ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)
Département de sciences sociales
Année universitaire 2024-2025

Cours de philosophie du Droit / théorie du Droit international
Florian Couveinhes Matsumoto

Les discours sur les contours et les objectifs des branches du Droit et/ou disciplines juridiques

L'exemple des manuels de Droit international économique

Partie 1 : analyses critiques de la compréhension courante de la discipline « Droit international économique », de son histoire, sa délimitation et ses objectifs

Document 1 : Ylli Dautaj, « Global Perspectives on Teaching International Investment Arbitration: An Investment Law Teaching Philosophy for De-Colonizing the Syllabus », Kluwer Arbitration Blog, Teaching International Investment Arbitration Series, 19 février 2013, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/02/19/global-perspectives-on-teaching-international-investment-arbitration-an-investment-law-teaching-philosophy-for-de-colonizing-the-syllabus/

Document 2 : R.L. Sakr, « Beyond History and Boundaries: Rethinking the Past in the Present of International Economic Law », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2018, vol. 9, disponible sur http://eprints.lse.ac.uk

Document 3 : Table-ronde avec Walid Chaiehloudj (pour le Droit de la concurrence) et Florian Couveinhes-Matsumoto (pour le Droit international économique) modérée par Aude-Solveig Epstein, « Les préoccupations environnementales ont-elles leur place parmi les finalités du droit économique ? Le rôle des arguments économiques », in Marie-Alice Chardeaux, Aude-Solveig Epstein (dir.), *Le droit économique de l'environnement : Acteurs et méthodes*, Mare & Martin, 2023, pp. 145-166 (extrait)

Document 4 : Florian Couveinhes Matsumoto, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2023, pp. 5 et 17-64 §§1-42

Partie 2: extraits de manuels de Droit international économique

A) L'approche orthodoxe

Document 5 : Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2007, 3ème éd., pp. 1-19 (chapitre 1 – Introduction)

NB : en dehors des bibliographies et du dernier paragraphe relatif au règlement des différends, cette introduction est quasiment reproduite mot pour mot dans la sixième édition du manuel, en 2017, à laquelle participent également Régis Bismuth et Andrea Hamann. On note uniquement – mais de manière significative –

- la suppression totale de la référence à l'indépendance des États dans l'intitulé du §1 (« Le fondement du droit international économique : l'interdépendance des États »),
- l'ajout d'un §2 sur « Les auteurs du droit international économique » et le développement du n°29, qui font (enfin !) une place aux entreprises transnationales – discrètement mises au même plan que les ONG et des entités transnationales publiques – comme acteurs prétendant édicter du Droit,
- et la mention séparée des sources non écrites (coutumes et principes généraux de droit) et actes unilatéraux (y compris la standardisation transnationale privé, les contrats d'État et ce qui est présenté de manière quelque peu trompeuse comme des « actes unilatéraux d'ONG »).

B) Approches « réformistes »

Document 6 : Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law*, OUP, 2016, 2ème éd. pp. 3-13 (chapitre 1)

Document 7 : Hervé Ascensio, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2018, pp. 1-11 (introduction)

Document 8 : A.H. Qureshi, A.R. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, 2019, pp. 3-22 §§1-001-1-013 (extrait de l'introduction)

Partie 3 : une proposition alternative

Document 9 : Florian Couveinhes Matsumoto, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2023, pp. 64-75 §§43-54

Document 1 : Ylli Dautaj, « Global Perspectives on Teaching International Investment Arbitration: An Investment Law Teaching Philosophy for De-Colonizing the Syllabus », Kluwer Arbitration Blog, Teaching International Investment Arbitration Series, 19 février 2013, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/02/19/global-perspectives-on-teaching-international-investment-arbitration-an-investment-law-teaching-philosophy-for-de-colonizing-the-syllabus/

As a student in Ireland, US, and Sweden, I came to learn that I was not only studying contracts, or torts, or constitutional law, but rather "contracts with Professor Hedley", "torts with Professor O'Callaghan", "constitutional law with O'Mahony", and so on. Fast-forward some years later, my own students do not take the general course of international arbitration, but rather they enrol in "international arbitration with Professor Carbonneau" or "international arbitration with Professor Dautaj". The principle of my message is that the philosophy and personality of the teacher largely reflects *what* you learn, *how* you approach the subject, and quite frankly *whether* you care about it at all. I became a big fan of the mentioned subjects largely thanks to the named individuals. For that reason, I believe that a few words about my own philosophy as a teacher should be mentioned before I proceed to the important topic of the post, namely, my efforts to grow as a scholar and human being, including by de-colonializing my investment treaty arbitration (ITA) syllabus.

Philosophy of Teaching

As we teach law, *de lege lata* (the law "as it is"), we ought not forget *de lege ferenda* (the law as it "could" or "should" be). We study and teach an evolving discipline. When teaching, it is important to remember law's place in society at large and its purpose to serve as a vehicle for fairness and justice. Law is but one – albeit important – tool to achieve these noble virtues by redressing grievances and regulating behaviour. We must understand, as teachers and students, that law is at times complemented (for better or worse) by the market, architecture, and social norms. Thus, as scholars, we ought not forget that law at times is best studied and understood in interdisciplinary settings. Put simply, legal studies should be approached more holistically and contextually. ITA, as its own discipline, or as part of international economic law, is no anomaly. Quite the opposite: it manifests as an area of law that is perfectly suited to be analyzed and studied through an interdisciplinary lens.

As we approach our studies of ITA through the lens of interdisciplinary studies and critical thinking, we may want to reflect on the legal sources we rely on when engaging in doctrinal studies of law and when articulating legal arguments by entertaining deductions, inductions, empirical data, and so on. We must dig deeper and ask: *Why* are we actually advancing and defending a thesis and what are the theories, policy objectives, and political concerns that underpin and justify its function and operation? *How* does it affect society at large? *What* if the law stands on a morally shaky or questionable ground?

When engaging in reflection of this kind, we must realize that legal practice and its evolution can no longer be seen through a mono-dimensional analysis. Law, in general, and international law, in particular, can only be properly understood through a multidimensional analysis. Legitimacy is earned, not granted. Put differently, the performance of a rule must be scrutinized for potential reform or even transformation, which invites exploring its interaction with other disciplines and assessing its potential effects on third-parties, communities, institutions, and countries.

Such forensic endeavours inevitably occupy much of the scholarly work in our 21st century. Academics are well equipped and positioned to think carefully and subsequently to disseminate thoughts, ideas, and speech that leads to change. It is our mission to lead change in an open and inclusive manner. Fortunately, then, the university as an institution is still regarded as one of the major pillars of civilized society. In such institution, scholars ought to be free to think and speak and should not be constrained by popular belief nor by social pressure. If I were asked to define the institution by two sentences, I would say: (1) here, great minds do not think alike, and (2) your truth should be told and scrutinized. Due to multilateralism, globalization, and liberalization, more voices are being heard – but far from enough. Lately, however, equity, diversity and inclusiveness (EDI) have been given a heightened standing and increased currency. That is an excellent evolution.

It is in this light, and with this conviction, that I write this post on the topic I know better than other topics – ITA. But, because I have always perceived teaching and learning as intertwined, I write this as much as a student as a lecturer. I also write this being mindful of the extreme privilege to have worked in many parts of the world (Ireland, Sweden, U.S., U.K., India, Kosovo, Turkey, etc.), meet with people of many walks of life, and thus ultimately come to question my own knowledge and ignorance. I have held ideological convictions from left to right and circled back to a more moderate position. Hence, I have come to approach my learning, as well as my teaching, as a constant, never-ending search for relative and contextual truth through a Socratic method. In dialogue I teach, and in dialogue I learn.

Importantly, I write extremely cautious and mindful of avoiding undercutting the utility in important global and collective efforts by misusing conceptually important ideas by treating them as either buzzwords or for own gains through moral grandstanding and virtue signalling. Such narcissistic misuse benefits no one in the long run.

Below, I will outline *what* "de-colonizing" the syllabus means to me and *how* I have worked to achieve that aim in my ITA syllabus.

I want the reader to perceive this short post as an invitation to conduct a dialogue through the comments section below.

De-Colonizing the Syllabus

A syllabus should include at least information on *what* is valued in the course (course description and content); *what* information and skills are important to know (learning outcomes); *which* peoples' voices are important to listen to (reading list); *which* forms of learning are effective (method of teaching—e.g., problem-based learning, Socratic, lecturing, etc.); *what* role the student plays; and *who* is the source of knowledge in the classroom; etc.

The element of de-colonialization in this context means that the syllabus should be divested from furthering and entrenching only the interests and ideologies of the ex-colonial states. It means that other countries and communities (e.g., indigenous communities) should be heard, with the purpose of doing fairness, justice, and redressing historical grievances. There is an active awareness and streamlined effort to erase and diminish imperialistic elements that are put in place through force and coercion – or at least, to discuss why it is perceived that way. We must work to include diverse mental representations about a subject and its operations when learning about and teaching it. We

must spend more time in our selection of content, carefully think about the strategies we use to teach, construct an open and inclusive environment where people from various backgrounds can engage, and rethink what we measure as important to score high grades.

De-Colonizing the Teaching of ITA

ITA, as taught, has three major components to it: (1) jurisdictional aspects (e.g., what is an "investor" and what is an "investment"), (2) material aspects (international investment law, e.g., guarantees against indirect expropriation and for fair and equitable treatment), and (3) procedural aspects (the arbitration process). One could add a fourth component that precedes the three mentioned, namely, (4) history and origins (the evolution of international investment law, as well as investor-state dispute settlement).

What should you think about as you decide to teach these four components? More specifically, what should you consider when drafting your ITA syllabus? I have personally done a couple of things, which I want to share as recommendations below (a non-exhaustive list):

- Rethink the content that is taught and include reading materials from a more diverse pool of authors (e.g., TWAIL scholarship).
- Rethink the learning outcomes (e.g., instead of knowing only the application of the fair and equitable treatment standard, the student may learn how a particular interpretation could lead to systemic injustices).
- Consider educational and cultural background of the students when choosing the method of teaching (e.g., using more problem-based learning and Socratic method to facilitate dialogue and inclusiveness may prove helpful).
- Elevate the role of "history and origins" to a more prominent standing in the course (e.g., by discussing the Bretton Woods system and hence the IMF, World bank, Washington Consensus, and the small role of developing and least developed states in building our global institutions, etc.).
- Elevate the discussion on the Calvo doctrine, international minimum standard, the call for "permanent sovereignty over natural resources", the "new international economic order", etc.
- Focus on colonialism and neo-imperialism, as a stand-alone topic to cover but also through the interpretation and application of substantive protections.
- Elevate the discussion of "sovereignty" and "deference".
- Focus on "legitimacy concerns" and the "backlash movement".
- Elevate the discussion on the "right to regulate".
- Focus on regime interaction (e.g., environmental law, human rights, labor standards, etc.).
- Focus on sustainable development.
- Focus on investor obligations and state counterclaims.
- Focus on the cases states have lost, the status of the state, regime changes, and the consequences on the losing state and its citizenry.
- Focus on the market for good and bad (e.g., political risk insurance, corporate social responsibility, vulture funds, etc).
- Focus on procedural fairness (e.g., increased transparency, amicus curiae, etc.).
- Elevate a discussion on indigenous groups adversely affected by foreign direct investment.

Does this mean that international investment law or ITA is racist or a vehicle for oppression? No, I do not believe that it does. Does it mean that Western society has largely been influential – at times forcefully so – in shaping international law? It is most likely the case. Does that mean that international law and its procedural vehicles are wrong and should be abolished in its current way, shape, and forms? I do not necessarily believe so. Does it mean that transborder commerce, trade, and investment may not be played out on a level playing field? Unfortunately, that is most likely the case, even though ITA is meant to level the playing field and lead to economic development for all. It is here that we want to reform so as to perfect an already relatively workable system. That change comes from within and the university has an important role to play here. One instrumental feature is by educating students, another is by disseminating ideas. Reforming the syllabus by de-colonializing it can lead to positive change by educating a better-equipped cohort of future professionals.

