en août 2007. Ce n'est que lors de la deuxième réunion de la Commission tenue le 13 novembre 2007, après la fin de la période de congé de maladie prolongé du requérant, que les deux membres de la Commission ne se sont pas entendus sur l'invalidité de ce dernier et ont été tenus de choisir un troisième médecin conformément au paragraphe 3 de l'article 89 du Statut des fonctionnaires. La nomination du troisième membre de la Commission médicale a été confirmée le 19 novembre 2007. *Dans ce contexte, rien ne justifie l'idée avancée par le requérant qu'en application du paragraphe 3 de l'article 89 du Statut des fonctionnaires l'OEB a manqué à son devoir de diligence à son égard du fait que la troisième personne n'a pas été nommée à la Commission médicale dans les trois mois suivant mars 2007.*

Le requérant prétend en outre que le médecin-conseil a manqué à son devoir de diligence à son égard lorsque l'examen médical qui était prévu pour août 2007 a été retardé. Il insiste sur le fait que si l'examen avait eu lieu alors, et non pas le 13 novembre 2007, il aurait bénéficié du remboursement de la cotisation au régime de pensions en application des arrangements transitoires. Il soutient également que le médecin-conseil a manqué à son devoir de diligence à son égard lorsque, alors que son congé de maladie avait été prolongé jusqu'au 30 septembre 2007, il n'a demandé un rapport médical actualisé à son médecin que le 17 octobre 2007. Le médecin-conseil a expliqué que ce retard était dû à sa lourde charge de travail. C'est compréhensible. *En tout état de cause, il ne semble pas qu'il y ait eu dans la procédure d'invalidité*

²¹ Jugement 3370 (2014), consid. 13, 14 et 15. (Italiques ajoutés.)

*un retard excessif qui justifie que l'on reproche un manquement au devoir de diligence au médecin-conseil ou, par extension, à l'OEB. Il ressort de ce qui précède que la requête est dénuée de fondement et doit donc être rejetée*²².

Il y a à nouveau lieu de noter que la référence au *duty of care* contenue dans la version anglaise du jugement original 3375 a été traduite à quatre reprises dans la version française par «devoir de diligence»²³.

Il convient enfin de mentionner un autre jugement (3574) dans lequel le Tribunal affirme ce qui suit:

Statuant sur la base de cet avis concordant d'experts mis en œuvre d'un commun accord entre les parties, la défenderesse ne pouvait, comme elle l'a fait, confirmer purement et simplement le licenciement du requérant pour raisons médicales puis la décision de ne pas lui octroyer une pension pour invalidité. Il lui appartenait au contraire de rechercher sérieusement s'il existait encore quelque possibilité concrète de placer le requérant, atteint d'une maladie au moins partiellement invalidante contractée à son service, dans une situation de travail compatible avec son état de santé. En cas d'échec de cette recherche, l'Organisation devait, eu égard aux particularités de l'espèce, rechercher si de telles possibilités étaient envisageables à l'extérieur de l'OIM en vertu d'accords de coopération passés avec d'autres institutions susceptibles d'accueillir en leur sein le requérant en dépit de son état de santé. *Au regard des exigences du devoir de sollicitude et du principe de bonne foi, il ne suffisait pas à la défenderesse de se prévaloir de l'ambiguïté, au demeurant compréhensible, des prétentions émises par le requérant et de saisir l'occasion de son refus d'accepter les conditions qu'elle avait posées à l'acceptation de la seule offre sérieuse qui paraît lui avoir été faite, pour se séparer de lui et lui appliquer sans discernement les règles posées par le paragraphe 16 de l'annexe B-2 au Règlement du personnel pour le priver de son droit à une pension pour invalidité.* La décision du 11 octobre 2013 doit être annulée pour ce motif, sans qu'il soit utile pour le Tribunal de se prononcer sur le bien-fondé des autres griefs soulevés dans la requête.

La requête doit, partant, être admise et l'affaire doit être renvoyée à l'Organisation pour qu'elle recherche sans retard et de manière approfondie toutes les possibilités concrètes et raisonnables d'une réintégration du requérant. Si cette recherche se soldait par un échec, il appartiendrait à l'Organisation d'examiner le droit du requérant à bénéficier d'une pension pour invalidité totale et permanente²⁴.

Ainsi, dans des jugements postérieurs à son jugement 2204, le Tribunal a-t-il expressément associé le devoir de sollicitude avec la notion de respect de la dignité et de tort inutile et excessif ainsi qu'avec le principe de la bonne foi. Ce faisant, il n'a pas rompu avec sa précédente ligne jurisprudentielle, mais il s'agit bien, selon nous, d'un continuum s'inscrivant dans la lignée des jugements 361 (*Schofield*) et 1756 (*Awoyemi*).

²² Jugement 3375 (2014), consid. 20, 24, 25 et 26. (Italiques ajoutés.)

²³ Jugement 3375 (2014), consid. 20, 24, 25 et 26.

²⁴ Jugement 3574 (2016), consid. 10 et 11. (Italiques ajoutés.)

Devoir de sollicitude et devoir de diligence

Comme vu précédemment avec les jugements 3370 et 3375, le Tribunal a déjà traduit le *duty of care* indistinctement par devoir de sollicitude ou devoir de diligence. Cela avait déjà été fait dans un passé plus lointain avec le jugement 2257²⁵.

Est-ce à dire qu'il s'agit là de deux terminologies indifférenciées pour désigner un même principe? On ne peut l'affirmer, car le Tribunal a parfois invoqué la notion de diligence aux côtés du devoir de sollicitude, comme dans le jugement 2204²⁶. Il s'est parfois même seulement référé au «devoir de diligence» traduit *duty of diligence*, par exemple dans le jugement 3773 (2017), rendu au même moment que ceux dans lesquels on a pointé des différences de traduction. Toutefois le panel était francophone.

Cependant, il ressort, par ailleurs, de la jurisprudence du Tribunal que les organisations internationales sont tenues de répondre aux demandes de leurs fonctionnaires dans un délai approprié (voir le jugement 3188, au considérant 5). En l'espèce, la requérante a saisi la défenderesse en mars 2011 pour s'enquérir de la date de son éligibilité à la promotion personnelle. Ce n'est que le 5 décembre 2012, soit plus d'un an et demi après, que la défenderesse lui a apporté une première réponse. Le Tribunal est d'avis que ce retard est anormal et constitue un manquement de l'Organisation à son devoir de diligence envers l'un de ses fonctionnaires. Ce manquement est d'autant plus manifeste que la réponse de l'Organisation qui lui avait ainsi été fournie n'était que provisoire dans la mesure où la question du décompte des années de service accomplies dans le cadre de contrats journaliers avait été renvoyée à l'examen d'un groupe mixte. Cette situation a causé à la requérante un préjudice moral qu'il convient de réparer par l'allocation d'une indemnité de 3 000 francs suisses²⁷.

L'on peut voir dans la terminologie utilisée soit des approximations liées à la traduction des jugements d'une langue à l'autre, soit des différences subtiles dans le continuum évoqué précédemment. L'avenir dira laquelle de ces deux voies est la bonne. Peut-être les deux!

²⁵ Jugement 2257 (2003), consid. 22: «En ce qui concerne les arguments préliminaires de l'intéressé, si la procédure de recours a pris plus de deux ans, c'est en raison de la complexité de la question et, vu les circonstances, ce retard n'était pas excessif. De plus, la correspondance annexée aux mémoires soumis par les parties révèle que l'OEB a traité cette affaire avec sérieux et respect. Rien ne prouve qu'elle n'ait pas rempli son devoir de sollicitude à l'égard du requérant.» Consid. 24: «L'Office est tenu – surtout dans un domaine aussi complexe que celui des ajustements fiscaux – de publier des informations claires et compréhensibles. Si, en l'espèce, l'erreur était évidente, le devoir de diligence attendu du fonctionnaire serait supérieur à celui attendu de l'Office. [...]» (Italiques ajoutés.)

²⁶ Jugement 2204 (2003), consid. 7. «[...] Quelle que soit l'interprétation que l'on donne aux dispositions statutaires invoquées par les requérants, la solution au problème passe nécessairement par l'accord des autorités belges. La seule question est donc celle de savoir si l'Agence a été suffisamment diligente dans les négociations conduites avec le gouvernement belge et s'est ainsi acquittée de son devoir d'assistance et de sollicitude résultant tant de l'article 24 du Statut du personnel que des principes généraux du droit de la fonction publique internationale.» (Italiques ajoutés.)

²⁷ Jugement 3773 (2017), consid. 5. (Italiques ajoutés.)

Devoir de sollicitude et sécurité juridique

La conjugaison du devoir de sollicitude avec le principe de sécurité juridique couvre un spectre assez large, puisqu'il comprend la clarté et l'intelligibilité de la loi, l'erreur de procédure et le piège procédural.

Clarté des règles écrites et clarifications quand elles sont demandées

Pour illustrer ce point, on citera le jugement 3213:

L'allégation de la requérante selon laquelle l'Organisation ne s'est pas acquittée de son devoir de sollicitude est dépourvue de fondement. L'intéressée soutient que même si son défunt époux «avait peut-être pris des décisions au sujet de sa participation au régime de sécurité sociale néerlandais», elle «n'en avait été informée ou ne l'avait appris que plus tard». Selon elle, l'Organisation «aurait dû émettre à l'intention du personnel une mise en garde renseignant les fonctionnaires qui sont/étaient célibataires ou veufs et sur le point de prendre leur retraite quant aux problèmes administratifs découlant du Statut des fonctionnaires qui pourraient se poser». Elle soutient en outre que l'Organisation aurait dû informer les membres de son personnel des problèmes propres au régime néerlandais et de la manière dont leurs droits à pension pouvaient s'en trouver affectés. Le Tribunal fait observer que l'époux de la requérante a eu plein accès non seulement au Statut des fonctionnaires de l'Organisation (y compris le Règlement de pensions), mais aussi à un service d'assistance créé spécialement pour aider le personnel à régler les problèmes juridiques rencontrés dans les relations avec les autorités néerlandaises. Le fait que l'époux de la requérante ne s'est pas bien familiarisé avec les dispositions du Statut des fonctionnaires qui les concernaient tous les deux, notamment pour ce qui est de sa retraite pour invalidité et de ses futurs droits à pension, et qu'il n'a pas recouru au service mis en place pour aider le personnel à résoudre les problèmes de relations avec les autorités néerlandaises ne saurait être considéré comme un manquement de la part de l'OEB à son devoir de sollicitude. Les organisations internationales ont un devoir de sollicitude à l'égard de leurs agents, elles doivent fonctionner selon des règles claires et également apporter sur celles-ci les éclaircissements qui leur sont demandés, mais elles ne peuvent être tenues pour seules responsables de toute situation découlant d'une mauvaise compréhension desdites règles. Les fonctionnaires ont quant à eux le devoir de s'informer et de demander si nécessaire des éclaircissements pour que le système puisse fonctionner efficacement dans l'intérêt tant de l'Organisation que des membres du personnel, collectivement ou à titre individuel (voir, par exemple, le jugement 2997, au considérant 6). Dans le cas d'espèce, il est regrettable, mais évident, que l'époux de la requérante a pris des décisions qui ont eu une incidence sur les droits à pension de sa conjointe sans s'informer suffisamment de toutes leurs conséquences. L'Organisation a correctement appliqué les dispositions pertinentes du Statut des fonctionnaires et du Règlement de pensions et elle a honoré son devoir de sollicitude à l'égard de la requérante ²⁸.

²⁸ Jugement 3213 (2013), consid. 7. (Italiques ajoutés.)

Erreur de procédure

L'erreur de procédure est illustrée dans trois jugements. Le premier particulièrement digne d'intérêt est le jugement 2713:

Le Directeur général a cependant gardé le silence à réception de la lettre du 20 décembre 2005. Il a par ailleurs attendu plus de trois semaines avant de répondre par une fin de non-recevoir à la lettre de rappel que l'avocat du requérant lui avait envoyée le 13 janvier 2006. Ce faisant, *il a gravement méconnu son devoir de sollicitude. Un tel devoir exige notamment des services administratifs d'une organisation internationale qu'ils dissipent dès que possible l'erreur de procédure dans laquelle peut se trouver un agent qui conteste une décision, tout au moins dans la mesure où une rectification permet encore à cette personne d'agir de façon utile (voir le jugement 2345, au considérant 1 c)*). Cette rectification consistera le plus souvent en une indication claire et précise des voies de recours à la disposition du fonctionnaire. Une telle indication était en l'occurrence d'autant plus justifiée que le requérant pouvait avoir un doute légitime sur l'application de la disposition 111.3 du Règlement du personnel étant donné qu'il n'avait pas le statut de fonctionnaire du Bureau²⁹.

De la même façon, le Tribunal a décidé, dans son jugement 3595, que:

Le Tribunal estime que la requête est recevable et fondée. Il y a lieu de considérer que, par son courriel du 2 mai 2011, le requérant a introduit, dans le délai imparti, un recours contre la décision qui lui a été notifiée le 7 février 2011 (et la décision antérieure de non-renouvellement dont il n'a pris conscience des conséquences préjudiciables que lors de la notification de la décision du 7 février l'informant de sa non-sélection). Dans son courriel du 2 mai, le requérant faisait clairement mention des décisions qu'il contestait et demandait, par ailleurs, des éclaircissements sur les droits qui étaient les siens s'agissant de ces décisions. *La chef de la Sous-division de la gestion du droit administratif avait le devoir de signaler au requérant qu'il avait commis une erreur dans sa démarche et de transmettre son courriel à l'organe compétent, ce qu'elle n'a pas fait. Dans ces conditions, une fin de non-recevoir tirée du non-respect des délais de recours ne saurait être admise (voir les jugements 3424, au considérant 8 a), et 3425, au considérant 7, et la jurisprudence citée).*

La FAO a manqué à son devoir de sollicitude, fait montre d'un manque de transparence et porté atteinte à la dignité du requérant en ne l'informant pas correctement de sa situation contractuelle au moment où il a été mis fin prématurément au projet initial. Le manque de transparence de la FAO pendant la période précédant l'échéance du contrat du requérant, au cours de laquelle le projet UTF/AFG/049/AFG a pris fin, a été lourd de conséquences. En effet, si elle avait été claire dès le moment où il est apparu que le contrat du requérant risquait de ne pas être renouvelé selon les mêmes termes (soit pour une nouvelle durée déterminée d'un an), il aurait pu explorer d'autres options, par exemple, en entreprenant des recherches et en se portant candidat à d'autres postes en bénéficiant de l'avantage d'être considéré comme un candidat interne, en se préparant à une éventuelle cessation de service ou en négociant les modalités du nouveau projet GCP/AFG/058/NOR où il a été affecté pour les trois derniers mois de son contrat (lequel a ensuite été renouvelé à cinq reprises pour des périodes de courte durée). Il aurait également eu le temps de s'enquérir de ses droits et obligations au regard de la procédure de recours interne tant qu'il avait pleinement accès à

²⁹ Jugement 2713 (2008), consid. 3 d). (Italiques ajoutés.)

*l'Intranet et bénéficiait de l'appui auquel il pouvait prétendre en tant que fonctionnaire. En ne faisant pas preuve de transparence, la FAO a agi en violation de son devoir de sollicitude et manqué à l'obligation qui lui incombait de respecter la dignité du requérant*³⁰.

Finalement, un dernier exemple peut être trouvé dans le jugement 3754:

*S'agissant du deuxième moyen, la jurisprudence du Tribunal établit le principe selon lequel une organisation internationale a un devoir de sollicitude à l'égard de ses fonctionnaires, qui l'oblige, pour ce qui est de l'exercice du droit de recours, à leur venir en aide s'ils se trompent dans la mise en œuvre de ce droit (voir, par exemple, le jugement 2345, au considérant 1). Inversement, il appartient aux fonctionnaires de s'informer sur les règles et procédures applicables à la résolution des litiges (voir le jugement 1734, au considérant 3). En l'espèce, il n'est pas démontré que le requérant se trompait sur son droit de recours contre la décision de supprimer son poste et de ne pas le réaffecter. Au contraire, la manière dont la réserve écrite a été formulée suggère une intention de faire appel dans les délais de la décision de mettre fin à son engagement en cas d'échec du processus de réaffectation. L'OMS était fondée à considérer qu'il était dans l'intention du requérant de le faire et il ne lui incombait pas de l'informer qu'il devait faire appel à ce moment-là de la décision de supprimer son poste. Il en résulte que c'est à bon droit que l'OMS soutient que la requête est irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre la décision de supprimer le poste du requérant et de ne pas le réaffecter à un poste figurant dans la nouvelle structure*³¹.

Piège procédural

Le jugement 3592 opère une bonne synthèse de la jurisprudence du Tribunal en matière de protection des justiciables contre un piège procédural:

Le défendeur est par ailleurs malvenu de reprocher au requérant de ne pas avoir épuisé les moyens de recours interne. C'est en effet lui-même qui a enfreint les dispositions de son propre Statut en ne traitant pas le recours formé par l'intéressé. Sans doute y a-t-il lieu d'observer que ce recours aurait dû, en application de l'article 64 précité, être adressé au Comité paritaire. Mais il résulte d'une jurisprudence bien établie du Tribunal que, si elles doivent normalement être strictement respectées, les règles de procédure ne sauraient constituer un piège pour les fonctionnaires qui cherchent à défendre leurs droits et qu'elles doivent, par suite, être interprétées sans excès de formalisme. Il en découle notamment que le fait qu'un recours ait été adressé à une autorité incompétente n'a pas pour effet de le rendre irrecevable et qu'il appartient à cette autorité, en telle circonstance, de le transmettre à celle qui est compétente, au sein de l'organisation, pour l'examiner (voir, par exemple, les jugements 1832, au considérant 6, 2882, au considérant 6, 3027, au considérant 7, et 3423, au considérant 9 b)). Il appartenait donc aux autorités de l'organisation de transmettre le recours du requérant au Comité paritaire. L'absence de transmission du recours à cet organe a eu pour conséquence de faire naître une décision implicite de rejet en application de l'article VII, paragraphe 3, du Statut du Tribunal.

Saisi d'une requête dirigée contre une telle décision implicite de rejet, le Tribunal peut soit statuer lui-même sur le fond du litige porté devant lui, soit renvoyer l'affaire devant l'organisation. La première de ces solutions reviendrait à priver indûment le requérant de son droit à un recours interne, qui est une garantie complémentaire à celle que la protection

³⁰ Jugement 3595 (2016), consid. 10 et 11. (Italiques ajoutés.)

³¹ Jugement 3754 (2017), consid. 11. (Italiques ajoutés.)

juridictionnelle offre aux fonctionnaires des organisations internationales qui ont reconnu la compétence du Tribunal (voir notamment les jugements 2781, au considérant 15, et 3067, au considérant 20). *Le Tribunal ne statuera donc pas lui-même sur le fond et l'affaire sera renvoyée devant le défendeur*, auquel il incombera de soumettre à ses organes compétents le recours qui n'a pas été examiné³².

Le jugement 3578 vient pour sa part apporter une limite intéressante au devoir d'information des organisations à l'égard de leurs anciens agents:

[...] Il affirme, en troisième lieu, qu'une organisation, en vertu de son devoir de sollicitude à l'égard de ses agents, est tenue de dissiper l'erreur dans laquelle se trouve un de ses agents pour l'exercice d'un droit de recours en lui indiquant les voies de recours à suivre, comme il est dit dans le jugement 2345, au considérant 1. Dans sa duplique, l'UNESCO cite le jugement 2944, au considérant 20, dans lequel le Tribunal a expressément déclaré, concernant les Statut et Règlement du personnel de l'UNESCO, qu'un ancien fonctionnaire ne pouvait avoir accès à la procédure de recours interne pour contester une décision postérieure à la date d'effet de son licenciement. Le Tribunal relevait dans l'affaire en question que l'intéressée était en droit de s'adresser directement au Tribunal.

De même, à l'époque, *le devoir de sollicitude de l'UNESCO envers un ancien fonctionnaire n'exigeait pas qu'elle informe cette personne que la procédure suivie* (en l'occurrence le dépôt par le requérant d'un recours interne devant le Conseil d'appel le 22 février 2011) *n'était pas correcte et que d'autres mesures devaient être prises. Il est vrai que, comme le Tribunal l'a rappelé dans son jugement 2345 cité par le requérant, le devoir de sollicitude ne s'éteint pas avec le départ à la retraite du fonctionnaire.* Mais, dans l'affaire ayant donné lieu à ce jugement, la décision attaquée (de maintenir le poste du requérant à la classe G-4) avait été prise le 20 décembre 2002, l'intéressé étant parti à la retraite le 1^{er} janvier 2003 et ayant demandé par écrit le 27 février 2003 au Directeur général l'autorisation de saisir le Tribunal. N'ayant pas reçu de réponse, il avait saisi le Tribunal le 18 avril 2003. Le Tribunal a conclu que l'Organisation aurait dû l'informer, à réception de la lettre du 27 février 2003, qu'une telle autorisation n'était pas nécessaire et qu'il pouvait saisir directement le Tribunal. *Toutefois, ce jugement n'établit pas un principe selon lequel une organisation aurait l'obligation pendant une période indéterminée suite à la cessation de service d'un fonctionnaire d'informer ce dernier de la procédure à suivre pour contester «une décision» de l'Organisation prise des mois, voire des années, après sa cessation de service.* Dans le cas d'espèce, l'UNESCO n'avait pas une telle obligation envers le requérant. Il en résulte que la requête, en ce qu'elle conteste la conduite de l'UNESCO en décembre 2010 faisant l'objet du recours CAP/366, est irrecevable pour cause de forclusion³³.

S'agissant du devoir de sollicitude et du principe de sécurité juridique, on fera remarquer que la conjugaison des deux s'applique indistinctement à des principes substantiels (clarté et intelligibilité du droit écrit applicable) ou processuels (erreur de procédure ou piège procédural).

³² Jugement 3592 (2016), consid. 3 et 4. (Italiques ajoutés.)

³³ Jugement 3578 (2016), consid. 2 et 4. (Italiques ajoutés.)

Devoir de sollicitude et principe de proportionnalité

Dans son jugement 3602, le Tribunal a déclaré ce qui suit:

Toutefois, le onzième moyen, par lequel le requérant fait valoir que la sanction disciplinaire violait le principe de proportionnalité, a donné au Tribunal davantage matière à réflexion. [...]

Le Tribunal considère, au vu des circonstances de l'espèce, que l'OMC avait à l'égard du requérant un devoir de sollicitude qui allait au-delà de la simple déclaration selon laquelle celui-ci n'avait pas démontré que son affection était à l'origine de son comportement. En vertu de ce devoir, il incombait à l'OMC d'obtenir un autre avis médical sur l'état de santé du requérant, ce qui lui aurait permis d'évaluer l'existence d'un éventuel lien de causalité et de prendre une décision en toute connaissance de cause. Cette évaluation aurait aussi dû être prise en compte lors de l'examen de la proportionnalité. Comme cela n'a pas été fait, la décision attaquée est illégale, ainsi que le soutient le requérant dans son troisième moyen, qui est donc fondé. Étant donné que l'OMC a également manqué à son devoir de sollicitude qui l'obligeait à obtenir un autre avis médical et à en tenir compte lors de l'examen de la proportionnalité, le onzième moyen de la requête est également fondé.

Au vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être annulée dans la mesure où elle a conclu que le renvoi sans préavis était une sanction proportionnée. [...] ³⁴.

Au total, l'on pense pouvoir tirer les cinq conclusions suivantes eu égard à l'articulation du devoir de sollicitude avec d'autres principes ou devoirs.

Tout d'abord, vu l'ampleur du spectre couvert par le devoir d'assistance et de sollicitude et compte tenu des conclusions tirées par le Tribunal en cas de violation de celui-ci, il serait hasardeux d'affirmer que celui-ci n'impose pas aux organisations internationales un devoir de «protection» envers leurs agents, même si ce vocable n'est plus utilisé par le Tribunal dans sa jurisprudence récente.

Ensuite, les références aux notions de dignité, de tort inutile et excessif ainsi qu'au principe de la bonne foi témoignent de ce que le Tribunal n'a pas rompu avec son ancienne ligne jurisprudentielle, mais qu'il s'agit selon nous d'un continuum s'inscrivant dans la lignée d'anciens jugements de principe (en l'occurrence les jugements 361, *Schofield*, et 1756, *Awoyemi*). Toutefois il s'agit désormais d'une obligation complète de faire et non plus, pour partie, d'une obligation de ne pas faire.

Notre troisième conclusion est qu'il est trop tôt pour savoir si, lorsque le Tribunal traduit de manière pas toujours systématique le *duty of care* en «devoir de sollicitude» et/ou en «devoir de diligence», il s'agit seulement d'approximations liées à la traduction des jugements d'une langue à l'autre, ou s'il y a lieu d'y voir des différences subtiles dans le continuum évoqué précédemment.

³⁴ Jugement 3602 (2016), consid. 22, 25 et 27. (Italiques ajoutés.)

Quatrièmement, quoi qu'il en soit, le devoir de sollicitude apparaît comme un principe transversal ayant une dimension tout à la fois substantielle et proces-suelle, comme cela ressort clairement de son association avec le principe de sécurité juridique notamment.

Enfin, le caractère transversal du devoir de sollicitude découle également du fait qu'il trouve à s'appliquer non seulement en matière administrative simple, mais également en matière médicale et/ou disciplinaire.

III. Conclusion

En prenant l'exemple du devoir de sollicitude qui a fait florès dans la jurisprudence récente du Tribunal, l'on espère ainsi avoir démontré, au-delà des éléments techniques évoqués précédemment, au moins trois points plus généraux.

Premièrement, cela atteste la capacité du Tribunal à intégrer dans sa jurisprudence récente des principes reconnus par d'autres juridictions, en l'occurrence un principe reconnu plus tôt dans sa formulation actuelle par le juge communautaire.

Deuxièmement, le Tribunal l'a fait à son rythme, de manière graduelle et graduée: comme bien souvent, les acteurs sont informés des évolutions de la jurisprudence dans des jugements de rejet, et le devoir de sollicitude, à l'instar des autres principes, comporte des limites³⁵.

Troisièmement et surtout, indépendamment des hésitations que l'on peut avoir compte tenu de certaines rares approximations de traduction, il semble que le Tribunal dans son entier, c'est-à-dire les panels francophones et anglophones, pensent et parlent d'une même voix en matière de devoir de sollicitude. C'est en tout cas un sentiment d'unité qui se dégage à la lecture des jugements dans leur langue originale.

On y voit là les signes d'un tribunal nonagénaire resté curieux, ouvert et en mouvement. C'est ce savant mélange d'équilibre, de jeunesse et de sagesse que nous célébrons aujourd'hui.

³⁵ Telle notamment la prise en compte du comportement du requérant – voir le jugement 3432 (2015), consid. 11. Il est intéressant de relever que dans le jugement 2275 le Tribunal n'a pas suivi une commission de recours ayant conclu à la violation du devoir de sollicitude. Voir jugement 2275 (2004), consid. 17 et 19.

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

GUIDO RAIMONDI

Président de la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 2015. Il a pris les fonctions de juge le 5 mai 2010 et, en septembre 2012, a été élu président de section et Vice-président de la Cour.

Ancien conseiller de la Cour de cassation italienne, il est magistrat depuis 1977, d'abord dans les tribunaux de première instance puis au Service juridique du ministère des Affaires étrangères (Servizio del Contenzioso diplomatico). Entre 1989 et 1997, il a été coagent du gouvernement italien auprès de la Cour européenne des droits de l'homme. Entre 1997 et 2003, il a exercé ses fonctions à la Cour de cassation, d'abord au Parquet général puis à la Cour en tant que conseiller.

Entre mai 2003 et mai 2010, il a travaillé au Bureau international du Travail en tant que Conseiller juridique adjoint et Conseiller juridique (*Legal Adviser*) de l'Organisation.

Le droit de la fonction publique internationale revêt une importance qui dépasse la stricte nécessité d'assurer un système de justice pour un groupe de personnes qui autrement, en raison du régime d'immunité des organisations qui sont leurs employeurs, en seraient privées. En effet, c'est le système de justice de la fonction publique internationale qui fait que les organisations internationales, cette composante fondamentale des relations internationales de notre temps, puissent affirmer d'agir en conformité avec la *rule of law*. Ce système de justice est donc essentiel pour la crédibilité, je dirais même pour l'existence, des organisations internationales.

Je me permets de souligner ce point parce je sais bien que, du point de vue de la direction d'une organisation internationale, on pourrait parfois subir la tentation de regarder ce système comme un obstacle à l'efficacité de l'action de l'organisation. Je n'ai pas besoin de souligner la dangerosité de cette idée dans cet article, et je me permets donc de former le souhait que la conscience de la nécessité absolue de la fidélité à la *rule of law* soit toujours présente à l'esprit des dirigeants des organisations, ce qui implique le devoir – un devoir qui correspond pleinement à l'intérêt des mêmes organisations – d'assurer aux systèmes de justice internes les meilleures conditions possibles de fonctionnement.

Mon intervention vise à ouvrir une fenêtre sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de la fonction publique internationale. Dans un système où l'application du droit national est en principe exclue, et dont les sources principales sont les normes internes des organisations ainsi que les contrats pertinents, il est assez naturel que la jurisprudence du Tribunal ait réservé une place importante aux principes généraux dans sa jurisprudence.

Comme le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (ci-après le Tribunal ou TAOIT) l'a dit, en particulier dans son jugement 1333, *Franks et Vøllering*, de 1994 (paragr. 5), le droit que le Tribunal applique lorsqu'il statue sur les requêtes qui lui sont adressées n'inclut pas seulement les textes en vigueur au sein de l'organisation défenderesse (auxquelles il faut ajouter évidemment les règles contractuelles), mais également les principes généraux de droit et *les droits fondamentaux de l'homme*¹.

¹ Jugement 1333 (1994), consid. 5.

Il est arrivé au Tribunal de se référer à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 – comme dans le jugement 848², *Pilowsky*, de 1987 – ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'homme – comme dans le jugement 1144³. On a observé en doctrine que dans les deux cas le Tribunal a fait preuve d'une grande prudence⁴.

Pour ce qui est de ce dernier instrument, cette prudence est d'autant plus compréhensible que la Convention européenne, qui bien entendu ne lie directement aucune des organisations qui bénéficient de la juridiction du Tribunal, est justement un instrument régional qui a vocation à s'appliquer sur le continent européen, alors que la compétence du Tribunal dépasse largement cette dimension territoriale. De toute manière, comme le Tribunal l'a dit dans le jugement 2292, cette convention affirme certains principes généraux, comme le principe de non-discrimination et de respect du droit de propriété, qui font partie des droits de l'homme et qui, aux termes de la jurisprudence du Tribunal, s'appliquent aux relations qu'entretiennent, avec leur personnel, les organisations ayant reconnu la compétence du Tribunal⁵. Cela dit, il est tout à fait naturel que le Tribunal soit pour ainsi dire «à l'écoute» de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, compte tenu des responsabilités de la Cour européenne des droits de l'homme d'assurer le respect en Europe du droit d'accès à un tribunal ainsi qu'au procès équitable. Un droit qui peut bien entendu être limité pour permettre aux États contractants de respecter leurs obligations internationales, en particulier pour ce qui est de l'immunité de la juridiction des organisations internationales, mais pourvu que ces droits ne soient pas réduits à néant et que certaines garanties soient assurées. C'est pourquoi la Cour de Strasbourg ne peut pas se limiter à constater qu'un régime d'immunité existe pour une organisation internationale, mais doit vérifier de quelle manière les droits des individus qui, à cause du régime d'immunité n'ont pas accès à une juridiction nationale, sont protégés dans le cadre du système de justice internationale compétent. Quant à la jurisprudence de notre Cour dans le domaine des tribunaux administratifs internationaux, elle est peu abondante. Toutefois, quelques principes s'en dégagent. D'abord, il me semble important de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, nous ne connaissons pas de requêtes dirigées contre des organisations internationales, celles-ci, comme je viens de le dire, n'étant pas parties à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Les requêtes portées contre des organisations internationales sont donc déclarées irrecevables *ratione personae*.

Par ailleurs, les organisations internationales bénéficient d'une immunité de juridiction, généralement en application de leur Accord général sur les privilèges et immunités. Cette immunité a pour effet d'empêcher les justiciables de se

² Par exemple le jugement 848 (1987).

³ Par exemple le jugement 1144 (1992).

⁴ Laurent Germond, *Les principes généraux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.* (Paris, Pedone, 2009), *passim*.

⁵ Jugement 2292 (2004), consid. 11.

plaindre des décisions de ces organes devant notre Cour. C'est ainsi que dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne* (arrêts du 18 février 1999), qui concernaient les actions de requérants se plaignant de l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale européenne, la Cour a reconnu le caractère indispensable de l'immunité de juridiction d'une organisation internationale, à condition toutefois que la restriction qu'elle engendre ne soit pas disproportionnée⁶. Ainsi, dans les affaires que je viens de citer, nous avons pu vérifier que les requérants disposaient d'une autre voie pour protéger leurs droits. Je m'explique: nous admettons parfaitement l'immunité de juridiction de l'organisation internationale, à condition toutefois que le requérant puisse bénéficier d'une voie interne alternative et accessible.

J'observe, cependant, que notre jurisprudence est nuancée et s'adapte aux circonstances, comme nous l'avons montré dans l'affaire *Stitching Mothers of Srebrenica c. Pays-Bas* (décision du 11 juin 2013)⁷. Dans cette affaire, nous avons accepté l'immunité de juridiction des Nations Unies, et ce malgré l'absence de recours internes. Dans ce cas spécifique, il nous est apparu inopportun de faire relever les opérations des Nations Unies de la compétence des juridictions nationales, car cela aurait permis aux États de s'immiscer dans l'accomplissement de la mission des Nations Unies.

Pour ce qui concerne les décisions rendues par les tribunaux administratifs des organisations internationales, c'est dans l'affaire *Boivin* du 9 décembre 2008 que la Cour s'est prononcée pour la première fois sur sa compétence *ratione personae* à l'égard d'un litige de travail⁸. La requête avait été introduite contre 34 États membres du Conseil de l'Europe et le requérant se plaignait d'un jugement du TAOIT portant sur un refus de nomination; bref, un contentieux tout à fait classique. La requête n'a été examinée qu'au regard de la France et de la Belgique, car elle a été déclarée irrecevable pour les 32 autres États membres en raison du non-respect du délai de six mois.

S'agissant de la France et de la Belgique, nous avons estimé que le requérant ne relevait pas de la juridiction de ces deux États et nous avons conclu à l'incompatibilité *ratione personae* de la requête. Nous avons réaffirmé cette jurisprudence depuis lors, dans des affaires mettant en cause des litiges de travail au sein d'autres organisations internationales, qu'il s'agisse de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe⁹. Dans toutes ces affaires, que la requête soit portée contre plusieurs États membres d'une organisation internationale, telle que le Conseil de

⁶ *Beer et Regan c. Allemagne* [GC], n° 28934/95, 18 février 1999; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, 18 février 1999, CEDH 1999-I.