Beyond History and Boundaries: Rethinking the Past in the Present of International Economic Law

Rafael Lima Sakr

LSE Law, Society and Economy Working Papers 9/2018
London School of Economics and Political Science
Law Department

This paper can be downloaded without charge from LSE Law, Society and Economy Working Papers at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm and the Social Sciences Research Network electronic library at: http://ssrn.com/abstract=3194660
©Rafael Lima Sakr. Users may download and/or print one copy to facilitate their private study or for non-commercial research. Users may not engage in further distribution of this material or use it for any profit-making activities or any other form of commercial gain.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

Beyond History and Boundaries: Rethinking the Past in the Present of International Economic Law

Rafael Lima Sakr*

Abstract: History and boundaries are the foundations of international economic law (IEL) as a professional and intellectual field. History is often told to support a wide variety of present projects, norms and ideas by appealing to the past. Boundary is a technique frequently used to map and defend an exclusive domain for applying the IEL expertise to a broad range of programmes, rules and theories. This article first describes how history and boundaries interact to produce a 'traditional' view of IEL's past and present place in the world economy. This interaction plays a central role in structuring how international lawyers assert the authority and legitimacy of IEL in global economic governance. It then argues that the commitments of the traditional approach to Anglocentrism and Modernism limit lawyers' ability to understand and solve the present-day issues, since it produces lessons only in support of the dominant programmes, norms and ideas under contestation. Consequently, it constrains, instead of empowers, lawyers' imagination. Building on this critique, the article outlines an alternative approach devised to rethink the IEL field and, more importantly, which past or new projects, norms and theories do or do not count (or should or should not count) as part of it. It concludes with reflections on how we might go about reimagining IEL in response to the contemporary challenges to global economic governance.

* Ph.D. Candidate at the London School of Economics and Political Science. For conversations, comments, and critique on earlier drafts, I am grateful to Andrew Lang, Jan Kleinheisterkamp, Martin Clark, Dagmar Myslinska, Aaron Wu and Mackenzie Common. Errors are mine alone. I am thankful to the Society of International Economic Law, the JEIL Editors and the Oxford University of Press for awarding the original manuscript of this paper the 2017-2018 SIEL/JIEL/OUP Essay Prize.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

I.INTRODUCTION

The field of international economic law (IEL) holds in high esteem its own *history* and *boundaries*. From its founding fathers to today's highly specialised lawyers, debates about the origins and evolution, autonomy and frontiers of IEL have been an essential part of the discipline. Yet, both – history and boundaries – seem to be experienced as unrelated, or perhaps contrasting, modes of disciplinary governance situated on opposite sides of the IEL expertise.

On the one hand, history tends to trigger lawyers' imagination of IEL as a disciplinary technique that governs the movement of meanings across time. Historical narratives are regarded as a way of providing support to a wide variety of IEL projects, norms, institutions, theories and methods by connecting their past to the present. On the other hand, boundaries tend to cause lawyers to think of IEL as a disciplinary technique that controls the movement of meanings across space. Demarcation is considered a way to vindicate the existence of a(n) (exclusive) domain for the application of IEL expertise to a broad range of programmes, rules, regimes, theories and methods, by distinguishing it from the others.

The purpose of this article is to describe, criticise and offer an alternative to the disciplinary consensus around the interaction between the history and boundaries of international economic law. By examining this interplay, I intend to rethink the ways in which lawyers have approached and dealt with foundational and present-day questions about global economic law and governance. More specifically, I question what a study of the history and boundaries can tell us today about the current limitations of IEL expertise and the possibilities it provides to reform or transform itself and the contemporary international economic order. Hence, my ultimate goal is to invite the IEL field to reflect upon the self-imposed disciplinary restraints and their political and intellectual consequences.

The argument unfolds in three parts. Section II presents and analyses the traditional approach to the history of international economic law. It focuses particularly on the ways in which lessons are drawn from this history in order to inform legal expertise. Section III discusses the limits of the traditional approach by suggesting that the conventional commitment to Modernism and Anglocentrism tends to obfuscate the instrumentalisation of past events to support or exclude present projects, rules, regimes, theories and techniques. The ultimate consequence is to adversely affect lawyers' ability to respond to the current problems faced by global economic governance. Building on this critique, section IV proposes to rethink how history and boundaries relate to one another by offering an alternative approach. The aspiration is to empower international lawyers with ways to reimagine the IEL field and, more importantly, reconsider

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

which past or present projects, norms and theories do or do not count (or should or should not count) as part of it.

In the Conclusion, the article returns to the central issues involving the interplay between history and boundaries inside and outside of the field of international economic law. From an external viewpoint, it argues that the disciplinary boundaries have done a great deal of work in preventing international lawyers from offering satisfactory solutions to the contemporary challenges facing global economic governance. From an internal perspective, it asserts that the field's boundaries result from the interaction between intellectual debates meaningfully grounded in history lessons and the political disputes arising out of collective and individual pursuits of authority and legitimacy. Therefore, to break up the imaginative gridlock on the IEL expertise, the solution advocated by the article is to move away from the traditional approach and towards to the alternative approach.

II. FROM THE PRESENT TO THE PAST, THE TRADITIONAL APPROACH TO THE HISTORY OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

The purpose of this section is to depict the traditional approach to the history of international economic law from the scholarly literature. The analysis suggests that the traditional approach is widely employed to construct history lessons, which, in turn, play a fundamental role in influencing the ways lawyers understand and offer solutions to the contemporary challenges of global economic governance.

1. ROBERT HOWSE AND THE PRESENT BOUNDARIES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

In a recent publication, the Canadian professor Robert Howse[1] invites us – international lawyers – to rethink the boundaries of the field of international economic law.[2] He calls our attention to the fact that only a few of us possess appropriate knowledge of economics to reflect upon and deal with the contemporary problems of global economic governance.[3] He has in mind our limitations when coping with the political, social and economic consequences

[1] Robert Howse is a Canada-born law professor at the New York University School of Law, located in the United States.

[2] For an overview of the legal field as a professional and intellectual arena structured and organized by shared core features, *see* Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805 (Richard Terdiman trans., 1987). For the application of Bourdieu's view to international trade law field, *see* Andrew Lang, WORLD TRADE LAW AFTER NEOLIBERALISM: REIMAGINING THE GLOBAL ECONOMIC ORDER 186-188 (2011).

[3] *See* Robert Howse, *Economics for Progressive International Lawyers: a Review Essay*, 5 LONDON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW 187–196 (2017).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

arising out of the unequal distribution of the gains and losses of the last three decades of globalisation. It seems that his concern lies, particularly, in the apparent mismatch between the powerful position held by international lawyers in the world economy and our lack of satisfactory understanding of economics, or perhaps uncritical acceptance of dominant economic doctrines as valid and legitimate. To understand the ways in which international lawyers have been implicated in managing the present-day international economic order, as well as in shaping the conditions of possibility for transforming it, he offers a brief account of his own experience as a junior scholar in North America to illustrate how law students have trained in the IEL expertise since the late-1980s.

In his recollection, Howse describes the steps undertaken by him to accede to the IEL field.[4] At university, he was initiated into the characteristic ways of thinking of and arguing about IEL rules, institutions and doctrines. A combination of historical, theoretical and doctrinal lessons taught him, implicitly, where, why and how the field's boundary was established and sustained. Following a long jurisprudential tradition across Western countries, the disciplinary line was drawn by attributing an ontological definition to IEL, which would carry with it implicit normative consequences. International economic law, recalls Howse, has been taught as "an instrument that serves rational international economic policy; rational policy is about efficiency; efficiency leads to growth; efficiency requires open markets, with strong protections for property and contractual rights and disciplines on government intervention. Questions of justice or redistribution should remain 'elsewhere': they do not belong to international economic law."[5]

To my mind, Howse's recollection calls attention, consciously or otherwise, to the effects of a fundamental, but often neglected, mode of expert governance[6] employed by the IEL field, *disciplinary boundary*.[7] The notion of boundaries tends to cause lawyers to think of IEL as a technique[8] for controlling the movement of

---

[4] Howse, above n 3, at 188-189.

[5] Howse, above n 3, at 188.

[6] Inspired by science and technology studies (STS) literature, *modes of expert governance* are conceived as disciplinary mechanisms for the production, management and application of knowledge, norms and identities. They are created and used to coordinate expert systems and purposive action. In this sense, they are relatively institutionalised structures of governing decision-making constituted by a characteristic range of substantive and procedural assumptions as well as styles of thinking and reasoning. Consequently, they are employed to make, sustain and transform knowledge, norms and identities with the purpose of applying them to frame the issues under consideration and craft arguments in order to influence concrete situations or to prevent and resolve disputes. The political and intellectual process through which knowledge, norms and identities are constituted and adapted is defined as governance. For a STS overview of expert governance, *see* generally Alan Irwin, *STS Perspectives on Scientific Governance*, *in* THE HANDBOOK OF SCIENCE AND TECHNOLOGY STUDIES (Edward J. Hackett *et al* (eds.), 2008).

[7] For an overview of disciplinary demarcation and professional boundary, *see* generally Michel Callon, *Introduction: the embeddedness of markets in economics*, 46 THE SOCIOLOGICAL REVIEW 1-57 (1998); Sida Liu, *The Legal Profession as a Social Process: A Theory on Lawyers and Globalization*, 38 LAW & SOCIAL INQUIRY 676–677 (2013).

[8] Technique is conceived as a characteristic style of organising material, procedural and aesthetical features into formal methods, skills and routines that produce outcomes associated with universality, durability, stability, scientific objectivity and political neutrality. Legal technologies tend to include some

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

meanings across space through demarcation. It is implicated directly in controlling what and who count or not as part of IEL, and, indirectly, in determining which rules, actors and knowledge are authoritative and legitimate. Within the IEL field, demarcation is a process involving decision-making and consensus-building. The consensus around the authority and legitimacy of norms, actors and ideas is built up by a discipline's ritualised process of framing and answering questions.[9] The responses are choices about intellectual, normative and political matters. They may take the form of a project, theory, method or argument. If successful in achieving internal consensus, these responses are likely to produce powerful spatial effects over legal expertise and might be used to affect global policymaking. They, therefore, serve not only to establish and sustain the IEL frontiers today but also to structure the ways in which lawyers understand and respond to the problems arising from the world economy.

Moreover, disciplinary demarcation is sensitive to political and intellectual dynamics of expert differentiation. Boundaries are shaped by the continuous professional practices and intellectual debates of international lawyers located inside and outside[10] the IEL field. In this context of global economic governance, boundary-drawing is a process of relational contestation undertaken by distinct professions engaged in influencing policy- and law-making. Demarcation is, in this sense, a disciplinary technique employed to vindicate the existence of a(n) (exclusive) domain for the application of IEL expertise to a broad range of programmes, rules, regimes, ideas and methods. Therefore, the boundaries of international economic law are continuously restated by lawyers as another strategy of reaffirming the field's identity, mission and influence in global economic governance.

Rethinking Howse's narrative through the lens of disciplinary boundaries opens the possibility of retelling his own recollection from a distinct angle. As I shall discuss below,[11] some lawyers, situated predominantly in North America in the late 1970s, proposed to use a combination of theories and methods grounded in legal realism, functionalism and pragmatism, to reimagine the international law

---

of the following elements: "(1) certain ideologies – legal instrumentalism and managerialism […] (2) certain categories of experts – especially scholars, bureaucrats and practitioners who treat the law as a kind of tool or machine and who see themselves as modest but expertly devoted technicians; (3) a problem-solving paradigm – an orientation toward defining concrete, practical problems and toward crafting solutions; (4) a form of reasoning and argumentation, from eight-part tests to reasoning by analogy, to the production of stock types of policy arguments to practices of statutory interpretation or citation to case law" (Annelise Riles, COLLATERAL KNOWLEDGE: LEGAL REASONING IN THE GLOBAL FINANCIAL MARKETS (2011)).

[9] Disciplinary questions with powerful demarcation effects are: what is international economic law? What are the sources of IEL? What are the interpretative methods? How does IEL relate to other provinces of (public/private; domestic/regional/international) law and to other domains of international economic policymaking (*e.g.* economics, international relations, political and social sciences). Who has competence/jurisdiction/expertise over the matter?

[10] For instance, foreign affairs and trade ministries, law schools and firms, non-governmental organisations, domestic and international courts and institutions for economic affairs.

[11] *See* generally below n 46-49, and accompanying text.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

of world economy as a distinct, specialised domain of expertise. They offered a new conceptual definition[12] and employed it to rework a set of legal norms and ideas in order to support and universalise programmes for international economic law and governance. This involved demarcating the authority of their expertise inside and outside of the legal domain.[13]

Externally, they employed IEL expertise to claim ultimate competence over legal rules, institutions and doctrines that constituted and regulated the international economic order. This mainly involved disciplinary disputes with other international economic policymakers to exert legitimate authority over the international laws of the World Bank, the International Monetary Fund (IMF), the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and international investment agreements (IIAs). Internally, historical narratives were amalgamated with legal and economic theories so as to assert the existence of a special body of positive norms and regimes, which required a specialised set of knowledge and skills distinct from other (public/private and international/domestic) law provinces. These unique characteristics led to the gradual formation of a distinguished intellectual and professional field, holding a specific identity and mission. This view of international economic law was chiefly developed in the late 1980s in the Anglo-American context. It quickly spread out after the end of the Cold War and the rise of the United States as the economic hegemon. By the early 2000s, when I was initiated in the IEL field, what today can be called the 'Anglo-American vision' had already become the orthodoxy as much as in the Bretton Woods institutions, the Bank for International Settlement (BIS), the World Trade Organisation (WTO), the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as in Brazilian law schools and firms, companies and government.

What this brief reinterpretation of Howse's account seems to suggest is that drawing boundaries has less to do with finding the field's normative, economic or natural foundations. Rather, it appears to be more related to strategic positions taken by historically situated lawyers who intended not only to exercise influence by claiming exclusive expertise over certain institutional and jurisprudential domains but also to engage in the realisation of specific projects for global economic governance. These decisions are not made in the abstract. They often involve pledging their commitment to intellectual traditions and affiliating to professional groups, and so affected by the preoccupations, moral values and

[12] Already described by Howse (*see* above n 5, and accompanying text).
[13] Robert Howse, *From Politics to Technocracy-and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime*, 96 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 98-99 (2002). *See* also David Kennedy, *The International Style in Postwar Law and Policy,* 1 Utah L. Rev. 7-103 (1994); Arie Reich, *From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations*, 17 NW. J. INT'L L. & BUS. 775-776 (1996–1997); Joseph H.H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats*, 35 JOURNAL OF WORLD TRADE 194-197 (2001).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

interests of national elites, transnational experts and, of course, legal communities.[14]

Three such choices seem particularly important to reflect upon since they are at the core of the IEL field's identity/mission, and so might be useful as stepping-stones to find responses to the current issues facing global economic governance. First, by ascribing a definition to international economic law, ideas and practices are *ex ante* framed in and out of the IEL expertise. Second, by qualifying particular methods as authoritative to identify which norms and regimes are part of IEL, a set of techniques is included while the rest is dismissed as non-IEL for being unable to entail valid and authoritative responses. Finally, by agreeing on a programme, alternatives are marginalised and perhaps turn into either ideological rivals or expert competitors to the IEL field itself.

In the Anglo-American environment where Howse is situated, the majority of international lawyers have regarded themselves as liberal, cosmopolitan experts who, alongside other specialists and policymakers, are committed to promoting the rise of living standards through the application of scientific knowledge and techniques to rules and institutions of global economic governance, but whose efforts have been historically slowed down by political, ideological or economic forces. As emphasised by Howse, the acceptance of IEL as a *neutral instrument* devised for promoting and sustaining – what has been called – a *Neoliberal* programme[15] for global economic governance, through a particular set of international and domestic rules, institutions and doctrines, singles out a much wider constellation of potentially applicable legal ideas, practices, projects and norms.[16] The unproblematic understanding and the commitment of contemporary lawyers to Neoliberalism often marginalise relevant questions related to social justice and economic redistribution by setting humans rights and development policies outside the field's domain.[17]

This conventional understanding – dominant since the 1980s – has recently lost its external appeal.[18] The succession of political, social and economic crises of

---

[14] David Kennedy, *The Twentieth Century Discipline of International Law in the United States*, *in* LOOKING BACK AT LAW'S CENTURY 409-414 (Austin Sarat *et al.* eds., 2002).
[15] For the definition of Neoliberalism, *see* below n 91, and accompanying text.
[16] Howse, above n 3, at 188-189, and accompanying text.
[17] Howse, above n 3, at 188-189. *See also* Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 9-77 (2016).
[18] *See generally* Timothy Meyer*, Saving the Political Consensus in Favor of Free Trade,* 70 VAND. L. REV. 985-1026 (2017). *See also* Michael Spence, Donald Trump and the New Economic Order (2006), https://www.project-syndicate.org/commentary/nationalist-approach-to-economic-policy-by-michael-spence-2016-11; Anatole Kaletsky, The Crisis of Market Fundamentalism (2016), https://www.project-syndicate.org/commentary/populist-revolt-crisis-of-capitalism-by-anatole-kaletsky-2016-12; Kemal Derviş, The Win-Win Fantasy of Liberal Democracy (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/failure-to-predict-brexit-and-trump-by-kemal-dervis-2016-12; Michael J. Sandel, *Lessons from the populist revolt* (2017), https://www.project-syndicate.org/onpoint/lessons-from-the-populist-revolt-by-michael-sandel-2017-01?barrier=accesspay; Rohinton Medhora, *The Future of Trade* (2017), https://www.project-syndicate.org/onpoint/the-future-of-trade-by-rohinton-p--medhora-2017-06?barrier=accesspay; Helmut K. Anheier, *Rage Against the Elites* (2017), https://www.project-syndicate.org/onpoint/rage-against-the-elites-by-helmut-k--anheier-2017-10?barrier=accesspay; Paola

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

the early 21st century has caused people across jurisdictions to either distrust or challenge the widespread consensus around the benefits of the Neoliberal style of governing the world economy. This entailed a challenge to the legitimacy and authority of international economic regimes and organisations, on the one hand, and policymaking experts (generally) and lawyers (particularly), on the other. The 2000-2002 Dot-com bubble, the 2001 Turkish crisis, the 2007-2009 global financial crisis, the 2010-2012 European sovereign debt crisis, the 2014 Russian crisis and the 2014-2017 Brazilian crisis are perceived as having exposed the vulnerabilities of global economic law and governance. They also have unveiled that the international management of economic globalisation and its crises, through expert application and interpretation of IEL rules and institutions, has impacted countries and individuals in uneven ways.

Additionally, the lack of effective or satisfactory responses by political and expert elites have increased popular dissatisfaction.[19] Many people in developed countries discovered what their peers in the developing world had figured out a long time ago: globalisation produces structural imbalances between winners and losers. Using their privileged position, these individuals, who believed they were left behind, expressed their frustration by attacking important pillars of the international economic order. The years of 2016-2017 have witnessed two more significant and effective assaults in the Anglo-American context: Brexit and Trump's election.[20]

2. Steve Charnovitz and the Present History of International Economic Law

At present-day, *The Field of International Economic Law* by the American professor Steve Charnovitz[21] symbolises the disciplinary consensus around the

Subacchi, Economic Crises and the Crisis of Economics (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/economists-should-restore-lost-credibility-by-paola-subacchi-2017-01; Richard Baldwin, Trump's Anachronistic Trade Strategy (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-trade-policy-tariffs-by-richard-baldwin-2017-02; Dani Rodrik, Too Late to Compensate Free Trade's Losers (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/free-trade-losers-compensation-too-late-by-dani-rodrik-2017-04; Dani Rodrik, Straight Talk on Trade (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-win-economists-responsible-by-dani-rodrik-2016-11; Dani Rodrik, Too Late to Compensate Free Trade's Losers (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/free-trade-losers-compensation-too-late-by-dani-rodrik-2017-04.

[19] *See generally* Anthea Roberts, *Being Charged by an Elephant: A story of globalization and inequality* (2017), https://www.ejiltalk.org/being-charged-by-an-elephant-a-story-of-globalization-and-inequality/; Kaushik Basu, Inequality in the Twenty-First Century (2017), https://www.project-syndicate.org/commentary/profit-sharing-basic-income-by-kaushik-basu-2017-12.

[20] The British citizens voted in the 2016 referendum to take the United Kingdom out of the European Union. Trump campaigned and now has sought to implement America First, a nationalist and protectionist policy that has led the United States to withdraw from the Trans-Pacific Partnership Agreement, to pull Canada and Mexico into renegotiations of the North American Free Trade Agreement, and to threaten to dismantle or exit from the WTO.

[21] Steve Charnovitz is a US-born law professor at the George Washington University Law School, located in the United States.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

history of international law of the world economy.[22] Section I starts off by providing a brief introduction to the most-acceptable views on the two-core ontological (what is IEL?) and epistemological (how is IEL identified?) questions underlying the field and by pointing out that both are still unsettled. Then, Charnovitz attempts to offer his own concept by merging the very broad meanings of "international + economic + law" with a functionalist method.[23] "A [international] law of the world economy could possibly apply to three phenomena: (i) rules as between states, (ii) rules for how states treat individuals, and (iii) rules for individual to individual transactions."[24] However, he notices that "[that definition is] perhaps too broad. Consequently a reconsideration of method may be required." [25] To deal with the over-inclusiveness, Charnovitz uses legal functionalism to acknowledge tactically the existence of "specialized bodies of public international law without necessarily classifying them as part of [IEL]." [26] The result seems not to be satisfactory since he falls back to considerations about the complexities in determining the nature of IEL. To move forward, Charnovitz turns strategically to history in order to find in the past evidence to fill his abstract concept of IEL with concreteness.

A. The Institutional History of International Economic Law

In Section II, the history of the IEL field is chronicled as a series of progressive moments that tie economic crises to institutional responses and legal justifications.[27] Very similar to other conventional accounts[28], Charnovitz provides a timeline of the IEL evolution, indicating the existence of legal rules and institutions that were used from the golden age of British-led free trade to the interwar period, and then to the post-war international economic order. He also

---

[22] *See generally* Steve Charnovitz, *The Field of International Economic Law*, 17 J. INT'L. ECON. L. 607-626 (2014). For like-minded conventional narratives about the history of international economic law, *see generally* the widely accepted works of Gerhard Loibl, *International Economic Law*, *in* INTERNATIONAL LAW (Malcolm Evans, ed., 2003); Aust Anthony, HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2005); Asif H. Qureshi and Andreas R. Ziegler, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2007); Andreas F. Lowenfeld, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2008); Ernst-Ulrich Petersmann, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW IN THE 21ST CENTURY: CONSTITUTIONAL PLURALISM AND MULTILEVEL GOVERNANCE OF INTERDEPENDENT PUBLIC GOODS (2012); and Matthias Herdegen, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).

[23] "A [international] law of the world economy could possibly apply to three phenomena: (i) rules as between states, (ii) rules for how states treat individuals, and (iii) rules for individual to individual transactions" (Charnovitz, above n 22, at 607-611).

[24] Ibid, at 610.