⁷ *Stitching Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 65542/12, CEDH 2013.

⁸ *Boivin c. 34 États membres du Conseil de l'Europe* (déc.), n° 73250/01, CEDH 2008.

⁹ Par exemple, concernant le Conseil de l'Europe, dans la décision du 16 juin 2009, *Beygo c. 46 États membres du Conseil de l'Europe*.

l'Europe ou l'OIT, ou qu'elle soit dirigée contre l'État hôte de l'organisation, nous aboutissons à une conclusion comparable. Il est clair, de notre point de vue, que les décisions contestées relèvent de l'ordre juridique interne de l'organisation en cause et que le lien territorial n'est pas suffisant pour que les actes du tribunal administratif de l'organisation soient imputables à l'État hôte.

Nous sommes toutefois allés plus loin dans l'affaire *Gasparini c. Italie et Belgique*¹⁰ (décision du 12 mai 2009) dans laquelle nous avons accepté qu'un litige interne de travail d'une organisation internationale puisse engager la responsabilité des États membres de cette organisation. L'organisation en question était l'OTAN et la procédure concernait sa commission de recours. Dans cette affaire, le requérant dénonçait une lacune structurelle du mécanisme interne de l'OTAN. Nous avons étudié ce mécanisme de règlement interne et sommes parvenus à la conclusion qu'il n'était pas entaché d'une insuffisance manifeste dès lors qu'il satisfaisait aux exigences du procès équitable. Dans le cas contraire, et cela nous rappelle la méthode adoptée pour l'Union européenne dans l'arrêt *Bosphorus*, la responsabilité des États membres de l'organisation aurait pu être engagée¹¹. Encore faudrait-il que la contradiction entre le système de recours mis en place au sein de l'organisation concernée et la convention soit flagrante. Tel n'était pas le cas en l'espèce, mais nous avons quand même vérifié que les droits garantis par la convention recevaient une protection équivalente au sein de l'OTAN.

Je voudrais maintenant regarder d'un peu plus près deux affaires récentes, à savoir *Perez c. Allemagne*, décision du 6 janvier 2015, et *Klausecker c. Allemagne*, tranchée par une décision du même jour.

Dans l'affaire *Perez c. Allemagne*, la Cour était une nouvelle fois appelée à se pencher sur la conventionalité d'un mécanisme de règlement des litiges du travail interne à une organisation internationale¹². En l'espèce, la requérante était une ancienne employée du United Nations Volunteers Programme (UNV), un organe subsidiaire des Nations Unies dont le siège se situe à Bonn, en Allemagne. À la suite d'une mauvaise évaluation par ses supérieurs, il lui fut demandé de chercher un nouveau poste au sein de l'ONU. Faute d'en avoir retrouvé un, elle fut licenciée le 3 décembre 2002 dans le cadre d'une vague massive de suppression d'emplois. Elle introduisit alors sans succès un recours gracieux auprès du Secrétaire général, puis fit appel de sa décision devant le Tribunal administratif des Nations Unies (TANU). La requérante demandait notamment sa réintégration, le paiement des salaires non perçus depuis son licenciement et enfin l'accès à certains documents soumis par son ex-employeur aux instances ayant examiné ses recours. En 2007, le TANU lui accorda une indemnisation équivalant à trois

¹⁰ *Gasparini c. Italie et Belgique* (déc.), n° 10750/03, 12 mai 2009.

¹¹ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

¹² *Perez c. Allemagne* (déc.), n° 15521/08, 6 janvier 2015.

mois de salaire et rejeta le reste de la demande. Devant la Cour de Strasbourg, la demanderesse se plaignait à la fois de la violation du droit à un tribunal en raison de l'immunité de juridiction accordée par les tribunaux allemands aux organisations internationales et des lacunes des mécanismes de règlement des litiges internes à l'ONU.

Ces deux griefs correspondent en fait aux deux voies déjà empruntées par le passé (le plus souvent alternativement) par des requérants se trouvant dans des situations plus ou moins comparables. Certains ont en effet choisi d'invoquer la responsabilité de l'État du siège de l'organisation, dans la mesure où leurs juridictions internes avaient refusé de connaître du litige les opposant à l'organisation qui les employait, du fait de la règle d'immunité de juridiction des organisations internationales. D'autres requérants ont plutôt pris le parti d'invoquer la responsabilité d'un ou de plusieurs États membres de l'organisation internationale, du fait des lacunes du mécanisme interne de règlement des litiges au regard des exigences du droit à un procès équitable. Or, dans un cas comme dans l'autre, il faut bien admettre que les requérants ont jusqu'à présent peiné à obtenir satisfaction, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg étant très largement empreinte de *self restraint* en la matière. Une tendance confirmée par cette affaire qui a été finalement déclarée irrecevable.

Concernant tout d'abord la violation du droit à un tribunal du fait de la reconnaissance par les juges allemands de l'immunité de juridiction à l'organisation à qui elle s'opposait, la requérante ne pouvait à vrai dire guère nourrir d'espoir. Car, si la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à admettre par le passé le principe d'un contrôle des immunités internationales dans la mesure où elles pouvaient constituer un obstacle au droit d'accès au juge garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, elle a toujours été extrêmement mesurée s'agissant de l'intensité de son contrôle: «interprétant restrictivement la notion de "droit à un tribunal", elle se satisfait [ainsi de ce] que la voie de recours alternative offerte par l'Organisation respecte grosso modo les exigences de l'article 6 de la Convention»¹³.

En l'espèce, la Cour européenne n'a même pas eu besoin de se livrer à un examen de la qualité des recours au sein de l'ONU. En effet, la requérante avait omis de saisir la Cour de Karlsruhe de son grief, alors que ce recours pouvait être considéré comme «effectif». En conséquence de quoi cette première partie de la requête est déclarée irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours préalables.

¹³ Julie Tavernier, *Le mécanisme de règlement des litiges du travail interne à l'ONU devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bulletin n° 421 du 08/02/2015, disponible à l'adresse <sentinelle-droit-international.fr> [consulté le 18 août 2017].

La seconde partie de la requête apparaît plus instructive. La Cour rappelle tout d'abord sa jurisprudence classique: du fait de la personnalité juridique propre de l'organisation internationale, les défaillances de son système de justice interne ne sauraient en principe être attribuées à ses États membres. Cela signifie «qu'un grief portant sur les déficiences des procédures internes à l'Organisation au regard des exigences du procès équitable se heurte à un constat d'incompatibilité *ratione personae* avec la Convention dès lors que le requérant ne démontre pas que l'État est intervenu, directement ou indirectement, dans le litige ou que le niveau de protection des droits de l'homme au sein de l'organisation internationale n'est pas 'équivalent' à celui offert par la Convention» en application de la jurisprudence *Bosphorus c. Irlande*¹⁴. A contrario, l'intervention de l'État ou l'absence d'équivalence autorise la Cour européenne à juger de la conformité des mécanismes de règlement interne, à la lumière des standards de la Convention, en particulier de son article 6.

Cependant, le contrôle alors exercé par la Cour reste relativement sommaire, puisqu'il suffit, conformément toujours aux principes de la jurisprudence *Bosphorus*, que la procédure interne à l'Organisation ne souffre pas d'«insuffisances manifestes»¹⁵. Ce qui explique l'irrecevabilité *ratione personae* de plusieurs requêtes passées, soit que le requérant ne mette pas en cause une lacune structurelle de la protection des droits de l'homme (comme dans l'affaire *Boivin c. 34 États membres du Conseil de l'Europe* que j'évoquais il y a un instant¹⁶), soit qu'il ne soit pas parvenu à démontrer que la procédure était entachée d'une «insuffisance manifeste» (comme dans l'affaire *Gasparini c. Italie et Belgique* que je citais également¹⁷).

En l'espèce, la requérante pouvait nourrir un espoir de voir son grief accueilli dans la mesure où elle invoquait l'existence d'un certain nombre de violations du droit à un procès équitable: non-respect de l'égalité des armes du fait que son employeur n'a pas transmis de documents aux juges afin que ces derniers puissent se forger une opinion, impossibilité d'être entendue, absence de plénitude de juridiction du Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) et manque d'impartialité et d'indépendance des membres du Tribunal du fait de leur mandat court et renouvelable.

D'ailleurs, la Cour européenne observe d'emblée que de solides éléments donnent à penser que la requérante a formulé des allégations étayées concernant l'existence de défaillances manifestes. Elle relève également que, par le passé, un groupe d'experts indépendants avait confirmé que le système de justice interne de

¹⁴ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Boivin c. 34 États membres du Conseil de l'Europe* (déc.), n° 73250/01, CEDH 2008.

¹⁷ *Gasparini c. Italie et Belgique* (déc.), n° 10750/03, 12 mai 2009.

l'ONU en place à l'époque des faits présentait des carences et avait proposé par conséquent des améliorations¹⁸. Ces recommandations furent rapidement suivies d'effets, puisqu'en 2008 l'Assemblée générale des Nations Unies finalisa la refonte du système en adoptant les statuts des deux nouvelles instances juridictionnelles de l'ONU: le Tribunal du contentieux administratif et le Tribunal d'appel¹⁹.

Pour autant, la Cour ne va pas trancher la question de savoir si l'Allemagne devait être tenue responsable des défaillances alléguées, car elle constate que la requérante, ici encore, n'a pas épuisé les recours internes. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour reprend l'argument allemand selon lequel un recours constitutionnel constituait un «recours effectif» à épuiser. Plusieurs décisions de la Cour de Karlsruhe montrent en effet que – malgré l'immunité de juridiction des organisations internationales devant les tribunaux allemands – elle admet sa compétence pour vérifier si le niveau de protection des droits fondamentaux dans les litiges relatifs à l'emploi au sein des organisations internationales est conforme aux exigences de la Loi fondamentale. Cette compétence n'est certes exercée que dans des conditions strictes. Ainsi le demandeur doit-il démontrer que l'acte litigieux a un effet concret au sein de l'ordre juridique allemand, ce qui pouvait être le cas pour la révocation de M^{me} Perez. De plus, le demandeur doit étayer ses allégations selon lesquelles le niveau de protection des droits fondamentaux par l'organisation concernée est manifestement inférieur au niveau requis par la Constitution, ce qui correspondait là encore aux allégations de M^{me} Perez. Partant, même si l'Allemagne n'a avancé aucun exemple de décisions favorables à un particulier, la Cour de Strasbourg a estimé que le recours direct devant la Cour constitutionnelle n'était pas dénué de toute chance de succès et devait donc être épuisé. *A contrario*, on pourra toujours «[s]'interroger sur la solution qu'aurait rendue la Cour dans l'hypothèse où la question de l'épuisement des voies de recours ne se serait pas posée. En tout état de cause, la portée d'un constat de violation de l'article 6 – sans en minorer l'importance pour les requérants individuels – aurait été moindre dans la mesure où le système sur lequel portait l'affaire appartient désormais au passé», comme le fait remarquer la professeure Tavernier²⁰.

Dans un registre voisin, l'affaire *Klausecker* n'a pas débouché sur une solution beaucoup plus heureuse pour le requérant²¹. En l'espèce, ce dernier était handicapé depuis l'âge de 18 ans à la suite d'un accident qui lui avait occasionné la perte d'un œil, d'une main et d'une partie des doigts de l'autre main. Ayant

¹⁸ ONU, *Rapport du Groupe de la refonte du système d'administration de la justice de l'Organisation des Nations unies*, A/61/205, 28 juillet 2006.

¹⁹ AGNU Res 61/261 (4 avril 2007), UN Doc A/RES/61/261; AGNU Res 62/228 (22 décembre 2007), UN Doc A/RES/61/261; AGNU Res 63/253 (24 décembre 2008), UN Doc A/RES/63/253.

²⁰ Julie Tavernier, *Le mécanisme de règlement des litiges du travail interne à l'ONU devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bulletin n° 421 du 08/02/2015, disponible à l'adresse <sentinelle-droit-international.fr> [consulté le 18 août 2017].

²¹ *Klausecker c. Allemagne* (déc.), n° 15521/08, 6 janvier 2015.

obtenu un diplôme en ingénierie mécanique, il travailla comme assistant de recherche dans une université. Après avoir posé sa candidature pour travailler à l'Office européen des brevets à Munich et avoir réussi les concours nécessaires pour y devenir examinateur de brevets, il ne fut pas admis à exercer cette fonction en 2005 au motif qu'il n'était pas jugé physiquement apte. Il forma alors un recours contre cette décision au sein de l'Office européen des brevets, puis auprès du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail, recours respectivement rejetés en 2005 et 2007 dans la mesure où les candidats à un poste n'ont pas qualité pour introduire des recours de ce type. L'Organisation européenne des brevets (OEB, dont fait partie l'Office européen des brevets) jouissant d'une immunité de juridiction devant les tribunaux civils et du travail allemands, l'intéressé saisit directement la Cour constitutionnelle qui, en 2006, jugea son recours irrecevable, se déclarant incompétente pour en juger. Par la suite, l'Office européen des brevets proposa au requérant de faire trancher le litige par un tribunal arbitral, option qu'il refusa en 2008 au motif que cette procédure porterait atteinte aux garanties procédurales essentielles, notamment le droit à une audience publique dans un délai raisonnable. Le requérant saisit alors la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.

Concernant le défaut d'accès aux juridictions allemandes, la Cour constate tout d'abord qu'accorder à l'OEB l'immunité de juridiction devant les tribunaux allemands visait à garantir le bon fonctionnement de cette organisation internationale, et donc poursuivait un «but légitime». S'agissant de déterminer si le fait de limiter l'accès du requérant aux juridictions allemandes était proportionné à cet objectif, la Cour estime déterminant de savoir «s'il y avait un autre moyen raisonnable de protéger de manière effective ses droits découlant de la Convention». Or, elle considère que le requérant disposait bien d'un autre moyen, dès lors qu'on lui avait proposé de participer à une procédure d'arbitrage. La Cour relève en particulier que, en vertu du contrat d'arbitrage proposé par l'OEB, les arbitres auraient tranché le litige en se basant sur les règles que le Tribunal administratif de l'OIT aurait appliquées s'il avait été compétent. Selon elle toujours, le simple caractère non public de l'audience devant le tribunal arbitral – où les parties pouvaient être représentées par un conseil – ne faisait pas de la procédure d'arbitrage une «mauvaise solution de substitution à une procédure devant une juridiction nationale». Dès lors que le requérant disposait d'une autre voie raisonnable pour protéger ses droits découlant de la CEDH, la limitation de son accès aux juridictions allemandes était proportionnée; ce premier volet de la requête est donc rejeté pour défaut manifeste de fondement.

S'agissant ensuite du grief relatif à un défaut d'accès aux procédures de l'Office européen des brevets et du Tribunal administratif de l'OIT et aux défaillances de ces procédures, la Cour note que, au regard de sa jurisprudence traditionnelle, l'Allemagne ne pourrait être tenue pour responsable en l'espèce que si la protection des droits fondamentaux offerte par l'OEB au requérant avait été «manifestement

défaillante». Or, en proposant à M. Klausecker de participer à une procédure d'arbitrage, l'OEB avait mis à sa disposition un autre moyen raisonnable de faire examiner sa plainte au fond. Partant, la Cour de Strasbourg estime que la protection des droits fondamentaux au sein de l'OEB n'a pas été «manifestement défaillante» en l'espèce et déclare donc aussi irrecevable le second volet de la requête.

Cet examen rapide de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre qu'en principe deux voies s'ouvrent à ceux qui ne sont pas satisfaits des systèmes de justice interne des organisations internationales. D'une part, on peut choisir d'invoquer la responsabilité de l'État du siège de l'organisation, dans la mesure où les juridictions internes de cet État auraient refusé de connaître du litige opposant l'intéressé à l'organisation qui l'employait, du fait de la règle d'immunité de juridiction des organisations internationales. D'autre part, on peut invoquer la responsabilité d'un ou de plusieurs États membres de l'organisation internationale, du fait des lacunes du mécanisme interne de règlement des litiges au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment de son article 6.

On a vu que jusqu'à présent, dans les deux cas, la Cour européenne des droits de l'homme a exercé au plus haut degré une attitude de *self restraint*. Que dire de cette attitude? On sait qu'une certaine partie de la doctrine est assez critique vis-à-vis de cette jurisprudence, considérée comme non suffisamment protectrice des droits fondamentaux des travailleurs de la fonction publique internationale. Pour ma part, j'ai tendance à croire que l'indépendance des organisations internationales est une valeur tellement essentielle pour que ces organisations puissent mener à bien leurs missions respectives, si importantes pour le bien-être de l'humanité et, en définitive, pour la sauvegarde de la paix, que la Cour de Strasbourg ne fait que reconnaître sa juste valeur.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg possède la flexibilité et la capacité d'adaptation suffisantes pour faire face à d'éventuelles dérives des juridictions internes des organisations internationales. Cela est bien à l'esprit, je crois, de ces juridictions, qui, comme je l'ai dit, restent à l'écoute de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. J'ose penser que le Tribunal administratif de l'OIT continuera de prêter attention à cette jurisprudence, ce qui ne peut qu'être bénéfique pour sa mission d'assurer la *rule of law* dans les organisations qui ont reconnu sa compétence et qui, comme je le disais au début de mon intervention, ont le devoir non seulement de respecter les décisions du Tribunal, mais aussi de se préoccuper constamment de ce que les conditions pour qu'il puisse travailler efficacement et en pleine indépendance soient toujours réunies.

THE PRINCIPLE OF ACQUIRED RIGHTS WITH PARTICULAR FOCUS ON THE JURISPRUDENCE OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

DR EVA-MARIA GRÖNIGER-VOSS, A. KIRSTEN BAXTER,
ARTHUR NGUYEN DAO

Dr Eva-Maria Gröniger-Voss is Legal Counsel of the European Organization for Nuclear Research (CERN) and head of its Legal Service. Prior to joining the CERN legal team in 1985, she was in private practice with an international law firm in Germany and had worked as a Research Assistant and lecturer in private and international law at the universities of Freiburg im Breisgau and Geneva. In her legal role at CERN, she has extensive experience in defending cases at the ILOAT and is an appointed member of the Appeals Board of another Intergovernmental Organization. She has published several academic articles on international administrative law and international institutional law.

Kirsten Baxter is Senior Legal Adviser in the CERN Legal Service and heads its Institutional Law section. Her day-to-day work is primarily in the fields of public international law and international administrative law. Kirsten spent over ten years working in the internal justice system of the United Nations, prior to which she was a full-time faculty member in the Department of Criminal Justice at Radford University, Virginia.

Arthur Nguyen dao is a Legal Adviser in the Institutional Law section of the CERN Legal Service. He undertook legal studies in the universities of Nanterre, Potsdam and at the Geneva Academy before working for various international organizations. He works primarily in public international law and data privacy protection.

The content of this article reflects the authors' personal opinion and cannot be deemed to constitute an official position of CERN.

The relationship between international civil servants and their employer organizations is not only governed by the terms of the respective employment contracts and the individual organization's staff rules and regulations, but also by a large body of legal principles, often referred to as the general principles of international administrative law.

These principles have been developed and are continually applied by international administrative tribunals such as those of, inter alia, the International Labour Organization, the World Bank and the United Nations, and it is generally recognised that these general principles must be respected by any intergovernmental organization (IGO) in the adoption and application of its employment law. They have also been consistently affirmed by academic writings.¹

Among these general principles are those relating to non-retroactivity, non-discrimination, proportionality, as well as the obligation to motivate decisions, act in good faith, honour legitimate expectations, provide stability and foreseeability of rules, and the principle *tu patere legem quam ipse fecisti*. Foremost among them, however, is the general principle of acquired rights.

The necessity for the protection of acquired rights was recognized early in the jurisprudence of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (hereinafter referred to as the "ILOAT" or "the Tribunal"), appearing first in 1954 in the *Plissard* judgment.² The notion of "acquired rights" has since become a recurrent theme before the ILOAT and other international administrative tribunals,³ and it remains prescient today. In fact, those first ILOAT judgments that today are considered as the genesis of the principle of acquired rights, such as *Lindsey* and *Ayoub and others*, are regularly quoted in contemporary jurisprudence on the matter.⁴

¹ See, generally, Laurent Germond, *Les principes généraux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.* (Éditions A. Pedone, Paris, 2009).

² *In re Plissard*, Judgment 12 (1954).

³ The World Bank Administrative Tribunal spent considerable time on the issue of acquired rights and general principles of international administrative law in its very first judgment: *WBAT, de Merode and others v. World Bank*, 83 ILR 639 (1981).

⁴ See Judgment 3876 (2017), consid. 7.

In this article, we will evaluate the purpose and content of the principle of acquired rights, before considering selected jurisprudence on the issue – primarily, but not exclusively, from the ILOAT.

I. Purpose of the principle of acquired rights

Underlying the principle of acquired rights is the recognition that a delicate balance must be struck between two major competing needs: on the one hand, the possibility for the employer IGO to adapt its functioning and employment conditions to evolving circumstances, versus, on the other, the protection of the legitimate expectations of its personnel in being able to rely on the stability of their employment conditions and to be protected against arbitrary change and erosion of rights.

Amerasinghe explains that there is a global understanding that the principle of acquired rights responds to the need to protect staff members in enforcing some controls on the power of organisations to amend conditions of employment, often in the absence of express terms in the internal law of the IGO.⁵

Indeed, given that international civil servants do not participate in a democratic legislative process surrounding their employment conditions in the way that national civil servants do, it is recognized that they require an enhanced degree of protection and security in their situation. As underlined by Ullrich, acquired rights protect the legitimate expectations of employees and provide legal security; the great number of cases dealing with acquired rights is symptomatic of how “vulnerable the situation of international civil servants can be towards their employing organisation”.⁶

In its landmark 1962 judgment in *Lindsey*, the ILOAT elaborated upon this concept:

(...) as regards their terms and conditions of appointment, international civil servants are not exclusively governed by statutory rules, such as apply to the great majority of national civil servants, which are of a different nature and afford similar guarantees by different means. Furthermore, even where the provisions of the Staff Regulations and Rules are alone applicable, the power to modify them vested in the international organisation is governed by different legal rules.⁷

It is, of course, inconceivable that the functioning of any IGO would be expected to remain permanently unchanged, as it would hinder progress and necessary evolution. The principle of acquired rights does not prohibit any modification of

⁵ Felix Chittharanjan Amerasinghe, *The Law of the International Civil Service, As Applied by International Administrative Tribunals* (Oxford, 1988), p. 427.

⁶ Gerhard Ullrich, *Das Dienstrecht der Internationalen Organisationen* (Duncker & Humblot, 2009), p. 173, translation by A. Nguyen dao. See also UNAT, *Mr. Castelli v. Secretary-General of the United Nations*, Judgment 2010-UNAT-037 (2010), paras 23-24 and UNAT, *Valimaki-Erk v. Secretary-General of the United Nations*, Judgment No. 2012-UNAT-276, paras 41-45.

⁷ *In re Lindsey*, Judgment 61 (1962), consid. 13.

existing rules whatsoever, but endeavours to protect certain employment conditions, which, from an objective point of view, can be considered as fundamental, against unilateral change. It would indeed be of greater risk to the international civil service if all rights were to remain rigid in perpetuity, rather than to allow them to be appropriately adapted to accommodate for changes in circumstances.⁸

However, it is important to ensure that any changes in employment conditions remain reasonable and do not adversely affect the balance of contractual rights and obligations. Accordingly, the jurisprudence demonstrates that analysis is seldom limited to the question of whether a right constitutes an acquired right; rather, it typically extends to weighing up whether the impugned measure and its consequences were reasonable in the circumstances, given the nature of the right in question.

II. Concept of the principle of acquired rights

Definition

Although the term “acquired rights” appeared in the ILOAT’s jurisprudence as early as 1954, the Tribunal did not, at the time, provide a definition of this new doctrine.⁹ Whilst, with *Lindsey*, in 1962 the Tribunal provided the rationale for the protection afforded by the notion of acquired rights, it nonetheless did not mention the term as such, nor did it define it.¹⁰ However, in several judgments rendered about 15 years later, the ILOAT began to define the doctrine, explaining that “a right is acquired when he who has it may require that it be respected notwithstanding any amendment to the rules.”¹¹

In parallel to this development, other international administrative Tribunals dealt with the subject matter in a comparable way. In its first decision, the Administrative Tribunal of the World Bank (WBAT) underlined the difficulty of identifying when one is dealing with an “acquired right” as “it is not because there is an acquired right that there is no power of unilateral amendment. It is rather because certain conditions of employment are so essential and fundamental and, by reason thereof, unchangeable without the consent of the staff member, that one can speak of acquired rights.”¹²

⁸ Perhaps most aptly addressed in Jean de la Fontaine’s poem *The Oak and the Reed* where, during the most terrible storm, “[t]he tree holds up well; the reed bends. The wind doubles its trying; and does so well that [the oak] uproots.”

⁹ See *Plissard*, *supra* note 2, and *In re Sheriff*, Judgment 29 (1957).

¹⁰ *Lindsey*, *supra* note 7, *consid.* 13.

¹¹ Judgment *In re Lamadie (No. 2) and Kraanen*, 365 (1978), *consid.* 7. See also *In re Biggio (No. 3), van Moer (No. 2) and Fournier*, Judgment 366 (1978), *consid.* 6; *In re Mertens (No. 2)*, Judgment 371 (1979), *consid.* 4; *In re de Los Cobos and Wenger*, Judgment 391 (1980), *consid.* 6.

¹² WBAT, *de Merode*, *supra* note 3, *para.* 44.

Today, the definition which the international administrative tribunals and the academic community refer to when discussing the principle of acquired rights is contained in the landmark 1987 ILOAT judgment of *Ayoub 1*.

As the Tribunal defines it, an acquired right is one the staff member may expect to survive any amendment of the rules. The meaning may be debatable, but the term is worth keeping. It appears in the Staff Regulations and it is a convenient enough way of describing a staff member's right to have some term of his appointment protected.¹³

Scope

In the same judgment, the ILOAT also explains that the principle of acquired rights does not just apply to the terms of appointment that were in effect at the time of a particular officer's recruitment, but also to terms that the employer organization introduced later on and which were intended to induce the staff member to stay in service.¹⁴

The principle of acquired rights goes beyond the principle of non-retroactivity

Furthermore, in *Ayoub 1* the ILOAT clarified that the doctrine of acquired rights "is broader than the rule against retroactivity. Whereas the doctrine looks to the future as well as to the past, the rule merely forbids altering what already belongs to the past."¹⁵ As Germond puts it, the notion of acquired rights is part of the principle of non-retroactivity albeit constituting broader protection: non-retroactivity pertains only to the past, whereas acquired rights relate both to the past and the future.¹⁶

In its judgment 1/2006, the Administrative Tribunal of the Bank for International Settlements (ATBIS) held along similar lines: "Under the doctrine of acquired rights, it is not only rights already acquired that cannot be withdrawn, but also fundamental rights for which the basis has already been laid but which only fall due in the future."¹⁷

Protection of acquired rights does not require a specific provision in any staff rules

In 1980, in *Gubin and Nemo*, the ILOAT stated that there is no need for an express provision protecting acquired rights in IGO staff regulations, as it is a general principle of law that such rights must be respected.¹⁸ Later, in 1987, in

¹³ See *In re Ayoub, Lucal, Monat, Perret-Nguyend and Samson*, Judgment 832 (1987), consid. 12. See also Judgment 1084 (1991), consid. 4.

¹⁴ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 13.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Laurent Germond, *supra* note 1, p. 85.

¹⁷ ATBIS, Judgment 1/2006 (2007), consid. 3(d).

¹⁸ *In re Gubin and Nemo*, Judgment 429 (1980), consid. 9.

Ayoub 1 the Tribunal confirmed that international civil servants are entitled to rely upon protection of their acquired rights even in the absence of an explicit provision.¹⁹

Other international administrative tribunals have also largely recognised the protection of acquired rights as a general principle of law and have developed equivalent jurisprudence; helpfully, for the purposes of comparison and development of international principles, there is considerable cross-fertilisation of the case law. In its Decision No. 18, the Administrative Tribunal of the Asian Development Bank (ADBAT) recalled the findings of the World Bank Administrative Tribunal in *de Merode*, concluding:

Although some terms and conditions of employment can be prospectively altered, the principle that fundamental and essential terms and conditions of emoluments cannot unilaterally be amended is now a recognized principle which can be regarded as part of the law common to international organizations.²⁰

III. The determination of an “acquired right” – The evolving approach of the ILOAT

The method focusing on the nature of the term of employment concerned

As above, per *Ayoub 1*, the generally recognized definition of an acquired right is “one the staff member may expect to survive any amendment of the rules”. This does not, however, answer the question as to how one may determine whether a concrete measure taken by an employer organization, normally through a change in its staff rules and regulations, violates an acquired right of the affected personnel.

The approach developed and used by the international administrative tribunals, in particular the ILOAT, to address this particular question has evolved significantly over time.

Initially, the ILOAT attributed great importance to the nature of the employment right which was being modified. In 1957, the ILOAT considered that acquired rights resulted solely from contractual provisions, ruling that “there was no violation of the complainant’s acquired rights, the provisions [in question] being statutory and not contractual”.²¹ This apparently simplistic and limitative approach may be explained by the more detailed and comprehensive content of employment contracts at the time, compared to those of today, which tend, in general, to be less specific, incorporating by reference the organization’s staff rules and regulations into the employment relationship.

¹⁹ See *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 12.

²⁰ ADBAT, Decision No. 18 (1996), para. 22.

²¹ *Plissard*, *supra* note 2.

Some years later, in *Lindsey*, the Tribunal broadened this approach, explaining that acquired rights were not restricted to contractual provisions but could also derive from any statutory provisions which appertain to the individual terms and conditions of an official and which do not only concern the structure and functioning of the international civil service.²²

In so far as employment terms laid down in an organization's statutory provisions (i.e. its staff rules and regulations) are concerned, the Tribunal distinguished between, on the one hand, provisions that pertain to the structure and functioning of the international civil service and benefits of an impersonal nature that are subject to variation, and, on the other, those pertaining to the individual terms and conditions of employment, in consideration of which an official accepted appointment and which should therefore, to a large extent, be equated to contractual terms. Whilst recognizing that the efficient functioning of an IGO requires that the latter category "should not be frozen at the date of appointment and continue so for its entire duration", the Tribunal held that they "may be modified in respect of a serving official and without his consent only in so far as modification does not adversely affect the balance of contractual obligations or infringe the essential terms in consideration of which the official accepted appointment".²³

Thereafter, the ILOAT widened its approach even further, recognizing that acquired rights could also be derived from a decision²⁴ or a practice.²⁵

The three-pronged test

The more elaborate methodology applied by the ILOAT since the late 1980s and until today for determining the existence of an acquired right was developed in the *Ayoub 1* judgment and built on the reasoning followed in *Lindsey*. In seeking to establish whether an employment provision is to be considered fundamental or essential, and thus constitutive of an acquired right, the ILOAT developed a three-pronged test which focused on three considerations: the nature of the provision; the reason for the change; and the consequences for the individual.

²² *Lindsey*, *supra* note 7, consid. 12. See also WBAT, *de Merode*, *supra* note 3, paras 42, 44; ADBAT, *Ferdinand P. Mesch and Robert Y. Siy (No. 4)*, Judgment No. 35 (1997), para. 17.

²³ *Lindsey*, *supra* note 7, consid. 12. This test remains constant and continues to be cited today; see, for instance, Judgment 3876, *supra* note 4, consid. 7.

²⁴ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 14.

²⁵ *In re Berthet (No. 3)*, *Delius, Glöckner (No. 6)*, *Robrahn and Stegmüller (No. 2)*, Judgment 2089 (2002), consid. 14: "The most the complainants can invoke is a 'practice' in that for a relatively limited number of years the Laboratory did in fact adjust pensions in line with adjustments to salaries to reflect changes in both cost of living and standard of living. While the Tribunal does not preclude the possibility of a practice becoming the source of an acquired right, such a finding would require a great deal more than is present in this case."

This test, or its substance, is applied by the entire international administrative law jurisprudence and academic commentaries and remains valid today.²⁶

With respect to the nature of the altered provision, the Tribunal established a hierarchy between decisions and contractual provisions, on the one hand, and statutory elements, on the other: “[W]hereas the contract or a decision may give rise to acquired rights the regulations and rules do not necessarily do so”.²⁷

It is interesting to note that in the original French version of the judgment, the Tribunal seems to go further with respect to decisions and contractual provisions:

*Toutefois, tandis que les stipulations contractuelles et, le cas échéant, les décisions engendrent en principe des droits acquis, il n'en est pas nécessairement de même des dispositions statutaires ou réglementaires.*²⁸

In any event, it is apparent that contractual provisions and decisions are more readily construed as creating acquired rights, but that such construction is nonetheless also possible in respect of statutory provisions.

In so far as the reason or justification for the particular change of an employment provision is concerned, the Tribunal is cognisant of the fact that evolving circumstances may warrant adaptation – within reason – of the terms of appointment of an official. However, the employer IGO must provide valid motivation capable of withstanding the scrutiny of the Tribunal if such a change is to be challenged. Generally speaking, it must be demonstrated that the change responds to a genuine need and is related to the proper functioning of the organization.²⁹ The Administrative Tribunal of the Bank for International Settlements refers to this as the “legitimate objective” test³⁰ and the World Bank Administrative Tribunal evaluates whether there has been an “abuse of discretion”.³¹

Turning to the consequences of the change for the individual concerned, the Tribunal adopted a sliding scale of scrutiny, depending on the impact. Whilst minor reductions in, for example, salary, entitlements or pension may be accepted fairly readily, significant diminutions will be subject to more detailed analysis.

²⁶ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 14. Other international tribunals have adopted broadly similar approaches; see generally, UNAdT, Judgment No. 1325, Concurring Opinion, para. XVIII; ATBIS, Decision 1/2006, *supra* note 17, section 3; WBAT, *de Merode*, *supra* note 3, paras 40, 42–44; ADBAT, *Ferdinand P. Mesch and Robert Y. Siy (No. 3)*, Judgment No. 18 (1996), paras 19, 21, 24.

²⁷ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 14.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, consid. 15.

³⁰ See generally ATBIS, Judgment 1/2006, *supra* note 17.

³¹ WBAT, *de Merode*, *supra* note 3, para. 83.

The Tribunal has provided some guidance as to permissible margins,³² which is valuable for all stakeholders and is greatly welcomed.

The cumulative impact of measures

Finally, it is worth noting that the Tribunal does not only scrutinize the impugned decision alone but also takes account of the cumulative impact of subsequent changes.