[25] Ibid, at 610.

[26] Ibid, at 611.

[27] Ibid, at 611-616.

[28] *See generally* Loibl, above n 22; Aust, above n 22; Qureshi and Ziegler, above n 22; Lowenfeld, above n 22; John H. Jackson, *Part I: The state of international economic law – 2005*, 8 J. INT'L ECON. L. 3-15 (2005); John H. Jackson, *International Economic Law: Complexities and Puzzles*, 10 J. Int'l Econ. L. 3-12 (2007); Gilbert R. Winham, *The Evolution of the World Trading System – The Economic and Policy Context*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL TRADE LAW (Daniel Bethlehem ed., 2009); Michael J. Trebilcock *et al*, THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE (2012); Petersmann, above n 22; and Herdegen, above n 22.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

chooses, as many others, to emphasise the international regulation of trade affairs due to their exceptional importance to the IEL history.[29]

The conventional narrative tells that from the late 19th century until 1914 the world trade was governed by the so-called *Liberal* international economic regime centred on the classical principle of freedom of commerce.[30] The outbreak of World War I massively disrupted the international trading system of bilateral and preferential arrangements rudimentarily tied by MFN clauses. The peace did not repair the fractions. Rather, the 1919 Versailles Treaty contributed to produce long-term, deleterious impacts on Germany's economy, pushing it to adopt a predatory economic strategy. This contributed partially to a general surge in beggar-thy-neighbour measures throughout the 1920s. In this context, the MFN clause fell into disuse encouraging countries to enter into bilateral arrangements.

The international trading system was already severely cracked by the end of the 1920s when the Great Depression caused the downfall of many domestic economies.[31] To preserve national production and employment, extreme forms of discriminatory and protectionist measures were adopted. The Smoot-Hawley Tariff Act enacted by the United States in 1930 was the most notorious for quickly provoking comparable retaliatory reactions by its major trading partners.[32] All these predatory policies not only exacerbated the effects of the Great Depression but also led the international trade regime to an institutional paralysis. When the 1934 Reciprocal Trade Agreements Act was passed by the US Congress the time for peaceful free trade policies was gone. The outbreak of World War II cemented the end of the Liberal international economic order.

The combination of the Franco-German economic revanchism, generalised trade wars and the Great Depression, with an ineffective Liberal trading system and marginal classical international law, served as history lessons for what was supposed to be a new regime for the world economy.[33] These understandings were

---

[29] Charnovitz calls particular attention to a group of bilateral and multilateral initiatives that produced embryonic international law norms and regimes, which later would evolve into the GATT or other international economic agencies. For instance, the 1890 International Union for the Publication of Customs Tariffs would become today's International Customs Tariff Bureau, while most-favoured-nation (MFN) and national treatment standards established under peace, friendship and commerce treaties were widely used in drafting the GATT. He justifies the focus on international trade law on economics: [a] timeline for all of [IEL] would be too lengthy for a short essay, but it would be possible to construct a timeline underlying the construction of the world trading system in the late 1940s. He adds "[f]rom the scholarship that I am aware of, the trading system is a common element of everyone's concept of [IEL]" (Charnovitz, above n 22, at 611-612).

[30] Charnovitz, above n 22, at 611-614. *See also* Trebilcock *et al,* above n 28, at 23-24; Lowenfeld, above n 22, at 21-23; Winham, above n 28, at 9-13; Herdegen, above n 28, at 14-15; John H. Jackson, *The Evolution of the World Trading System – The Legal and Institutional Context*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL TRADE LAW 31-33 (Daniel Bethlehem ed., 2009).

[31] Ibid.

[32] The 1930 Smoot-Hawley Tariff Act was responsible for raising the United States's duties on imports to an average of 60, its highest tariff rates in the 20th century (Trebilcock *et al,* above n 28, at 23).

[33] Charnovitz, above n 22, at 614-616; Jackson (2007), above n 28, at 3-4; Jackson, above n 30, at 31-34; Lowenfeld, above n 22, at 21-26; Winham, above n 28, at 14; Trebilcock *et al,* above n 28, at 24-25; Herdegen, above n 28, at 195-197.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

used, during and after the Second World War, for choosing economic policies and designing legal norms and regimes to lay the foundations for a new international economic order. When it had become reasonably clear to the allies that World War II would be shortly over, the Anglo-American diplomacy paved the way for concluding the Bretton Woods Agreement in 1944. This agreement set forth a comprehensive plan to establish specialised international organisations for reconstructing and governing the global economy under the future United Nations.[34] Following the end of the war, the International Monetary Fund and the International Bank for Reconstruction and Development (later the "World Bank") were duly created. However, the International Trade Organisation (ITO) failed to come into existence, largely because of the United States' refusal to ratify its Charter in 1947, arguing that its rules would impose excessive constraints on domestic economic sovereignty.[35]

Alternatively, the General Agreement on Tariffs and Trade, an interim agreement, negotiated in 1947 as a prelude to the ITO, became, "through the magic of practice," the permanent institutional architecture for the multilateral trading system until the establishment of the World Trade Organisation in 1995.[36] Between 1947 and 1994, the GATT not only evolved institutionally but also had its mandate and membership expanded.[37] Under the GATT, eight multilateral rounds of trade negotiations were concluded. The first six rounds (from the 1947 Geneva Conference to the 1963-1967 Kennedy Round) focused almost exclusively on market access. The 1973-1979 Tokyo Round, although also promoted substantial tariff reductions, sought to negotiate for the first time new rules and policies, directing attention to various areas of non-tariff barriers to trade. The 1986-1994 Uruguay Round, the last and most complex negotiation under the GATT, entailed a profound transformation in the world trading system. The establishment of the WTO was one of its central achievements followed closely by

---

[34] More precisely, the Bretton Woods Agreement envisaged the creation of three new international economic organisations: IMF, World Bank and ITO. The IMF, responsible for governing global monetary policy through the maintenance of exchange rate stability, and the provision of assistance to countries facing balance of payment crises. The World Bank was in charge of international financial policies, which consisted initially of providing reconstruction to countries whose economies had been devastated by the Second Wold War. After having successfully contributed to the Marshall Plan, the mandate of the World Bank was expanded to focus on providing development capital to developing countries. The ITO was conceived to govern the negotiation and administration of a new international trading regime (Trebilcock *et al,* above n 28, at 24-25).

[35] Interestingly, the conventional literature often goes beyond the negotiations leading up to the draft ITO Charter. Notwithstanding, Charnovitz's institutional storyline stops at this historical landmark, leaving the impression that the events prior to the GATT rest on the past while placing the post-1947 institutions in the present. This understanding would make sense if Charnovitz's jurisprudential narrative followed the same timeline; however, as I shall discuss below, he does not. Instead, he tells the evolution of IEL jurisprudence from the interwar period until the early 1990s, and then to the present.

[36] Hélène Ruiz Fabri, *Chapter 16 - Regulating trade, investment and money*, *in* The Cambridge Companion to International Law 365-366 (James Crawford and Martti Koskenniemi, ed. 2012).

[37] Jackson, above n 28, at 4; Jackson, above n 30, at 34-37, 42-43; Lowenfeld, above n 22, at 46-67; Winham, above n 28, at 14-21; Trebilcock *et al,* above n 28, at 24-26; Herdegen, above n 28, at 15-16, 195-199.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

the reform of the dispute settlement mechanism and the unprecedented expansion of regulatory competence over trade in agriculture, textiles and services, intellectual property and investments.[38]

Thus, the adoption of the WTO agreements in 1994 closes the final chapter of the institutional storyline. From ITO's tragic failure to GATT's defective birth and its incremental improvements throughout multilateral rounds until the acceptance of the WTO 'constitution', conventional history teaches that the contemporary world trading system is the product of a progressive evolution of institutional trade practices of sovereign states in *pari passu* with the continuous expansion of global economic interdependence.

B. The Jurisprudential History of International Economic Law

Juxtaposed with this institutional storyline, Charnovitz provides a historical account that identifies the IEL field with the progression of canonical writings.[39] In section III, he retells the conventional narrative of the evolution of legal ideas and practices that led up to the formation of a vernacular of concepts and techniques employed by the 'champions' of IEL to make sense of international economic relations. The jurisprudential development is closely knitted to the continuous institutionalisation of international economic governance.[40]

The jurisprudential story begins by acknowledging the German-American Ernst Feilchenfeld (1898–1956) as the patron of the term *international economic law*.[41] Yet, Charnovitz asserts that "[i]f anyone should be recognised as the father of [IEL], it is the German-British Georg Schwarzenberger (1908–91), a professor of international law at the University of London, who began writing on [IEL] in 1942."[42] Schwarzenberger authored seminal works in IEL over three decades. In his classical 1966 course delivered at The Hague Academy of International Law, IEL is defined as a specialised province of public international law constituted of a sufficiently coherent, self-contained corpus of legal rules created by legal subjects, and not by deductions from abstract principles, with the purpose of regulating

[38] Other important achievements were the following: the replacement of the 'GATT à la carte' approach for the 'single understanding' approach ensured that all members would be subject to the entire body of WTO agreements; and the creation of the Dispute Settlement Body represented the passage from a power-oriented to a rule-oriented system.
[39] Charnovitz, above n 22, at 616-624.
[40] In contrast to Section II however, section III focuses almost exclusively on the IEL jurisprudence developed from the 1940s until the 2010s, leaving aside canonical texts that were older or solely dedicated to international trade law. This far-reaching storyline differs not only from the institutional story but also from the conventional literature. Since Charnovitz does not explain these differences, I will follow the mainstream accounts, which means to limit the canonical narrative to 1994, and complement it with international trade law.
[41] Ernst Feilchenfeld, firstly, coined the term in his 1938 book *The Next Step. A Plain Man's Guide to International Principles* (Charnovitz, above n 22, at 2014: 616-617. *See* also Ernst H. Feilchenfeld, THE NEXT STEP. A PLAIN MAN'S GUIDE TO INTERNATIONAL PRINCIPLES (1938), at 22–23).
[42] Charnovitz, above n 22, at 2014: 617.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

public-law aspects of international economic transactions.[43] The term international trade law is not employed in this work. Rather, the regulation and institutionalisation of inter-state trade affairs are regarded under the realm of IEL.

Until the 1980s, Schwarzenberger was the leading, but not the only, scholar of IEL. The British Leslie C. Green (1920-2011) and David Hughes Parry (1893-1973) and the Hungarian-American Stephen A. Silard also employed the term IEL and advocated for the existence of a new branch of international law.[44] Despite their scholarly efforts, Charnovitz points out that the concept *international economic law* was not "extensively used in international law literature during the 1950s, 1960s, or 1970s. But it does occasionally appear."[45]

As a branch of international law, IEL only took off in the early 1980s.[46] The Dutch Pieter VerLoren van Themaat (1916-2004) rediscovered the field in his treatise *The Changing Structure of International Economic Law* of 1981, whereby the Schwarzenberger's definition was reintroduced and updated in light of the new context. The term gained currency shortly after among the 1980s generation of international economic lawyers.[47] Nevertheless, Charnovitz confers to the American John H. Jackson (1932-2015) the title of "the greatest champion of the concept of [IEL]" for his extensive contribution to the field.[48] Jackson's seminal contribution was an entry on the term *international economic law* in the *Encyclopaedia of Public International Law* of 1985. This concept would be employed in his masterpiece of 1989, *The World Trading System*, whereby IEL is conceived not as a

---

[43] "International Economic Law is concerned only with such aspects of economic phenomena as come within the purview of *Public* International Law. The reasons for this delimitation are not metaphysical. They are, partly, doctrinal and, partly, pragmatic" (Georg Schwarzenberger, *The principles and standards of international economic*, 117 RECUEIL DES COURS 7-8 (1966). *See also*, Georg Schwarzenberger, *The Province and Standards of International Economic Law*, 2 THE INTERNATIONAL LAW QUARTERLY 405-405 (1948); and Georg Schwarzenberger and E. D. Brown, A MANUAL OF INTERNATIONAL LAW (1976).

[44] Charnovitz, above n 22, at 619. *See also* Leslie C. Green*, Book Review of International Arbitral Awards and International Tax Agreements,* 1 JOURNAL OF THE SOCIETY OF PUBLIC TEACHERS OF LAW 322-324 (1949); David Hughes Parry, *The Place of Constitutional Law and International Law in Legal Education,* 2 JOURNAL OF LEGAL EDUCATION 428-432 (1950); Stephen A. Silard, *The Impact of the International Monetary Fund on International Trade,* 2 JOURNAL OF WORLD TRADE LAW 121-132 (1968).

[45] Charnovitz, above n 22, at 619.

[46] Ibid, at 620.

[47] VerLoren van Themaat was followed by the German Norbert Horn and Ernst-Ulrich Petersmann, the Austrian Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918-2001), and the American John Jackson and Robert Hudec (1934-2003).

[48] Ibid, at 620. For the wide acknowledgement of John Jackson as the inventor of IEL, *see generally* Kennedy, above n 13*,* expanded in David Kennedy, *The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the Field of International Economic Law*, 10 AM. UNIV. INT'L L. REV. 671-716 (1995); Robert Howse, *The House that Jackson Built: Restructuring the GATT System*, 20 MICHIGAN J. INT'L L. 107-119 (1999); Robert B. Thompson, *John Jackson's Legacy: Defining a Field*, 19 J. INT'L ECON. L.317–322 (2016); Tomer Broude, *A Field of his Own: John Jackson and the Consolidation of International Economic Law as a Scholarly Domain*, 19 J. INT'L ECON. L. 329–331 (2016); Gary Clyde Hufbauer, *Worthy of a Nobel: An Appreciation of John H. Jackson*, 19 *Journal of International Economic Law* 353–354 (2016). For the role of John Jackson in IEL practice, *see generally* Debra P. Steger*, John H. Jackson—WTO Institution Builder,* 19 Journal of International Economic Law 339–341 (2016); Gary Horlick, *John Jackson as a Resource for Scholars and Others*, 19 J. INT'L ECON. L. 401–402 (2016); William J. Davey, *John Jackson and the Rule of Law*, 19 J. INT'L ECON. L. 333-334 (2016).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

well-defined concept. Rather, a functional approach is offered to identifying IEL rules and institutions, while avoiding the rigid demarcations between financial, monetary and trade law, and between international and domestic law.[49] In this sense, international trade law is purposefully demarcated as a branch of IEL, whereas the GATT/WTO law is defined as the centrally organised system of the most complex and extensive trade rules and institutions.

Charnovitz's jurisprudential history goes beyond John Jackson's scholarly contribution accounting also for his leading role in the field of international economic law.[50] Coincidently or not, the year of 1994 was not only remarkable for IEL lawyers due to the conclusion of the WTO agreement, but also for the professional acclamation of Jackson as the creator of the field.[51] This celebration symbolises the end of the jurisprudential journey. From the classic work of Schwarzenberger to Jackson's masterpiece, international economic law as a history of legal ideas and practices evolved from a formalist claim for normative autonomy to a functional approach to governing the world economy.

C. Learning from the History of International Economic Law

The history of the IEL field told by Charnovitz is neither novel nor controversial. Rather, it represents the conventional narratives that are widely accepted, complemented and repeated by the mainstream literature. To understand the role of history in international economic law and governance, two questions are central. The initial one asks as to what we – international lawyers – have learned from these historical accounts. The above analysis suggests that the conventional narratives are constructed according to a characteristic style of legal history, which often combines an institutional story with a jurisprudential story. These accounts convey two central lessons aiming to organise the discipline's moral values, ideas and methods around a normative core, which sustains the

[49] Charnovitz, above n 22, at 620; John H. Jackson, THE WORLD TRADING SYSTEM: LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS 25 (1997).

[50] Charnovitz explains (above n 22, at 621) that John Jackson, in his *International Economic Law: Reflections on the "Boilerroom" of International Relations*, argues that IEL "embra[ces] the law of government regulation of economic matters; and related legal relations including litigation and international institutions for economic relations. Indeed, it is plausible to suggest that ninety percent of international law work is in reality international economic law in some form or another" (John H. Jackson, *International Economic Law: Reflections on the Boilerroom of International Relations*, 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 596 (1995)). Jackson also notes that [IEL] cannot be separated from public international law. In addition, he points to the value of a multidisciplinary approach to [IEL] which embraces not only economics, but also political science, cultural history, anthropology and geography (Ibid, at 598). Charnovitz goes further to show how the notion of IEL "becomes further solidified" by the contribution of other international lawyers and foundation of specialised law journals (above n 22, at 621-622).

[51] The 1994 Conference on Interdisciplinary Approaches organised by the American Society of International Law celebrated Jackson's work as fundamental to the consolidation of the field's intellectual and professional pillars. In the rest of section III, Charnovitz covers the contemporary developments, involving the solidification of IEL jurisprudence until 2011. In brief, this process encompassed the publication of three specialised journals and new books and treatises, and the creation of International Economic Law and Policy Blog in 2006 and the Society of International Economic Law in 2008 (Charnovitz, above n 22, at 621-624).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

imagination of IEL as an autonomous province. Ultimately, their aspiration is to provide legitimacy and authority to support the IEL field's identity, mission and influence in global economic governance.

The first central lesson is learned from the story about the progressive institutionalisation of the world economy.[52] The turn-to-institutions in international economic relations teaches that the foundation of contemporary international economic law going from 1944 to 1994 was realised through two gradual stages. The initial stage was precursory, serving to set up the normative architecture underscoring global economic governance.[53] IEL rules and institutions negotiated by states are perceived as mostly defective, weak or incomplete, while their application is regarded as highly dependent on economic preferences and material power of contracting-parties. This notion of imperfect institutionalisation is used to explain the prevalence of the diplomatic and technical character, rather than legal or juridical, of the post-war international economic regime.

That precarious situation began to change in the 1970s, when the IMF, then the World Bank, and finally the GATT and international investment agreements, had their normative and institutional features reformed and advanced.[54] This second stage increased the institutionalisation of international trade, monetary and financial regimes, furthering the implementation of (Neo-)Liberal policies by constraining state discretion and incrementally moving their governance towards more rule-oriented international systems of economic cooperation. This shows that, while the 1940s is perceived as the constitutive moment in which countries committed to the contemporary international economic order, it was only in the 1980s that international law rules and institutions began to be used more extensively to govern inter-state economic relations. Therefore, this institutional story has been traditionally told not only as holding singular significance to today's global governance, but also as having a foundational role in constituting the contemporary IEL field. It teaches, particularly, that IEL results from the successful institutionalisation of the Neoliberal programme through the gradual transformation of the global economic regime from politics to diplomacy to law.

The second central lesson comes from the advancement in jurisprudence as a response to the post-war move to institutions.[55] The conventional narratives chronicle that some lawyers discovered that international legal norms and regimes devised to regulate international economic relations possessed a special quality. This led them to differentiate this 'branch' of international law from other

---

[52] For the institutional story of international economic law, *see generally* above n 27-38, and accompanying text.
[53] *See generally* above n 27-37, and accompanying text.
[54] *See* above n 37-38, and accompanying text.
[55] For the jurisprudential story of international economic law, *see generally* above n 39-51, and accompanying text.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

provinces.[56] The 1940s generation led by Schwarzenberger is perceived by the traditional literature as concerned primarily with formal and legalist dimensions of IEL.[57] This formalist-oriented mind-set is regarded as responsible for letting lawyers enclose themselves in excessive academicism, while other fields of international economic policymaking occupied the central position in global governance.

Side-lined for three decades, IEL expertise is considered to have been reborn to global economic governance only in the 1980s thanks to the determination of more pragmatically-driven, rather than academically-oriented, international lawyers. They sought to rethink legal expertise as a way of reclaiming their participation in international economic policy- and law-making.[58] The conventional accounts chronicle how lawyers gradually shifted from a formalist, legalist, positivist mind-set towards functionalist, realist and pragmatic attitudes and mentality.[59] They were less interested in ontological and epistemological disputes over the existence of IEL, and more preoccupied with its functions, effectiveness, and the application of its expertise to solve problems of the world economy. By strategically linking considerations of validity and effectiveness, the 1980s generation led by Jackson significantly transformed the IEL field.[60]

---

[56] Chronicled as a 'eureka' moment, they later found out that this unique domain was, in fact, an autonomous field, and so named it as international economic law. Despite the efforts of those frontrunners, the emergence of the IEL expertise is conventionally regarded as having had little or no influence over international economic law or governance. Three factors are considered to have collaborated for its disempowerment. The political and economic challenges pervading the 1950s, 1960s and 1970s would have accrued a chilling effect on international lawyers' aspirations. Moreover, the postwar international economic order would have been operated and managed mostly by non-legal experts, to the extent that international economic affairs were considered of 'low' political priority and dominated by more 'technical', and less or none 'juridical', matters. Finally, the 1940s generation led by Schwarzenberger was too scholarly inclined and committed to stronger legalist and positivist views of international economic law (*See* above n 41-51, and accompanying text. *See* also Kennedy, above n 13, at 61; Reich, above n 13, at 775-776; Weiler, above n 13, at 194-197; Howse, above n 13, at 98-99 (2002)).

[57] They focused on the formal question as to whether IEL was ontologically and epistemologically distinct from international law. Consequently, legal theory occupied a prominent place in debates about IEL's nature, driving the choice of methods to identify formal concepts and legal sources. More specifically, IEL was conceptualised, examined and applied as if it were a coherent and self-contained system of distinguished positive rules and institutions (*See* above n 46-51, and accompanying text).

[58] *See* above n 22, 46-51, and accompanying text.

[59] *See* Charnovitz, above n 22. *See also* Weiler, above n **Error! Bookmark not defined.**, at 194-197; Howse, above n 48, at 107-119, and n **Error! Bookmark not defined.**, at 98-99; Reich, above n **Error! Bookmark not defined.**, at 775-776; Hufbauer, above n 48, at 352-353; Broude, above n 48, at 329–331; Thompson, above n 48, at 317-320; Davey, above n 48, at 333-334.

[60] The 1980's generation led by Jackson is praised for having introduced the central transformations that revived the IEL field. First, they bracketed the controversies over the formal autonomy of IEL, and recast their different views not as mutually exclusive responses to theoretical questions, but rather as alternative realist methodologies that could be chosen and applied to solve IEL-related disputes and problems according to personal conviction and contextual necessity. Charnovitz's article depicts the move to functionalism in sections I and III. While section III accounts for the jurisprudential story, section I introduces the different 'concepts', 'methods' or 'approaches' to IEL. These legal ideas and techniques are presented not as ontological responses framed as true or false hypotheses provided by legal scholars in historically situated contexts. Rather, they are juxtaposed as ahistorical, neutral, scientific methodologies to be chosen by lawyers not due to their inherent validity or legitimacy but according to contextual considerations and personal belief (Charnovitz, above n 22, at 607-611, 616-624). Second, the

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

These two central lessons provide the normative consensus underlying the contemporary field of IEL. By combining institutional and jurisprudential dimensions, the history of its constitution is regarded as having undergone through three steps: the 1940s as its formal, normative and intellectual roots, the 1950s-1970s period as its institutional maturation but professional marginalisation, and, finally, the 1980s-1994 as its effective foundation. Legal functionalism, realism and pragmatism are the building blocks of the field's identity, while its core mission is the progressive implementation of the Neoliberal programme for global economic governance through international law.