Accordingly, even apparently minor changes may prove unacceptable if they have been preceded by a number of similar measures.³³ The United Nations Administrative Tribunal expressed itself on this matter in a case concerning the calculation of pensions, registering “its concern at measures which, taken individually, are of limited effect but which, taken as a whole, amount to erosion, and may seriously harm the integrity of the international civil service”.³⁴

The ILOAT’s *Ayoub* judgments resulted from an organization’s so-called “salami” tactic, in which a series of measures incrementally sliced away the complainants’ rights. In *Ayoub 1*, the Tribunal ruled that there was no violation of acquired rights notwithstanding the financial injury incurred, but cautioned the employer (the ILO) that, should the financial injury worsen as a result of other decisions not then before the Tribunal, it reserved the right to review the situation again.³⁵

The complainants returned soon thereafter to successfully plead this very argument in *Ayoub 2*. The ILOAT held:

A run of small amendments may offend against the whole spirit of the rules, and to ignore them would be a miscarriage of justice. (...) The full set of decisions is material in ruling on the plea of breach of acquired rights.³⁶

³² *In re Ayoub (No. 2), von Knorring, Perret-Nguyen (No. 2) and Santarelli*, Judgment 986 (1989), consid. 24; compensation measures if loss in pensions exceeds 3 per cent. The ILOAT rejected an argument that a raise in pension contributions from 7 to 8 per cent would breach acquired rights due to a drop in take-home pay in *In re Raths (No. 2)*, Judgment 1392 (1995), consid. 34. However, it upheld a claim that an amendment imposing salary deductions aiming at clawing back a previous 9.2 per cent unconditional salary increase breaches acquired rights in *In re Bhotlu and Mitroo*, Judgment 1191 (1992), consid. 3-6.

³³ In such cases, however, while the Tribunal will review the overall impact of the set of measures, the consequences of its ruling relate only to the decisions challenged in the judgment in question: *Ayoub*, Judgment 832, *supra* note 13, consid. 15.

³⁴ UNAdT, *Brede II et al.*, Judgment No. 404 (1987), para. XXIII.

³⁵ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 15. See also *In re Aymon, Ball (No. 2) and Borghini (No. 2)*, Judgment 1368 (1994), consid. 8.

³⁶ *Ayoub (No. 2)*, *supra* note 32, consid. 17.

Notably, and for the first time, the Tribunal provided detailed figures in *Ayoub 2* in holding that the impugned modifications to pensionable remuneration violated acquired rights.³⁷

IV. Selected jurisprudence

Having outlined the purpose and content of the principle of acquired rights, further analysis of the relevant jurisprudence of the Tribunal is warranted. The following chapter will consider case law related to acquired rights with respect to the following contexts:

- Salary and salary adjustment;
- Allowances and other financial benefits;
- Pension and pension adjustment; and
- Considerations of a political and budgetary nature.

Salary and salary adjustment

In *de los Cobos and Wenger*, the Tribunal considered a complaint from ILO staff members who claimed a breach of acquired rights stemming from the Director-General's decision to make a temporary modification in the terms of their contracts of employment whereby four working days would become days of unpaid leave. The equivalent of the 2.2% of net salary that these four working days represented was to be deducted each month.³⁸

The complainants argued that this change was in breach of a provision of the Staff Regulations, according to which “[t]he terms of any contract of employment may be modified, without prejudice to the acquired rights of officials, by the Director-General in order to bring them into conformity with any measure relating to the conditions of employment of officials...”³⁹

The Tribunal held that:

First, a right should be considered to be acquired when it is laid down in a provision of the Staff Regulations or Staff Rules and is of decisive importance to a candidate for appointment. To impair that right without the official's consent is to impair terms of appointment which he expects to be maintained.

Alternatively, a right will be acquired if it arises under an express provision of an official's contract of appointment and both parties intend that it should be inviolate. Thus not all rights arising under a contract of appointment are acquired rights, even if they relate to remuneration: it is of

³⁷ *Ibid.*, consid. 3, 17–18, 23.

³⁸ *de Los Cobos*, *supra* note 11, consid. A.

³⁹ *Ibid.*, consid. 5.

the essence that the contract should make express or implied provision that the rights will not be impaired. Thus there may be an acquired right to application of the principle that an allowance will be paid, but not necessarily to the method of calculation – in other words, to the actual amount – of that allowance.⁴⁰

The Tribunal further considered that, being of a contractual nature, the right to payment was “immune to amendment only if the parties intend that it should be inviolate”.⁴¹ It then observed that the complainants had always received their “basic salary”,⁴² which allows for the conclusion that basic salary is an element of the total remuneration that cannot be reduced. Amerasinghe argues that “where the basic salary is a total figure including the structural increases for cost of living and other factors already awarded..., this will be the remuneration to be considered for the purposes of the rule that salary cannot be reduced in any circumstances.”⁴³

During the following session, the ILOAT elaborated further its position in respect of the acquired right to salary, in a case that actually did not involve salary *per se*. In the *Settino* judgment, the Tribunal considered a complaint brought by a former Pan American Health Organization (PAHO) staff member, who claimed that he should have been reimbursed by his employer for national tax levied on the part of his pension rights which he took in the form of a lump-sum payment. He argued that upon his entry into service in 1953, the Organization’s regulations provided that such lump sums were covered by the term “earnings” and thus qualified for tax reimbursement. Whilst the regulation in question had been revised in 1954, the complainant sought to rely upon an acquired right to the reimbursement.⁴⁴

The Tribunal held that, absent an express provision, “earnings” do not “include a lump-sum payment, payable not by the employer but by the [Pension] Fund”.⁴⁵ It proceeded to explain the extent to which salary (or “earnings”) constitutes an acquired right:

The right to salary and to the well-established allowances, such as those for dependents, is essentially a fundamental right. But this does not mean that every item making up the salary or allowance and every detail of the process by which it is calculated are to be deemed inviolate; or that minor benefits – what are sometimes called ‘fringe benefits’- are to be treated as unchangeable features of a contract that may last for 30 years or more.⁴⁶

Essentially, albeit seeming to be a substantial amount, a lump-sum payment by a pension fund was not considered a fundamental condition of employment. Accordingly, PAHO’s decision not to reimburse tax levied on the payment did not

⁴⁰ Ibid., consid. 6.

⁴¹ Ibid., consid. 7.

⁴² Ibid.

⁴³ Felix Chitharanjan Amerasinghe, *supra* note 5, p. 337.

⁴⁴ *In re Settino*, Judgment 426 (1980), consid. 4, 6.

⁴⁵ Ibid., consid. 5.

⁴⁶ Ibid., consid. 7. See also *Mertens (No. 2)*, *supra* note 11, consid. 5.

amount to a violation of an acquired right. As the Tribunal put it, this sum had to be

viewed as it would have been seen in 1953 by a candidate offered a contract and has to be compared with the total amount which he would expect to be receiving in salaries and emoluments over the next 21 years. There is nothing to show that the complainant himself considered it to be of any importance at all; there is no allegation that the removal of the supposed benefit only a year later occasioned any protest by him.⁴⁷

Thus, if the fundamental and essential character of salary and certain allowances is recognised, that cannot be construed as extending to, for example, the method of calculation of the salary or benefits that are minor when considered in the overall context of employment.

In respect of salary adjustment, the ILOAT has consistently held that “[staff members] have acquired rights neither to a particular level of adjustment nor to a particular methodology [but they] have, of course, a legal right to a methodology for salary adjustment”.⁴⁸

In the *Berthet 2* judgment, the Tribunal considered a request from two European Molecular Biology Laboratory (EMBL) staff members who asked for the quashing of a decision of the EMBL Council not to adjust salaries for 1996. The Council had deviated from its usual practice of following the recommendation of the Coordinating Committee on Remuneration of the Coordinated Organizations, which, on this occasion was for a 1.3 % increase in salary for staff serving in Germany. EMBL had also amended its terms and conditions of employment to take account of the practice of other organizations.⁴⁹

The complainants, relying upon an acquired right to the adjustment, argued: “[the amendment] leaves the door open to complete legal uncertainty and does not make it possible to preserve the principles of objectivity, stability, predictability, transparency, security and preservation of confidence”.⁵⁰ The Tribunal held that, in principle:

when the applicable method uses an external index, as does the Laboratory since the modification of its Regulations, not with a view to requiring the competent body to conform automatically to the index, but only as a simple ‘orientation’, which in itself is not a breach of any rights, the staff can only be protected against arbitrariness if the criteria used in deviating from the suggested orientation of the external index are objective, adequate and known to the staff.⁵¹

⁴⁷ *Settino*, *supra* note 44, consid. 7. See also *Mertens (No. 2)*, *supra* note 11, consid. 8.

⁴⁸ *In re Allaert and Warmels (No. 3)*, Judgment 1821 (1999), consid. 14. See also *WBAT, de Merode*, *supra* note 3, para. 112.

⁴⁹ *In re Berthet (No. 2), Lampinen, Leberman and Schechinger*, Judgment 1912 (2000), consid. 2, 4.

⁵⁰ *Ibid.*, consid. 12.

⁵¹ *Ibid.*, consid. 15.

However, the ILOAT rejected the complainants' plea that indexation of salary was part of their essential conditions of employment,⁵² reaffirming that "international civil servants do not have an acquired right – any more than national civil servants – to an automatic indexing of their salaries"⁵³ and recalling that:

the establishing of regulations for the periodic adjustment of salary is within the discretion of the organisations provided that these regulations do not violate the principles of international civil service law and their application does not bring about an erosion of salary that could be regarded as substantially jeopardising the contractual balance between those organisations and their staff members.⁵⁴

In this case, such erosion had not been proven and, therefore, the decision not to adjust salaries was held not to have breached acquired rights.

Allowances and other financial benefits

In so far as other financial conditions are concerned, and as seen in *Settino*, the ILOAT has indicated that IGOs have a greater margin for modification than is the case for salary. This holds true even when, *prima facie*, the existence of an allowance as such constitutes an acquired right.

In 1999, the Tribunal considered a decision by the European Southern Observatory (ESO) to gradually reduce expatriation allowance. It found that there was an acquired right to the allowance but that whilst:

the outright abolition of the expatriation allowance would violate an acquired right... there is no acquired right to the amount and the conditions of payment of the allowance. Indeed, the staff member should expect amendments to be prompted by changes in circumstances if, for example, the cost of living rises or falls, or the organisation reforms its structure, or even finds itself in financial difficulty.⁵⁵

The Tribunal took note of the context of the impugned decision, recalling that it resulted "from general budgetary restrictions".⁵⁶ The financial circumstances of the employer IGO were, thus, taken seriously by the ILOAT.

The Administrative Tribunal of the Bank for International Settlements (ATBIS) held, in case 1/2006, that whilst the right to accident and health insurance as such was an acquired right, the Applicant had no entitlement to have the insurance fully funded by the Bank:

⁵² *Ibid.*, consid. 19.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.* See also *In re Niesing (No. 2)*, *Peeters (No. 2)* and *Roussot (No. 2)*, Judgment 1118 (1991), Dissenting Opinion.

⁵⁵ *In re Guirao-Sanchez*, Judgment 1886 (1999), consid. 9.

⁵⁶ *Ibid.* See also *Biggio (No. 3)*, *supra* note 11, and *Mertens (No. 2)*, *supra* note 11. For other tribunals, see also ATBIS, Judgment 1/2006, *supra* note 17; OASAT, *Romero and Folgate*, Judgment No. 140 (1999).

... fundamental conditions of employment can also be amended. But except in distress – which is not the case here – the amendments may not violate the essence of the condition. Having the active staff pay a contribution of 25% towards the premium is consistent with this principle. The health and accident insurance scheme itself is left intact. It is true that a 25% contribution is not merely a modification of the modalities of implementation; it is certainly a palpable amount that staff are being asked to pay. In future, they will have to pay an average of 1.6%, and married staff 3.03 %, of their annual basic salary towards the premium. But health and accident insurance costs have risen considerably faster in past years than the general cost of living – by 3.5% as against some 1 % during 1999–2004 – and in light of demographic developments and improvements in health care, they will in all probability continue to increase at a disproportionately high rate in the coming years. There is no reason why the Respondent should bear these costs on its own.⁵⁷

It is apparent that the ATBIS reached its decision having weighed not only the impact on the individual but also the motivation and long-term financial impact on the Organization, as well as the related risk for the individual should “thrifty financial management” not be implemented.⁵⁸

Pension and pension adjustment

The ILOAT has consistently defended the importance of international civil servants being able to maintain their standard of living or at least to live free of financial difficulties following retirement.⁵⁹ It should come as no surprise, then, that it equates pension closely with salary for the purposes of acquired rights.

As long ago as 1978, the Tribunal held that “someone who offers his services to an organisation may of course be expected to give decisive importance to the provisions on his pension rights. Any curtailment should therefore be regarded as affecting an acquired right.”⁶⁰ Sometime later, in *Ayoub 2*, the Tribunal clearly affirmed that pension rights are fundamental conditions of employment in that “the relations of staff with an international organisation do not end when they leave its employ. The pension scheme forms part of the administrative arrangements they may look forward to and, like pay, pensions are governed by basic rules that are binding on the organisation.”⁶¹

This is logical given that pension entitlements derive from contributions, determined according to salary, which are paid by and for the benefit of staff members, and that salary is undoubtedly an essential employment condition. Rights related to pension commence upon payment of contributions even if they do not typically materialize until much later. There is, however, another logical basis for the protection of pension benefits, rooted in both public international law and *Realpolitik*. One can assume that a significant proportion of international civil

⁵⁷ ATBIS, Case 1/2006, *supra* note 17, *consid.* 3(d).

⁵⁸ *Ibid.*, *consid.* 3(e).

⁵⁹ See generally *Ayoub*, *supra* note 13, *consid.* 15.

⁶⁰ *Lamadie (No. 2)*, *supra* note 11, *consid.* 10; *Biggio (No. 3)*, *supra* note 11, *consid.* 10.

⁶¹ *Ayoub (No. 2)*, *supra* note 32, *consid.* 7.

servants rely primarily, or solely, on their employing IGO for social security. If their retirement is uncertain, then the IGO is no longer complying with its privilege and obligation of being a provider of social security to its staff. This would create issues both with Host States, the agreement with which typically provides exemption from national social security schemes on the basis of an equivalent internal mechanism provided for by the IGO, as well as with any States faced with resident IGO retirees in a precarious financial position.

Nonetheless, whilst pensions are carefully protected by the international tribunals, there remains a certain reasonable margin within which IGOs may make modifications to their internal legislation, in particular concerning modalities of payment or related entitlements.

In 2005, the United Nations Administrative Tribunal (UNAdT) considered a case brought by a former staff member of the International Civil Aviation Organization (ICAO) who had consistently failed to pay family support for his ex-spouse and child, despite a series of court orders and a judgment holding him in contempt. He challenged the Pension Board's decision to apply article 45 of the United Nations Joint Staff Pension Fund (UNJSPF) Regulations, which had been amended in 1998 and 2000 to enable a portion of a participant's pension benefit to be paid directly to a former spouse or otherwise satisfy court-ordered or court-approved family obligations. The Applicant argued that he had an acquired right to the previous UNJSPF Regulations, which had not contained such a provision.

The UNAdT, quick to dismiss this admittedly unsympathetic case, ruled in the following broad terms:

In general, the pension systems of public international organizations operate under statutory rules, to which the beneficiaries are subjected and by which their pension rights are ruled. The employees adhere to such schemes because the pension system is so organized and not by exercising any freedom of contract. The statutory part of the scheme may change at the discretion of the Administration in order, for example, to accommodate legally enforceable rights of third persons against pension recipients or for any other important reason decided upon by the appropriate organs. Insofar as the right to the pension obtained by the retired staff member is not touched, the acquired right of the participant is not infringed, especially when the measures taken are in order to accommodate outstanding family obligations of the retired staff member and they constitute a fair portion of the pension which does not overly deplete his monthly pension.⁶²

The UNAdT thus carefully distinguished between the right to the pension, which was protected, and the right to payment modalities, which was not, finding that:

The remission of the sum of 50 per cent of the Applicant's monthly pension to his ex-spouse is intended to discharge, in part, his liability for the maintenance of his ex-spouse and son under order of the Québec court which remains in force and is still binding on the Applicant. The Applicant is liable to pay this support, even if the Fund does not remit any sums to his ex-spouse in respect

⁶² UNAdT, Judgment No. 1253 (2005), para. II.

thereof. The Tribunal is therefore of the view that the Fund's action does not violate the Applicant's acquired right to a monthly pension payment.⁶³

In a very recent case against CERN, the ILOAT took a similarly pragmatic approach. The complainant sought assurance from the CERN Pension Fund that his third wife, whom he married several years after retirement, would be entitled to a surviving spouse pension in the event that he predeceased her. This request was denied by the Fund on the basis of Article II 5.08 of its Rules, which provides that "a marriage to a beneficiary of a retirement pension taking place on or after 1 August 2006 shall not give rise to entitlement to a surviving spouse's pension".⁶⁴ The complainant argued that he had an acquired right to application of the previous Rules, which did not contain such a limitation.

The Organization prevailed, the Tribunal reiterating its jurisprudence on acquired rights and, ultimately, agreeing that the possibility for a future spouse, married after retirement, to have a survivor's benefit could not be considered to constitute such a right:

The possibility for a spouse whom the official has married after his retirement to benefit from a surviving spouse's pension cannot be viewed as fulfilling that condition, and it is clear that the amendment in this regard did not adversely affect the balance of contractual relations. Nor did it alter fundamental terms of employment in consideration of which the complainant accepted an appointment with the Organization in 1962, or which subsequently induced him to pursue his career there.⁶⁵

If a pension is analogous to a salary for acquired rights purposes, it follows that the analogy also holds true for periodic adjustment. Just as international civil servants have no acquired right to automatic indexation of their salaries, there is no right to automatic indexation of pensions.⁶⁶ Nonetheless, in both scenarios there is a right to an adjustment mechanism in order to avoid undue erosion of purchasing power, and the ILOAT has affirmed "the principle ... that the methodology adopted by an international organisation to determine its staff members' salary adjustments must result in stable, foreseeable and clearly understood results also applies to retirement pensions".⁶⁷

⁶³ Ibid. See also UNAT, Judgment No. 2012-UNAT-189 (2012).

⁶⁴ Judgment 3876, *supra* note 4, consid. 7.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ See UNAdT, Judgment No. 400 (1987), para. IX: "As a matter of law, the Applicant is not entitled to an unconditional guarantee for the maintenance of the purchasing power of her pension, neither by her contract with the FAO, nor by the Regulations of the UNJSPF (Judgment No. 182, Harpignies, para. VII). Furthermore, in the absence of a contractual provision to this effect, there is no general principle of law requiring an increase of the pension strictly parallel with the rise in the cost of living. (ibid.)."

⁶⁷ Judgment 2793 (2009), consid. 20.

Similarly, the United Nations Administrative Tribunal held:

... revisions in the pension adjustment system ... must not be arbitrary. They must be reasonable and must be adapted to the aim of the system: adjustment of pensions to cost-of-living changes in the various countries of residence of the retired staff members. They may not be used for purposes other than the protection of the purchasing power of retired staff members – nor with greater reason can they be allowed to result in forfeiture or deprivation.⁶⁸

The ILOAT was faced in *Berthet 3* with changes introduced to an adjustment of pension mechanism. In 1986, the EMBL Council had decided to treat salaries and pensions similarly in respect of both standard-of-living and cost-of-living adjustments. In 2000, however, the Council decided to deviate from this position and to apply annual cost-of-living adjustments to pensions even if salaries were not adjusted, but not to apply standard-of-living adjustments.⁶⁹

The Tribunal applied the abovementioned three-pronged *Ayoub* test.

On the nature of the altered term, it noted that as indexation was a discretionary decision of the EMBL Council, the complainants could invoke only a “practice”, rather than a rule. Albeit not precluding the possibility of an acquired right deriving from practice, the Tribunal ruled that such a finding would require a great deal more than was present in that case. On the reason for the change, the Tribunal held that the objective was to ensure “much greater security for the pensions both of the complainants and of all future pensioners”.⁷⁰ Finally, on the impact of the change, the Tribunal held that

it is not self-evident that the change which is contested will adversely affect the complainants and it is by no means inconceivable that they will, in fact, receive better pensions under the amended article than they would have had under the old one. The Tribunal does not have to decide whether the periodic adjustment of pensions should be viewed as an acquired right. Even assuming that it were, such a right could go no further than the maintenance of the purchasing power of the pension paid at the time of entitlement and that is precisely what the amended article seeks to do.⁷¹

Considerations of a political and budgetary nature

When applying the *Ayoub* test and considering the consequences of the change on the individual, international administrative tribunals have extensively ruled on the legitimacy of financial motivations for modifying staff and pension entitlements. The underlying question is to what extent an IGO can take into account the wider political, social, economic and budgetary context when making the decision to change employment conditions.⁷² The guidance provided by the ILOAT in its cases

⁶⁸ UNAdT, Judgment No. 378 (1986), para. XXXI.

⁶⁹ *Berthet (No. 3)*, *supra* note 25, consid. 6-7.

⁷⁰ *Ibid.*, consid. 15.

⁷¹ *Ibid.*, consid. 16. See also Judgment 2632 (2007), consid. 13, 15.

⁷² See also the wording in WBAT, *de Merode*, *supra* note 3, para. 104.

is therefore paramount for organizations in understanding how far they can go in taking into consideration their social, political and financial environment in their decision-making process.

In a series of landmark judgments, the ILOAT considered cases where an employer IGO's challenging financial situation led to the reduction of salary adjustment or pension benefits for members of personnel. In each, it weighed the importance of the measure for the organization and the impact on the individual.

In *Ayoub 1*, the Tribunal ruled that treating "pensionable remuneration as a fundamental condition of service, an acquired right, and therefore inviolate, might be to overlook the real difficulties facing the Fund and the agencies"⁷³ and that "the finances of the body... [cannot] be discounted".⁷⁴ This position was reaffirmed in *Ayoub 2* where the organization justified its impugned measure as "part and parcel of a tougher policy calculated... to get the [pension] scheme back on an even keel".⁷⁵ The Tribunal responded that this stated purpose met the demands of good management and was in the general interest, recalling that "[h]ow pensionable remuneration and, for that matter, the pension scheme as a whole will fare turns on a set of political, economic, financial and social factors".⁷⁶

Likewise, in *Berthet 2*, the Tribunal held that "the budgetary situation of the organisation and the member States ... could be taken into consideration"⁷⁷ by an IGO in determining whether to implement a salary adjustment for a given year. It thus acknowledged that ensuring the good functioning of the organization is a legitimate basis for action and, moreover, that financial difficulties can justify measures that erode the financial situation of persons on a short-term basis so that their rights may be guaranteed in the long run.

Later on in *Berthet 3*, the Tribunal held that "[t]o accept that pensions must always be adjusted to keep in line with post-retirement salary increases would be to expose pension funds to an uncertain and unmeasurable future liability which might well in the end wipe out the funds themselves",⁷⁸ thereby acknowledging the need for organizations to take budgetary considerations into account and, indeed, the interest of staff and pensioners in the long-term financial viability of their employer or pension fund.

⁷³ *Ayoub*, *supra* note 13, consid. 15.

⁷⁴ *Ayoub (No. 2)*, *supra* note 32, consid. 14.

⁷⁵ *Ibid.*, consid. 4.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Berthet (No. 2)*, *supra* note 49, consid. 17. See also *Guirao-Sanchez*, *supra* note 55, consid. 13; Judgment 2793, *supra* note 67, consid. 17; UNAdT, *Christy et al.*, Judgment 546 (1991); UNAdT, *Upadhya*, Judgment 537 (1991), paras. XI-XII.

⁷⁸ *Berthet (No. 3)*, *supra* note 25, consid. 16.

In 2007, the Tribunal continued with this practical approach, holding that the introduction of a new pension scheme justified by budgetary necessity was not to be considered a breach of acquired rights on the sole ground that it put employees in a less favourable financial situation: “Where a decision to introduce a new pension scheme is taken on grounds of financial necessity, such as the need to address the rising cost of pensions, the Tribunal cannot consider it to be invalid merely because it leads to a situation that is less favourable to employees.”⁷⁹

Moreover, in a case concerning CERN, the Tribunal has recognised that pension adjustments marginally below the rise in the cost of living can be justified by long-term interests:

This method, which in the event of an actuarial imbalance of the Fund results in a pension adjustment slightly lower than the rise in the cost of living, is justified by two legitimate underlying aims, namely the protection of pensioners against a substantial erosion of their purchasing power and the preservation of the Fund’s long-term financial stability.⁸⁰

Once again, the ILOAT weighed the impact on, and interests of, both parties.

Logically, the Tribunal has cautioned that the reduction of pension benefits cannot be excessive and must remain within the limits of what is bearable for the concerned individual.⁸¹ This corresponds to the concerns it raised about undue erosion of salary in the event of an IGO choosing to modify its regulations regarding periodic adjustment.⁸²

It is important to emphasise that, whilst willing to take budgetary arguments into account, the tribunals will apply strict scrutiny not only to the impact of the measure on the individual but also to the validity of the justifications made by the employing organisation.⁸³ In *Cuvillier 3*, the ILOAT rejected the simple wish to make savings as an argument to justify the curtailment of pension benefits.⁸⁴ Subsequently in *Argos*, the Tribunal noted that although budget policies were understandable and often do prevail, “such policy must not supplant the rule of law”,⁸⁵ and in *Allaert 3*, it held that “the mere desire to save money at the staff’s expense is not by itself a valid reason for departing from an established standard of reference”.⁸⁶

Not surprisingly, other tribunals have faced similar issues. In 1991, the United Nations Administrative Tribunal upheld a decision of the Secretary-General,

⁷⁹ Judgment 2633 (2007), *consid.* 6.

⁸⁰ Judgment 2793, *supra* note 67, *consid.* E. See also UNAdT, *Christy et al.*, *supra* note 77, para. XIII.

⁸¹ *Ayoub (No. 2)*, *supra* note 32, *consid.* 4.

⁸² See discussion above of *Berthet (No. 2)*, *supra* note 49, *consid.* 19.

⁸³ In general, the WBAT talks about an “abuse of discretion”; see *de Merode*, *supra* note 3, para. 83.

⁸⁴ *In re Cuvillier (No. 3)*, Judgment 990 (1990), *consid.* 6.

⁸⁵ *In re Argos, Flösser, Glöckner, Hentze and Olivo*, Judgment 1682 (1998), *consid.* 7.

⁸⁶ *Allaert (No. 3)*, *supra* note 48, *consid.* 7.

responding to the UN's financial crisis, to take emergency action by suspending its vacancy management system, and found there was no violation of acquired rights. This judgment makes clear that the UNAdT understood the financial circumstances under which the Organization found itself and was willing to tolerate a practical and reasonable solution. However, it emphasized the temporary acceptability of the measures and its expectation that the Secretary-General revert promptly to the Staff Rules following the conclusion of the crisis.⁸⁷

V. Acquired rights, *quo vadis*

In the interest of the proper functioning of the international civil service itself, administrative tribunals have established general principles that are protective of staff rights. Albeit cautious, they carefully weigh the interests of both employer and employee, taking due account of the context of the impugned decision.

In recent decades, there has been a marked evolution in the political and budgetary landscape of IGOs as well as in the social and legal structure of the wider labour market. There is constant pressure from Member States on the IGOs to adapt their employment conditions to developments in national legislation. In order to determine measures which not only meet their functional needs but that are also legally sound and able to withstand a legal challenge, IGOs continue to rely on the guidance of administrative tribunals.

While the doctrine developed by the international administrative jurisprudence in the early acquired rights landmark cases remains relevant and widely applied today,⁸⁸ the relatively few number of cases involving acquired rights when compared to the evolutions of the international civil service in general make it difficult for IGOs to understand the legal limits of their discretionary power to adapt their rules. Indeed, to find an equilibrium that goes beyond the relationship between the employer IGO and its staff, while taking into account the wider context surrounding the organization, IGOs increasingly need and appreciate precise guidance from administrative tribunals.

⁸⁷ UNAdT, *Upadhyaya*, *supra* note 77.

⁸⁸ See for instance the quotes in Judgment 3876, *supra* note 4, *consid.* 7.

LES LEÇONS À TIRER DE LA PRATIQUE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE EN MATIÈRE DE RÉFORMATION DE JUGEMENTS DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL: PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA COUR

JEAN-PIERRE ISSELÉ

Docteur en droit de l'Université de Genève. Diplômé de l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement.

Après avoir été assistant puis maître-assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève (Département de droit international public et organisation internationale), M. Isselé est entré en 1988 au service de la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.

Il est depuis 2007 Secrétaire juridique principal de la Cour, chef du Département des affaires juridiques.

M. Isselé est l'auteur de diverses études sur les opérations de maintien de la paix des Nations Unies.

La consolidation des principes généraux appliqués par les tribunaux administratifs internationaux s'est amplifiée au fur et à mesure du développement du droit de la fonction publique internationale, et parallèlement à la reconnaissance croissante des droits de l'homme et, plus en général, des droits de l'individu. C'est là un apport capital des tribunaux administratifs.

J'aimerais aborder ce corpus de règles en cause sous un angle particulier, à savoir du point de vue d'une procédure qui est devenue, devant la Cour internationale de Justice (ci-après la Cour), évanescence puis a entièrement disparu: celle par laquelle il était prévu que la Cour pouvait donner des avis consultatifs relativement à des demandes de réformation de jugements de tribunaux administratifs. Rappelons à ce sujet que la compétence de la Cour est principalement de connaître des différends entre les États qui ont accepté sa compétence, et de donner des avis consultatifs aux organisations internationales qui ont été autorisées pour ce faire.

S'agissant de la procédure de réformation, la voie de l'avis consultatif était ouverte dans le cas du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (ci-après TAOIT ou le Tribunal) jusqu'à ce que l'Organisation internationale du Travail (ci-après OIT) abolisse l'article XII du Statut du Tribunal¹, tout comme l'Assemblée générale des Nations Unies avait supprimé, en 1995, l'article 11 du Statut de l'ancien Tribunal administratif des Nations Unies (TANU)².

Pour mémoire, la procédure de réformation a donné lieu à deux avis consultatifs concernant des jugements du TAOIT. Le 23 octobre 1956, la Cour a donné un avis consultatif relatif à des jugements du TAOIT sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) (à la demande du Conseil exécutif de l'Organisation)³. Un second avis consultatif a été donné le 1^{er} février 2012, concernant le jugement n° 2867 du TAOIT sur requête

¹ L'article XII, paragraphe 1, du Statut du Tribunal disposait, dans sa version applicable aux organisations internationales ayant reconnu la compétence du Tribunal, que: «Au cas où le Conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du Statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit Conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de justice.»

² AGNU Res 50/54 (11 décembre 1995), UN Doc A/RES/5054.

³ Voir *C.I.J Recueil 1956*, pp. 77 et suiv.

contre le Fonds international de développement agricole (FIDA) (à la demande du conseil d'administration de ce dernier)⁴. Les deux avis avaient valeur décisive⁵.

Je ne m'intéresserai pas ici à certains points ayant trait au fond des affaires qui ont fait l'objet des demandes d'avis, et qui consistaient à contester, selon le cas, la compétence du TAOIT ou la validité de ses jugements. En revanche, j'examinerai le constat fait par la Cour qu'il y a inadéquation des règles qu'elle a – ou plutôt avait – à appliquer, de par son Statut et son Règlement, à une procédure dans laquelle l'organisation en cause et son fonctionnaire agissent de facto comme des parties à un différend.

Non seulement les commentateurs mais la Cour elle-même ont manifesté leurs préoccupations au sujet de ce que la Cour a considéré comme un élément primordial de la bonne administration de la justice: le principe de l'égalité devant la Cour entre l'organisation, d'une part, et le fonctionnaire, de l'autre. Dès son avis de 1956, la Cour s'était inquiétée de l'inégalité dans l'accès à la Cour et des inégalités dans la procédure devant elle⁶. Pour ce qui est, en effet, des décisions du TAOIT, seule l'institution employant le fonctionnaire bénéficiait d'un tel accès (contrairement au système de réformation des jugements du TANU). À l'époque, la Cour a certes considéré que cette question d'accès ne constituait pas en réalité une inégalité devant elle. Mais, en 2012, elle a infléchi sa position et a fait état de l'approfondissement de la réflexion qui était intervenu, s'agissant notamment de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷. La Cour s'est référée à l'observation générale formulée en 2007 par le Comité des droits de l'homme, selon laquelle le droit à l'égalité garantit tant l'égalité d'accès que l'égalité des armes⁸. Dans son avis consultatif de 2012, la Cour a conclu qu'elle ne voyait rien qui justifiait une possibilité de réformation des décisions du TAOIT qui avantagerait l'employeur au détriment du fonctionnaire. De manière générale, la Cour a observé que l'égalité d'accès aux procédures d'appel ou autres recours disponibles (sauf exception fondée sur des motifs objectifs et raisonnables) devait désormais être considérée comme partie intégrante du principe de l'égalité entre les parties.

⁴ Voir *C.I.J Recueil 2012*, pp. 10 et suiv.

⁵ L'article XII, paragraphe 2, de l'annexe au Statut du TAOIT était ainsi libellé: «L'avis rendu par la Cour aura force obligatoire.»

⁶ Voir *C.I.J Recueil 1956*, pp. 77 et suiv.

⁷ L'article 14 (1) stipule que: «Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice.» Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16.12.1966, entré en vigueur le 23.03.1976), 999 UNTS 187 (Pacte II).

⁸ Observation générale n° 32: article 14 (Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable), 23 août 2017, CCPR/C/GC/32.

Il est utile de citer ici ce que la Cour en tire comme conclusion sur ce point:

Comme la Cour l'a déclaré dans le seul autre cas où une institution spécialisée avait sollicité son avis en vertu de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, «[l]e principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de la justice» (avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 86). L'égalité d'accès aux procédures d'appel ou autres recours disponibles, sauf exception fondée sur des motifs objectifs et raisonnables, doit désormais être considérée comme partie intégrante de ce principe [...]. Pour les raisons exposées, il est aujourd'hui permis de se demander si le système établi en 1946 satisfait effectivement au principe moderne de l'égalité d'accès aux cours et tribunaux. Il n'appartient pas à la Cour de réformer ce système, mais elle peut veiller à ce que l'égalité soit autant que possible assurée dans les procédures qui se déroulent devant elle⁹.

Le second volet du problème qui se posait à la Cour portait donc sur la nécessité d'assurer ainsi, autant que possible, l'*égalité dans les procédures* qui se déroulent devant elle. À cet effet, la Cour a usé tout d'abord, pour faire face aux limitations posées par son Statut et son Règlement, du degré de flexibilité dont elle dispose sur le plan plus purement procédural, en particulier dans le cadre de sa fonction consultative.

Comme elle l'avait déjà fait par le passé, la Cour, par ordonnances de 2010 et 2011, a organisé la procédure écrite de manière telle à obtenir de la fonctionnaire requérante l'exposé écrit puis les observations écrites qu'elle pourrait vouloir présenter, en parallèle avec l'exposé et les observations du FIDA, et ce dans les mêmes délais¹⁰. Mais elle a dû en disposer ainsi – et c'est là l'une des rigidités obligées dont elle devait tenir compte – en devant prévoir que c'est à travers le FIDA que les écritures de la requérante, comme d'ailleurs ses autres communications, lui seraient transmises.

Au surplus, je rappellerai que la Cour n'a jamais organisé d'audiences dans des cas de procédure consultative en réformation, compte tenu de ce que son Statut ne permet pas à des personnes physiques de prendre part à de telles audiences, alors que les organisations internationales concernées le pourraient.

Si la Cour a pu conclure en 2012 qu'il avait été en substance satisfait au principe de l'égalité devant elle dans la procédure, elle a néanmoins déploré les difficultés qu'avait soulevées en l'espèce ladite procédure. Je préfère ici citer directement celles qu'elle a choisi de mentionner dans son avis; elles sont au nombre de trois:

La procédure n'a pas été exempte de difficultés. La Cour en mentionnera trois. La première a trait à la documentation versée au dossier: il aura fallu attendre le mois de juillet 2011, et trois demandes de la Cour, pour que soient produits tous les documents «pouvant servir à élucider la

⁹ Voir *C.I.J. Recueil 2012*, pp. 29-30, paragr. 44.

¹⁰ Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, ordonnance du 29 avril 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 298; jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, ordonnance du 24 janvier 2011, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 3.

question» en vertu du paragraphe 2 de l'article 65 du Statut de la Cour – soit quinze mois au total après le dépôt de la demande d'avis consultatif [...]. La deuxième difficulté tient au fait que le FIDA n'a pas informé M^{me} Saez García en temps utile des demandes procédurales qu'il soumettait à la Cour. La troisième a trait au fait que, dans un premier temps, le FIDA n'a pas transmis à la Cour certaines communications de M^{me} Saez García: le FIDA considérait en effet que la question portée devant la Cour l'opposait non pas à celle-ci, mais à l'OIT¹¹.

Elle a ensuite décidé de se saisir du fond de la demande d'avis en indiquant ce qui suit:

Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, *en particulier des mesures qu'elle a prises aux fins de réduire l'inégalité dans la procédure se déroulant devant elle*, la Cour considère que les raisons qui pourraient la pousser à refuser de donner un avis consultatif ne sont pas suffisamment décisives pour la conduire à le faire¹².

La Cour a finalement décidé, au terme des réponses aux questions qui lui avaient été posées par le FIDA, et à l'unanimité, que le jugement rendu par le TAOIT, qui était en faveur de la fonctionnaire requérante, était valide.

En résumé, j'observerai, en guise de conclusion, que la suppression des systèmes de réformation de tribunaux administratifs résulte de défauts – peut-être bien rédhitoires¹³ – qui existaient dès la mise en place de ces systèmes. Les défauts en question ont fait l'objet de critiques des plus claires de la Cour. Ces critiques ont trouvé leur expression, comme nous l'avons vu, dans le dernier avis consultatif que la Cour a dû donner en la matière; elles ont été aussi développées dans l'opinion individuelle du juge Cançado Trindade et la déclaration du juge Greenwood jointes à l'avis¹⁴.

¹¹ Voir *C.I.J. Recueil 2012*, p. 30, paragr. 46.

¹² *Ibid.*, p. 31, paragr. 48. (Italiques ajoutés.)

¹³ Les défauts inhérents à cette procédure ont été très bien mis en lumière par M. Dražen Petrović dans sa contribution aux Mélanges Vukas: «Wrong Address? Advisory Opinion of the ICJ on the Judgment N° 2867 of the ILOAT upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development», dans Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić et Trpimir Šošić (dir. de publication): *Contemporary Developments in International Law – Essays in Honour of Budislav Vukas* (Brill, 2015), pp. 729-754.

¹⁴ Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 10; Déclaration de M. le juge Greenwood, jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 10.

Part III

Milestones of the Tribunal's case law

Partie III

Grandes étapes de la jurisprudence du Tribunal

■ DONATA RUGARABAMU

Milestones in the jurisprudence of the International Labour Organization Administrative Tribunal: Guiding international organizations and their personnel in addressing harassment

■ JEAN-DIDIER SICAULT

Le contrôle du Tribunal en matière salariale dans le cadre du régime commun des Nations Unies

■ SIGRID ARLEN

La notion de fonctionnaire international

■ LAURENCE FAUTH

Due process and equality of arms in the internal appeal: New developments from Judgments 3586 and 3688

MILESTONES IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION ADMINISTRATIVE TRIBUNAL: GUIDING INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THEIR PERSONNEL IN ADDRESSING HARASSMENT

DONATA RUGARABAMU

Deputy Legal Counsel, Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO).

She has served in a number of intergovernmental organizations, including the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons, the United Nations Environment Programme, the United Nations Compensation Commission and the Commonwealth Secretariat. In the early years of her career, she was employed at the Lauterpacht Research Centre for International Law of the University of Cambridge.

She earned her legal qualifications at the University of Cambridge and the London School of Economics and Political Science, and is a Member of the Bar of England and Wales. She is a member of the Advisory Board of the African Association of International Law.

The views expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the views or position of FAO. The author wishes to acknowledge the assistance provided by Ms Stéphanie Turcot and Ms Adriana Bonomo in research for this article.

Introduction

The organizations of the United Nations System employ many thousands of personnel who are located in all corners of the globe. Although scattered across the world, these organizations must ensure that core values are upheld in every duty station. Against this background, the International Labour Organization Administrative Tribunal (hereinafter, the Tribunal) serves as an independent safeguard of the rule of law in the context of the global international civil service.

All too often, jurisprudence is considered primarily from the perspective of the legal practitioner, and perceived as far removed from the day-to-day reality of working life. However, the principles articulated in the jurisprudence of the Tribunal are, regrettably, the outcome of real life situations in which the relevant principles governing the international civil service may have been infringed. The Tribunal's jurisprudence points the way forward for international organizations, calling on them not only to rectify past wrongs in individual cases, but also to prevent future infringements of applicable principles. This jurisprudence is thus an important part of the armoury for preventing and addressing harassment.

The milestones

This article explores three milestones in the Tribunal's jurisprudence concerning harassment. During this exploration, it will also touch upon other case law. These examples illustrate the Tribunal's guidance to organizations and their personnel on how to identify and properly address harassment. The three cases have been selected because they deal with, respectively, institutional harassment, mobbing and sexual harassment. They illustrate the common threads that run through all harassment cases (such as due process requirements and obligations of investigation), and in some instances also reflect the special considerations that may apply to a particular type of prohibited conduct. The judgments deserve to be read in their entirety. The facts are briefly described below.

Firstly, in Judgment 3250, the Tribunal addressed institutional harassment, defined as "vertical top-down harassment".¹ In that case, a staff member was in-

¹ Based on the definition of the National Consultative Commission on Human Rights of France. See Judgment 3250 (2014), consid. 1.

formed in 2003 that her post would be abolished. It appears that, at the time the Tribunal delivered in public its Judgment in 2014, the complainant had still not been placed in a secure position. During the intervening period, there were a number of administrative actions, such as her transfer to a position in a different duty station for which she was not fully qualified, the refusal to later transfer her to an identical position at her former duty station on the grounds that she was not fully qualified, the selection of an external candidate who did not participate in the competition for one of the vacancies for which she had applied, her assignment to a post and the immediate cancellation of that assignment on the basis that she lacked a necessary language requirement. The organization had also failed to provide her with annual performance appraisals for ten years. The Tribunal qualified this cumulative series of actions as institutional harassment.

Secondly, the Tribunal considered mobbing in Judgment 2524.² The facts of the case reflect a long series of instances of unpleasant behaviour towards the complainant, including inappropriate comments made to her in front of other colleagues, isolation from colleagues who were instructed not to collaborate with her, the circulation of rumours and gossip about her which she was not given an opportunity to rebut and which the manager concerned appeared to condone and even repeat. Also, the attitude of her supervisor towards her fluctuated greatly, ranging from praise to criticism. In addition, the complainant's car was vandalized and she was sent an offensive anonymous letter. The Tribunal concluded that, taken collectively, these acts constituted mobbing, particularly in light of the lack of due process accorded to the complainant when these various incidents occurred.

Thirdly, the Tribunal delivered a series of judgments concerning a case of sexual harassment and its consequences. This litigation amply illustrates how matters can take on a life of their own if they are not fully and promptly addressed. The case that led to Judgment 1376 concerned a negative performance appraisal which was motivated by the complainant's rejection of the sexual advances of her supervisor.³ The complainant was not shown the appraisal but its contents were shared with those who may have given her opportunities for future employment. Despite her complaints, no investigation was conducted into the complainant's allegations about her supervisor. She challenged the non-renewal of her appointment, referring *inter alia* to the conduct of her supervisor. Before the Tribunal, the organization addressed only the question of receivability, without rejecting the complainant's account of the facts, including her allegations against her supervisor. The Tribunal determined that the organization had failed to protect the staff member, who was a victim of sexual harassment. Subsequently, having undertaken an investigation which determined there had been no sexual harassment, the organization requested a review of Judgment 1376.

² Judgment 2524 (2006).

³ Judgment 1376 (1994).

In Judgment 1504, the Tribunal declined to reopen the case finding that the organization could have defended itself in the initial proceedings, rather than limiting itself to addressing receivability.⁴ Thereafter, the supervisor filed an appeal, asserting that the organization had failed to protect him. When examining the supervisee's complaint, the organization had neither asked the accused to give his version of events nor informed him that an allegation of sexual harassment had been made against him. The Tribunal confirmed that, in such cases, there should be full and proper inquiries that respect the rights of the accused. Subsequently, the supervisee filed an application for execution of Judgment 1376. In its Judgment 1731, the Tribunal dismissed her application, finding that the organization had executed and complied with Judgment 1376.⁵ The supervisee then sought compensation for the damage she had allegedly suffered as a result of publicity given to the report of the investigation, and she challenged the conduct of the investigation initiated after delivery of Judgment 1376. The Tribunal, in Judgment 1758, dismissed this complaint, observing that she had declined to appear before the investigation panel.⁶

These milestone judgments illustrate, as further elaborated below, that there is a profound logic in the Tribunal's determinations. This jurisprudence clarifies that the duty to provide a safe and secure workplace, respect for due process, and the principle of good faith, must guide the actions of an international organization and its personnel when confronting allegations of harassment.

The broad scope of “harassment”

Harassment is universally recognized as behaviour that violates the core principles governing the international civil service. As set forth in the United Nations Standards of Conduct for the International Civil Service (“the Standards of Conduct”), “[h]arassment in any shape or form is an affront to human dignity and international civil servants must not engage in any form of harassment”.⁷

Consistent with the Standards of Conduct, organizations have adopted rules and procedures to address harassment in the workplace. While the Tribunal assesses each case on the basis of the rules of the organization concerned,⁸ there is considerable consistency amongst international organizations as to the definition of

⁴ Judgment 1504 (1996).

⁵ Judgment 1731 (1998).

⁶ Judgment 1758 (1998).

⁷ See paragraphs 21 and 22 of the 2013 Standards of Conduct, available at: <<https://icsc.un.org/resources/pdfs/general/standardsE.pdf>> [accessed 18 August 2017].

⁸ Article II(1) of the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, adopted by the International Labour Conference on 9 October 1946, last amended 7 June 2016, available at: <http://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang-en/index.htm> [accessed 17 August 2017].

harassment in their rules and the consequences of such prohibited conduct.⁹ The Tribunal's judgments, therefore, have effects that extend well beyond the immediate case under consideration.

The Tribunal's jurisprudence has been particularly significant in clarifying the nature and scope of the obligations of organizations with respect to allegations of harassment, and the consequent expectations placed upon those in positions of authority. The three cases highlighted in this article, and a long series of earlier decisions, confirm that the Tribunal's conclusions in any given case addressing an allegation of harassment are premised upon whether the fundamental duty to provide a safe and secure workplace has been met. The types of action or omissions that may constitute harassment are varied. Thus, they may include deliberate attempts to belittle or humiliate a person (for example, by making demeaning comments in meetings), as well as more "passive" actions, such as isolating a person or not giving them work.¹⁰

In many cases addressing alleged harassment, the difficulty lies in determining whether, for example, a clash of personalities or working styles amounts to harassment. In this context, the Tribunal's jurisprudence has underlined that harassment is to be determined in light of behaviour rather than intent, unless that is explicitly required by the rules of the organization concerned.¹¹ The Tribunal has consistently rejected arguments based on the lack of intention to cause offence if no such requirement exists in the applicable rule.¹² The presence of prejudice

⁹ Thus, for example, in the case of the FAO, harassment is defined as "any improper and unwelcome conduct by an individual or group of individuals that is directed at, and offensive to, another person and that the individual(s) knew, or reasonably ought to have known, would cause offence or harm to that person. Harassment does not have to be intentional or deliberate. Harassment may take the form of words, gestures or actions which tend to annoy, alarm, abuse, demean, intimidate, belittle, humiliate or embarrass another or which create an intimidating, hostile or offensive work environment. Harassment normally implies repeated incidents." *Policy on the Prevention of Harassment, Sexual Harassment and Abuse of Authority, Administrative Circular 2015/03*, 15 January 2015.

¹⁰ See, for example: Judgment 2524, consid. 28; Judgment 3377 (2014), consid. 13; Judgment 1376, consid. 19.

¹¹ As reflected in Judgment 3400 (2015), consid. 7: "Harassment occurs if there is 'improper behaviour by a person that is directed at, and is offensive to, another individual and which the person knew or ought reasonably to have known would be offensive'. Whether behaviour is improper or not depends on the content of the behaviour, not intention. At least ordinarily, whether the behaviour is directed at and whether it is offensive to another person does not, again, depend on intention or at least an intention to harass. Also the definition [of the organization concerned] allows for the possibility that the person engaging in the improper behaviour did not know it was offensive but ought reasonably to have known. At least in this latter circumstance, intention would be irrelevant. These comments broadly correspond with the jurisprudence of the Tribunal on the question of mobbing (see, for example, Judgment 2524, consideration 25)."

¹² See Judgment 2524, consid. 25; Judgment 3692 (2016), consid. 18; Judgment 3871 (2017), consid. 12.

or malice may, nevertheless, go towards establishing that behaviour which may *prima facie* be reasonable in fact constitutes harassment.¹³

Harassment may be characterized by a single incident or a series of accumulating incidents.¹⁴ The jurisprudence suggests that a series of incidents should be assessed in light of their collective effect.¹⁵ The accumulation of incidents is particularly relevant in the context of allegations of institutional harassment, which will often comprise the mismanagement of a series of administrative actions.¹⁶ Mobbing may also be established through a series of individual incidents which have a cumulatively egregious effect. For example, in the case addressed in Judgment 2524, a series of events collectively constituted harassing behaviour even though, if taken individually, they may not have amounted to harassment even if they were unpleasant.¹⁷ Thus, when allegations of harassment arise, those responsible for addressing them must look at the actions complained of in their overall context.

An important misconception is that harassment giving rise to an organization's liability extends only to conduct taking place in the workplace and/or in the course of the performance of official functions. On the contrary, harassment that an organization is obliged to address may occur outside the workplace and outside normal professional interactions. Thus, in the case addressed in Judgment 1376, the Tribunal confirmed that an organization is liable for the behaviour of a supervisor that is clearly incompatible with the proper performance of official functions. This was recently reaffirmed in Judgment 3682, where the Tribunal, citing examples of the behaviour which led to the termination of the complainant's employment, confirmed that

matters within a staff member's private life are relevant only to the extent that they may affect the staff member's performance of official duties. However, an allegation of harassment is not about the performance of official duties. Instead, it concerns an employee's conduct that has a

¹³ See Judgment 2524, consid. 25: "... [the Joint Appeals Panel] proceeded on the basis that it was necessary to establish an intention to 'intimidate, insult, harass, abuse, discriminate or humiliate a colleague' and concluded that there must be 'bad faith or prejudice or other malicious intent' before that intention could be inferred. That is not correct. Harassment and mobbing do not require any such intent. However, behaviour will not be characterised as harassment or mobbing if there is a reasonable explanation for the conduct in question. (See Judgment 2370, under 17.) On the other hand, an explanation which is *prima facie* reasonable may be rejected if there is evidence of ill will or prejudice or if the behaviour in question is disproportionate to the matter which is said to have prompted the course taken."

¹⁴ Judgment 2067 (2001), consid. 16.

¹⁵ Judgment 2100 (2002), consid. 14.

¹⁶ Judgment 3250 (2014), consid. 9: "The Tribunal notes that intent is not a necessary element of harassment and, in this case, it is not a single episode which creates the problem, but instead it is the accumulation of repeated events which deeply and adversely affected the complainant's dignity and career objectives. ... [T]he Tribunal is of the opinion that this administrative wrongdoing can be defined as institutional harassment."

¹⁷ Judgment 2524, consid. 26.

deleterious impact on the dignity and wellbeing of another employee. It is for this reason that a determination as to whether any particular act or series of acts amount to harassment can only be made after a careful consideration of the relevant events and an examination of them in the broader context. In the present case, there was a real and substantial nexus between the complainant's conduct and the workplace.¹⁸

Indeed, an organization is liable for the misconduct of its managers and a matter may be justiciable before the Tribunal even where a complainant does not necessarily point to a specific decision taken by the organization. Thus, in Judgment 1609, the Tribunal addressed a case of multiple complaints against a supervisor who engaged in disrespectful and demeaning behaviour. The Tribunal considered:

How far may the Tribunal, acting *proprio motu*, hold an organisation liable for the injury that one staff member's misconduct may cause another when that injury is not attributable to any decision – be it lawful or not – or to mismanagement but to irrational behaviour extraneous by its very nature to the performance of duty such as, say, an act of violence, or sexual harassment, or theft? An organisation will of course not be liable for private misconduct of an employee that has no link with the performance of duty. But misconduct in the context of employment is another matter. When someone whom the organisation has appointed to act as supervisor or director commits an abuse of authority, the subordinate who suffers injury thereby is entitled to damages... The whole drift of the evidence before the Tribunal is that someone on whom the [organization] had conferred much authority saw rough language and rough behaviour as not incompatible with his exercise of it. They were therefore part and parcel of the performance of his duties, and on that account the Organization is liable.¹⁹

This judgment is far-reaching, but not surprising, in light of the fundamental duty of an organization to provide a safe and secure working environment. To escape liability because there was no individual final decision taken by the Organization, or because an individual abused authority through actions clearly outside of the functions for which that authority was granted, would offend against justice.

As clearly stated in the Standards of Conduct, harassment is a particularly serious form of misconduct.²⁰ Harassment, as the Tribunal has observed, requires an additional element. Organizations, and those who act for them, must be able to identify the nature of a particular type of conduct in order to ensure that they take suitable action. Broadly stated, there may be incidents which are inappropriate but which do not constitute misconduct, as there may be incidents which constitute misconduct but not harassment, and there may be misconduct which does constitute harassment.

Thus, in Judgment 2067, the Tribunal, while considering the tone and terms used in a particular workplace unjustifiable, confirmed that they could not be regarded as administrative harassment “given the state of relations in the department and

¹⁸ Judgment 3682 (2016), consid. 18.

¹⁹ Judgment 1609 (1997), consid. 16.

²⁰ See *supra* note 7.

the tone and terms [the complainant] used in communicating with them”.²¹ Along similar lines, in Judgment 2225 the Tribunal observed that the issue before the internal appeals body “was whether a mismanaged and conflictual work environment had reached the point where it could properly be characterised as harassment” in light of the behaviour and intent defined as harassment in the applicable rules.²² The existence of a difficult and tense workplace does not in and of itself amount to harassment.

Even a failure by an organization to respect a staff member’s dignity will not in all instances amount to harassment.²³ The Tribunal made this careful distinction in Judgment 2524 when it observed with respect to the complainant’s earlier working situation “[w]hatever may have been the position before 18 August 2003 – and it was by no means a situation in which the complainant’s dignity had always been respected – it had by then escalated to a point which is properly described as harassment resulting, in significant part, from the absence of due process”.²⁴

On a day-to-day basis, the situation may not be clear cut. This is also because the line between incompetence and/or weak management and its consequences and harassment can be blurred. Similarly, the line between a justified but unwelcome administrative decision and harassment can sometimes be difficult to discern. The Tribunal has confirmed that bad management will not necessarily amount to harassment. In Judgment 2225, having regard to the applicable definition of harassment in that case, the Tribunal clarified that “there is no inconsistency in a finding of managerial incompetence and a failure to find harassment. As [the relevant rule] makes clear, something additional is necessary, for example, intention to belittle, before management practices can properly be characterised as harassment”.²⁵

Nevertheless, there *is* a line which, once crossed, transforms mismanagement into harassment. This is amply illustrated by the Tribunal in its Judgment 3250, where it stated that:

[w]hile the conduct of management which is necessary and reasonable would not constitute harassment, the present case demonstrates how continued mismanagement showing gross negligence on the part of the Organization cannot justify any longer the “managerial need” for the repeated temporary transfers of the complainant which had an ill effect on her. Taken individually, the isolated incidents (...) can perhaps be considered as improper but managerially justified, but taken

²¹ Judgment 2067 (2001), consid. 14.

²² Judgment 2225 (2003), consid. 22.

²³ See Judgment 2067, consid. 16–17, where allegations of administrative harassment were rejected, but the Tribunal concluded that the organization concerned failed “in the duty incumbent on all international organizations to treat staff members with dignity and avoid causing them undue and unnecessary injury”.

²⁴ Judgment 2524, consid. 30.

²⁵ Judgment 2225, consid. 26.

as a whole the effect is much more damaging to the complainant and can no longer be excused by administrative necessity.²⁶

Similarly, in Judgment 3315, the Tribunal recalled “that where a specific intentional example of institutional harassment is not identifiable, a long series of examples of mismanagement and omissions by an organisation, which compromises the dignity and career of an employee, may represent institutional harassment”.²⁷ As addressed in Section V below, this is not limited institutional harassment; repeated mismanagement or inappropriate behaviour by an individual can constitute harassment by that individual.

The brief overview above as to the scope of the definition of harassment illustrates that situations where the characterization of an act or omission as harassment is not always clear cut. Arguably, this simply reflects the fact that these allegations arise in the context of human interactions. In this context, the Tribunal’s jurisprudence provides practical indicators that assist organizations in assessing whether their core values are being upheld or not.

Organizations’ obligations of action

The fundamental obligations of organizations when harassment has, or is alleged to have, occurred are set forth in a long line of judgments, and are helpfully summarized in Judgment 3692:

In Judgment 2552, under 3, the Tribunal stated that when an accusation of harassment is made, an international organisation must investigate the matter thoroughly and accord full due process and protection to the person accused. The organisation’s duty to a person who makes a claim of harassment requires that the claim be investigated both promptly and thoroughly, that the facts be determined objectively and in their overall context (see Judgment 2524), that the law be applied correctly, that due process be observed and that the person claiming, in good faith, to have been harassed not be stigmatised or victimised on that account (see Judgments 1376, under 19, 2642, under 8, and 3085, under 26).²⁸

The Tribunal has clearly directed organizations that it is no defence to fail to take steps to address allegations of harassment simply because the staff member concerned has not triggered the correct internal procedures when the staff member has made a clear allegation of harassment.²⁹ In the case addressed in Judgment 3660, the organization argued that the complainant ought to have submitted a harassment complaint in accordance with the existing provisions. The Tribunal rejected this, explaining that the organization’s “duty of care required it to forward the harassment complaint on its own initiative to the bodies which, it

²⁶ Judgment 3250, *consid.* 10.

²⁷ Judgment 3315 (2001), *consid.* 22.

²⁸ Judgment 3692, *consid.* 18.

²⁹ Judgment 3608 (2016), *consid.* 6: “A staff member claiming harassment need not articulate the claim with the clarity or precision that might be expected of a lawyer drafting pleas. Any claim reasonably understood as raising an allegation of harassment must be investigated.”

says, are competent to entertain it, or at least to provide the complainant with guidance as to the procedure to be followed, since the legal possibilities it mentions are far from clear to the servants concerned”.³⁰

Nevertheless, it appears that an organization may be excused from initiating an investigation if there is no clear allegation of harassment, as reflected in Judgment 3608. In that case, the Tribunal observed that “[t]o say that conduct at times verged on harassment does not involve a clear allegation of harassment and could not reasonably, in this case, be viewed as a claim of harassment which required investigation. Rather, it was, in a sense, an acceptance by the complainant that although the conduct of the staff members was, in her opinion, reprehensible it did not constitute harassment.”³¹

The Tribunal has also indicated that the requirement of a final decision may be met through actions that do not strictly follow the established internal processes. Thus, in Judgment 3777, the Tribunal determined that a complaint alleging harassment was receivable when an organization had decided that the complainant’s internal harassment complaint should not be referred for investigation, having assessed that the accusations of harassment were insufficiently well founded. The Tribunal concluded that, by so doing, the organization had “in effect, dismissed the complainant’s internal harassment complaint on review and closed the file”.³² By contrast, it would appear that a complaint will normally be irreceivable if a complainant has not taken any steps to lodge a harassment complaint under internal procedures. For example, Judgment 3791 concerned a staff member who in correspondence complained of behaviour “tantamount to harassment”, and in a letter seeking reimbursement of medical expenses referred to her physician’s opinion in that her work conditions had caused certain medical symptoms. She argued that the organization should have initiated a harassment investigation on the basis of this correspondence, but had not alleged harassment until she was before the Tribunal. In this case, the Tribunal determined the case to be irreceivable because there was no final decision concerning the lack of an investigation into alleged harassment, stating that the complainant should have filed an internal appeal against an implied rejection of her request for a harassment investigation.³³

While these cases appear to confirm that a staff member must have taken some action internally for a complaint to be receivable, they also serve as a warning to organizations to very carefully consider the specific wording used in an expression

³⁰ Judgment 3660 (2016), consid. 7.

³¹ Judgment 3608, consid. 6.

³² Judgment 3777, consid. 15. See also Judgment 1609, in which the Tribunal ruled that there was no requirement to point to a specific impugned decision. In that case, the complainants had complained to the organization concerned about their supervisor’s behaviour.

³³ Judgment 3791 (2017), consid. 7.

of grievance. The lack of an explicit and formal complaint of harassment filed through the established procedures does not, in itself, discharge an organization from the obligation to conduct an investigation.³⁴

Indeed, there are very limited circumstances in which an organization is not obliged to take action in respect of explicit allegations of harassment. One such exceptional circumstance is where a settlement agreement has been agreed in which the staff member undertakes not to initiate any new appeals or complaints against the organization related to specified grievances. In Judgment 3867, in rejecting a complaint, the Tribunal explained that “the exception that is made to [the Director-General’s obligation to act on complaints of harassment or abuse of power that are submitted to him] is simply a consequence of the complainant’s undertaking not to file such a complaint and, contrary to the complainant’s submission, that does not constitute a breach of a mandatory requirement”.³⁵

Not only must organizations act, but they must act promptly when confronted by alleged harassment. All organizations will, from time to time, face various administrative and bureaucratic challenges in implementing the procedures established under their rules. This is, however, no excuse for delay. An organization is responsible for ensuring the availability of appropriate and efficient recourse mechanisms designed to protect both the alleged victims and those accused of harassment. The Tribunal is fully aware of the challenges organizations face. For example, in Judgment 3831 it noted that delay in that specific case had resulted from difficulties communicating with the complainant while she was on extensive periods of sick leave; difficulties identifying and securing the availability of several witnesses who were absent from the office on long-term missions; the complainant’s updating of her allegations on several occasions, which, in turn, widened the investigation and called for more witness interviews and the collection of additional documentation; the voluminous documentation submitted by the complainant both initially and during the course of the investigation; and time spent in an attempt to resolve the matter informally. All organizations will, at some stage, have experienced some or all of these challenges. Nevertheless, organizations must be aware that factors such as these are not an incontestable excuse for delay. In that factually complex case, while the Tribunal did not consider a 25-month delay in the investigation of the complaint to be “unreasonable”, it did consider it to be “inordinate”.³⁶

³⁴ The duty to conduct a full and objective investigation has been particularly underlined by the Tribunal in the context of sexual harassment cases. As clarified by the Tribunal in Judgment 1376, *consid.* 19, “[a]ny organisation that is serious about deterring sexual harassment and consequential abuse of authority by a superior officer must be seen to take proper action. In particular, victims of such behaviour must feel confident that it will take their allegations seriously and not let them be victimised on that account.”

³⁵ Judgment 3867 (2017), *consid.* 6.

³⁶ Judgment 3831 (2017), *consid.* 27.

Furthermore, an organization cannot use later action to investigate a harassment complaint to excuse an earlier failure to do so. This was made very clear in Judgment 1504, in respect of which the organization concerned filed an application for review of Judgment 1376. Having not done so previously, after delivery of Judgment 1376 the organization established an *ad hoc* grievance panel, which concluded that there had been no sexual harassment. The organization asked the Tribunal to review Judgment 1376, taking into account the panel's reporting, stating that the "finality of Judgment 1376 would be unjust" particularly *vis-à-vis* the accused.³⁷ The Tribunal declined to reopen the case, observing that the investigation panel was not a "new fact"; the organization could have addressed the supervisor's situation in the initial proceedings and it was liable for its failure to do so. The Tribunal also clarified that the organization "was vicariously liable" for the supervisor's actions and it was up to the organization to have defended itself against the complainant's claim in the earlier proceedings.³⁸

In addressing alleged harassment, organizations are strictly bound to respect due process rights. Moreover, whether or not harassment has occurred may be assessed, in some cases, on the basis of whether there has been a denial of due process when the alleged incidents of harassment took place, as the Tribunal very clearly did in Judgment 2524.³⁹

In this context, it is noted that the Tribunal has underscored that an organization's obligation to provide a safe and secure workplace, and its related duty of care, applies not only to the alleged victim but also to the accused.⁴⁰ Once again, the series of litigations addressed in Judgments 1376 and 1504 provide guidance. In Judgment 1619, the Tribunal addressed the accused's complaint that the "Organization has caused him injury by failing to defend his good name". The Tribunal clarified that "[w]hen a staff member makes charges as serious as sexual harassment an organisation must do its utmost to afford protection. But it must at the same time carry out a full and proper inquiry that respects the rights of the accused".⁴¹

³⁷ Judgment 1504 (1996), consid. 6.

³⁸ *Ibid.*, consid. 9.

³⁹ Judgment 2524, consid. 27: "It follows from the foregoing that the approach of the Joint Appeals Panel to the question of harassment and mobbing was seriously flawed. Because the decision of 18 October 2004 relating to those claims was based upon the report of the Joint Appeals Panel, the decision must, to that extent, be set aside. A question arises as to the course that should now be taken. Unusually, the material is such as to enable the Tribunal to decide that issue for itself, primarily by reference to the denial of due process."

⁴⁰ Judgment 3104 (2012), consid. 6.

⁴¹ Judgment 1619 (1997), consid. 6.

The Tribunal's jurisprudence, as briefly outlined above, demonstrates that the actions that an organization is meant to take in addressing alleged harassment are driven by, and flow from, the fundamental obligation of the duty to provide a safe and secure workplace. Each organization would do well to specifically consider workplace conditions and, in particular, each incident of alleged harassment, in light of this core obligation, and ask itself whether it can properly be said to fulfil it.

The obligations of managers

Organizations act through their personnel. As stated in the Standards of Conduct, "[m]anagers and supervisors are in positions of leadership and it is their responsibility to ensure a harmonious workplace based on mutual respect".⁴² In the context of addressing harassment, organizations must rely on their managers and supervisors to understand and distinguish between prohibited conduct and legitimate, but possibly unpopular or badly handled, actions.⁴³ This applies to their own actions and omissions, as well as those of others. Furthermore, these individuals must uphold, and be seen to uphold, the core values of the United Nations System.⁴⁴ Managers and supervisors are, simply stated, the "front line".

As role models, managers and supervisors must police their own behaviour.⁴⁵ So, for example, in Judgment 2524, the Tribunal paid particular regard to the behaviour of the complainant's supervisor, which appears to have played a significant factor leading to the conclusion that there had been mobbing in that case.⁴⁶ In this context, it is noteworthy that the Tribunal considered the right to due process not only in the context of addressing grievances once they had been explicitly articulated, but also its application on a day-to-day basis in the office. For example, the Tribunal observed that "it is also clear from the above-mentioned reports and memoranda that [the supervisor] was prepared to accept the statements of others relating to the complainant without investigating their accuracy and without

⁴² Standards of Conduct, *supra* note 7, para. 16.

⁴³ The Tribunal has confirmed that an unpopular decision is not in itself harassing. For example, the Tribunal observed, at consideration 12 of Judgment 2025 (2001), while the evidence showed that the complainant had been unhappy over the course of his career about decisions concerning his assignments and grade – which he did not contest at the time, there was "no evidence of harassment or systematic wrongdoing" on the part of the organization concerned. Similarly, in Judgment 2067 (2001), *supra* note 15, the Tribunal confirmed that taking a decision with which a staff member disagrees does not constitute administrative harassment, observing that "such decisions fall within the Director-General's authority over the organisation of work and within the principle of hierarchy applied in international organisations by virtue of which supervisors have a right and a duty to give orders to their subordinates which the latter are bound to obey while retaining the right to appeal against any decision that causes them injury."

⁴⁴ Manager and supervisors "serve as role models and they have therefore a special obligation to uphold the highest standards of conduct", Standards of Conduct, *supra* note 7, para. 17.

⁴⁵ The Standards of Conduct prohibit abuse of authority or use of power or position in a manner that is offensive, humiliating, embarrassing or intimidating to another person; see *supra* note 7, para. 22.

⁴⁶ See Judgment 2524, *consid.* 29.

giving the complainant an opportunity to answer what was said against her. She was thus denied due process. He was also prepared to repeat those statements to others which only aggravated that denial”.⁴⁷ It is clear that respect for due process rights is an intrinsic element of the standards to be upheld in the context of assuring an appropriate work environment.

In sum, the Tribunal’s milestone judgments confirm that organizations must ensure that managers and supervisors have the appropriate knowledge, and display the appropriate behaviour, so that a safe and secure workplace is assured as they are the actors who give effect to the organization’s obligations and decisions.

Obligations of complainants

Relations between organizations and their personnel must be underpinned by good faith. Thus, those alleging harassment are also under certain obligations.