This leads to the second question: what is the function of history in the IEL expertise? It is common sense that *history-telling* is used by international lawyers as a mode of governance to control the movement of meanings across time. The traditional literature often offers narratives alike to manage and support a wide variety of projects, rules, institutions, theories and methods that constitute the IEL expertise. As analysed above, these accounts may take the form of institutional stories of the formation and development of IEL norms and regimes that nowadays underscore the international economic order. Likewise, they may contribute to the understanding and diffusion of current legal ideas and techniques by retelling the evolution of IEL jurisprudence. By connecting past and present, these history lessons organise and mould legal expertise, which in turn affects law-making and interpretation. Moreover, these teachings are continuously reasserted as a strategy to sustain the authority and legitimacy of the IEL field's identity and mission. This suggests that the way in which lawyers tell their own history plays an important role in shaping (directly) the boundaries of the IEL domain and influencing (indirectly) global economic governance.

3. The Traditional Approach to the History of International Economic Law

The analyses of Howse's and Charnovitz's works suggest the operation of what I have called the *traditional approach*, a characteristic style of history-telling that widely dominates the field of international economic law. Charnovitz's article illustrates how institutional and jurisprudential stories are habitually organized and merged into a 'grand narrative' about the origins and development of IEL, while Howse's recollection exemplifies the way in which this instance of conventional

---

move from grand theories to functionalist methods of analysis was combined with an instrumentalist approach to IEL, through which the validity and legitimacy of a legal norm or regime were tested against its effectiveness in providing the legal basis for dealing with concrete cases of international economic affairs. The instrumentalist turn is clearly reflected in section IV, whereby Charnovitz does not analyse the relationship between IEL and international law from a formal or normative viewpoint. In contrast, he examines whether and how IEL should influence or interact with international law with the aim of solving current challenges faced by global governance (Charnovitz, above n 22, at 624-625). Finally, this pragmatic perspective shifted the focus of IEL expertise from legal certainty and stability to problem-solving, normative change and institutional progress.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

accounts is routinely translated into history lessons and then taught to international lawyers worldwide. Together they show how the traditional approach has been used to combine institutional and jurisprudential teachings with the purpose of drawing a line dividing whom and what are parts of IEL. Particularly, this dominant style of history-telling is employed to determine what/who matters or not to the field's past, and also to control what lessons should be taken into consideration today by lawyers to make or interpret IEL projects, rules, institutions and ideas.

Against this backdrop, I argue that the majority of international lawyers have successfully employed the conventional narratives to construct and sustain IEL as a professional and intellectual field. The traditional approach is continuously used as an expert mode of governing the legitimacy and authority of actors, ideas, rules and regimes. On the one hand, it is used to draw a temporal timeline dividing past and present for the IEL expertise. Legal norms, actors and knowledge that are *not* understood as being part of the 1980s (re-)foundational moment are mainly regarded as belonging to the past. Consequently, they do not or should not inform today's practices and ideas. On the other hand, it is employed to draw spatial lines, separating which elements fit in and out the IEL discipline. Legal rules, actors and knowledge closely related to the Neoliberal programme for global economic governance are often acknowledged as part of IEL,[61] while the ones identified with environmental, social, labour and development issues tend to fall outside the field, regardless of their economic relevance.[62] Similarly, theories, methods and arguments associated with legal functionalism, pragmatism and realism are habitually received without ideological suspicion or intellectual scepticism, whereas the ones grounded in competing schools of thought[63] are frequently dismissed or marginalised.

Furthermore, the disciplinary consensus produced through the traditional approach around the IEL boundaries entails important external consequences. By using the conventional narratives to assert the present field's frontiers, international lawyers intend not only to claim exclusive authority over certain (and not other) institutional and jurisprudential domains but also to legitimise their pursuit of specific (and not other) projects for global economic governance. This, in turn, affects their interaction with other international economic policymaking experts as well as with international regimes for economic affairs. The purpose of using the traditional approach is, therefore, to empower international lawyers with legitimate authority to make sense of and arguments about official documents and behaviours of state and non-state actors (related to what they understood to be

[61] For instance, the IMF, the World Bank, the GATT/WTO and IIAs.
[62] For instance, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the United Nations Industrial Development Organisation (UNIDO), and the International Labour Organisation (ILO).
[63] For instance, legal positivism, natural law, Third-World Approaches to International Law, post-colonialism, post-structuralism, and feminist jurisprudence.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

part of international economic affairs) to politicians, diplomats, judges, other policymakers and scholars, students, and, very importantly, to themselves.

This suggests that the traditional approach to history-telling operates less as a means to reflect upon how past acts and choices led up to the present. Instead, it works backwardly by selecting and mobilising historical events to legitimise and validate the consensus around the linear connection between the IEL field's origins, development, autonomy and present-day boundaries. In this sense, lessons that are 'discovered' in history tend to reflect collective or individual commitments of lawyers to intellectual traditions, normative projects and professional groups. In particular, my analysis indicates that the majority of lawyers have continuously applied the traditional approach to entrench and sustain the Neoliberal programme into the IEL expertise by controlling the authority and legitimacy of actors, ideas and practices as well as norms and regimes through the conventional accounts of jurisprudential and institutional stories.

Therefore, I believe that the limitations of international lawyers in addressing the current challenges to the international economic order have a great deal to do with the ways in which historical narratives have been used to legitimise and validate norms, actors and knowledge. My aim is to explore what an analysis of the IEL field's history and boundaries can tell us today about the repertoire of ideas, practices, rules and institutions that was relegated to the dustbin of past due to disciplinary consensus. I am specifically interested in uncovering and criticising the strategies undertaken to entail demarcation effects so as to assist in broadening the horizons of possibility to propose alternatives to transform international economic law and governance.

III. BETWEEN HISTORY AND BOUNDARIES: THE LIMITS OF THE TRADITIONAL APPROACH TO THE HISTORY OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

As the previous section suggests, boundary-drawing and history-telling tend to be assumed as unrelated, or perhaps contrasting, disciplinary modes of governance situated on opposite sides of the IEL expertise. By contrast, the traditional approach has in fact combined history and boundaries, in order to reconstruct (what I have called so far) conventional narratives. The purpose of these historical accounts has been to legitimise and validate the IEL field's borders by controlling the intra-expertise production of knowledge and norms, and to ensure its extra-expertise influence by carving out an exclusive space for policymaking in global economic governance. By instrumentalising history to drawing boundaries, the past is subordinated to the present in order to determine as to whether a project, norm or idea is either a present-day outcome of progressive development (and so belonging to the field), an old (and non-applicable) relic or a non-part of the IEL domain. I suggest, therefore, that one possibility to rethink the current constraints

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

of the IEL expertise is through the understanding and critique of how the traditional approach has structured the interaction between history and boundaries.

There are numerous possibilities to approach the history of the IEL field rather than the traditional style.[64] The conventional avenue of the 20th-century international law literature is – as explained by Marti Koskenniemi – to combine "accounts of the development of the States system with brief excursions into a well-defined circle of canonical texts."[65] This seems to capture how IEL has been historicised since the mainstream literature often combines stories of the institutional development of contracting-parties' practice with brief doctrinal analysis of official documents and canonical texts.[66]

As I shall discuss below, the traditional approach tends, consciously or otherwise, to instrumentalise IEL history in order to justify and legitimise a particular programme by claiming it is the natural or logical consequence of a neutral and universal set of lessons. Indeed, this traditional style often blurs the line drawn to differentiate historical reconstructions from normative projects.[67] The peril of this approach consists of emphasising aspects of history that support one's underlying policy-ideological-intellectual commitment as factual determinants while leaving others necessarily (and perhaps strategically) in the forgotten realm of the past. As shown by the previous section, there are two types of storylines (which might be combined or not) that have been routinely employed to tell the history of the IEL field with the aim of demarcating its boundaries.

The institutional story chronicles the evolution of IEL as the progressive development of practices of states and international organisations *pari passu* with the continuous expansion of global economic interdependence.[68] It tends to overemphasise political or economic forces as structural drivers, while downplaying the role of moral, social or legal norms, institutions and doctrines.[69] Hence, this traditional style of history-telling is used to sustain lawyers'

---

[64] For an overview of approaches to international law history, *see generally* Bardo Fassbender and Anne Peters (eds.), THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW (2012); James Crawford and Martti Koskenniemi (eds.), THE CAMBRIDGE COMPANION TO INTERNATIONAL LAW (2012).
[65] Martti Koskenniemi, *A History of International Law Histories*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 960-961 (Bardo Fassbender and Anne Peters eds., 2012).
[66] Section **Error! Reference source not found.** provides a brief analysis of the conventional history of international economic law. More specifically, I examined the ways in which Charnovitz accounts for the field's origins by merging a linear account of crises and institutional responses with a story of jurisprudential evolution moving from formalism to functionalism.
[67] Koskenniemi points out that "[t]he dominant voice [in writing about international law histories] has sounded a sociological register: '*Ubi societas, ibi ius*'—although just what it means to say that the law 'reflects' anterior social developments has seldom been broached in any depth. Much of this history is geared in a policy-oriented direction as prologue to this or that agenda of reforms" (Ibid, at 961).
[68] For a summary of the institutional story of international economic law narrated in traditional style, *see generally* above n 27-38, and accompanying text.
[69] For an overview of a legal history approach to international law as institutional practice, *see generally* Gerry Simpson, *Chapter 1 - International law in diplomatic history*, *in* THE CAMBRIDGE COMPANION TO INTERNATIONAL LAW (James Crawford and Martti Koskenniemi eds., 2012).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

understanding of the GATT, IMF, World Bank and IIAs as servants, by-products of, or determined by, international economic relations.

The jurisprudential story accounts for IEL as the succession of canonical writings that provides a vernacular of concepts and techniques to understand the prevailing institutional interactions and state behaviour under global economic governance.[70] The conventional narratives often overemphasise the evolution undergone by IEL jurisprudence from the 1940s mind-set characterised by a scholarly attitude and formalist-positivist views towards the 1980s mentality, which combined a pragmatic attitude and functionalist-realist visions.[71] Thus, the traditional approach is employed to narrow the intellectual history to support lawyers' *instrumental* efforts to justify and legitimate the (re-)foundation of the IEL field, with the aim of closing the gap between legal expertise and the rival policymaking disciplines.

These two types of legal storylines are often united through the commitment of the traditional approach to a view of history as a single and universal phenomenon. Contemporary lawyers often try to merge the intellectual and institutional stories by assuming that both are somehow intertwined teleologically and progress linearly.[72] The purpose of the mainstream literature in providing these two accounts following one common trajectory seems to be an attempt to scientifically capture the single, universal reason driving the IEL history. Indeed, this grand narrative is conventionally remembered as a conflict against autocracy, nationalism, discrimination, unilateralism, and protectionism, as well as against legal idealism, and excessive formalism, positivism and academicism. By contrast, an 'effective', 'legitimate' and 'fair' international economic law results from cooperation, multilateralism, non-discrimination, reciprocity, and liberalism, as well as legal pragmatism, functionalism, realism and problem-solving attitude. At the core, IEL is imaged as a universally accepted mode of institutionalised expert governance of the global economy that aspires to impose formal and effective constraints upon sovereign discretion over trade, monetary and financial policies, while promoting a more peaceful world and economic welfare through interdependence.

By resorting to the IEL history, the mainstream literature aims to validate and legitimise its normative project through the conventional narratives that vindicate the naturalness, necessity or superiority of contemporary IEL norms and knowledge. The traditional approach is employed to root the rules, ideas and techniques related to the WTO/GATT, IMF, World Bank and IIAs in history

---

[70] For an overview of a legal history approach to international law as legal ideas and practices, *see generally* Martti Koskenniemi, *Chapter 2 - International law in the world of ideas*, *in* THE CAMBRIDGE COMPANION TO INTERNATIONAL LAW (James Crawford and Martti Koskenniemi eds., 2012).