Good faith calls for a certain standard of behaviour, even when alleging that one has been the subject of harassment. Thus, for example, in Judgment 3831, in addressing the complainant’s pleadings, the Tribunal observed that “while it should not happen, an erroneous statement in a pleading may occur due to inadvertence. However, inadvertence cannot account for the complainant’s multiple mischaracterizations of events and statements in reports in her pleadings. Additionally, the expression of overt hostility is disrespectful and has no place in pleadings”.⁴⁸

Furthermore, the burden of proof lies with the person making the allegation. It is not sufficient for a complainant to simply make unsupported allegations. Indeed, in light of the potential consequences for the accused in cases of alleged harassment, complaints must amount to more than mere name-calling. Thus, although harassment may be difficult to establish, the general principle governing the burden of proof applies equally to complaints alleging harassment. As stated by the Tribunal in Judgment 2100, “an allegation of harassment must be borne out by specific facts, the burden of proof being on the person who pleads it, and that an accumulation of events over time may be cited to support an allegation of harassment (see for example Judgment 2067, *in re Annabi No. 2*, under 5 and 16)”.⁴⁹

Moreover, the Tribunal’s jurisprudence appears to suggest that staff members are expected to have made efforts to act in respect of conduct that may amount to, or be developing towards, harassment. Thus, in Judgment 2186, the Tribunal clarified that “staff members too must contribute to averting, or at least limiting,

⁴⁷ *Ibid.*, consid. 28.

⁴⁸ Judgment 3831, consid. 30.

⁴⁹ Judgment 2011(2017), consid. 13. See also: Judgment 3692, consid. 19; Judgment 3871, consid. 13.

any injury. The complainant ought to have objected immediately to the way she was treated.”⁵⁰

Finally, it is noted that the Tribunal has not specified to what degree, if any, the conduct of the alleged victim may be relevant in determining whether or not harassment has occurred. While it has observed in certain cases that a complainant’s behaviour has contributed to an unsatisfactory situation in the workplace,⁵¹ it is unclear how far this is considered when assessing whether there has in fact been harassment. Arguably, in light of an organization’s duty of care, it would not be a significant or determinative consideration. As clarified in Judgment 2524, even if a staff member’s behaviour is inappropriate or disruptive, this does not nullify an organization’s obligation to provide that staff member with a safe and secure workplace.⁵² The fact that others may apparently consider a colleague to be disruptive is no excuse for actions that amount to harassment against that colleague.

Conclusion

Ultimately, each incident or series of incidents that culminates in litigation involves human beings and their interactions. As briefly outlined in this article, in a number of milestone judgments, the Tribunal has confirmed the need for careful oversight and a deep understanding of the workplace on the part of organizations and those who act on their behalf. In the absence of this, an organization is unable to discharge its obligation to provide a safe and secure workplace and, in particular, to effectively prevent and address harassment.

The Tribunal, through its jurisprudence, has provided guidance on how organizations can and should identify and promptly deal with conduct that constitutes, or could escalate into, harassment. These milestone judgments not only reflect the state of the law of the international civil service, they can also provide significant assistance to organizations on how to address the lack of factual clarity that so frequently arises in the context of allegations of harassment. By following the very carefully articulated judgments of the Tribunal on harassment cases, United Nations System organizations, as well as their personnel, can take significant steps towards upholding the core values that underpin the international civil service and strengthen the rule of law.

⁵⁰ Judgment 2186 (2003), consid. 4.

⁵¹ For example, Judgment 2524, consid. 28; Judgment 3692, consid. 17; Judgment 2067, consid. 14.

⁵² Judgment 2524, consid. 28–29.

LE CONTRÔLE DU TRIBUNAL EN MATIÈRE SALARIALE DANS LE CADRE DU RÉGIME COMMUN DES NATIONS UNIES

JEAN-DIDIER SICAULT

Chargé du cours de droit de la fonction publique internationale à l'Université Paris II, il enseigne cette discipline depuis 1983. Il est également membre du Comité de rédaction de la *Revue générale du droit international public*.

Avocat, ancien conseiller juridique de l'ACCT (ancêtre de l'Organisation internationale de la francophonie), il conseille, négocie en faveur de, et représente au contentieux, des agents et des organes représentatifs du personnel de quelque 90 organisations internationales. C'est ainsi qu'il a présenté des affaires juridiques devant 15 juridictions administratives internationales. Il a notamment conçu et mis en œuvre la stratégie de défense juridique de la FISCA qui a donné lieu, à la fin de la décennie 1980, à une trentaine de jugements du TANU et du TAOIT. Il conseille également quelques directions d'organisations internationales, en particulier en matière de fonction publique internationale et de privilèges et immunités.

Les lignes qui suivent traitent d'un sujet austère: «le contrôle du Tribunal en matière salariale». Quelques remarques préliminaires sur le sujet. Compte tenu du cadre imparti, je me limiterai aux organisations du régime commun des Nations Unies. Le Tribunal a développé une jurisprudence intéressante et innovante concernant les autres organisations internationales qui ont reconnu sa juridiction, mais l'inclure dans mon exposé aurait exigé de beaucoup dépasser les limites qui lui ont été assignées.

Mon propos est d'évaluer le degré de contrôle exercé par le Tribunal en matière salariale, en particulier en examinant le point de savoir si ce contrôle porte sur les questions techniques relatives à la fixation ou à l'ajustement des salaires.

Je partirai du jugement 1000 rendu le 23 janvier 1990 dans les affaires *Clements et consorts*¹, car auparavant aucun barème de traitements n'avait, à ma connaissance, été censuré. Dans le jugement 1000, la question était de savoir si les avantages que représentait l'accès à un économat à Vienne pourraient ou non être pris en compte dans la comparaison à effectuer dans le cadre d'une enquête salariale.

Le Tribunal a tranché la question en droit, négativement, mais, nouveauté remarquée, il s'est livré à une critique non déguisée de la méthode suivie par la Commission de la fonction publique internationale (ci-après CFPI) pour évaluer l'avantage en question. Il déclare en effet:

[...] Il ne sera, dès lors, pas nécessaire d'examiner en détail les critiques formulées par les requérants au sujet de la manière dont cet avantage a été évalué et répercuté sur le barème des traitements. Il suffit de retenir que la méthode appliquée par la commission, fondée sur des estimations forfaitaires extrêmement aléatoires, ne peut être tenue pour acceptable dans le cadre d'une investigation destinée à se répercuter en fin de compte sur le niveau des rémunérations d'une catégorie importante du personnel de l'organisation et même indirectement sur le niveau des pensions².

C'est à partir de ce moment-là qu'on a pu raisonnablement envisager la possibilité d'un contrôle plus «technique» de la part du Tribunal en matière salariale.

Après ces remarques préliminaires, je voudrais vous proposer l'idée suivante: je crois que la jurisprudence du Tribunal s'articule autour de deux positions contraires qui

¹ *In re Clements, Patak et Roedl*.

² Jugement 1000 (1990), consid. 18.

tendent à s'équilibrer, un peu comme un couple de forces en physique. D'un côté, le Tribunal marque ses distances par rapport à la matière salariale, de l'autre, il exerce, dans certaines affaires, un contrôle de plus en plus étendu et de plus en plus poussé en matière salariale, y compris sur le plan technique.

Je voudrais donc me pencher, dans un premier temps, sur la position du Tribunal selon laquelle il marque ses distances par rapport à la matière salariale. Pour ce faire, le Tribunal procède à deux affirmations: il proclame son extériorité aux questions salariales; corrélativement, il affirme n'exercer qu'un pouvoir de contrôle restreint.

Premièrement, le Tribunal proclame son extériorité aux questions salariales. Si on analyse la jurisprudence du Tribunal, on y trouve trois types d'observation se rattachant à cette position.

En premier lieu, le Tribunal affirme qu'il ne saurait intervenir dans la formulation d'une politique salariale dans le jugement 1265: «[...] le juge ne saurait intervenir dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, ni dans la formulation de la politique salariale qui l'inspire»³, ainsi que dans le jugement 1498:

Il ressort très clairement de la jurisprudence que la détermination des barèmes de salaire relève du pouvoir d'appréciation de l'organisation. C'est en effet ce qu'a reconnu le Tribunal dans ses jugements 1000 (affaires Clements, Patak et Rödl) et 1265 (affaires Berlioz et consorts). Au considérant 26 de ce dernier jugement, le Tribunal a tenu à préciser qu'il ne saurait intervenir dans la formulation de la politique salariale sur laquelle se base l'exercice de ce pouvoir d'appréciation [...]»⁴.

En deuxième lieu, le Tribunal déclare qu'il ne saurait intervenir dans l'exercice du pouvoir d'appréciation inhérent à la détermination des salaires⁵.

En troisième lieu, le Tribunal invoque la technicité des questions salariales pour fonder sa position, par exemple lorsqu'il déclare dans le jugement 1840: «[...] le choix d'une méthode destinée à appliquer un principe est dans une large mesure une question technique relevant du pouvoir d'appréciation; il ne peut être revu et sanctionné par le Tribunal que dans le cadre d'un contrôle restreint»⁶.

Deuxièmement, et corrélativement, le Tribunal affirme n'exercer qu'un pouvoir de contrôle restreint.

En premier lieu, dans le jugement 1776, le Tribunal procède à un énoncé classique du contrôle restreint, qu'il dit exercer en matière salariale:

³ Jugement 1265 (1993), consid. 26.

⁴ Jugement 1498 (1996), consid. 14.

⁵ Voir *supra* notes 4 et 3.

⁶ Jugement 1840 (1999), consid. 2.

La détermination de l'ajustement de poste relève de la compétence de la CFPI, telle qu'elle ressort des articles 10 et 11 de son Statut. L'accomplissement de cette fonction de la Commission est régi par des règles techniques. Le Tribunal rappelle que, n'étant pas une instance technique, il a un pouvoir de contrôle qui se limite à vérifier la compétence de l'organe qui prend la décision, l'observation des règles de procédure, l'absence d'erreurs de fait ou de droit, la prise en considération des éléments essentiels, la compatibilité des conclusions avec les pièces du dossier et l'absence d'un détournement de pouvoir⁷.

En deuxième lieu, le Tribunal innove en adaptant son énoncé traditionnel du «contrôle restreint» au contrôle du pouvoir d'appréciation exercé par la CFPI, lorsqu'elle choisit une méthode. Ainsi, dans son jugement 1713, il précise que:

[...] si des facteurs spécifiques sont méconnus ou mal évalués, si la méthode est instituée afin de réduire artificiellement le niveau des salaires comparatifs à prendre en compte, si une simplification est retenue dans le but essentiel de hâter le processus de décision sans égard pour les intérêts des agents, le juge doit censurer les appréciations ainsi vicieuses⁸.

Cette formulation rappelle, en la développant toutefois, une idée contenue dans le jugement 1265:

[...] même si des facteurs d'appréciation divers doivent être combinés en vue de parvenir à une définition globale des niveaux de rémunération, il est des facteurs spécifiques, dans ce mécanisme de type comparatif, qui sont susceptibles d'être détachés de l'ensemble, et de faire l'objet d'une évaluation critique⁹.

En troisième lieu, il est peut-être utile de remarquer que ces déclarations sur le contrôle restreint exercé par le Tribunal en matière salariale reposent, si on se réfère à ses dires mêmes, sur la remarque selon laquelle «[...] il n'est pas possible d'affirmer qu'un seul système soit légal¹⁰» ou même sur l'observation qu'«[...] aucune méthode ne peut se recommander d'une rigueur scientifique¹¹.» Nous pourrions aussi nous référer à l'idée d'absence de perfection possible en la matière énoncée dans le jugement 1459, lorsqu'il déclare: «Toute la question de l'indemnité de poste est d'une grande complexité, ce qui, ajouté aux changements constants des facteurs que l'ont fait entrer en ligne de compte, signifie que la méthodologie n'atteindra probablement jamais la perfection¹²», et dans le jugement 1603: «En ce domaine, la méthodologie ne peut être parfaite; l'objectif que doivent poursuivre ses auteurs est de parvenir à des analyses aussi équitables que possible et de réduire ainsi au minimum tous les effets pervers que peut comporter tel ou tel mode de calcul¹³.»

⁷ Jugement 1776 (1998), consid. 3.

⁸ Jugement 1713 (1998), consid. 8.

⁹ Jugement 1265 (1993), consid. 28

¹⁰ Jugement 1603 (1997), consid. 6

¹¹ Jugement 1713 (1998), consid. 8.

¹² Jugement 1459 (1995), consid. 10.

¹³ Jugement 1603 (1997), consid. 6.

La conséquence d'une pareille position se retrouve dans le jugement 2420, lorsque le Tribunal déclare: «[...] l'application d'une méthodologie ne peut se faire sans une certaine souplesse, ni sans qu'une marge d'interprétation soit reconnue à l'autorité compétente [...]»¹⁴.

Pour conclure sur ce premier volet, il est donc indéniable que la jurisprudence du Tribunal comprend une position selon laquelle il marque ses distances par rapport à la matière salariale, particulièrement dans ses aspects techniques.

Je voudrais maintenant développer le second volet de la jurisprudence du Tribunal en la matière. Dans le cadre de ce second volet, le Tribunal exerce, dans certaines affaires, un contrôle de plus en plus étendu et de plus en plus poussé en matière salariale, y compris sur le plan technique. À cette fin, le Tribunal a accru le champ de son contrôle salarial et a pénétré de plus en plus profondément, pour son contrôle, dans les méthodologies applicables et leur mise en œuvre.

Premièrement, le champ du contrôle salarial est devenu très étendu.

Au départ était surtout envisagée la conformité de la mesure contestée à une méthodologie. Si on analyse la jurisprudence telle qu'elle s'est développée, on peut maintenant y déceler quatre aspects du contrôle exercé sur un plan juridique.

En premier lieu, la détermination de la norme applicable. Tel est le cas quand le débat porte sur le point de savoir si une ancienne ou une nouvelle méthode avait vocation à s'appliquer. Un bon exemple nous est fourni par le jugement 1458, qui retient l'ancienne méthodologie sur l'élément logement de l'indice d'ajustement, malgré les défauts remarqués par le Tribunal:

Le Tribunal est d'accord pour reconnaître que la commission devait recourir à des méthodologies différentes en raison de la difficulté qu'il y avait à se procurer les données correctes à Genève. Ce n'est pas parce que les défauts de la méthodologie applicable à Genève ont été reconnus que son application antérieure n'est pas valide¹⁵.

En deuxième lieu, le contrôle de validité de la norme appliquée. C'est là un aspect essentiel du contrôle en matière salariale qui appelle de nombreuses remarques de ma part.

Première remarque, la position de principe du Tribunal, rappelée par les jugements 1000 et 1265, est que son contrôle porte non seulement sur la légalité de la mesure individuelle attaquée, mais aussi, par voie d'exception, sur la légalité de la ou des décision(s) réglementaire(s) qui en forme(nt) le support juridique. En effet, dans son jugement 1000 précité, le Tribunal déclare: «[...] tout fonctionnaire international peut, dans un litige portant sur une décision qui le concerne

¹⁴ Jugement 2420 (2005), consid. 15

¹⁵ Jugement 1458 (1995), consid. 16.

directement, invoquer la nullité de toute mesure de caractère général ou préalable qui en forme le support juridique [...]»¹⁶.» La même solution est énoncée dans le jugement 1265 précité¹⁷.

La deuxième remarque est la suivante: le contrôle de légalité de la norme réglementaire située en amont de la décision attaquée s'exerce quelle que soit l'autorité, même extérieure, dont elle émane. En application de cette ancienne idée déjà présente dans les jugements 1000 et 1265, le Tribunal va même jusqu'à désigner, sans la nommer, l'Assemblée générale des Nations Unies dans le jugement 2420, lorsqu'il déclare: «[le Tribunal] se doit de faire respecter la légalité internationale dans les rapports que lesdites organisations entretiennent avec leurs agents, quelle que soit l'autorité extérieure se trouvant à l'origine des décisions prises»¹⁸.

Troisième remarque, la validité de la norme est jugée par rapport à quelle norme supérieure? N'oublions pas que nous sommes dans le cadre du régime commun des Nations Unies: il s'agit donc essentiellement du principe Noblemaire et du principe Flemming, qui mettent en œuvre l'obligation d'attirer et de retenir «les meilleurs», conformément à l'article 101 (3) de la Charte des Nations Unies ou aux articles correspondants des actes constitutifs des autres organisations du régime commun. Ces deux principes n'ont jamais, à ma connaissance, été contestés par les requérants, et ils servent de normes de référence au Tribunal¹⁹.

Ma dernière remarque est que, cependant, rien n'empêcherait de mettre en cause une méthode conforme aux principes Flemming ou Noblemaire, qui contreviendrait aux principes généraux du droit de la fonction publique internationale. En effet, dans le jugement 2303, le Tribunal a déclaré: «Il revient donc à l'autorité compétente, sous le contrôle du juge, de vérifier que les règles appliquées par la méthodologie mise en œuvre et les résultats qui en découlent ne sont contraires ni au principe Flemming qui concerne les agents des services généraux ni aux prin-

¹⁶ Jugement 1000 (1990), consid. 12.

¹⁷ Jugement 1265 (1993), consid. 22. Ce considérant renvoie d'ailleurs au jugement 1000, dont il cite le considérant 12.

¹⁸ Jugement 2420 (2005), consid. 11

¹⁹ Jugement 1000 (1990), consid. 4: «[...] le présent litige trouve son origine et son cadre dans une disposition de l'annexe [...] du Statut provisoire du personnel, aux termes de laquelle la rémunération des agents des services généraux [...] est déterminée normalement sur la base des "conditions d'emploi les plus favorables en vigueur au lieu d'affectation", principe dit "Fleming" [...]»; jugement 1519 (1996) consid. 2 a): «Les organisations doivent offrir aux agents de leurs services généraux, conformément au principe Flemming [...] "des conditions d'emploi comparables aux conditions d'emploi les plus favorables en vigueur parmi les autres employeurs de la localité"»; jugement 1641 (1997), consid. 1: «En vue d'assurer le respect du principe Flemming – qui tend à assurer aux fonctionnaires internationaux des rétributions correspondant aux conditions les plus favorables pratiquées sur le plan local –, des enquêtes générales sont effectuées périodiquement en concours avec la CFPI pour permettre l'ajustement des traitements»; jugement 1713 (1998), consid. 2: «[les conditions d'emploi] doivent être parmi les plus favorables dans la localité, sans être absolument les meilleures»; et jugement 1840 (1999).

cipes généraux du droit de la fonction publique internationale²⁰.» Par le recours aux principes généraux, il y aurait donc moyen de «désacraliser», ou de vider d'une partie de leur substance, les principes Noblemaire et Flemming, sans, pour autant, formellement les remettre en cause.

En troisième lieu, un mot, après des observations relatives à la détermination de la norme applicable et au contrôle de validité de la norme appliquée, sur le contrôle de légalité de l'application de la norme. Il s'agit là des cas innombrables, dans lesquels le conflit porte sur la façon dont une règle méthodologique (non contestée) a été appliquée²¹.

En quatrième lieu, la détermination de la portée des rectifications à opérer en cas d'erreur. On peut citer comme exemple le jugement 1765 rendu le 9 juillet 1998 dans les affaires *Dondenne n° 2 et consorts*, dans lequel le Tribunal a considéré qu'une erreur matérielle opérée par la CFPI aurait dû être rectifiée avec rétroactivité à la date de l'erreur. Il convient ainsi de se référer au point 2 du dispositif ainsi libellé: «Les affaires sont renvoyées devant l'Organisation pour qu'il soit procédé à un nouveau calcul des rémunérations dues aux requérants avec effet rétroactif au mois de juillet 1994 à la lumière du présent jugement²².»

Ainsi donc, le champ du contrôle salarial du Tribunal est très étendu.

Deuxièmement, il me reste maintenant à montrer comment celui-ci a, du moins pendant une certaine époque, pénétré de plus en plus profondément, pour son contrôle, dans les méthodologies applicables en matière salariale. Pour ce faire, je vais essayer de brosser un tableau synthétique des questions que le Tribunal a abordées, en les tranchant, le cas échéant, sur la base d'éléments techniques.

Voyons, en premier lieu, la situation en ce qui concerne les administrateurs et les directeurs.

Tout d'abord, le Tribunal s'est prononcé sur des éléments techniques relatifs aux enquêtes intervilles sur le coût de la vie. Par exemple, il s'est penché sur les dépenses locales pour décider qu'un panier de 240 articles était correctement constitué²³. Un deuxième exemple concerne l'élément logement; le Tribunal a

²⁰ Jugement 2303 (2004), consid. 7.

²¹ Jugement 1265 pour Genève, n° 1279 pour Washington, n° 1457 pour Genève, n° 1498 pour Vienne, n° 1713 pour Rome, etc.

²² Jugement 1765 (1998).

²³ Voir jugement 1457 (1995), consid. 17: «Le "panier" comprenant 240 articles, les trois anomalies qu'invoquent les requérants sont d'une importance mineure et la commission n'a fait qu'exercer son pouvoir d'appréciation en prenant la décision de ne pas en tenir compte. Ce faisant, elle suivait la recommandation du CCPQA [Comité consultatif pour les questions d'ajustement] qui avait eu à sa disposition toutes les informations nécessaires ainsi que le rapport des observateurs désignés d'un commun accord par les organisations et le personnel. Il s'ensuit que l'enquête n'a pas enfreint la méthodologie.»

appliqué une méthode, tout en détaillant ses défauts techniques et en approuvant sa révision, dans le jugement 1458: «Ce n'est pas parce que les défauts de la méthodologie applicable à Genève ont été reconnus que son application antérieure n'est pas valide²⁴.»

Ensuite, le Tribunal a tranché des conflits portant sur les modalités de calcul de l'indemnité de poste qui, ajoutée aux traitements de base, détermine le niveau de la rémunération. Par exemple, il s'est prononcé dans une affaire où était en cause l'incidence des fluctuations monétaires sur la détermination des dépenses non locales²⁵.

Un premier exemple est donné:

Les objections soulevées par les requérants contre la méthodologie actuelle ont beau traduire des préoccupations qui se manifestent lorsque le dollar est à la baisse par rapport à la monnaie locale et bien que la commission n'ait pas réussi à supprimer les effets des fluctuations monétaires en 1989, elle n'en a pas moins maintenu constamment la question à l'étude. Ces objections ne sont donc pas retenues.

Un deuxième exemple est le fait qu'il s'est penché sur l'incidence de la cotisation à la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies (CCPPNU) sur le calcul de l'indemnité de poste en avalisant la solution contestée, avec beaucoup d'hésitation il est vrai. C'est ainsi qu'il déclare au jugement 1603 précité:

[...] la principale question posée par les requêtes est celle de la légalité du système mis en œuvre entre 1990 et 1995 pour calculer l'indemnité de poste. En réalité, il n'est pas possible d'affirmer qu'un seul système soit légal, qu'il s'agisse de l'exclusion totale des cotisations pour pension, des dépenses prises en compte pour calculer l'ajustement de leur inclusion complète, ou de la prise en considération d'un certain pourcentage. Comme le souligne la Commission dans ses observations sur les requêtes, les cotisations présentent, d'une part, certaines caractéristiques d'une dépense, en ce qu'elles réduisent le revenu disponible des intéressés et, d'autre part, constituent une épargne différée. Cette double nature explique les hésitations, pour ne pas dire les revirements, du Comité consultatif pour les questions d'ajustement. En ce domaine, la méthodologie ne peut être parfaite; l'objectif que doivent poursuivre ses auteurs est de parvenir à des analyses aussi équitables que possible et de réduire ainsi au minimum tous les effets pervers que peut comporter tel ou tel mode de calcul. Le système adopté en 1995 était mieux à même d'atteindre un tel objectif que celui qui était en vigueur depuis 1990, ce n'est pas pour autant que la méthode utilisée entre 1990 et 1995 était entachée d'illégalité²⁶.

Nous fournirons un dernier exemple: le Tribunal a tranché, beaucoup plus facilement, une affaire où était en cause une erreur matérielle tirée d'un mauvais indice, affectant la valeur du multiplicateur. Ainsi il déclare avec fermeté dans le jugement 1765 précité:

Dans les circonstances de l'espèce, il est clair que l'erreur de la Commission (et, par ricochet, celle de l'Organisation) n'est pas la conséquence d'une simple erreur de jugement ou d'une irrégularité.

²⁴ Jugement 1458 (1995), consid. 16.

²⁵ Jugement 1459 (1995), consid. 10.

²⁶ Jugement 1603 (1997), consid. 6.

Ceci distingue la présente affaire de celles qui ont donné lieu aux jugements 1603 (affaires Benoussan et consorts) et 1604 (affaires Damond n° 2 et consorts). L'erreur dont la Commission s'est ici rendue coupable est brutalement simple: elle a établi son calcul à partir du mauvais chiffre tiré du mauvais endroit dans les tableaux statistiques publiés par l'OCSTAT. Le point de départ étant faux, le résultat également est faux. [...]»²⁷.

Enfin, le Tribunal s'est prononcé sur diverses questions relatives à la valeur de la marge²⁸. Il a notamment déclaré: «Il faut ajouter à ces considérations que l'Assemblée générale des Nations Unies a manifesté à plusieurs reprises dans des résolutions le désir que les déséquilibres résultant de l'application de cette méthodologie, qui avait eu pour effet de pénaliser les fonctionnaires des catégories supérieures, soient corrigés, ce qui était parfaitement légitime dans le cadre de ses pouvoirs en matière de détermination d'une politique salariale²⁹.» Le Tribunal a également décidé que le pourcentage de la marge en cause dans le jugement en question n'était pas illégal:

[...] Il reste que la valeur générale de la marge demeure notablement inférieure à 115 puisqu'elle est évaluée à 112,2. Les requérants en tirent argument pour soutenir que, même si la fixation à 115 de cette valeur générale n'a pas de caractère obligatoire, il était illégal de s'écarter trop nettement de cet objectif. Le Tribunal estime sur ce point que, compte tenu du libellé des précédentes résolutions de l'Assemblée générale selon lesquelles la marge doit être maintenue à un niveau «proche du point médian souhaitable, à savoir 115» et du fait qu'elle a réaffirmé que l'on devait continuer à poursuivre cet objectif, aucune violation de la règle de droit ne peut être relevée en l'espèce, alors surtout que la valeur générale de la marge s'établissait à des taux très inférieurs les deux années précédentes, à savoir 111 en 2001 et 109,3 en 2002³⁰.

Il convient, en second lieu, d'examiner ce qui se passe pour les agents des services généraux. Tout d'abord, le Tribunal est allé assez loin dans le contrôle des enquêtes salariales. Ainsi, dans son jugement 1279, il a annulé une substitution d'employeurs retenus, intervenant de facto dans cette phase, première et cruciale, d'une enquête salariale, qu'est le choix des employeurs de référence lorsqu'il déclare:

La raison avancée pour la substitution de l'OPM à l'administration du comté de Fairfax ne résiste pas à l'examen. Les deux employeurs se trouvant dans le même secteur, remplacer l'un par l'autre ne modifie en rien la situation. La raison avancée selon laquelle l'OPM est «l'un des employeurs les plus importants» et représente le gouvernement des États-Unis dans son ensemble ne constitue pas un motif valable de la préférer à l'administration du comté de Fairfax. La seule raison valide de cette préférence serait, conformément aux règles de la méthodologie et aux dispositions de l'article 3.2 du Statut du personnel, que l'OPM assure les meilleures conditions prévalant sur le marché local pour un travail analogue. Cela n'ayant pas été prouvé [les conditions d'emploi offertes par le comté de Fairfax étant beaucoup plus favorables que celles en vigueur à l'OPM], la décision de l'Organisation de lui donner la préférence est donc viciée parce que la raison avancée n'est pas valable³¹.

²⁷ Jugement 1765 (1998), consid. 11.

²⁸ Jugement 2420 (2005), consid. 15.

²⁹ *Ibid.*, consid. 13.

³⁰ *Ibid.*, consid. 14.

³¹ Jugement 1279 (1993), consid. 27.

Il en est de même pour ce qui est des emplois de référence. Dans son jugement 1519 précité, le Tribunal affirme:

[...] Les requérants estiment que ces quatorze emplois sont mal choisis et faussent la comparaison avec les emplois du secteur extérieur, et qu'il aurait fallu s'en tenir aux sept emplois retenus dans l'enquête de 1988-89, dès lors que l'UNESCO n'avait pas achevé un exercice de classement de ses postes qui avait commencé en 1991.

Mais l'absence d'un nouveau classement des emplois ne pouvait avoir pour effet d'empêcher ou de différer l'enquête. Il a été tenu compte de la méthode générale qui prescrivait de sélectionner un nombre d'emplois «normalement compris entre quatorze et vingt», et rien ne permet d'affirmer que ces emplois n'auraient pas été représentatifs des agents des services généraux, même si un choix comporte nécessairement une part d'arbitraire, ni que l'Organisation aurait intentionnellement faussé la comparaison avec les emplois extérieurs en retenant telle ou telle catégorie d'emplois³².

Ensuite, le Tribunal s'est prononcé sur la prise en compte de la fiscalité locale. Dans le jugement 1265 précité, il a rejeté la thèse des requérants. À cette fin, il a déclaré:

Pour ce qui concerne le refus, par la CFPI, de prendre en compte les exonérations fiscales accordées par les autorités suisses à certains salariés des employeurs locaux, le Tribunal ne peut qu'approuver l'appréciation portée par la commission.

Selon la méthodologie appliquée, il convient en effet de prendre en considération, aux fins de la comparaison des rémunérations, les salaires nets, ce qui a amené la commission à déduire, des rémunérations versées par les employeurs locaux, les impôts prélevés par les autorités fiscales nationales du siège de l'Organisation³³.

Il a, au contraire, accueilli les prétentions des requérants dans le jugement 1840 précité, puisqu'il affirme:

L'erreur commise par la CFPI ne consiste pas seulement dans le fait qu'elle s'est fondée sur le chiffre de 700 au lieu de 1 700 francs suisses [déduction au titre des frais professionnels], mais aussi dans le fait qu'elle a méconnu le mode de calcul de la déduction (soit 3 pour cent du salaire net, 1 700 francs suisses représentant le minimum de la déduction forfaitaire). En revanche, il n'y a pas à prendre en considération la possibilité d'une déduction plus élevée pour frais supérieurs justifiés, car dans cette hypothèse la diminution d'impôt serait compensée par des dépenses effectives correspondantes à la charge du contribuable³⁴.

Finalement, il s'est prononcé à plusieurs reprises sur le problème de l'ajustement linguistique. À cet égard, il déclare dans son jugement 1713 précité:

Le Tribunal estime en conséquence, en l'état du dossier, que la suppression – fût-elle progressive – de tout ajustement spécifique au titre des connaissances linguistiques n'est pas conforme aux données du marché du travail à Rome et qu'elle méconnaît le principe suivant lequel les fonctionnaires des services généraux des organisations internationales ont droit à bénéficier de conditions d'emploi, et donc de rémunérations, qui doivent être parmi les plus favorables dans la localité, sans être absolument les meilleures³⁵.

³² Jugement 1519 (1996), consid. 15 et 16.

³³ Jugement 1265 (1993), consid. 31-32.

³⁴ Jugement 1840 (1999), consid. 25, paragr. 10.

³⁵ Jugement 1713 (1998), consid. 14, paragr. 3.

En revanche, il estime dans son jugement 1915 que:

Il est soutenu que l'enquête est viciée parce que les employés des employeurs inclus dans l'enquête à Vienne ne devaient travailler qu'occasionnellement dans une autre langue que l'allemand, alors que les employés relevant du régime commun le font quotidiennement. Ce reproche ne saurait être retenu, car il résulte des informations recueillies que, même s'il est vrai que certains employés n'utilisent pas quotidiennement une langue autre que l'allemand, le recours à une autre langue est suffisamment répandu chez les employeurs extérieurs pour qu'existe une base de comparaison valable [...]³⁶.

De manière analogue, il juge dans son jugement 2303 précité au considérant 10 que:

Sur les vingt et un employeurs faisant l'objet de l'enquête, dix-neuf n'exigeaient de leurs employés que l'italien comme langue de travail et deux seulement travaillaient dans une des langues de travail des organisations ayant leur siège à Rome, mais ne versaient aucune prime spécifique à leurs employés à ce titre.

Et au considérant 12:

Le Tribunal estime [...] que [...] l'Organisation défenderesse a pu, sans violer le principe Flemming, édicter un barème de traitement [...] écartant l'application d'un coefficient linguistique³⁷.

Ensuite, le Tribunal a abordé le problème de l'ajustement intérimaire. Dans son jugement 1498 précité, il a pris la question sous l'angle de l'incidence de la fiscalité locale. À cet effet, il déclare:

Puisque les ajustements intérimaires ont pour but de refléter toute augmentation de ces rémunérations nettes [celles des salariés locaux], il n'y avait pas lieu, pour l'Agence, d'exercer son pouvoir d'appréciation en la matière pour prendre en compte des modifications de la fiscalité locale qui ne provoquaient pas un tel accroissement. Le Tribunal en conclut que l'octroi de l'augmentation de salaire supplémentaire de 1,52 pour cent du salaire des fonctionnaires de la catégorie des services généraux demandée par les requérants n'aurait pas été conforme à la tendance des salaires locaux, et qu'elle aurait provoqué des mouvements supérieurs aux augmentations de ces salaires³⁸.

Dans son jugement 1641 précité, il avale la suspension de l'ajustement six mois avant une enquête au nom du principe Flemming. C'est ainsi qu'il déclare:

Certes, une telle réglementation serait sujette à caution si elle portait sur une longue période, dès lors que la suspension de l'ajustement peut avoir pour effet de priver momentanément le fonctionnaire (qui y aurait droit) d'une rétribution correspondant à l'application du principe Flemming pour des services déjà fournis à l'OMPI. Toutefois, la solution adoptée représente un compromis défendable entre deux exigences déduites du principe Flemming: d'une part, l'adaptation intérimaire de la rétribution du fonctionnaire international à l'évolution du niveau de la rétribution locale et, d'autre part, une adéquation aussi précise que possible entre ces deux rétributions réalisée sur la base d'enquêtes générales³⁹.

³⁶ Jugement 1915 (2000), consid. 18.

³⁷ Jugement 2303 (2004).

³⁸ Jugement 1498 (1996), consid. 15.

³⁹ Jugement 1641 (1997), consid. 7a.

Le Tribunal semble maintenant peut-être moins enclin à trancher de questions techniques dans son contrôle salarial, comme l'attestent deux jugements, l'un relatif à la dernière enquête intervilles menée à Vienne⁴⁰ et l'autre portant sur, également, la dernière enquête salariale menée à Rome⁴¹.

Une pareille conclusion doit être formulée avec beaucoup de prudence concernant Rome, dans la mesure où des problèmes de recevabilité se sont ajoutés aux questions de fond.

On peut probablement être plus affirmatif concernant Vienne, dans la mesure où l'on peut considérer que le Tribunal n'a pas pénétré en profondeur dans la méthodologie applicable pour exercer son contrôle en matière salariale. Il en est ainsi notamment pour l'élément loyer/frais de logement de l'indice d'ajustement. Certes, le Tribunal a consacré des observations assez longues à la question, lorsqu'il a déclaré au jugement sous examen:

Dans l'idéal, la CFPI devrait, pour chaque lieu d'affectation, pouvoir s'appuyer uniquement sur des chiffres précis, mais dans la pratique cette approche serait excessivement lourde à mettre en œuvre, en particulier si l'on considère que la différence serait minime par rapport aux estimations actuellement utilisées. Au regard du but visé qui consiste à établir et à maintenir la parité du pouvoir d'achat entre les lieux d'affectation et de la difficulté qu'il y aurait à calculer les frais en utilisant les données précises recueillies auprès de chaque fonctionnaire, le Tribunal conclut que c'est à bon escient que la CFPI, par souci d'efficacité et de rapidité, utilise un système fondé sur des estimations. Le Tribunal est convaincu que la méthodologie employée a été établie sur la base d'une procédure réglementaire et transparente qui n'est viciée par aucune erreur de fait ou de droit⁴².