[71] For a summary of the jurisprudential story of international economic law in traditional style, *see generally* above n 39-51, and accompanying text.

[72] Martti Koskenniemi, *Histories of International Law: Significance and Problems for A Critical View*. 27 TEMPLE INTL. & COMP. L.J. 220-221 (2013).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

lessons, so as to ascribe them meaning as part of an unfolding story of institutional and jurisprudential progress that serves to support the dominant, Neoliberal project.[73] These historical reconstructions create, in turn, a disciplinary boundary by framing what is desirable in the IEL domain, while bracketing all other elements as 'outsiders'.[74] The dangerous consequence of combining the institutional and jurisprudential stories through the lens of the traditional style is to produce a teleological view of the conventional accounts as the *single*, *neutral* and *universal* history of international economic law. The ultimate result is, therefore, to blur the line between past and present.

Recently, a new trend in literature has extensively criticised the traditional approach for its ontological and epistemological shortcomings.[75] For the aim of my discussion here, the critiques of the mainstream literature's commitments to *Modernism* and *Anglocentrism* seem to bear great explanatory power. The combination of these two features appears to impose disciplinary limitations that have adversely impacted international economic law. These constraints result from the effects of the traditional approach over the interaction between the IEL history and boundaries. More specifically, it has produced a historical consensus around the IEL field's origins and evolution, which has, in turn, entailed the central lessons that demarcate what and who count or not as IEL.[76] Intra-expertise, these teachings have been employed to shape not only projects, norms and knowledge but also the field's identity and mission. Extra-expertise, they have

---

[73] Orford makes a similar argument on how the dominant scholarship uses history to justify and legitimise free trade as the central project of contemporary international trade law and governance (Anne Orford, *Theorizing Free Trade*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF THE THEORY OF INTERNATIONAL LAW 701-702 (Anne Orford, Florian Hoffmann and Martin Clark eds., 2016)).

[74] For instance, it often tries to construct the history of international trade law by tying it up with the institutional story about the steps leading up to the formation and development of the GATT and the jurisprudential story about GATT's 'birth defect' that made legalist, positivist and formalist approaches unsuitable, and so demanded pragmatic, functionalist and realist methods. It ultimately instrumentalises these two 'history lessons' to develop theories, doctrines and arguments to solve contemporary issues on international trade law.

[75] For this new strand in international law scholarship, *see generally* Martti Koskenniemi, above n 65 and 70, and his *Law, Teleology and International Relations: An Essay in Counterdisciplinarity*, 26 INTERNATIONAL RELATIONS 3-34 (2012); Simpson, above n 69; Anghie, Antony, IMPERIALISM, SOVEREIGNTY, AND THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW (2005); Frederic Megret, *Chapter 3 - International law as law*, *in* THE CAMBRIDGE COMPANION TO INTERNATIONAL LAW (James Crawford and Martti Koskenniemi eds., 2012); Emmanuelle Jouannet, THE LIBERAL-WELFARIST LAW OF NATIONS: A HISTORY OF INTERNATIONAL LAW (2012). For international economic law, *see specifically* Lang, above n 2; Fabri, above n 36; Anne Orford, above n 73, and her *Food Security, Free Trade and the Battle for the State Work*, 11 JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS 1-67 (2015); James Thuo Gathii, AFRICAN REGIONAL TRADE AGREEMENTS AS LEGAL REGIMES (2011); Sundhya Pahuja, DECOLONISING INTERNATIONAL LAW: DEVELOPMENT, ECONOMIC GROWTH AND THE POLITICS OF UNIVERSALITY (2011); Donatella Alessandrini, *The World Trade Organization and development Victory of 'rational choice'?*, *in* Events: The Force of International Law (Johns, Fleur., Joyce, Richard John, and Pahuja, Sundhya (eds), 2011); Kate Miles, THE ORIGINS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: EMPIRE, ENVIRONMENT AND THE SAFEGUARDING OF CAPITAL (2013); Luis Eslava, LOCAL SPACE, GLOBAL LIFE: THE EVERYDAY OPERATION OF INTERNATIONAL LAW AND DEVELOPMENT (2015).

[76] Howse and Charnovitz seem to experience the demarcation effects produced by the traditional approach, *see* above n 4-5, 13-17 (Howse) and n 52-**Error! Bookmark not defined.** (Charnovitz), and accompanying text.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

affected the authority and legitimacy of international lawyers over policy- and law-making domains of global economic governance.

The critique of Modernism starts off by calling attention to the argumentative structure embedded in the traditional approach. The preliminary step to history-telling is to define international economic law.[77] This definition is habitually constructed upon two moves. It first assumes that lawyers are able to *objectively* isolate IEL from other social phenomena, such as morality, politics, and economics, as well as from domestic and international law, in order to provide a somehow definitive, abstract *concept*. Such a concept is often a specialised variation of the notion of IEL as a universal and neutral set of norms, regimes and doctrines that are *legitimately* produced and can be *objectively* interpreted. The second move is to accept that the positive rules and institutions underlying the IMF, World Bank, GATT/WTO and IIAs constitute the only, or the most relevant, body of international economic law.

These ontological and epistemological premises produce blind spots that often lead the traditional approach to overlook how intra-expertise political and intellectual struggles have shaped the contemporary IEL field. This implies that, to produce a universal history, conventional narratives frequently fail to take into consideration socio-economic contexts, political compromises or intellectual concessions responsible for making and interpreting IEL norms and regimes, while obscuring disciplinary bias and marginalising alternative ideas and practices within the IEL expertise.[78] Therefore, embedded into the traditional approach, the Modernist commitment to teleology requires the adoption, preceded or not by theoretical justification, of a universal concept of international economic law as the condition *sine qua non* to begin the process of uncovering its history. This restricts, in turn, IEL history to the conventional narratives that often support the dominant programmes underpinning the concept chosen *ex ante*.

My analysis of Charnovitz's article offers a good example of the perils arising from the Modernist style of IEL history. Two shortcomings are particularly important. First, the traditional literature narrows the notion of international economic law to the international laws of the GATT/WTO, IMF, World Bank and IIAs, accompanied or not by methodological reasons. The consequence is to impose a disciplinary demarcation that disregards any rule, institution or doctrine existing from 1944 to 1994 that falls outside such a narrow concept. Second, to reinforce this ontological and epistemological frame, the conventional narratives seem to function as an apologetic conduit providing legitimate and authoritative justifications for the prevalent body of contemporary IEL norms, regimes, practices and ideas.

---

[77] *See* above n 5, 12-13 (Howse) and n 23-26, 60-**Error! Bookmark not defined.** (Charnovitz), and accompanying text.

[78] David Kennedy, *The Disciplines of International Law and Policy*, 12 LEIDEN J. INT'L L. 12 (1999).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

The second critique is concerned with the overwhelming Anglocentrism surrounding and embedded into the conventional accounts.[79] From physical places to intellectual debates to global policy-making, IEL is frequently experienced in the present-day mind-set and routines as an Anglo-American phenomenon. Locations such as Bretton Woods, New York, and Washington in the United States, London and Torquay in the United Kingdom are central to the historiography, where international lawyers have been constantly found, in some way, even today. Of course, other key places such as Geneva, Paris and Annecy, Brussels, Tokyo, as well as Havana, have also been historically important; however, the traditional approach seems to portray these places as islands, or perhaps containers, of Anglocentrism elsewhere. In fact, it seems discouragingly difficult and sometimes impossible to engage with international economic law without delving into Anglo-American diplomatic history, referring to ideas and practices about economic liberalism, multilateralism, and rule of law as imagined and implemented in the United States and the United Kingdom, or even communicating in the English language. This suggests the existence of an affinity between international lawyers' disciplinary preference and their acceptance of Anglocentrism. Thus, the IEL expertise is experienced as dominated by Anglocentric-inspired or -reconstructed norms, regimes and doctrines, as well as concepts and knowledge.

This Anglocentrism leads one to wonder what kind of IEL history would be possible without summarising it to the role of the US (mainly), the UK (secondarily) and Western Europe in the construction and maintenance of the international economic governance? Indeed, the overwhelming majority of the contemporary narratives, following either institutional or jurisprudential storylines, seem to drive back to what and how British and Americans have done and written. Institutionally, the literature tends to equate IEL to the IMF, World Bank, GATT/WTO and IIAs, by either foregrounding their ancestors in the 19th-century, Liberal economic system led by Great Britain, or emphasising their origins in the Anglo-American negotiations that resulted in the Atlantic Charter. More specifically, it often retells the establishment of the international economic order through the debate between the American Cordell Hull and Harry Dexter White, and the British John M. Keynes. Jurisprudentially, it does not and should not come as a surprise that the mainstream literature unequally emphasises ideas and practices produced by Anglo-American (trained) lawyers. In the 1940s, the father of IEL, Georg Schwarzenberger, was a Jewish person born in Germany who found refuge in 1934 in the United Kingdom, where he came to develop his scholarship on the province of IEL as a professor at the University of London. In the 1980s, the great champion of IEL, John H. Jackson, was an American-born

[79] Likewise, Koskenniemi (above n 65 and 72), Anghie (above n 75) show how Eurocentrism shapes international law, while Orford (above n 73), Miles (above n 75) and Pahuja (above n 75) demonstrate the effects of Eurocentrism/Anglocentrism over international economic law.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

professor who, on different occasions, served the Office of the US Trade Representative. Therefore, the traditional approach seems to make it quite an impossible task to offer a credible account of international economic law and governance without adopting an Anglocentric viewpoint.

IV. TOWARDS AN ALTERNATIVE APPROACH TO THE HISTORY OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

In an attempt to address or avoid some of the shortcomings inherent to the traditional style of historicising international economic law, I provide below the contours of an alternative approach grounded in four strategies.

1. WIDENING THE HISTORICAL BOUNDARIES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

The first strategy purports to place the origins and development of international economic law within a broader historical trajectory. I propose to widen the scope so as to analyse the ways in which IEL was 'founded' in relation not only to the 'rest' of international law but also to the 'other' international economic policymaking domains and institutionalised regimes of economic governance existing between 1944 and 1994. This consists of retelling institutional and jurisprudential stories in light of a more comprehensive frame. Hence, the aim is to prevent the bias and blind spots created by traditional narratives from constraining today's IEL expertise in two important ways.

The acceptance of the idea of the GATT/WTO, the Bretton Woods institutions, the ICSID and IIAs as the unique, or perhaps ultimate, institutional and normative experiments of international economic governance since 1944, is a disciplinary pillar of the IEL field. This traditional perspective locks up IEL within dichotomous debates around utopian, Liberal, multilateralism versus apologetic, Welfarist, unilateralism. For instance, the history of international trade law looks very different from the conventional narratives if, instead of focusing only on the GATT and its internal conflicts, it accounts for the role of GATT in the battle against the UNCTAD and the COMECON for governing international trade affairs.[80] Moreover, the jurisprudential consensus around the superiority of an

[80] My argument is not that the mainstream literature has completely disregarded the existence of other international organisations or regimes specialising in economic affairs. Rather, I argue that it tends not to account for the other regimes as contenders for governing international economic relations. For instance, there were institutional alternatives to the GATT offered by competing expert projects and normative programmes that have been forgotten or ignored by the IEL history. From the 1950s until the early 1990s, global trade governance was organised around three multilateral trade regimes: the GATT, the United Nations Conference on Trade and Development and the Council for Mutual Economic Assistance (COMECON). For a general overview of the COMECON, *see* Endre Ustor, *Decision-making in the Council for Mutual Economic Assistance*, 134 RECUEIL DES COURS 163-295 (1971); Giuseppe Schiavone, THE INSTITUTIONS OF COMECON (1981); Jozef M. Van Brabant, THE PLANNED ECONOMIES AND

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

Anglo-American style of legal pragmatism, functionalism and realism developed since the 1980s singles out an innovative body of legal knowledge and practices produced since the 1940s.[81] Not only has the traditional history led the IEL expertise to relegate a rich repertoire of legal ideas and techniques to the dustbin of the past, but it has also crystallised a disciplinary boundary that prevents recent preoccupations, concepts, theories and methods from growing or entering the field.[82] For instance, it has marginalised relevant questions related to social justice and economic redistribution by justifying historically that development policies, environmental and labour concerns, and humans rights considerations fall outside the IEL domain. Therefore, a new approach to history purports to provide the ways to resituate the IEL expertise in a wider context of global economic governance.