Malgré le caractère équilibré des observations citées au paragraphe précédent, on a du mal à réconcilier celles-ci avec les observations du Tribunal contenues dans le jugement 1713 précité, notamment lorsque le Tribunal considère que des facteurs spécifiques mal évalués, une méthode réduisant artificiellement le niveau des salaires de comparaison, ou enfin qu'une simplification retenue dans le but essentiel de hâter le processus de décision, sans égard pour les intérêts des agents, appellent une censure de sa part.

Cependant, le Tribunal va probablement être bientôt confronté de nouveau au problème de l'élément loyer/frais de logement dans l'indice d'ajustement pour ce qui est de l'enquête effectuée pour Genève dans le cycle des enquêtes intervilles de 2016. Ce qui va compliquer, ou peut-être simplifier, la tâche du Tribunal est que, cette fois-ci, les fonctionnaires ne seront peut-être pas seuls dans leur combat, puisque, dans une lettre du 13 avril dernier adressée au Président de la CFPI, une dizaine de Chefs exécutifs, dont le Directeur général de l'institution qui nous accueille, ont pris le parti des fonctionnaires. La situation est suffisamment

⁴⁰ Jugement 3360 (2014).

⁴¹ Jugement 3740 (2017).

⁴² Jugement 3360, consid. 7.

sérieuse pour qu'ils aient demandé, dans une seconde lettre du 28 avril, que les recommandations de la CFPI ne soient pas appliquées jusqu'à plus ample information.

Non convaincus par la réponse du Président de la CFPI du 9 mai 2017, les Chefs exécutifs ont décidé de mandater une équipe de trois statisticiens de rang élevé pour examiner l'application de la méthodologie et le processus de traitement des données. Cette équipe a conclu que l'enquête comprenait de graves erreurs qui avaient artificiellement gonflé l'indice d'ajustement de Genève de plus de 4% (dont 2,5% imputables à une mauvaise appréciation du poste loyers). Selon les statisticiens, la baisse de l'indice en cause devrait, après correction, être fixée à environ 3,7%, ce qui aurait pour conséquence que l'indice ne devrait pas être modifié pour faire suite au cycle d'enquêtes de 2016, puisque le changement n'atteindrait pas le seuil fatidique de 5%.

De surcroît, si l'affaire est portée devant le Tribunal, l'attention de celui-ci sera sans doute appelée sur un fait intrigant: comment expliquer que le Comité compétent d'experts de la CFPI, le Comité consultatif pour les questions d'ajustement (ci-après CCPQA), se soit prononcé sur la question en annonçant, en février 2017, une baisse de la rémunération nette de 3,8% résultant en un gel de celle-ci, de façon très différente de la CFPI qui décidait un mois plus tard une baisse de 7,5%?

La chose est d'autant plus étonnante que le Président du CCPQA est le Vice-président de la Commission, ce qui exclut une mauvaise coordination entre les deux organes, et que le Secrétariat agit tant pour la Commission que pour le Comité. Comme la compétence des membres du CCPQA qui sont de vrais experts ne saurait sérieusement être mise en doute, faut-il alors donner quelque crédit à la supposition selon laquelle l'ensemble du dossier n'a pas été transmis au Comité, c'est-à-dire, pour appeler les choses par leur nom, à l'hypothèse de l'occultation de certaines données statistiques, y compris les présumés méthodologiques les accompagnant?

Il résulte de ce qui précède que l'avenir nous réserve peut-être de riches surprises.

LA NOTION DE FONCTIONNAIRE INTERNATIONAL

SIGRID ARLEN

Conseiller juridique/Administrateur du Bureau international des poids et mesures (BIPM). Après des études de droit international et européen, Sigrid Arlen a rejoint le greffe de la Cour internationale de Justice (CIJ), puis celui du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (TAOIT). Elle a ensuite occupé le poste de Secrétaire de la Commission consultative paritaire de recours, l'organe de règlement interne des différends du personnel de l'OIT. Puis, elle a rejoint le BIPM, dont elle est actuellement le Conseiller juridique/Administrateur depuis 2009. Elle est également chargée du cours de droit et pratique de l'administration internationale au sein du Master 2 Administration internationale à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Bureau international des poids et mesures.

I. Portée de la notion et éléments de terminologie

Portée de la notion: compétence du Tribunal et qualité pour agir

L'article II du Statut du Tribunal dispose comme suit:

1. Le Tribunal est compétent pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation, soit quant au fond, soit quant à la forme, *des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires* du Bureau international du Travail et des dispositions du Statut du personnel qui sont applicables à l'espèce.
2. Le Tribunal est compétent pour statuer sur tout différend concernant les indemnités prévues pour les cas d'invalidité et d'accident ou de maladie survenus à un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, et pour fixer définitivement le montant de l'indemnité, s'il y a lieu.
3. [...]
4. Le Tribunal est compétent pour connaître des différends issus de contrats auxquels l'Organisation internationale du Travail est partie et qui lui attribuent compétence en cas de différend au sujet de leur exécution.
5. Le Tribunal connaît en outre des requêtes invoquant l'inobservation, soit quant au fond, soit quant à la forme, des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires ou des dispositions du statut du personnel des autres organisations internationales satisfaisant aux critères définis à l'annexe au présent Statut qui auront adressé au Directeur général une déclaration reconnaissant, conformément à leur Constitution ou à leurs règles administratives internes, la compétence du Tribunal à l'effet ci-dessus, de même que son Règlement, et qui auront été agréées par le Conseil d'administration.
6. Ont accès au Tribunal:
 - a) le *fonctionnaire*, même si son emploi a cessé, ainsi que toute personne ayant succédé *mortis causa* aux droits du fonctionnaire
 - b) toute personne pouvant justifier de droits résultant du contrat d'engagement du *fonctionnaire* décédé ou des dispositions du statut du personnel dont pouvait se prévaloir ce dernier
7. En cas de contestation de sa compétence, le Tribunal décide¹.

¹ Statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail, adopté par la Conférence internationale du Travail le 9 octobre 1946, dernier amendement le 7 juin 2016, disponible à l'adresse <http://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249260/lang--fr/index.htm>. (Italiques ajoutés.) [consulté le 8 septembre 2017].

Il s'ensuit que la notion de fonctionnaire international a une portée tout à fait concrète: celle de la compétence du Tribunal et la qualité pour agir devant celui-ci.

Éléments de terminologie en français et anglais

Dans le Statut du Tribunal

Le terme fonctionnaire est traduit par *official*, ce qui peut, d'un point de vue strictement linguistique, être considéré comme plus large.

Dans les ordres juridiques des organisations

Dans les statuts du personnel d'un grand nombre d'organisations ayant reconnu la juridiction du Tribunal et dont l'accès aux versions française et anglaise est public (ce qui exclut quelques organisations: pas de version française ou pas d'accès public), le terme «fonctionnaire» figure dans les dispositions en français².

Ce terme est parfois utilisé en parallèle avec l'expression «membre du personnel»³. Il en représente parfois un sous-ensemble⁴. Il est à noter également que certaines organisations comprennent à la fois des «fonctionnaires» et des «agents», la distinction étant le critère de la permanence de l'emploi⁵.

En anglais, le terme «fonctionnaire» peut être traduit par *staff member*⁶, *permanent employee*⁷, *official*⁸ ou *officer*⁹ par exemple. L'expression «hauts fonctionnaires» est parfois traduite par *senior officials*¹⁰. Dans certaines organisations, le chef de secrétariat est qualifié expressément de «plus haut fonctionnaire de l'Organisation», ce qui est traduit par *Chief Administrative Officer*¹¹.

² Ce n'est pas le cas, par exemple, de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui utilise uniquement le terme «membre du personnel», ou du Groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, qui utilise uniquement le terme «agent».

³ Ex. Bureau international des poids et mesures.

⁴ Ex. Organisation internationale de métrologie légale.

⁵ Ex. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne, Conférence de la Charte de l'énergie.

⁶ Ex. Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

⁷ Ex. Organisation européenne des brevets.

⁸ Ex. Organisation internationale du Travail, Agence internationale de l'énergie atomique.

⁹ Ex. Union internationale pour la protection des obtentions végétales.

¹⁰ Ex. Union postale universelle.

¹¹ Ex. Organisation mondiale de la santé, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

Cette grande variété influence bien évidemment la terminologie utilisée par le Tribunal.

Dans la jurisprudence du Tribunal

Selon la langue utilisée, la notion de fonctionnaire international n'est pas exactement identique. Cela est notamment illustré dans le jugement 3359, dans lequel le terme «fonctionnaires» est traduit par *officials*¹² et *staff members*¹³. Il y est également fait une distinction entre «les juges» et «les autres membres du personnel»: «le Statut de Rome établit une distinction claire entre les dispositions applicables aux juges et celles applicables aux autres membres du personnel de la Cour»¹⁴.

II. Définitions

Force est de constater la diversité du personnel international: au sein de la fonction publique internationale, il existe un grand nombre d'agents d'une organisation internationale, parmi lesquels se trouve un noyau dur de fonctionnaires internationaux.

La notion d'*agent international* fait l'objet d'une définition jurisprudentielle dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice, «Bernadotte» (1949)¹⁵: un agent d'une organisation internationale est «quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit»: il s'agit d'une définition très large (qui englobe notamment consultants, experts, stagiaires, bénévoles et d'autres catégories).

On peut noter que cette définition donnée par l'illustre juridiction distingue les agents des fonctionnaires internationaux (qui en sont un sous-ensemble), ce qui n'est pas toujours le cas dans la terminologie utilisée par les organisations internationales.

En ce qui concerne la notion de *fonctionnaire international*, il n'existe pas de définition conventionnelle ni jurisprudentielle du fonctionnaire international; cependant, la doctrine a dégagé des définitions, dont les critères sont donc classiquement beaucoup plus restrictifs que pour l'agent international. M^{me} Suzanne Bastid-Basdevant (première femme à apparaître devant la Cour internationale de

¹² Jugement 3359 (2014), consid. 13: «Il n'est pas contesté que les juges sont des "fonctionnaires" (*officials*) de la CPI.»

¹³ *Ibid.* «Sous le titre "Portée et objet" [du Statut du personnel de la CPI], il est indiqué ceci: "Aux fins du présent Statut, les termes 'fonctionnaires' [*staff members*] et 'personnel' [*staff*] désignent tous les fonctionnaires constituant le personnel de la Cour".»

¹⁴ «A clear distinction is drawn between the provisions applicable to the judges and other ICC personnel.»

¹⁵ Voir C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

Justice¹⁶ et à y siéger¹⁷) écrit, dans sa thèse en 1930: «le fonctionnaire international est tout individu chargé par les représentants de plusieurs États ou par un organisme agissant en leur nom, à la suite d'un accord interétatique et sous le contrôle des uns ou de l'autre, d'exercer, en étant soumis à des règles juridiques spéciales, d'une façon continue et exclusive, des fonctions dans l'intérêt de l'ensemble des États en question¹⁸». Les professeurs Alain Pellet et David Ruzié, quant à eux, définissent les «trois éléments caractéristiques du fonctionnaire international: un agent qui exerce une fonction publique au service d'une organisation internationale, d'une manière exclusive et continue, et entraînant un régime juridique particulier de caractère international¹⁹.»

III. Caractéristiques dégagées par le Tribunal

Caractéristiques «originelles»: jugement 11, Desgranges (1953)

Dans cette célèbre affaire relative au licenciement d'une ancienne rédactrice au Bureau de correspondance du Bureau international du Travail à Paris, le Tribunal a refusé, en équité, de distinguer les fonctionnaires proprement dits du Bureau des personnes de la catégorie à laquelle appartenait la requérante (qui se voyaient notamment appliquer la législation nationale). Il a par là même dégagé les caractéristiques essentielles du fonctionnaire, que réunissait la requérante: «consécration permanente de son activité au service qui l'emploie», soit exclusivité et continuité; «autorité du Directeur général»; «réglementation unilatérale et non contractuelle de l'emploi»; et «accessibilité aux caisses d'assurance-maladie, de pension, etc.²⁰».

Nous reviendrons ultérieurement sur ce jugement qui constitue encore aujourd'hui une grande étape de la jurisprudence.

¹⁶ C.I.J. *Recueil* 1970, p. 3.

¹⁷ En tant que juge ad hoc, dans l'affaire *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1982, p. 18.

¹⁸ *La condition juridique des fonctionnaires internationaux*, thèse, 1930.

¹⁹ Alain Pellet et David Ruzié: *Les fonctionnaires internationaux* (Presses universitaires de France, Collection «Que sais-je?», 1993).

²⁰ Jugement 11 (1953), p. 2: «Attendu que, du point de vue de l'équité, il n'y a pas lieu de distinguer les fonctionnaires proprement dits du Bureau international du Travail des personnes de la catégorie à laquelle appartient la requérante; que celles-ci réunissent les caractéristiques essentielles du fonctionnaire, lesquelles sont: consécration permanente de son activité au service qui l'emploie; autorité du Directeur général; réglementation unilatérale et non contractuelle de l'emploi; accessibilité aux caisses d'assurance-maladie, de pension, etc.»

Évolution des caractéristiques

Consécration permanente de l'activité au service qui l'emploie

Le jugement 3359 (précité), relatif au régime de pension applicable aux juges de la Cour pénale internationale, a reconnu que ces derniers étaient des fonctionnaires de la Cour. Cependant, certains juges ne sont pas tenus d'exercer leurs fonctions à plein temps²¹: on peut alors s'interroger sur le critère d'exclusivité.

Les dispositions de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle applicables au personnel²² contiennent une mention des «fonctionnaires temporaires». De la même manière, l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques mentionne les «administrateurs et fonctionnaires de rang supérieur». Dans ces deux organisations, il n'existe pas de nomination permanente. L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales définit le «fonctionnaire de l'UPOV» comme «une personne employée au titre d'un engagement de durée déterminée, d'un engagement continu, d'un engagement permanent ou d'un engagement temporaire²³». Ainsi, *quid* du critère de continuité?

Autorité du Directeur général

Un célèbre jugement, 2232, *B.* (2003), concernait le Directeur général d'une organisation internationale lui-même: le Tribunal a considéré que celui-ci était bien fonctionnaire international; il était même le «premier "fonctionnaire" de l'Organisation²⁴».

En ce qui concerne les magistrats de juridictions internationales, les juges de la Cour pénale internationale, sont, quant à eux, soumis à l'autorité de l'Assemblée des États parties à la CPI, qui les élit et définit leurs traitements et émoluments²⁵.

²¹ Article 35 (4) du Statut de Rome: «Les arrangements financiers concernant les juges qui ne sont pas tenus d'exercer leurs fonctions à plein temps sont établis conformément à l'article 49». Assemblée générale des Nations Unies, Statut de Rome de la Cour pénale internationale (adopté le 17.07.1998, entré en vigueur le 1.07.2002, dernier amendement le 11.06.2010).

²² Statut et Règlement du personnel (2016), disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=352236> [consulté le 8.09.2017].

²³ Règle 101.3 du Règlement d'exécution du Règlement financier de l'UPOV (adopté le 27.03.2015, entré en vigueur le 1.01.2016).

²⁴ Le requérant, qui était Directeur général de l'Organisation, attaque la décision de mettre fin à son engagement. «[I]l ne fait aucun doute que l'intéressé était un "fonctionnaire" au sens du Statut du Tribunal (*official* dans la version anglaise dudit Statut). En sa qualité de chef du Secrétariat technique, il était même le premier "fonctionnaire" de l'Organisation.»

²⁵ Article 49 du Statut de Rome: «Les juges, le Procureur, les procureurs adjoints, le Greffier et le Greffier adjoint perçoivent les traitements, indemnités et remboursements arrêtés par l'Assemblée des États Parties.»

Réglementation unilatérale et non contractuelle de l'emploi

C'est la question de la nature contractuelle ou statutaire du lien de fonction publique internationale: conditions contractuelles (*intuitu personae*), par opposition aux conditions statutaires (fixées unilatéralement par des règles impersonnelles et générales), ou la mutabilité des conditions d'emploi par les organisations internationales et leur pouvoir de modification unilatérale.

L'optique, originellement purement contractuelle²⁶, a été suivie par une optique mixte: mi-contractuelle, mi-statutaire. Ce débat a été dépassé par la question des droits acquis, qui sera rapidement abordée dans les paragraphes qui suivent.

Le célèbre jugement 61, *Lindsey* (1962), a reconnu trois blocs: un purement contractuel, un purement statutaire et un matériellement contractuel mais formellement statutaire (déterminant les conditions de modification)²⁷, le critère étant un éventuel bouleversement de l'économie du contrat ou une atteinte portée aux conditions fondamentales qui ont été de nature à déterminer le fonctionnaire à s'engager.

Le jugement 365, *Lamadie (n° 2) et Kraanen* (1978), reconnaît un droit acquis lorsque celui-ci a un caractère intangible ou qu'il avait une importance décisive, de nature à déterminer un agent à entrer au service de l'Organisation²⁸.

Le jugement 391, *de Los Cobos et Wenger* (1980), précise que tous les droits contractuels ne sont pas acquis et que, si le principe du paiement d'une indemnité peut faire l'objet d'un droit acquis, il n'en est pas nécessairement de même du mode de calcul de la prestation due, c'est-à-dire de son montant²⁹.

²⁶ Voir les derniers jugements du Tribunal administratif de la Société des Nations et l'avis consultatif de 1954 de la Cour internationale de Justice sur l'effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies: «le statut du personnel est incorporé au contrat d'engagement.»

²⁷ Jugement 61 (1962), consid. 12: «[Les] dispositions fixant les éléments du statut individuel de l'agent, qui ont été de nature à déterminer le fonctionnaire à s'engager [...] sont assimilables en fait [...] aux stipulations contractuelles; dès lors, si en raison des nécessités qu'impose le bon fonctionnement de l'organisation dans l'intérêt de la communauté internationale, elles ne doivent pas rester cristallisées au jour de la conclusion du contrat et pour toute la durée de celui-ci, elles ne peuvent toutefois être modifiées à l'égard d'un agent en service et hors son consentement qu'à condition de ne pas bouleverser l'économie du contrat ou porter atteinte aux conditions fondamentales qui ont été de nature à déterminer le fonctionnaire à s'engager.»

²⁸ Jugement 365 (1978), consid. 7: «Un droit est acquis lorsque son titulaire peut en exiger le respect, nonobstant toute modification de texte. Il s'agit, notamment, soit d'un droit qui résulte du contrat d'engagement d'un fonctionnaire et auquel les parties ont entendu attribuer un caractère intangible, soit d'un droit que prévoit une disposition du statut ou règlement du personnel et qui avait une importance décisive, de nature à déterminer un agent à entrer au service de l'Organisation.»

²⁹ Jugement 391 (1980), consid. 6: «le caractère acquis de droits résulte aussi des clauses contractuelles qui les prévoient et que les parties ont tenues pour intangibles. Il s'ensuit que tous les droits contractuels ne sont pas acquis, fussent-ils de nature pécuniaire; encore faut-il que les parties aient exclu expressément ou implicitement leur restriction. Si le principe du paiement d'une indemnité peut faire l'objet d'un droit acquis, il n'en est pas nécessairement de même du mode de calcul de la prestation due, c'est-à-dire de son montant.»

Le jugement 429, *Gubin et Nemo* (1980), énonce que les droits acquis résultent d'un principe général du droit³⁰. Les célèbres jugements 832, *Ayoub et consorts* (1987)³¹, et 986, *Ayoub n° 2 et consorts* (1989)³², complètent la jurisprudence sur les droits acquis en affirmant notamment que la violation des droits acquis requiert une modification de conditions d'emploi ayant un caractère fondamental et essentiel.

Accessibilité aux caisses d'assurance-maladie, de pension, etc.

La question de savoir à quoi correspond le «etc.» reste à ce jour ouverte: est-ce l'accessibilité à un autre élément ou bien un tout autre critère de l'énumération?

IV. Les critères d'appartenance, ou non, à la catégorie des fonctionnaires internationaux

Les jugements cités dans les paragraphes qui suivent représentent des illustrations desdits critères et n'en représentent bien sûr pas une liste exhaustive.

Critères de non-appartenance à la catégorie des fonctionnaires internationaux

Candidat externe non sélectionné

Dans le jugement 580, *Tévoédjré* (1983), dans lequel le requérant, fonctionnaire de l'Organisation, avait mis en cause la candidature du second défendeur au poste de Directeur général, le Tribunal a reconnu la différence entre les candidats externes et les membres du personnel d'une organisation internationale³³.

Sont à noter les exceptions au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques et du Conseil de l'Europe, organisations dans lesquelles les candidats externes ont un droit de recours³⁴.

³⁰ Jugement 429 (1980), consid. 9: «les droits acquis [sont] protégés en vertu d'un principe général du droit, même en l'absence de texte exprès.»

³¹ Jugement 832 (1987), consid. 11: «le principe des droits acquis étant l'objet d'une *règle générale*, peu importe que l'article 49, alinéa b), des Statuts de la Caisse commune adopte une notion plus ou moins restrictive de ces droits.» (Italiques ajoutés.)

³² Jugement 986 (1989), consid. 3: «La violation des droits acquis peut constituer, même en matière statutaire, une cause d'annulation; mais elle ne peut être retenue que si les conditions d'emploi modifiées par la décision attaquée ont un *caractère fondamental et essentiel*.» (Italiques ajoutés.)

³³ Jugement 580 (1983): «L'Organisation fait observer que, si le requérant avait qualité pour agir, il serait avantagé, contrairement au principe d'égalité, par rapport aux candidats qui, faute d'appartenir au personnel de l'Organisation, n'ont pas le droit de saisir le Tribunal. L'inégalité invoquée n'est toutefois qu'une conséquence de l'application de la disposition statutaire qui fixe les conditions d'accès au Tribunal et dont celui-ci ne saurait revoir la légalité. Elle ne peut donc pas être prise en considération.»

³⁴ Voir article 1 c) de l'annexe III aux Statut, Règlement et Instructions applicables aux agents de l'OCDE, Résolution du Conseil sur le statut et le fonctionnement du Tribunal administratif, et article 59.8 d) du Statut du personnel du Conseil de l'Europe.

Candidat externe sélectionné mais n'ayant pas rempli toutes les conditions

Dans le jugement 1964 (2000), le Tribunal a estimé que l'accord donné par l'organisation au recrutement de l'intéressé était subordonné à la réalisation d'une condition dont il est impossible de dire que c'était une simple formalité, à savoir la reconnaissance de son aptitude physique à l'exercice de ses fonctions. Il en résulte que l'intéressé n'a jamais eu la qualité de fonctionnaire de l'[organisation]³⁵.

Candidat externe sélectionné mais dont la nomination n'est pas finalisée

Dans le jugement 3112, C. (2012), le Tribunal a considéré qu'il n'existait pas de relation contractuelle, et donc pas de relation d'emploi, car il restait des questions en suspens³⁶.

Titulaire d'un contrat de louage de services ou «contrat SSA» et «contrat T»

Dans le jugement 3049 (2011), la requérante avait été engagée en qualité de traductrice dans le cadre d'un contrat de louage de services ou «contrat SSA», puis de «contrats T». Le Tribunal a conclu qu'elle ne pouvait pas être considérée comme fonctionnaire de l'organisation et ne relevait pas du Statut et du Règlement du personnel de celle-ci.

Titulaire d'accords spéciaux d'engagement

Dans le jugement 2017 (2000), le requérant avait eu la qualité de fonctionnaire d'octobre 1974 à fin décembre 1992. Du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 1994, il avait été employé sur la base d'accords spéciaux, ce qui ne lui conférait pas la qualité de fonctionnaire international³⁷.

³⁵ Jugement 1964 (2000), consid. 4: «Le Tribunal est [...] compétent pour répondre à la question de savoir s'il existe ou non un contrat d'engagement liant les parties et donnant à l'agent qui se prévaut d'un accord d'embauche les droits dont bénéficient les fonctionnaires d'une organisation qui s'est soumise à sa juridiction. Mais, en l'espèce, l'accord donné par l'organisation au recrutement de l'intéressé était subordonné à la réalisation d'une condition dont il est impossible de dire que c'était une simple formalité, à savoir la reconnaissance de son aptitude physique à l'exercice de ses fonctions. [...] Il en résulte que l'intéressé, qui n'a jamais eu la qualité de fonctionnaire de l'[organisation], soulève un litige qui ne relève pas de la compétence du Tribunal de céans.»

³⁶ Jugement 3112 (2012), consid. 8: La requérante n'a pas signé l'offre d'engagement que l'organisation lui avait faite dans le délai imparti par cette dernière. «Comme la requérante l'a elle-même reconnu, il restait des questions en suspens qu'elle aurait souhaité voir résolues avant de s'engager dans une relation contractuelle. On ne peut donc pas dire qu'au moment des faits il existait une quelconque relation contractuelle entre les parties, et encore moins une relation d'emploi. Comme il n'y avait pas de relation d'emploi, la requérante n'était pas fonctionnaire de l'organisation. Il s'ensuit que le Tribunal n'est pas compétent pour connaître de la requête, qui doit donc être rejetée.»

³⁷ Jugement 2017 (2000), consid. 2 a): «L'article II, paragraphes 1 et 5, du Statut du Tribunal limite la compétence de celui-ci aux différends issus des liens existant entre une organisation et ses fonctionnaires. En l'occurrence, le requérant a eu la qualité de fonctionnaire d'octobre 1974 à fin décembre 1992. Du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 1994, il a été employé sur la base d'accords spéciaux, qui contenaient une clause compromissoire en faveur d'un «corps arbitral» formé de trois membres. Dès lors, la compétence du Tribunal se limite aux effets des liens qui ont uni l'OMS au requérant d'octobre 1974 à fin décembre 1992.»

Employé d'une entreprise privée

Dans le jugement 1302, *Cardenas Aguila* (1994), le requérant était employé par une entreprise privée, qui agissait en son nom propre et non en tant qu'agent de l'organisation. Cette organisation n'était donc pas son employeur³⁸.

Intérimaire

Dans le jugement 2503 (2006), le requérant était au bénéfice de contrats de missions temporaires soumis au droit français et conclus avec une société de travail temporaire, il n'avait donc pas la qualité de fonctionnaire d'Eurocontrol et n'a produit aucun contrat d'engagement le liant à l'Agence³⁹.

Critères d'appartenance à la catégorie des fonctionnaires internationaux

La définition «classique»

Un fonctionnaire est une personne dont la nomination est finalisée, comme cela est illustré dans le jugement 621, *Poulin* (1984): «On ne peut dire qu'il y a contrat que si les deux parties ont manifesté l'intention de contracter, si toutes les conditions essentielles ont été précisées et convenues et s'il ne reste plus qu'à accomplir une formalité n'exigeant aucun nouvel accord⁴⁰» (la lettre de nomination, qui manque dans le cas d'espèce, est une formalité ne nécessitant pas de nouvel accord).

Agent temporaire au bénéfice d'une longue succession de contrats de courte durée

Dans le jugement 3225, *N. (n° 4)* (2013), le Tribunal a estimé que la longue succession de contrats de courte durée avait fait naître entre la requérante et l'Organisation des liens juridiques équivalant à ceux dont peuvent se prévaloir les fonctionnaires permanents et qu'en estimant que l'intéressée entrait dans la catégorie des agents temporaires la défenderesse avait méconnu la réalité des

³⁸ Jugement 1302 (1994), consid. 9: le requérant prétend avoir été recruté par l'organisation en tant que fonctionnaire, ce que nie la défenderesse. Le Tribunal constate qu'«en réalité, le requérant était employé par [une entreprise privée], qui agissait en son nom propre et non en tant qu'agent de l'organisation]. L'affirmation selon laquelle [celle-ci] était son employeur est donc erronée; dès lors, le tribunal n'est pas compétent pour statuer sur sa requête, laquelle ne peut pas être accueillie.»

³⁹ Jugement 2503 (2006), consid. 4: «Le requérant n'a jamais été fonctionnaire d'Eurocontrol et les seuls contrats qu'il produit sont des contrats de missions temporaires soumis au droit français et conclus avec une société de travail temporaire. Or, aux termes de l'article II de son Statut, le Tribunal est compétent pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires ou des dispositions du Statut du personnel qui leur sont applicables. Le requérant n'a pas la qualité de fonctionnaire d'Eurocontrol et ne produit aucun contrat d'engagement le liant à l'agence. Il en résulte que, comme le soutient à bon droit la défenderesse, le Tribunal de céans n'a pas compétence pour connaître de la contestation.»

⁴⁰ Jugement 621 (1984), consid. 1.

rapports juridiques qui la liaient à celle-ci⁴¹. On trouve ici un critère de durée de la relation d'emploi.

Le cas du chef de secrétariat

Revenant au jugement 2232, *B.* (2003), le requérant, qui était Directeur général de l'Organisation, attaque la décision de mettre fin à son engagement. L'Organisation objectait à la recevabilité de la requête au motif que l'intéressé n'attaquait pas une décision administrative mais politique. Le Tribunal a considéré que le requérant était un fonctionnaire international, il était même le premier «fonctionnaire» de l'Organisation⁴².

Il est intéressant de noter le cas du Secrétaire général des Nations Unies⁴³: dans son jugement 1495 (2009), le Tribunal administratif des Nations Unies a considéré que le Secrétaire général des Nations Unies n'était pas un fonctionnaire

⁴¹ Jugement 3225 (2013), consid. 5: «En tant qu'agent temporaire au service de l'OMPI, la requérante a incontestablement qualité pour contester devant le Tribunal de céans la décision critiquée, qui concerne la régularité des actes d'engagement sur lesquels se fondaient ses rapports de travail au moment du dépôt de sa requête. Cette qualité lui a déjà été reconnue dans le jugement 3185, conformément à la nouvelle jurisprudence du Tribunal citée au considérant 4 dudit jugement.» Consid. 7: «Dans une affaire similaire mettant également en cause l'OMPI, le Tribunal, *siégeant en formation élargie*, a considéré que la longue succession de contrats de courte durée avait fait naître entre la requérante et l'Organisation des liens juridiques équivalant à ceux dont peuvent se prévaloir les fonctionnaires permanents et qu'en estimant que l'intéressée entrait dans la catégorie des agents temporaires la défenderesse avait méconnu la réalité des rapports juridiques qui la liaient à celle-ci. Il a admis que, ce faisant, l'Organisation avait commis une erreur de droit et fait un usage abusif de la réglementation applicable aux contrats temporaires. Le Tribunal n'a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence dans la présente affaire. (Voir jugement 3090 (2012), consid. 7).» (Italiques ajoutés.)

⁴² Jugement 2232 (2003), p. 5: «La première question à résoudre est celle de savoir si le requérant est un «fonctionnaire» au sens du Statut du Tribunal et au regard de la déclaration de reconnaissance de la compétence du Tribunal. Sur ce point, il ne fait aucun doute que l'intéressé était un «fonctionnaire» au sens du Statut du Tribunal (*official* dans la version anglaise dudit Statut). En sa qualité de chef du Secrétariat technique, il était même le premier «fonctionnaire» de l'Organisation. L'Accord de siège conclu entre l'Organisation et le Royaume des Pays-Bas définit d'ailleurs précisément les «fonctionnaires» (*officials*) de l'OIAC comme comprenant «le Directeur général et tous les membres du personnel du Secrétariat technique de l'OIAC, à l'exception de ceux qui sont recrutés localement et rémunérés sur une base horaire.»

⁴³ Tribunal administratif des Nations Unies, jugement 1495 (2009): «On 31 December 1996, [the applicant's] appointment as a staff member and his participation with the UNJSPF ended when he was elected as Secretary-General (SG). [...] I. The Applicant was an active participant in the UNJSPF from 1 June 1966 until 31 December 1996, when he ceased to be a UN staff member. From 1 January 1997, he took office as Secretary-General [...] IV. It is not in dispute that at the time the Applicant was separated from service as a staff member on 31 December 1996, *having not yet reached the normal retirement age*, he became entitled to receive an early retirement benefit under article 29 of the UNJSPF Regulations. [...] VI. A number of the surrounding facts support the Applicant's interpretation. Firstly, he was elected as Secretary-General by the General Assembly and all his terms and conditions of service fell to be set by the General Assembly. He was not a staff member of the UN Secretariat; on the contrary, all the staff of the Secretariat are appointed by the Secretary-General under Regulations established by the General Assembly (article 101, UN Charter). While staff regulation 6.1 provides for participation of staff members in the UNJSPF, this does not include the Secretary-General, and the terms on which the Applicant was appointed by the General Assembly did not specify that he would be a participant in the UNJSPF.» (Italiques ajoutés.)

international, notamment en raison du fait que celui-ci ne cotisait plus à la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies et qu'il n'était pas nommé par le Secrétaire général, étant le Secrétaire général lui-même. Or, l'article 97 de la Charte des Nations Unies prévoit que: «Le Secrétariat comprend un Secrétaire général et le personnel que peut exiger l'Organisation. Le Secrétaire général est nommé par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité. Il est le plus haut fonctionnaire de l'Organisation⁴⁴.»

Le cas des magistrats des juridictions internationales

Dans le jugement 3359 (précité), il est précisé qu'«[i]l n'est pas contesté que les juges sont des "fonctionnaires" (*officials*) de la [Cour pénale internationale], ainsi qu'il ressort des dispositions de l'Accord de siège⁴⁵.»

V. Quelques réflexions sur l'utilisation de la notion par le TAOIT

Reconnaître la relation d'emploi

Il apparaît que l'un des objectifs du Tribunal est de ne pas se limiter à la pure formalité et d'aller même au-delà de celle-ci (ce qui est conforme aux principes reconnus par l'Organisation internationale du Travail). En effet, la nature des relations contractuelles des organisations internationales est à présent tellement variée qu'elle va au-delà de la définition «classique» du fonctionnaire: budget régulier/coopération technique, notion de «long terme» (de moins en moins long), notion de permanence de l'emploi, etc.: l'exception devient à présent la règle. Le Tribunal veille à ne pas être limité par la définition classique. Il tend par là à ne pas créer des obstacles «hors réalité». On pourrait qualifier cette approche de «pragmatisme judiciaire».

Dans le jugement 1272, *Diotallevi et Tedjini* (1993)⁴⁶, le Tribunal a reconnu sa compétence pour se prononcer sur toute relation d'emploi entre une organisation et ses agents, quelle qu'en soit la forme, contractuelle, ou statutaire.

⁴⁴ Nations Unies, Charte des Nations Unies (adoptée le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945), 1 UNTS XVI.

⁴⁵ Jugement 3359 (2014), consid. 13.

⁴⁶ Jugement 1272 (1993), consid. 9: «Le Tribunal a compétence pour se prononcer sur toute relation d'emploi entre une organisation et ses agents, quelle qu'en soit la forme, contractuelle, ou statutaire. Les incidences que le recrutement de M. [X] est susceptible d'avoir sur les droits statutaires des requérants ne sauraient donc échapper à la compétence du Tribunal en raison de la nature particulière des liens établis par l'organisation avec M. [X].»

Dans le jugement 3090 (2012)⁴⁷, le Tribunal, siégeant en formation élargie, a précisé qu'il importe peu que l'agent concerné ait ou non été recruté par un contrat et que ce contrat soit ou non de durée déterminée.

On peut ainsi observer des cas de requalification de la relation d'emploi par le Tribunal: dans le jugement 701, *Bustos* (1985)⁴⁸, celui-ci a estimé que la division du travail du requérant en périodes contractuelles à court terme de consultant (plus de onze années) était fictive, et que l'intention mutuelle était de l'employer aussi longtemps que ses services seraient nécessaires et qu'il serait disposé à les fournir.

Dans le jugement 1385, *Burt* (1995)⁴⁹, le Tribunal a recherché derrière le simple libellé des textes la véritable intention des parties. L'interruption de l'engagement du requérant sous la forme d'un contrat de collaboration extérieure n'était qu'un stratagème visant à le priver de la protection de la règle 3.5⁵⁰ sans renoncer au bénéfice de ses services. Ainsi, la «durée totale de son service contractuel ininterrompu» lui donnait droit, conformément à la règle 3.5, à se voir appliquer «les termes et conditions d'un engagement de durée déterminée visé au Statut du personnel du BIT».

⁴⁷ Jugement 3090 (2012), consid. 4: «[L]e Tribunal a compétence pour se prononcer sur toute relation d'emploi existant entre une organisation et ses agents, quelle qu'en soit la nature contractuelle ou statutaire. Si la décision de nomination d'un agent, ou de résiliation de ses rapports de service, est remise en cause pour atteinte aux droits de l'intéressé, dont le Tribunal doit assurer le respect, celui-ci doit exercer sa compétence pour apprécier la légalité de la décision contestée. *Il importe peu que l'agent concerné ait ou non été recruté par un contrat et que ce contrat soit ou non de durée déterminée.*» (Italiques ajoutés.)

⁴⁸ Jugement 701 (1985), consid. 9: «Le Tribunal conclut, de l'ensemble des éléments d'appréciation versés au dossier, que le travail accompli pour la PAHO par le requérant pendant plus de onze années a constitué un tout continu et que sa division en périodes contractuelles à court terme de consultant était fictive. L'intention mutuelle, formée si ce n'est au début du moins plus tard en 1976, était d'employer le requérant aussi longtemps que ses services seraient nécessaires et qu'il serait disposé à les fournir. Pour un accord de ce genre, la loi veut en outre que l'intéressé reçoive un préavis raisonnable. La PAHO n'a pas respecté cette condition. Comme, en l'espèce, la réintégration n'est pas opportune, le Tribunal déterminera la réparation appropriée.» «Tout tribunal a pour fonction d'interpréter et d'appliquer le contrat conformément aux intentions des parties» (consid. 5).

⁴⁹ Jugement 1385 (1995), consid. 12: «En l'espèce, il existe des circonstances plus que suffisantes pour justifier de rechercher derrière le simple libellé des textes la véritable intention des parties. L'interruption de l'engagement du requérant sous la forme d'un contrat de collaboration extérieure n'était qu'un stratagème visant à le priver de la protection de la règle 3.5 sans renoncer au bénéfice de ses services: en l'absence de modifications des conditions effectives d'emploi, l'intention véritable était qu'il continue de faire le même travail qu'auparavant.» Consid. 13: «Cette conclusion a pour conséquence juridique que le contrat de collaboration extérieure doit être analysé de la même manière que ses contrats à court terme qui assuraient la continuité du service. La "durée totale de son service contractuel ininterrompu" était donc d'une année au 5 avril 1993, ce qui lui donnait droit, conformément à la règle 3.5, à se voir appliquer "les termes et conditions d'un engagement de durée déterminée visé au Statut du personnel du BIT"».

⁵⁰ Cette règle prévoit que, lorsqu'un fonctionnaire engagé à court terme obtient une prolongation de moins d'un an portant la durée totale de son service ininterrompu à une année ou plus, les termes et conditions d'un engagement de durée déterminée visé au Statut du personnel du BIT – avec certaines exceptions – deviennent applicables.

Par le jugement 3225 (précité), le Tribunal a estimé, en raison d'une suite quasi ininterrompue de contrats de courte durée pendant treize ans, qu'il y avait lieu d'annuler la décision attaquée et de requalifier la relation d'emploi de l'intéressée comme si cette dernière avait été au bénéfice d'un contrat de durée déterminée à compter de la date d'effet de son deuxième contrat⁵¹.

Éviter le déni de justice

Revenant au célèbre jugement 11, *Desgranges* (1953), on peut noter que le Tribunal avait déjà, en développant les caractéristiques originelles examinées auparavant, posé les fondements de cet objectif:

Attendu qu'il résulte des dires de l'Administration ainsi que de l'avis unanime d'un comité paritaire spécial institué en la cause, que l'absence de dispositions de droit positif en ce qui concerne les employés des bureaux de correspondance rendrait extrêmement précaire la situation de ces salariés et risquerait de les soumettre à des décisions arbitraires, sans qu'ils disposent d'aucun recours ni devant les tribunaux nationaux ni devant le Tribunal administratif;

Attendu que, si le Statut du Personnel sous sa forme actuelle qualifie de fonctionnaires les agents dont il s'agit en la cause, c'est pour stipuler qu'ils seront soumis à des conditions d'emploi spéciales à déterminer en leur faveur, mais qu'à défaut de la détermination de telles conditions, il n'est pas possible de les laisser sans recours;

Attendu qu'il est impossible de croire que l'Organisation internationale du Travail, constituée pour assurer la sécurité de tous les salariés, n'ait pas le souci d'assurer celle de tous ses fonctionnaires; que l'esprit dans lequel la législation en vigueur doit être interprétée n'est donc pas douteux;

Que dès lors le Tribunal est compétent pour connaître de l'affaire qui lui est soumise;

[...] Par ces motifs, le Tribunal déclare l'affaire recevable, se déclare compétent [...]⁵².

Puis le jugement 122, *Chadsey* (1968), a précisé ceci:

Si le Statut du personnel d'une organisation n'est, dans son ensemble, applicable qu'aux seules catégories d'agents qui y sont expressément dénommées, certaines de ses dispositions ne sont que la traduction, dans un texte écrit, de principes généraux du droit de la fonction publique; ces principes correspondent de nos jours à des nécessités si affirmées et sont admis d'une manière si générale qu'ils doivent être regardés comme étant applicables à tous les agents ayant avec une organisation un lien autre que purement occasionnel et, par suite, comme ne pouvant légalement être méconnus dans les contrats individuels. Il en est ainsi notamment du principe selon lequel ces agents ont, en cas de litige avec leur employeur, droit à la garantie d'un recours contentieux⁵³.

⁵¹ Jugement 3225 (2013), consid. 8: «En l'espèce, la requérante a été au bénéfice de contrats de courte durée, sans aucune interruption notable, pendant une période de treize ans. Dès lors, il y a lieu d'annuler la décision attaquée et de requalifier la relation d'emploi de l'intéressée comme si cette dernière avait été au bénéfice d'un contrat de durée déterminée à compter de la date d'effet de son deuxième contrat.»

⁵² Jugement 11 (1953), p. 2. (Italiques ajoutés.)

⁵³ Jugement 122 (1968), p. 2. (Italiques ajoutés.)

VI. Conclusion

Au vu de ces éléments, il est utile de noter qu'en fin de compte peut être considéré comme un des «étalons de mesure» dans ce domaine l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit à un procès équitable⁵⁴, applicable dans les États où se situent les sièges d'une grande majorité d'organisations internationales, et que le Tribunal, en dépassant la notion classique de fonctionnaire international, est à l'écoute des principes contenus dans cet article 6, paragraphe 1, et en assure indirectement le respect.

Dans le cas contraire, si les juridictions nationales étaient saisies de ce type de différends, elles pourraient reconnaître une non-conformité à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne et se déclarer compétentes. Cela soulèverait de nombreuses questions relatives aux privilèges et immunités des organisations internationales. L'approche du Tribunal est donc, en fin de compte, protectrice des organisations.

⁵⁴ Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 mars 1953, modifiée par les protocoles 11 et 14), ETS 5, 213 UNTS 221. «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.»

DUE PROCESS AND EQUALITY OF ARMS IN THE INTERNAL APPEAL: NEW DEVELOPMENTS FROM JUDGMENTS 3586 AND 3688

LAURENCE FAUTH

Laurence Fauth is in private practice and specializes in representing international civil servants in the internal appeals processes of many international organizations, and before the International Labour Organization Administrative Tribunal (ILOAT), United Nations Dispute Tribunal (UNDT), and United Nations Appeals Tribunal (UNAT). Additionally he is the Legal Advisor to Staff Associations of many international organizations as well as to the Federation of International Civil Servants' Associations (FICSA) where he conducts training workshops on the justice system of the United Nations and other common system organizations.

Because of the requirement to exhaust administrative remedies before filing an appeal with the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT), the internal appeal is obviously very important. The ILOAT acts as an appellate court, and therefore gives significant deference to the findings of fact and conclusions on the merits of the internal appeal bodies. The Tribunal oversees some 60 international organizations with separate internal appeal systems. How does the Tribunal manage or police the myriad number of internal appeal systems? What are the consequences, if any, when the Tribunal finds that the internal appeal process failed to meet the principles of due process that it has established or acknowledged? What is the status of the principle of equality of arms?

To my mind, this issue became more pronounced when the Redesign Panel on the United Nations system of administration of justice issued its report in 2006 finding that the United Nations internal appeal process was seriously flawed in its design and did not provide an efficient means of redress in keeping with principles of due process.¹ Many of the organizations subscribing to the Tribunal's jurisdiction maintain internal appeal structures similar to the United Nations' old internal justice system. Based on the Redesign Panel report, the United Nations replaced its system in 2009 with a professionally staffed system. In my view, the ILOAT has taken a "carrot and stick" approach to violations of due process, and in many cases has shown tremendous patience when it comes to dealing with breaches of due process in the internal appeal. Nonetheless, it has significantly advanced the staff member's right to due process over the years. I will also discuss two recent judgments (Judgment 3586 issued in February 2016, and Judgment 3688 issued in July 2016) that, in my opinion, will certainly have a significant impact on the law of due process.

To put a finer point on the internal appeal process, in most organizations (but not all) there are usually three steps in the appeal process, each of which engages principles of due process: first, the administrative review; second, the internal appeal board review and recommendation; and third, the final decision by the executive head.

¹ See Report of the Redesign Panel on the United Nations system of administration of justice (28 July 2006), UN Doc A/61/205.

Of course, this issue involves a determination of the principles of due process. What are the consequences, if any, if the internal appeal procedure followed violates the staff member's rights to due process? In ILOAT Judgment 1317, the Tribunal explained that the internal appeal provides "procedural safeguards that are calculated to protect the staff against arbitrary management".² Given the immunity of international organizations, this proposition cannot be overstated.

Article II, section 5, of the Tribunal's Statute provides that the Tribunal is open to "any other international organization meeting the standards set out in the Annex hereto".³ In looking at the Annex to the Statute, however, there is only reference to the three basic criteria for admission to the Tribunal's jurisdiction: (i) the organization is international in character; (ii) the organization is not subject to national laws; and (iii) the organization agrees to comply with the Tribunal's judgments.⁴ There are no stipulations specifying how the internal appeal machinery should be structured, nor any references to principles of due process.

This means that the organizations are free to establish their own machinery. Of course, for those organizations that do not adopt internal appeal rules, they will quickly learn that their staff have a right of direct appeal to the Tribunal. The Tribunal has thus developed general principles of law of due process applicable in the internal appeal process through the issuance of its judgments, somewhat like the common law system. However, it must be kept in mind that since each organization has adopted its own unique internal appeal procedure, one cannot be certain that the Tribunal's finding of a breach of due process in one case will apply in another case.

I turn now to a few judgments to identify the principles of due process that have developed over the years, paying attention to the consequences for any breaches.

I. Access to the appeal process: General principles

In Judgment 2282, the Tribunal dealt with a case where the staff members were threatened with retaliation if they filed an appeal. After the manager who made the threats left the organization some two years later, the staff members found the courage to appeal. The Organization argued that the appeals were time-barred as they were filed two years late. However, in the pleadings, the Organization did not deny that threats had been made. The Tribunal stated:

² Judgment 1317 (1994) consid. 25.

³ Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, adopted by the International Labour Conference on 9 October 1946, last amended 7 June 2016, available at http://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm (accessed 17 August 2017).

⁴ *Ibid.*

The integrity of the internal appellate process is of fundamental importance to the proper functioning of the international civil service. Like the process before the Tribunal itself, it must be free of any taint of fraud or abuse of power (...) The Tribunal asserts unhesitatingly that intimidation or threats of reprisal in such circumstances will be severely sanctioned. Indeed, *there is a positive obligation on the part of the administration of every international organisation to assist staff in the exercise of their recourse and to place no obstacle in their way.*⁵

What were the consequences? The time-bar defence was rejected, and the complainants won on the merits. This judgment sent a strong message to organizations to make sure staff have unfettered access to the appeals process, should provide guidance, and that they should not put obstacles in the way. In this respect, the organizations may not set traps, and in Judgment 2017, the Tribunal held that the internal appeal filed with the wrong official should have simply been forwarded to the appeal board secretary and could not be grounds for asserting time-bar.⁶

The Tribunal wrote in its Judgment 2513:

Before leaving this case, the Tribunal would comment on an allegation of failure of due process in the proceedings before the Joint Appeals Board (JAB) . . . to the effect that the JAB heard a witness in his absence and denied him the right to cross-examine witnesses. In its surrejoinder the Agency appears to defend and justify this practice, but again only in general terms. The question has not been properly pleaded or explored in the present case and therefore does not form the basis of the present decision. The Tribunal notes, however, that in the absence of special circumstances such as a compelling need to preserve confidentiality, internal appellate bodies such as the JAB *must strictly observe the rules of due process and natural justice* and that those rules *normally* require a full opportunity for interested parties to be present at the hearing of witnesses and to make full answer in defence. If that is not the *practice* observed by the JAB, the Agency should waste no time in instituting necessary reforms.⁷

What were the consequences? In this case, the Tribunal issued a stern warning to the organization despite finding that the issue had not been “properly pleaded or explored”.⁸ More recently, the Tribunal found a breach of due process in a case alleging harassment in Judgment 2982 (issued in 2011):

He was given no opportunity to answer the arguments put forward by the Administration. In particular, he was not present when the Chief of Mission was interviewed and not provided with a transcript of her statements. Nor was he provided with documents submitted by the Administration.⁹

What was the consequence? The Tribunal ruled on the merits of the harassment claim.

II. Functioning of the appeals body

The Tribunal has held that the appeals boards must respect “minimum standards of justice”. What does this mean? In Judgment 1317 (issued in 1994), in ad-

⁵ Judgment 2282 (2004), consid. 11 (emphasis added).

⁶ Judgment 2017 (2001).

⁷ Judgment 2513 (2006), consid. 11 (emphasis added).

⁸ *Ibid.*

⁹ Judgment 2982 (2011), consid. 12.

addressing an appeal of a decision of non-renewal of a fixed-term appointment, the Tribunal explained:

31. An internal appeal procedure that works properly is an important safeguard of staff rights and social harmony in an international organisation and, as a prerequisite of judicial review, an indispensable means of preventing the dispute from going outside the organisation. In the event of a complaint it greatly helps the Tribunal in identifying the material issues of fact and law (...)
33. The report which the Board submitted is open to even more serious objections. It is terse and offers no reasoning on issues of fact or of law. There is no telling whether, as due adversarial process required, the Board took up the complainant's pleas and the Union's replies. Even though a report by an appeals body is not a judgment by a court of law, the report of 26 May 1992 does not come up to the minimum standards of justice that the complainant was entitled to.
34. The Union is wholly to blame for those shortcomings. The Appeal Board is set up under the Staff Regulations and the Union has a duty to keep it at all times in proper working order (...) Lastly, by endorsing the report without comment or qualification in his letter of 4 June 1992 the Secretary-General too assumed full responsibility for its contents.¹⁰

What were the consequences? The Tribunal did not send the case back to the organization for further proceedings but ruled on the merits and awarded three years' worth of salary and allowances. One can see here another principle of due process at work – if the executive head accepts the report of the board without comment or qualification, it becomes his or her full responsibility. There is also the related principle of due process that if the executive head agrees with the board's report, there is no requirement to give any additional reasons for the decision; however, if he/she disagrees with the board's positive recommendations, then the disagreements and departure must be fully explained.

Another interesting case about how the failure of due process affects the ultimate decisions comes from Judgment 1814 (issued in 1999):

The Joint Committee for disputes dealt with the 'complaint' by correspondence. The Tribunal considers that the texts provide 'that the Committee shall meet', and it meets only if all the full members, or in their absence the alternate members, are present. On that score alone there was breach of due process and the impugned decision cannot stand.¹¹

What were the consequences? The case was remanded to the organization for new proceedings.

III. Delays

In Judgment 1319 (issued in 1994), the Tribunal held that:

By causing or allowing [a delay of more than one year between the internal appeal and the final decision] and by denying the Board of Appeal the information which would have enabled it to give

¹⁰ Judgment 1317 (1994), consid. 31, 33, 34.

¹¹ Judgment 1814 (1999), consid. 7 and 8.

a timely and complete opinion on the complainant's case the organization fell short of the requirements of due administrative process and of the *standards of care it must apply to its staff*. In the circumstances, the complainant is entitled to the sum (...) she has claimed in damages and costs.¹²

Delays in the internal appeal process are not new. So long as the internal appeal is pursued diligently (which is a requirement placed on the staff member by, for example, sending request for status letters at regular intervals), after a period of one and a half years it is possible to explore whether to proceed with the appeal to the Tribunal, and claim damages for the delay.

The Tribunal has often stated that internal appeal bodies must be properly resourced and this will avoid delays. In Judgment 2662, the Tribunal noted that “the fact that an internal appeal body might determine that issue erroneously highlights the need for international organisations to ensure that those bodies are properly resourced and that their proceedings are not beset by unreasonable delay”¹³. The Tribunal therefore traced the delay in the proceeding to a lack of resources. What were the consequences? The complainant was awarded 5,000 euros for moral damages.¹⁴

In Judgment 2904, the Tribunal stated that “the Organization has a duty to maintain a fully functional internal appeals body”¹⁵ and, in Judgment 2197, that the internal appeal must move forward with “reasonable speed”.¹⁶

IV. Discovery – Production of documents

In order for the staff member to know what happened and what facts led to the decision, access to written evidence is critical to due process in many, if not all, cases. Does the staff member have the right to obtain written documents from the administration that are relevant for the appeal?

Recently, in Judgment 3377 (issued in 2014), the Tribunal summarized the current general state of the law:

It is well established in the Tribunal's case law that a document upon which a decision is based cannot be withheld from the concerned staff member. This disclosure obligation is not overcome by disclosure in the context of the Tribunal's proceedings. However in the present case, the failure to disclose the correspondences did not prejudice the complainant (see Judgment 2899, under 23).¹⁷

¹² Judgment 1319 (1994), consid. 9 (emphasis added).

¹³ Judgment 2662 (2007), consid. 14.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Judgment 2904 (1988), consid. 15.

¹⁶ Judgment 2197 (2003), consid. 33.

¹⁷ Judgment 3377 (2014), consid. 16.

In Judgment 1815 (issued in 1999), the Tribunal held in respect of a selection decision:

When there is a process of selection to fill a post or bestow some boon the records are indeed ordinarily privileged: the organisation may not reveal to one candidate information about any of the others. Yet if there is a dispute a candidate has a rightful interest in proving material facts. So the case law prescribes disclosure of any privileged item of evidence that goes to the nub. Precautions may be taken to keep from the complainant's ken immaterial information on a third party such as another candidate...

To ensure due process both in internal proceedings and before the Tribunal the staff member must get any items of information material to the outcome. And one such item is the names of the advisory body's members. Who they are may of course affect its reasoning and the weight its report carries, and so the staff member should be allowed at least to comment.¹⁸

On the other hand, in Judgment 2163 the Tribunal stated:

The firm case law has it that the Tribunal will not interfere with the comparison of entrants in a competition. Only when it appears that the choice of candidate may rest on some mistake of fact or law or there may have been misuse of authority will the Tribunal order the production of evidence so that it may review such comparison and will the complainant be entitled to see such evidence (see Judgment 1564, under 8).¹⁹

I also note that in Judgment 3209, the Tribunal ordered the production of documents on its own motion since neither party had provided the documents and they were needed to decide the case.²⁰

I now turn to two significant judgments issued on the question of due process in 2016.

Judgment 3586 involved an appeal of a decision not to extend a fixed-term appointment solely on the grounds of alleged financial constraints. The Tribunal stated the following:

1. "(...) funds were known to have been available to fund the extension of the complainant's contract when the decision was taken or before his contract expired is a question of fact, which the HBA had to determine."²¹
2. "The HBA could not have properly determined the issue unless WHO placed all of the relevant information before it and provided it to the complainant as well."²²
3. "WHO should have disclosed all of the information, including copies of the fund agreements and related documents or records, that it had that related to line items, position descriptions and allocation of funds associated with each grant, to the HBA and to the complainant. This disclosure would have assisted

¹⁸ Judgment 1815 (1999), consid. 2.

¹⁹ Judgment 2163 (2002), consid. 13.

²⁰ Judgment 3209 (2013).

²¹ Judgment 3586 (2016), consid. 13.

²² *Ibid.*, consid. 13

the HBA to determine the central issue of whether GMP knew before the complainant's contract expired that funds would have become available to fund his extension."²³

4. "The Tribunal has consistently stated that the *principle of equality* of arms must be observed by ensuring that all parties in a case are provided with all of the materials an adjudicating body such as the HBA uses in an internal appeal, and that the failure to do so constitutes a breach of due process."²⁴
5. "WHO breached due process by not having provided the relevant documents to the complainant. It also breached due process by not disclosing all of the agreements and related information."²⁵
6. "The Tribunal holds that all relevant documents should have been disclosed to the HBA, without its request, to enable it to thoroughly investigate the central question: whether funds were or would have been available or were "expected to be assured" at the material time to fund the extension."²⁶
7. "The Tribunal considers that because WHO did not disclose all of the relevant materials to the HBA, its investigation was incomplete. The failure to disclose all of the relevant materials prevented the HBA from properly considering the facts. Accordingly, the decision not to extend the complainant's contract not only violated due process but also WHO's duty of care and the impugned decision should be set aside."²⁷

The Tribunal did not remand the case back to the organization for further proceedings with an order to produce the financial records, but instead awarded 80,000 US dollars in material damages and 30,000 US dollars in moral damages.²⁸

Judgment 3688 involved a staff member whose post was abolished also on the grounds of financial constraints. The Tribunal found that the internal appeal was unreasonably delayed in breach of due process, and canvassed the law in this area thoroughly. But that is not the most significant aspect of the case. The Tribunal decided:

Whether the post was abolished for financial reasons is a question of fact. Those facts were within the knowledge of WHO and it must show that when it advanced financial reasons as a ground for the abolition of the complainant's post this was genuine. It has not done so. In the absence of that evidence, it is determined that the complainant's post was unlawfully abolished and the claim on this ground is well founded.²⁹

²³ Ibid., consid. 15.

²⁴ Ibid., consid. 17.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., consid. 19.

²⁷ Ibid., consid. 10.

²⁸ Ibid., consid. 27.

²⁹ Judgment 3688 (2016), consid. 18.

The Tribunal did not remand the case back to the organization for further proceedings with an order to produce the financial records, but instead awarded 90,000 euros in material damages and 70,000 euros in moral damages.

In reviewing the cases where the Tribunal considers violations of due process in the internal appeal, what emerges is that the Tribunal on balance has not hesitated to find violations of due process. However, on occasion, it has not taken the further step of adequately providing a remedy for the violation and thus giving incentive to the organizations to amend their rules or practices. Judgments 3568 and 3688 have taken the issue of due process and equality of arms in a new positive direction. In cases where an appointment is terminated for abolition of post or not extended on the grounds of financial difficulties, the organizations will have to produce the financial records to prove this was the real reason or risk losing the appeal on the merits and paying significant damages. This principle that an organization must disclose a material document relied upon to justify the decision is echoed in an early judgment of the Tribunal, Judgment 13:

(...) the Tribunal deems it inadmissible that the considerations alleged by that Organisation can in any way prejudice the legitimate interest of the complainant; that the existence of a secret document concerning the complainant, the content of which is unknown to him and against which he is consequently powerless to defend himself, obviously vitiates the just application of the Regulations to the complainant and affects not only the interests of the staff as a whole but also the interests of justice itself (*vide*, judgment No. 15 of the Administrative Tribunal of the United Nations: "The Applicant cannot be penalised because certain information is considered by the Respondent as confidential and the Applicant has no opportunity either of knowing that the reason is or of challenging it.") (...).³⁰

³⁰ Judgment 13 (1954), p. 5.

CLOSING REMARKS

GIUSEPPE BARBAGALLO

President of the Tribunal (as of 1 July 2017)

Mr President,

I would like to thank all the panelists, the public, and the Registrar of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT), Dr Petrović, his colleague, Ms Corsion-Offre, and all the staff of the Registry. I would also like to thank Mr Gentot, who was President of our Tribunal for a long time, and Mr Raimondi, the current President of the European Court of Human Rights and former Legal Adviser of the ILO, for their presence here today, as well as all of you who have come from near and far.

I'll say a few words to close this symposium. As you may have noticed, in all the reports and interventions, general principles were a consistently present argument. So I would like to say something about these general principles and how they, balancing the exigencies of certainty and actuality of law, have changed over time. This gives me the opportunity to read an excerpt from the first judgment of our Tribunal, the Administrative Tribunal of the League of Nations at that time, delivered at the first session, on 15 January 1929. This first Judgment was written in French, following the French oracular style. I will read the part referencing general principles:

Que ce n'est qu'à défaut de l'existence dans telle espèce d'un droit positif, qu'il y aurait lieu pour le Tribunal de s'en référer aux principes généraux du droit et à l'équité;

Que tel n'est pas le cas dans l'espèce;

Therefore, the Tribunal has referenced general principles since its very first judgment. These principles have changed over time. The primary example of this evolution is

that, after the unacceptable horrors of the Second World War, general principles changed with the case law which developed from a conceptual case law founded on syllogism into a case law where the results of the syllogism are evaluated according to the values of equality and justice. General principles of State were principles which guaranteed that the system of law of a State was a complete and closed system. They were an element of closure of the State's system of law.¹ Changes in international law also influenced the development of these general principles. It was through international law that, step by step, these general principles turned into something different. They became an element which opened the provincial (i.e. national) system to other systems of law and which promoted dialogue among the courts. Courts represent the ideal environment for the elaboration and evolution of such principles.

In my opinion, these principles, in the hierarchy of norms, are above written provisions. This is also reflected in the Tribunal's case law. Judgment 2979 is a good example of this, where the assumption of the decision was that the principle of non-discrimination is a source of law hierarchically higher than the norm referred to in Article 4.05 of the Staff Regulations of the International Atomic Energy Agency. I will quote the relevant parts:

Staff Regulation 4.05 provides that: "Staff members shall not normally be retained in service beyond the age of sixty-two years or – in the case of staff members appointed before 1 January 1990 – sixty years. The Director General may in the interest of the Agency extend these age limits in individual cases."

The Tribunal, under consideration 4, states:

The claim that Staff Regulation 4.05 violates the principle of non-discrimination, which is a general principle of law also provided for in many international conventions and agreements, is unfounded. The principle of non-discrimination requires the adoption and implementation of impartial, reasonable and objective rules which provide the same juridical treatment for similar cases. What it forbids is any arbitrary and/or unjustified distinction between individuals or groups in similar or identical positions, not the differentiated or graduated treatment of situations which are intrinsically and objectively different. It is clear that set standards and rules are an administrative necessity in order to ensure the most fair and balanced practice towards all employees while maintaining the efficient operation of the organisation. Staff Regulation 4.05 is an example of a set standard which differentiates according to age, but cannot be considered as an arbitrary or unjustified distinction.

These general principles have gradually taken on great importance in the jurisdictions of international public service because, in principle, the source of written provisions of the law of international civil service cannot regulate all possible sit-

¹ In Italian law, Article 12, paragraph 2 of the General Provisions on the Law (Preliminary Provisions to the Civil Code) of 16 March 1942, which is similar to Article 3 of the Preliminary Provisions to the previous Civil Code of 1865, under the heading "Interpretation of the Law", provides: "If the controversy cannot be decided with reference to a specific provision one can turn to provisions that regulate similar cases or analogous subjects, if the case still remains doubtful, it is decided according to the general principles of the State's Law".

uations. These general principles either cover fundamental rights, drawing on the Constitutions of States and international conventions on human rights, or are based on the concept of the rule of law (legal certainty, proportionality, adversarial principle, and legitimate expectations, among others). They represent the collective legal conscience of the moment. I do not attach a meaning of natural law to this term. I think that the courts – such as the administrative tribunals of the international public function – are in a favourable position to assess the existence, scope and functioning of such principles, and these principles represent a legitimizing reason for the dialogue among courts.

As noted above, in the past, general principles guaranteed the completeness of the national systems and therefore their national closure. At present, they have almost reversed their original function, being the main tool of communication and dialogue among different systems of law as well as among different courts.

Moreover, to the extent that the general international law and the national systems of law have become “open systems”, general principles constitute the core of a global system of law: their function is a new one. It is worth insisting that at the present time, general principles are a tool of communication among different systems of law as well as different courts. It has to be noted that international law has had a great influence on this change of the functions of general principles. The interpretation of paragraph 1(c) of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice,² which reproduced Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice of 16 December 1920,³ has recognized a great flexibility of “the general principles of law recognized by civilized nations” to adapt to the changes of society according to the values of equality and justice. Without treating the issue regarding the difference in international *law between customary law* and general principles, I wish to report the interesting observation that “[w]hereas custom crystallizes in a bottom-up process, general principles may (although not always) permeate the legal order from the top down”.⁴

² Article 38: “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

³ Article 38: “The Court shall apply: 1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

⁴ *General Principles: Cohesion and the Expansion of International Law*, by Mads Andenæs and Ludovica Chiussi, Paris Seminar 23-25 March 2017, Organized under the auspices of the University of Bologna School of Law, KU Leuven Centre for Global Governance Studies, and the University of Oslo Faculty of Law.

Turning to our Tribunal, its case law contains frequent references to general principles. There is a good reason for that: the very nature of the system of law of international organizations requires it. References to general principles are frequent in the judgments of tribunals of international public function, which have to use these principles as rules to decide cases, either to fill a lacuna or as a tool to interpret the provisions which must be applied.

I shall refer to some general principles: the principle of non-discrimination or of equality, the principle of good faith, of natural justice, including due process and procedural fairness, the principle of *lex posterior*, the principle of proportionality, and the adversarial principle including *audi et alteram partem*. These principles, as well as many others, are present in the Tribunal's judgments.

A particular perspective on general principles can consider these four issues:

1. General principles are useful to guarantee, through their interpretation, the flexibility of the system of law which must be in alignment with social changes.
2. The interpreters' activity, the activity of all actors of the forum,⁵ defines the norm of the concrete case. That is important as in some way the interpreter, completing the meaning of the provision (distilling the abstract into the concrete), gives the rule of the case.
3. The self-restraint of the interpreters is always necessary to avoid arbitrariness, or even the appearance of arbitrariness. Specifically, applying a general principle, the interpreters must guarantee an application that is as uniform as possible.
4. Self-restraint can be properly obtained through the transformation of the general principle, whose content is indefinite, into more definite standards, which can be applied to a greater number of cases. As an example, the Tribunal used self-restraint by applying the principle of proportionality to dismissal.

The Tribunal's case law shows its attitude in identifying some standards regarding the principle of proportionality. I will briefly refer to this case law.

[A]ccording to firm precedent, as recalled in particular in Judgments 207 and 1984, the disciplinary authority has discretion to determine the severity of a disciplinary measure justified by a staff member's misconduct provided that the measure adopted is not manifestly out of proportion to the offence.⁶

In this judgment, the Tribunal did not identify any default standard but with the adverb "manifestly" it indicated that, outside a certain range, the sanction would have to be considered disproportionate. The Tribunal has always held that:

⁵ By "interpreters" or "actors of the forum", I refer to the idea that a judgment is not the product of the sole judge but rather the end result of a long process involving all the actors of the forum, that is, the entire community of contributors including lawyers, judges, scholars, publishers and reviewers of the decision, among others.

⁶ ILOAT Judgment 2773, consid. 28 (Nana-Sinkam v. FAO).

... lack of proportionality is to be treated as an error of law warranting the setting aside of a disciplinary measure even though a decision in that regard is discretionary in nature (see Judgments 203 and 1445). In determining whether disciplinary action is disproportionate to the offence, both objective and subjective features are to be taken into account and, in the case of dismissal, the closest scrutiny is necessary.⁷

The Tribunal has tried to identify default standards particularly in cases which involve dismissal. For example, it has found dismissal to be proportionate in cases where the complainant:

- was guilty of cheating;⁸
- was found to have submitted a fraudulent travel expense claim;⁹
- attempted to commit fraud;¹⁰ and
- deliberately misused the Organizations resources and immunity.¹¹

So in this way, when interpreting the principle of proportionality, the Tribunal identifies some standards to limit itself. As such, interpreters build standards so as to guarantee, to the extent possible, a uniform application of this principle in order to avoid the appearance of arbitrariness, and to balance the opposing needs of certainty of the law and consistency of the system of law with the social changes. These general principles are necessary to guarantee the flexibility of a system of law and its connection with social evolution, which depends on the changing weight of values over time. Accordingly, interpreters must limit themselves to guarantee the predictability of the implementation of these general principles, which, in my opinion, are the highest norms we know.¹² It is particularly important for the stability of this emerging system of global law whose general principles are at its core.

I wish to make some comments on an interesting issue regarding access to a court, raised during the last part of the discussion. President Raimondi intervened on this issue, reminding us that the European Court of Human Rights had considered the issue in its Judgment 415/07 of 6 January 2015. The ILOAT had dealt with the same case in Judgment 2657, delivered in public on 1 July 2007, and had decided that the complaint was irreceivable for lack of jurisdiction. The question stems from the norm referred to in Article 2 of the Statute of

⁷ Judgment 937 (1988), consid. 5.

⁸ *Ibid.*, consid. 14.

⁹ Judgment 2231 (2003), consid. 6: “Even though the amount at stake was not large, an intent to defraud the Organization is a most serious offence. The Organization may expect the highest standards of integrity from its staff; it could not possibly just overlook the fraud; and there was nothing disproportionate about dismissing [the complainant] for the misconduct she had committed.”

¹⁰ Judgment 1984 (2000), consid. 7.

¹¹ Judgment 2944 (2010), consid. 50.

¹² Under the Italian Constitution, the fundamental principles of the Constitution and the fundamental rights of the person cannot be changed – neither by a normal law nor by a constitutional law. That means that there is a core of norms which is above the Constitution and which the legislative power cannot abolish (see, among others, Judgment No. 1146/1988 of the Italian Constitutional Court).

the ILOAT¹³ (similar provisions exist in other provisions of international tribunals), according to which the Tribunal is competent to hear complaints raised by officials. Accordingly, the applicants for a post in an international organization, who have not been appointed, are barred from access to the Tribunal. Considering that international organizations enjoy immunity from national jurisdiction, this issue is important, as it concerns the fundamental right to justice or to access to a court. The ILOAT, in its Judgment 2657 (2007), under consideration 6, addressed this question and noted that “the present judgment creates a legal vacuum and [the Tribunal] considers it highly desirable that the Organisation should seek a solution affording the complainant access to a court, either by waiving its immunity or by submitting the dispute to arbitration”. The complainant’s appeal before the German Federal Constitutional Court was rejected on the ground that the latter lacked jurisdiction, since the European Patent Office (EPO), which had taken the impugned decision, enjoyed immunity from the German courts. The complainant filed an appeal with the European Court of Human Rights, which, in its Judgment 415/07, taking into account the above-cited Judgment of the ILOAT,¹⁴ did not find any manifest deficiency in the protection of the fundamental right of access to a court by the EPO. The Court considered that the Convention permits restriction on the rights of access to a Tribunal in the context of disputes regarding recruitment to the civil service, and that the essence of the complainant’s right of access

¹³ Article II:

“1. The Tribunal shall be competent to hear complaints alleging non-observance in substance or in form, of the terms of appointment of officials of the International Labour Office, and of such provisions of the Staff Regulations as are applicable to the case. (...)

5. The Tribunal shall also be competent to hear complaints alleging non-observance in substance or in form, of the terms of appointment of officials and of provisions of the Staff Regulations of any other international organization meeting the standards set out in the Annex hereto which has addressed to the Director-General a declaration recognizing, in accordance with its Constitution or internal administrative rules, the jurisdiction of the Tribunal for this purpose, as well as its Rules of Procedure, and which is approved by the Governing Body.”

¹⁴ Judgment 415/07, considerations 69-71:

“69. Having regard to the importance in a democratic society of the right to a fair trial, of which the right of access to court is an essential aspect, the Court therefore considers it decisive whether the applicant had available to him reasonable alternative means to protect effectively his rights under the Convention.

70. The Court notes in this respect that in its judgment of 11 July 2007, the Administrative Tribunal of the ILO found that as a result of its lack of jurisdiction, there was a legal vacuum and that it was highly desirable that the EPO sought a solution affording the applicant access to a court, either by waiving its immunity or by submitting the dispute to arbitration (see paragraph 20 above). The European Patent Office, following up that proposal, subsequently declared to be ready to submit its impugned decision refusing to recruit the applicant to an arbitral tribunal. It offered the applicant to conclude a concrete contract of arbitration. Under that contract, three arbitrators were to hear the applicant’s case in an oral hearing in private. They were to determine the case on the basis of the substantive rules which the Administrative Tribunal of the ILO would have applied had it had jurisdiction to adjudicate the case, that is, the European Patent Convention, the European Patent Office’s Service Regulations and the general principles of international labour law as established by the Administrative Tribunal of the ILO (see paragraphs 24-25 above). It further offered to examine specific proposals concerning the procedure made by the applicant, who did not take up that offer (see paragraphs 27-28 above).

71. The Court finds that this offer of arbitration made to the applicant had awarded the applicant a reasonable opportunity to have his complaint about the European Patent Office’s decision examined on the merits. It does not only fail to share the applicant’s doubts about the mandate of counsel acting for the EPO, of which the European Patent Office is a body. In particular, it does not consider that the EPO’s offer to have the dispute examined (only) under the rules which would have been applicable before the Administrative Tribunal of the ILO was such as to make the arbitration procedure an unreasonable alternative to proceedings before the domestic courts.”

to a court was not impaired since the EPO had offered the complainant an arbitration procedure and therefore, a reasonable alternative means to have his complaint regarding the decision not to recruit him, examined on the merits.¹⁵

This is a good example of the proper functioning of the dialogue among courts, which offers an important guidance to international organizations for similar issues regarding the application of the right of access to a court in similar cases.

Thank you.

¹⁵ Application No. 415/07, *Roland Klausecker against Germany*, considerations 102–107:

“102. The Court recalls that in the applicant’s case, the EPO’s internal labour dispute mechanism in relation to candidates for a job was shown to function as follows: The applicant’s internal appeal under the Service Regulations of the European Patent Office was rejected as inadmissible because he was found not to have standing to lodge such an appeal. Such an appeal was only open to (former) staff members of the European Patent Office, as opposed to job applicants (see paragraphs 10 and 36 above). Likewise, the applicant’s complaint to the Administrative Tribunal of the ILO was rejected as inadmissible by reference to that Tribunal’s well established case law because that court did not have jurisdiction in respect of external job applicants (see paragraphs 19 and 38 above). In none of the review procedures set up within or by the EPO, the applicant’s complaint about his discriminatory treatment in the recruitment procedure before the European Patent Office had therefore been examined on the merits.

103. However, the Court finds that, as the Government rightly pointed out, under the Court’s case law, the Convention itself permits restrictions on the access to a tribunal in relation to measures concerning an applicant’s recruitment to civil service. As shown above, an issue arises already as regards the applicability of Article 6 in this respect (see in detail paragraphs 48–52 above).

104. In any event, as regards compliance with Article 6 of the Convention of restrictions on access to court in employment disputes of applicants with international organizations, the Court recalls that it has consistently held in relation to access to the domestic courts of the Contracting Parties to the Convention that limitations to the right of access to court by granting immunity from jurisdiction to those organizations was proportionate to the legitimate aim of strengthening international cooperation, in particular, if the persons concerned had available reasonable alternative means to effectively protect their Convention rights (see, in particular, Waite and Kennedy, cited above, §§ 50 ss and paragraph 64 above).

105. The Court refers to its above finding that the limitations placed on the applicant’s access to the German domestic courts had been proportionate to the legitimate aims pursued by the grant of immunity from jurisdiction to the EPO and the very essence of the applicant’s right of access to court under Article 6 § 1 was not impaired. This finding was based, in particular, on the fact that the offer of arbitration made by the EPO to the applicant had made available to him a reasonable alternative means to have his complaint about the European Patent Office’s decision examined on the merits (see paragraphs 68–74 above).

106. *The Court considers that therefore, the fact that the applicant was denied access to the review procedures set up by the EPO, an international organization with legal personality which is not a party to the Convention, in relation to the decision of the President of the European Patent Office not to recruit him, but was offered by the EPO an arbitration procedure to have the impugned act of the Office examined, a fortiori does not disclose a manifestly deficient protection of fundamental rights within the EPO* [emphasis added].

107. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and must be rejected in accordance with Article 35 § 4 of the Convention.”

JUDGES OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE ILO

JUGES DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Current composition of the Tribunal / *Composition actuelle du Tribunal*

Giuseppe Barbagallo (*Italy*)

President
(2013-2015 and as of July 2017)
Judge since 2006

Former President of Chamber of the Council of State
Former Secretary General of the Council of State
and Administrative Regional Tribunals
Former Lecturer of Administrative Law in the LUISS
(Free International University of Social Studies)
Councilor of State

Patrick Frydman (*France*)

Vice-President
(as of July 2017)
Judge since 2007

Conseiller d'État
President of the Administrative Court of Appeal of Paris
Former President of the Administrative Court
of Appeal of Versailles
Former Secretary General of the Conseil d'État
Former Secretary General of the International Association
of Supreme Administrative Jurisdictions

Dolores M. Hansen (*Canada*)

since 2006

Former Judge of the Federal Court
Former Deputy Judge of the Nunavut Court of Justice
Former Associate Director of the National Judicial Institute
Former Judge of the Provincial Court of Alberta

Michael Francis Moore (*Australia*) since 2012

Judge of the Court of Appeal of the Kingdom of Tonga
Former Judge of the Federal Court
and of the Industrial Relations Court of Australia
Former Additional Judge of the Supreme Court
of the Australian Capital Territory

Sir Hugh Anthony Rawlins (*Saint Kitts and Nevis*) since 2012

Former Chief Justice of the Eastern Caribbean
Supreme Court, Court of Appeal and High Court
Judge of Antigua and Barbuda, the Commonwealth
of Dominica and British Virgin Islands
Former Member of the Regional Judicial and Legal
Services Commission of the Caribbean Court of Justice
Former Lecturer in the Faculty of Law, University
of the West Indies

Fatoumata Diakité (*Côte d'Ivoire*) since 2015

Judge at the Administrative Chamber
of the Supreme Court of Côte d'Ivoire
Former President of a Chamber at the Appeals Court
of Abidjan
Former Vice-President of the Court of First Instance
of Abidjan and Senior Investigating Judge

Yves Kreins (*Belgium*) since 2017

Former First President of the *Conseil d'État* of Belgium
Former Senior Lecturer at the University of Liège
Former member of the governing body of the International
Association of High Administrative Jurisdictions
Former Secretary-General of the Association of the Councils
of State and Supreme Administrative Jurisdictions
of the European Union.

Former judges of the Tribunal / Anciens juges du Tribunal

Claude Rouiller (<i>Switzerland</i>) Former President of the Swiss Federal Court	2004-2017	President from 2015 until 30 June 2017
Suzie d'Auvergne (<i>Saint-Lucia</i>)	2011	
Agustín Gordillo (<i>Argentina</i>)	2004-2010	
Mary G. Gaudron (<i>Australia</i>)	2003-2012	President 2009-2011
Hildegard Rondón de Sansó (<i>Venezuela</i>)	2000-2003	
Flerida Ruth P. Romero (<i>Philippines</i>)	2000-2005	
Ruma Pal (<i>India</i>)	1999	
James K. Hugessen (<i>Canada</i>)	1997-2006	
Seydou Ba (<i>Senegal</i>)	1997-2015	President 2007-2009 and 2011-2013
Jean-François Egli (<i>Switzerland</i>)	1995-2004	
Julio Barberis (<i>Argentina</i>)	1995-2000	
Michel Gentot (<i>France</i>)	1992-2007	President 1997-2007
Mark Fernando (<i>Sri Lanka</i>)	1992-1999	
José Maria Ruda (<i>Argentina</i>)	1991-1994	President 1993-1994
Mella Carroll (<i>Ireland</i>)	1987-2002	
Pierre Pescatore (<i>Luxembourg</i>) (<i>Deputy Judge 1986</i>)	1987-1995	
Tun Mohammed Suffian (<i>Malaysia</i>)	1986-1992	
William Douglas (<i>Barbados</i>)	1982-1997	President 1994-1997
Jacques Ducoux (<i>France</i>)	1981-1992	President 1987-1992
Hector Gros Espiell (<i>Uruguay</i>) (<i>Deputy Judge 1981-1985</i>)	1985-1990	
Charles E. Wyzanski (<i>USA</i>) (<i>Deputy Judge 1947</i>)	1948-1953	
Patrick Devlin (Lord Devlin) (<i>United Kingdom</i>)	1964-1986	
William Henry Hastie (<i>USA</i>)	1969-1976	
André Grisel (<i>Switzerland</i>)	1960-1987	President 1981-1987

Maxime Letourneur (<i>France</i>)	1959-1979	President 1964-1979
Sir John Forster / Lord Forster of Harraby (<i>United Kingdom</i>) (<i>Deputy Judge 1955-1958</i>)	1957-1963	President 1960-1962
Georges Scelle (<i>France</i>) (<i>Deputy Judge 1938-1953</i>)	1953-1958	
Vald Eide (<i>Denmark</i>) (<i>Deputy Judge 1927-1936</i>)	1936-1948	President 24 February 1947
M. Uden (<i>Sweden</i>)	1933-1936	
Jonkheer van Rijckevorsel (<i>Netherlands</i>)	1927-1957	President in 1953
M. Froehlich (<i>Germany</i>)	1927-1933	
M. Montana (<i>Italy</i>)	1927-1938	
Albert Devèze (<i>Belgium</i>)	1927-1959	President 1947-1951 / 1954-1960

Former Deputy Judges / Anciens juges suppléants

Edilbert Razafindralambo (<i>Madagascar</i>)	1982-1997	
Mohammed Bedjaoui (<i>Algeria</i>)	1979-1982	
A. T. Markose (<i>India</i>)	1965-1977	
Thurgood Marshall (<i>USA</i>)	1965-1968	
Hubert Armbrüster (<i>Germany</i>)	1964-1982	
George Edwards (<i>USA</i>)	1961-1964	
Siegfried Ikenberg (<i>Germany</i>)	1961-1964	
Robert G. Simmons (<i>USA</i>)	1955-1961	
M.A. Soofi (<i>Pakistan</i>)	1948-1957	
Iason Stavropoulos (<i>Greece</i>)	1939-1964	
M. Havelka (<i>Czechoslovakia</i>)	1938-1939	
M. Vezensky (<i>Czechoslovakia</i>)	1936-1938	
M. Tomcsanyi (<i>Hungary</i>)	1927-1939	

REGISTRARS *GREFFIERS*

Dražen Petrović	1.12.2013 –
Catherine Comtet-Simpson	1.2.1999 – 30.11.2013
Allan Gardner	1.7.1981 – 31.1.1999
Bernard Spy	1.4.1979 – 30.6.1981 / 21.11.1968 – 30.3.1973
Roland Morellet	1.4.1973 – 20.12.1978
Jacques Lemoine	9.5.1956 – 7.11.1968
Francis Wolf	3.3.1953 – 6.2.1956
Jacques Secrétan	1.7.1940 – 1.6.1953
Joseph Nisot	1929 -1939

INDEX

- Abolition of post** (*suppression de poste*) 48, 190, 191
- Acquired rights** (*droits acquis*) 67, 69, 71, 109-128, 173, 174
- African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP Group)** (*Groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*) 169n2
- African Development Bank Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de la Banque africaine de développement*) 10, 20n1
- Agent** (*agent*) 169, 170
- Allowances** (*indemnités*) 121-122
- Appeals body** (*organe d'appel*) 186-187, 188
- Applicable law** (*Loi applicable*) 59-60, 100
- Collective agreements** (*accords collectifs*) 35
- Internal rules** (*règles internes*) 26, 35, 44, 115
- Case law of other administrative tribunals** 43-51
- Practice** 26, 44, 51, 53-73, 115, 120, 125, 191
- General principles** (See, General principles of law)
- Asian Development Bank Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de la Banque asiatique de développement*) 20n1, 45, 114, 116
- Judgments cited** (*jugements cités*):
- *Lindsey v. ADB* (No. 1) 45-46
 - *Ferdinand P. Mesch and Robert Y. Siy v. ADB* (No. 3) 114, 116n26
 - *Ferdinand P. Mesch and Robert Y. Siy v. ADB* (No. 4) 115n22
- Bank for International Settlements Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de la Banque des règlements internationaux*) 20n1, 45, 50, 113, 116, 121
- Judgment* 1/2006 113, 116n26, 121-122
- Care for dignity and reputation of the staff** (*obligation de se soucier de la dignité et de la réputation des fonctionnaires*) 82
- Central Commission for the Navigation on the Rhine** (*Commission centrale pour la navigation du Rhin*) 60
- CERN – European Organization for Nuclear Research** (*Organisation européenne pour la recherche nucléaire*) 26, 124, 127
- Chief Executive Officer** (*Chef du secrétariat*) 177
- Collective agreements** (See, Applicable law)
- Common law** 47, 70, 71, 185

- Consultation** 37-40
- Council of Europe** (*Conseil de l'Europe*) 102, 174
- Council of Europe Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif du Conseil de l'Europe*) 20n1, 58
- Delays in the internal appeal process** (*retard dans la procédure d'appel interne*) 147, 187-188
- Dignity of the employee** (*dignité de l'employé*) 80, 82, 88, 90, 93, 96, 140, 143, 144, 145
- Discovery** (*production des documents*) 188-191
- Duty of care** (*devoir de sollicitude*) 84, 85-86, 91, 145, 148, 151
- Duty of care** (*devoir de diligence*) 89, 90, 91
- Due process** (*procédure régulière*) 17, 28, 138-139, 140, 144, 145, 148, 149, 150, 183-191, 196
- Duty to protect and assist** (*devoir de protection et d'assistance*) 82
- Earnings** (*gains*) 119
- Employee of a private company** (*employé d'une entreprise privée*) 176
- Employment relationship** (*relation d'emploi*) 29, 67, 114, 175, 178-180
- Energy Charter Conference** (*Conférence de la Charte de l'énergie*) 169n5
- Equality of arms** (*égalité des armes*) 78, 83, 105, 131, 183-191
- European Convention on Human Rights** (*Convention européenne des droits de l'homme*) 21n5, 101, 104-105, 108, 181
- European Court of Human Rights** (*Cour européenne des droits de l'homme*) 99-108, 193, 197, 198
- Beer et Regan c. Allemagne*, [GC], n° 28934/95 102
- Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94 102-103
- Stitching Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 65542/12 102
- Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe* (déc.), n° 73250/01 102, 105
- Beygo c. 46 États membres du Conseil de l'Europe* 102
- Gasparini c. Italie et Belgique* (déc.), n° 10750/03 103, 105
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98 103, 105
- Perez c. Allemagne* (déc.), n° 15521/08 103
- Klausecker c. Allemagne* (déc.), n° 15521/08 106
- European Organisation for the Safety of Air Navigation** (*Eurocontrol*) (*Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne*) 169n5, 176
- European Patent Organisation (EPO)** (*Organisation européenne des brevets*) 86, 87, 88, 90, 91, 107-108, 169n7, 198
- European Union Civil Service Tribunal** (*Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*) 47

- External candidate** (*candidat externe*) 29, 139, 174, 175
- FAO – Food and Agriculture Organization of the United Nations** (*Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture*) 81, 93, 141, 169n6,
- Flemming** (*principle*) 158, 163
- Fundamental human rights** (*droits fondamentaux de l'homme*) 47, 100
- General principles of law** (*principes généraux de droit*) 27, 45, 47, 50, 56, 58, 60, 62, 69, 70, 73, 85, 100, 101, 110, 128, 130, 158, 159, 180, 185, 193, 194, 195, 196, 197
- Acquired rights (*droits acquis*) 109-128, 173, 174
- Tu patere legem quam ipse fecisti* 34-35, 110
- Due process (See, Due process)
- Good faith** (*bonne foi*) 69, 70, 82, 83, 85, 88-89, 90, 110, 140, 150, 196
- Harassment** (*harcèlement*) 47, 78, 79, 80, 81, 137-151, 186
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (*Agence internationale de l'énergie atomique*) 169n8
- International Bureau of Weights and Measures** (*Bureau international des poids et mesures*) (BIPM) 169n3
- International Court of Justice** (*Cour internationale de Justice*) 23n18, 55, 60, 62, 65, 129-133, 172
- Opinions cited** (*avis cités*):
- *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal* (1954) 173n26
 - *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco* (1956) 130
 - *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the ILO upon a Complaint Filed against the IFAD* (2012) 130-133
 - *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949) 82, 170
 - **Article 38 of the Statute** 55, 60, 65, 70n77, 195
 - **Reviewing cases of administrative tribunals** 129-133
- International Civil Servant** (*fonctionnaire international*) 29, 167-181
- International Civil Service Commission (ICSC)** (*Commission de la fonction publique internationale* (CFPI)) 154, 156, 162, 164-165
- International Criminal Court** (*Cour pénale internationale*) 172
- Judges** 172, 178
- International Labour Organization (ILO)** (*Organisation internationale du Travail*) 23-24, 169n8, 171
- ILO Governing Body** (*Conseil d'administration du BIT*) 17, 20, 24

ILO Administrative Tribunal (*Tribunal administratif de l'OIT*) 46, 48-49, 50, 100, 106-107, 130, 138, 184

- **Creation** (*création*) 13-14, 20-23
- **Judges** (*juges*) 24-25, 27-28
- **Statute** 22, 25-26, 56, 168, 169, 185

Judgments cited (*jugements cités*):

11 171, 180
 12 110, 112, 114
 13 191
 29 112n9
 51 34n1
 61 111, 115, 173
 70 82
 107 36
 122 180
 269 48n16
 361 82, 90, 96
 365 112n11, 122n60, 173
 366 112n11, 121n56, 122n60
 371 112n11, 119n46, 121n56
 380 37n12
 391 112n11, 118, 173
 421 65n50, 66n56
 426 119-120
 429 113, 174
 580 174
 621 176
 701 179
 729 36
 832 113, 114, 116, 117, 126, 174
 848 101

862 34n1
 963 34n1
 986 70, 117, 122n59, 122n61, 127n81, 174
 990 127
 1000 154,157-158, 162n33
 1053 69
 1071 36
 1077 36
 1084 113n13
 1118 62n35, 121n54
 1144 101
 1158 36
 1191 117n32
 1200 38
 1223 36
 1265 155, 156, 157-158, 159n21, 162
 1272 178
 1279 159n21, 161
 1302 176
 1317 65n51, 185, 186-187
 1319 187-188
 1333 100
 1359 36
 1368 117n35
 1369 35
 1376 139-140, 141n10, 142, 147n34, 148
 1385 179
 1392 117n32
 1407 67n65
 1457 159n21, 159n23
 1458 157, 160
 1459 156, 160n25
 1488 38

-
- | | | | |
|------|--|------|--|
| 1498 | 155, 159n21, 163 | 2186 | 150-151 |
| 1504 | 140, 148 | 2197 | 188 |
| 1519 | 158n19, 162 | 2204 | 85, 88, 90, 91 |
| 1549 | 36 | 2207 | 48n18 |
| 1603 | 156, 160 | 2225 | 144 |
| 1609 | 143, 146n32 | 2232 | 28n32, 172, 177 |
| 1619 | 148 | 2257 | 91 |
| 1641 | 158n19, 163 | 2275 | 97n35 |
| 1652 | 65n49 | 2280 | 86 |
| 1682 | 127 | 2282 | 185 |
| 1713 | 156, 158n19, 159n21,
162, 164 | 2292 | 101 |
| 1731 | 140 | 2303 | 158, 163 |
| 1745 | 48n17 | 2326 | 34n3 |
| 1756 | 83, 90, 96 | 2414 | 34n3, 36n8 |
| 1758 | 140 | 2420 | 157, 158, 161n28,
161n29, 161n30 |
| 1765 | 159, 160-161 | 2503 | 176 |
| 1776 | 155-156 | 2513 | 186 |
| 1814 | 187 | 2524 | 139, 141n10, 141n12,
142, 144, 148, 149,
151 |
| 1815 | 189 | 2575 | 35n4 |
| 1821 | 120n48, 127 | 2587 | 78n1 |
| 1840 | 155, 158n19, 162 | 2632 | 67n60, 125n71 |
| 1886 | 121n55, 126n77 | 2633 | 127n79 |
| 1915 | 163 | 2636 | 79 |
| 1912 | 120, 126, 127n82 | 2662 | 188 |
| 1964 | 175 | 2706 | 80 |
| 1989 | 84, 85 | 2713 | 93 |
| 2017 | 175, 186 | 2793 | 124n67, 126n77,
127n80 |
| 2025 | 84, 149n43 | 2867 | 130-131 |
| 2067 | 80, 142n14, 143-144,
149n43, 151n51 | 2904 | 188 |
| 2089 | 67n59, 69n74,
115n25, 125n69, 126 | 2944 | 197n11 |
| 2100 | 142n15, 150 | 2959 | 37n11, 68n68 |
| 2163 | 189 | 2982 | 186 |
| 2170 | 34n3, 36n8 | | |

- 3049 175
 3090 179
 3112 175
 3209 189
 3213 92
 3225 79, 176, 180
 3238 48n19
 3250 138-139, 142n16, 144
 3337 80
 3338 86, 87
 3315 145
 3359 28n34, 170, 172, 178
 3360 164n40, 164n42
 3370 88, 89, 91
 3373 78
 3375 88-91
 3376 78, 79
 3377 140n10, 188
 3400 141n11
 3432 86, 87, 97n35
 3449 41n23
 3485 81
 3506 81
 3544 68n68
 3574 90
 3578 95
 3586 78n1, 184, 189-190
 3592 94
 3595 93
 3601 68n68
 3602 96
 3608 145n29, 146
 3640 79n4
 3642 41n23, 79n4
 3660 145-146
 3671 39
 3680 26n28, 64n43
 3682 142
 3688 190-191
 3692 141n12, 145, 150n49, 151n51
 3734 72
 3736 39n18
 3740 164n41
 3744 81
 3754 94
 3755 48n14
 3773 91
 3777 146
 3791 146
 3793 64
 3831 147, 150
 3867 147
 3871 141n12, 150n49
 3876 110n4, 115n23, 124, 128n88
 3883 39n19
- IMF Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif du Fonds monétaire international*) 44, 45, 47, 49, 50, 57, 62, 63, 64
- Judgments cited (*jugements cités*):
- Ms "B" v. IMF* (No. 1997-2) 62n37, 64, 66n58
Mr "F" v. IMF (No. 2005-1) 49
Ms "M" and Dr "M" v. IMF (No. 2006-6) 47n13
Ms D. Pyne v. IMF (No. 2011-2) 49
Ms N. Sachdev v. IMF (No. 2012-1) 49-50

- Ms. GG (No. 2) v. IMF* (No. 2015-3) 47n12
- Institutional harassment** (*harcèlement institutionnel*) 138-139
- International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies** (*Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*) 169n2
- International Fund for Agricultural Development** (*IFAD*) (*Fonds international de développement agricole*) 131-133
- International Organization of Legal Metrology** (*OIML*) (*Organisation internationale de métrologie légale*) 169n4
- International Pact on Civil and Political Rights** (*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*) 131
- International Union for the Protection of New Varieties of Plants** (*UPOV*) (*Union internationale pour la protection des obtentions végétales*) 169n9, 172
- ius cogens* 56, 60
- Jurisprudence of other administrative tribunals** (*jurisprudence des autres tribunaux administratifs*) (See, Applicable law)
- League of Nations Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de la Société des Nations*) 21-23, 25n24, 29, 173n26
- Legal Certainty** (*sécurité juridique*) 34, 85, 92, 97, 194
- Mobbing** 138, 139, 141n11, 142, 149
- NATO Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de l'OTAN*) 20n1, 46
Judgment cited (*jugement cité*):
JF v. NATO Support Agency (No. 885) 46n10
- Noblemaire** (principle) 70, 158, 159
- Non-extension of contract on the grounds of financial difficulties** (*non-prolongation de contrat pour des motifs financiers*) 189-190
- OECD** (*OCDE*) 174
- OECD Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de l'OCDE*) 20n1, 57
- Organisation of American States Administrative Tribunal** (*Tribunal administratif de l'Organisation des États américains*) 14, 121n56
Judgment cited (*jugement cité*):
Romero and Folgate (Judgment No. 140) 121n56
- OPCW – Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons** (*Organisation pour l'interdiction des armes chimiques*) 28, 68, 172
- Opinio iuris* 65-66
- Pension** 38, 58, 67, 69, 92, 115, 116, 117, 118, 119, 122-125, 127, 154, 160, 171, 172, 174, 178

Practice 26, 44, 51, 53-73, 115, 120, 125, 191

Precedent(s) (*jurisprudence*) 45, 46, 47, 49, 51, 54, 64

Principle of non-retroactivity (*principe de non-rétroactivité*) 69, 110, 113

Principle of proportionality (*principe de proportionnalité*) 73, 85, 96, 110, 194, 196, 197

Procedural flaw (*erreur de procédure*) 92, 93, 95

Reasons of a political and budgetary nature 125-128

Rule of law (*État de droit*) 49, 70, 100, 108, 127, 138, 151, 194

Salary (*salaire*) 16, 39, 40n22, 62, 67, 116, 117n32, 118-121, 124, 153-165

Selection (*concours*) 36, 189

Sexual harassment (*harcèlement sexuel*) 138, 139, 140, 143, 147n34, 148

Staff Member (*membre du personnel*) 113, 169, 170, 177n43

Sources of international law (*sources du droit international*) 55, 60, 65, 70n77

SSA Contract 175

Staff Association (*association du personnel*) 33-41, 57, 79

Standards of Conduct for the International Civil Service (*Normes de conduite de la fonction publique internationale*) 140, 143, 149

Tu patere legem quam ipse fecisti
33-41, 78, 110

UN Administrative Tribunal (*Tribunal administratif des Nations Unies*) 103-104, 117, 123-124, 125, 127-128, 130, 177

Judgments cited (*jugements cités*):

378	125n68
400	124n66
404	117n34
537	126n77, 128n87
546	126n77, 127n80
1253	123n62
1325	116n26
1495	177

UN Appeals Tribunal (*Tribunal d'appel des Nations Unies*) 57, 71

Judgments cited (*jugements cités*):

2010-UNAT-037	111n6
2012-UNAT-189	124n63
2012-UNAT-276	67n64, 111n6
2015-UNAT-558	65n52
2015-UNAT-568	69n71, 71n87
2016-UNAT-701	68n69, 70n75

UN Charter (*Charte des Nations Unies*) 158, 178

UN Dispute Tribunal (UNDT) (*Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies*) 56, 69, 70, 71

Judgments cited (*jugements cités*):
UNDT/2012/004 67

<i>UNDT/2013/090</i>	69n74, 71n85
<i>UNDT/2013/157</i>	70
<i>UNDT/2014/0856</i>	65n52
<i>UNDT/2014/08</i>	56
<i>UNDT/2014/033</i>	71n82, 71n86
<i>UNDT/2015/034</i>	72n89

Cases cited (*affaires citées*):

- *de Merode and others v. World Bank* 45, 62, 65n47, 68, 110n3, 112, 115n22, 116n26, 120n48, 125n72, 127n83
- *Brebion v. IBRD (No. 159)* 66n58

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (*Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*) 95, 130, 162, 169n11

UN Joint Staff Pension Fund (*Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies*) 69, 123, 160, 178

UN Secretary General (*Secrétaire général des Nations Unies*) 28, 67, 72, 128, 177

Universal Declaration of Human Rights (*Déclaration universelle des droits de l'homme*) 21n5, 101

Universal Postal Union (UPU) (*Union postale universelle*) 169n10

WHO – World Health Organization (*Organisation mondiale de la santé*) 25-26, 169n11, 189-190

WIPO – World Intellectual Property Organization (*Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*) 169n6, 172

World Bank Administrative Tribunal (*Tribunal administratif de la Banque mondiale*) 20n1, 45, 46, 56, 62, 112, 116

5 mai / 5 May 2017

**Colloque en l'honneur
du Tribunal administratif
de l'Organisation internationale
du Travail :**

UNE CONTRIBUTION DE 90 ANS À LA CRÉATION D'UN
DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

**Symposium in honour of the
Administrative Tribunal of the
International Labour
Organization:**

90 YEARS OF CONTRIBUTION TO THE CREATION OF
INTERNATIONAL CIVIL SERVICE LAW

Programme

8:15 - 9:00

Enregistrement / [Registration](#)

9:00 - 9:30

Ouverture / [Opening](#) **Claude Rouiller**
Président du Tribunal / [President of the Tribunal](#)
Guy Ryder
Directeur général du BIT / [Director-General of the ILO](#)
Dražen Petrović
Greffier du Tribunal / [Registrar of the Tribunal](#)

9:30 - 11:30

**Les différents aspects du droit applicable aux relations
entre les fonctionnaires internationaux et les organisations
internationales**

**The various facets of the law governing the relations
between international civil servants and international
organisations**

Président /
Chairperson

Claude Rouiller, [Président du Tribunal / President of the Tribunal](#)

Intervenants /
Panelists

Chloé Charbonneau-Jobin

Conseillère juridique du Syndicat du personnel de l'OIT
[ILO Staff Union Legal Adviser](#)

Celia Goldman

Juge, Tribunal administratif du mécanisme européen de stabilité; Greffière
du Tribunal administratif du FMI / [Judge, European Stability Mechanism
Administrative Tribunal; Registrar of the IMF Administrative Tribunal](#)

Christian Rohde

Greffier en chef, Bureau de l'administration de la justice, ONU /
[Principal Registrar, UN Office of Administration of Justice](#)

11:30 - 13:00

Président /
Chairperson

Intervenants /
Panelists

Principes généraux appliqués par le Tribunal General principles applied by the Tribunal

Dolores M. Hansen, Juge du Tribunal / Judge of the Tribunal

Laurent Germond

Directeur, Direction du droit applicable aux agents, OEB /
Director, Employment Law, European Patent Organisation (EPO)

Guido Raimondi

Président de la Cour européenne des droits de l'homme/
President of the European Court of Human Rights

Eva-Maria Gröniger-Voss

Conseiller juridique, Organisation Européenne pour la Recherche nucléaire
(CERN) / Legal Counsel, European Organisation for Nuclear Research (CERN)

Jean-Pierre Isselé

Secrétaire juridique principal de la Cour internationale de Justice et Chef
du Département des affaires juridiques / Principal Legal Secretary of the
International Court of Justice and Head of the Department of Legal Matters

13:00 - 14:00

Pause déjeuner / Lunch break

14:30 - 16:00

Grandes étapes de la jurisprudence du Tribunal Milestones of the Tribunal's case law

Président /
Chairperson

Giuseppe Barbagallo, Vice-président du Tribunal /
Vice-President of the Tribunal

Intervenants /
Panelists

Donata Rugarabamu

Conseillère juridique adjointe, FAO / Deputy Legal Counsel, FAO

Jean-Didier Sicault

Avocat à la Cour de Paris, chargé du cours de droit de la fonction publique internationale à l'Université Paris II / Attorney, Senior Lecturer in International Civil Service Law at the University of Paris II

Sigrid Arlen

Conseiller juridique du Bureau international des poids et mesures (BIPM)/
Administrateur / Legal Adviser of the BIPM/Administrator

Laurence Fauth

Juriste spécialisé en droit international du travail, Conseiller juridique, FICSA /
International Labour Lawyer, Legal Advisor of the Federation of International Civil Servants' Associations (FICSA)

16:00 - 16:30

Clôture / Closing **Giuseppe Barbagallo**

Vice-président du Tribunal / Vice-President of the Tribunal

17:00 - 18:30

Réception / Reception