2. Endogenising the History and Boundaries of International Economic Law

I suggest that we suspend our habit of imagining IEL as a *special* body of legal rules and institutions, which can be empirically identified and scientifically analysed. In other words, IEL can be conceived not as a result of a unilateral process of normative, jurisprudential or institutional specialisation or fragmentation, which is possible to be 'discovered' and 'apprehended' by international lawyers, regardless their historical context, through the identification of a distinguishable group of universal norms and regimes holding a natural or logical speciality.

Instead, I propose to approach the foundation and evolution of international economic law as (part of) the creation and advancement of the IEL field, which

---

International Economic Organizations (1990). For a general overview of the UNCTAD, *see* Said El-Naggar, *The United Nations Conference on Trade and Development: background, aims and policies*, 128 Recueil des Cours 241-345 (1969); Mohamed Bennouna, Droit International du Développement: Tiers Monde et Interpellation du Droit International (1983); John Toye, UNCTAD at 50: A Short History (2014).

[81] Today's mainstream jurisprudence of international economic law has often neglected the development of ideas, methods and doctrines undertook by international lawyers located outside the Anglo-American world. While American and British lawyers would only reengage with IEL in the 1980s, jurisprudential debates on IEL matters were intensively carried out in other places, such as Algeria, Egypt, France, and Nigeria. For a general overview of IEL in these legal traditions, *see* Mohamed Bedjaoui, Towards a New International Economic Order (1979) and Madjid Benchikh, Droit International du Sous-Développement: Nouvel Ordre dans la Dépendance (1983) [Algeria]; El-Naggar, above n 80, and Georges Abi-Saab, *Progressive development of the principles and norms of international law relating to the new international economic order* (United Nations General Assembly, Report of the Secretary-Genera A/39/504/Add.1, 23 October 1984) [Egypt]; Nguyen Quoc Dinh., Patrick Daillier, and Alain Pellet, Droit International Public (1975) and Dominique Carreau, Thiébaut Flory and Patrick Juillard, Droit International Économique (1978) [France]; U. Oji Umozurike, International Law and Colonialism in Africa (1979) and Taslim Elias, New Horizons in International Law (1992) [Nigeria].

[82] Howse makes a similar claim when pointing out that the contemporary international lawyers have failed in rethinking IEL jurisprudence because they have been either unable or disinterested in taking seriously the new progressive scholarship in international economics (above n 3, at 188).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

were carried out by a contextualised group of legal practitioners and intellectuals between the late 1940s and the early 1990s.[83] Three consequences derive from understanding that the 'origins' and 'progress' of IEL were intertwined with the 'invention', 'maturation', and 'defence' of the IEL expertise. First, the IEL field is regarded as not only a formal body of rules, institutions, and doctrines, but also a way of thinking and practicing those norms, regimes or techniques. It involves the production, transmission and maintenance of knowledge between lawyers so that ideas and methods are routinely embedded ceasing to be politically or intellectually contested. In particular, the mainstream understanding of the IEL field's history and boundaries reflect emblematically the continuous labour of contemporary lawyers to encapsulate a specific set of political decisions, intellectual commitments, historical facts and normative positions into the conventional narratives.

Moreover, those historical accounts are regarded as carrying out central lessons that smooth the process of decision-making and consensus-building within the IEL expertise. These teachings are employed to 'construct' the IEL field having more or less influence depending on contingent factors related to the authority and legitimacy of their proponents and reasoning. In this sense, jurisprudential and institutional stories were neither neutral nor apolitical. Rather, they were produced by lawyers pursuing personal or collective projects, who are located in different jurisdictions, educated according to distinct legal traditions, and committed to divergent political groups and ideological mind-sets.[84] The consequence of this view is to contest the field's traditional claim to universalism and perpetuity of IEL, since it cannot be sustained empirically, but only aspired to intellectually.

Thus, I suggest that the making of IEL history should combine an analysis of the field's intellectual history with an investigation of the performance of its members as designers, managers and interpreters of international economic law and governance. The purpose of an alternative approach is to investigate how inside disciplinary struggles and outside political-economic conflicts shape the

---

[83] This approach to international law was inspired by the work of David Kennedy, *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance*, 27 SYDNEY J. OF INT'L L. 3-12 (2005); David Kennedy, A WORLD OF STRUGGLE: HOW POWER, LAW, AND EXPERTISE SHAPE GLOBAL POLITICAL ECONOMY (2016); Andrew Lang and Joanne Scott, *The Hidden World of WTO Governance*, 20 EUR. J. INT. LAW 575-614 (2009); Martti Koskenniemi, *Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice*, *in* THE POLITICS OF INTERNATIONAL LAW (2011); Anthea Roberts, IS INTERNATIONAL LAW INTERNATIONAL? (2017).

[84] To understand international economic law as a transnational field, it is imperative to be aware of two basic sorts of internal dynamics: the intellectual dynamic of commitment and aversion and the professional dynamic of affiliation and disaffiliation. The interplay of intellectual and political disputes tends to determine relations of differentiation, dominance and disruption both inside and outside the IEL field. More precisely, the IEL boundary expands and diminishes by the continuous process of decision-making and consensus-building that underlies those group dynamics (Kennedy, above n 14, at 408-414; Roberts, above n 83, at 1-6).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

construction, contestation and validation of historical narratives that constitute the contemporary understanding of the IEL field.[85]

3. Breaking up with Modernism: IEL History as Temporal Contestations of Disciplinary Boundaries

My proposal is to depart from the Modernist commitment to a progressive, linear and universal style of IEL history that often instrumentalises institutional or jurisprudential stories to reassert disciplinary boundaries so as to support particular programmes.[86] This means to resist our impulse born out of the traditional approach to constructing narratives of IEL rules, institutions and doctrines by working backwards in order to 'uncover' a single lineage that justifies the natural or logical teleology we want to see hidden in history. To do so, I suggest recalibrating three main elements of IEL history-telling: frame, scope and scale.

Following the shift from *positive norms* to *differentiated expertise*, the focus should not be on retelling how legal rules, regimes, ideas and techniques have continuously and progressively evolved over time into their contemporary manifestations. Rather, the aim is to foreground the ways in which legal norms and knowledge are produced by contextualised groups of lawyers who pursue their projects through practice. This does not mean imposing a dogmatic separation between past and present aiming to completely sterilise the IEL history from critical engagements. I suggest emphasising, instead of erasing, intellectual conflicts and political battles that historically produced compromises, ruptures or transformations within the normative, institutional, doctrinal dimensions of IEL. Therefore, a new approach enables us to better understand the means by which the field's boundaries have constrained legal imagination by continually retelling the conventional narratives. In doing so, it would not only highlight the conditions of possibility that frame legal decision-making about and under IEL, but also

[85] The IEL field is shaped by internal and external disputes over authority and resources. Within the discipline, there is the often-neglected interplay between domestic, national and transnational interactions among legal practitioners and academics. Lawyers pledges their allegiance to intellectual traditions, political groupings and normative programmes that are created and developed in contextualised settings. This implies that IEL ideas and practices are, in general, not universal or transnational *per se*, but rather nurtured in a particular place and then transferred to others. The importing-exporting dynamics can be seen as a form of 'transnationalised localism', which consists of a process by which a particular normative programme, jurisprudential project, or institutional vision succeeds in extending its reach over the IEL field and, by doing so, develops the capacity to designate a rival alternative as local. Not surprisingly, the acceptance and rejection of IEL projects, knowledge and techniques are deeply dependent on the relative geopolitical power of their production sites. As I discuss in this paper, theories, methods and doctrines developed in the United States have exerted far greater influence over the IEL expertise than the ones produced in France or African countries (Roberts, above n 83, at 8-9. *See also* Boaventura de Sousa Santos, Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation 178-179 (2002)).

[86] This strategy was inspired by Koskenniemi's approach to history of international law (above n 65 and 72).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

empower a critical engagement with international lawyers' past and present expertise and choices.

4. Departing from Anglocentrism: IEL History as Spatial Contestation of Disciplinary Boundaries

This strategy consists of breaking up with Anglocentrism.[87] If IEL is understood as a transnational field that aggregates lawyers from and working in multiple jurisdictions, historical narratives shall also be conceived as produced in sites located outside the Anglo-American world. This move entails two consequences. It is necessary to take into consideration that IEL has been thought and practiced in distinct contexts. Nonetheless, the validity and legitimacy of ideas and techniques hinge on the dynamic interplay between different legal communities within the IEL expertise. This disciplinary interaction is affected by the unequal distribution of authority and resources. Consequently, it is particularly important to be aware of the effects of certain 'spatial' differences over the production of approaches to legal history, as well as of the extent to which some of these styles of history-telling have come to dominate understandings of what counts or not as IEL in a way that can make them appear, or be presented as, neutral and universal.

Against this backdrop, I propose to move away from the traditional approach. Instead of equating IEL history with Anglo-American diplomatic and jurisprudential stories, the aim is to foreground the variety of historical narratives chronicled according to different approaches, each produced by the interplay of contextualised groups of international lawyers (within and across jurisdictions) facing political and intellectual communalities, dissimilarities and conflicts. Thus, I suggest that the interaction between the IEL history and boundaries would be different if lessons produced by lawyers situated in distinct states and regions and often associated with different communities were to be accepted as part of the IEL expertise rather than obfuscated by Anglocentrism. For instance, the European Paris, Brussels, Geneva, Moscow and Belgrade, the Mediterranean Algiers, Tunis, Rabat, and Cairo, the African Yaoundé, Lomé and Lagos, the Latin American Montevideo and Georgetown have been among the most relevant places where historical narratives have been constructed not only to shape the IEL expertise, but also to justify and legitimise ideas and practices to be used in making or interpreting legal norms, regimes and doctrines underlying global economic governance.

[87] This strategy draws from the work of Koskenniemi (above n 65 and 72) and Orford (above n 73), who have historicised the ways in which Eurocentrism and Anglocentrism have shaped international law and international trade law, respectively.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

5. Towards an Alternative Approach to the History of International Economic Law

All in all, my alternative approach to IEL history has three aspirations. It first intends to offer a way to rethink IEL history as a window to unveil how different groups of lawyers have participated in the foundation and development of international economic law. It aims to assist us in understanding how jurisprudential and institutional stories have been produced to govern the constitution, management and demarcation of the IEL expertise. In particular, it shall highlight the means in which these historical accounts have connected a 'certain' past to a 'certain' present in order to establish and sustain relations of difference, dominance and disruption inside and outside the IEL domain. Thus, this new style of history-telling purports to reveal how lessons have been extensively employed to draw the field's boundaries in ways that have affected international lawyers' understanding of and engagement with IEL.

The second goal is to help lawyers to understand the ways in which IEL has been employed to control the formation, management and contestation of normative, institutional and jurisprudential projects operating within the international economic order. For instance, it aims to foreground the continuous involvement of lawyers in the entrenchment of (Liberal-welfarist[88], Socialist[89], Developmentalist[90] and Neoliberal[91]) programmes into international economic

[88] The so-called *Liberal-welfarism* is understood here to be the Anglo-American programme for a postwar international regime for economic cooperation aimed at striking a compromise between the aspiration for a multilateral system for trade, finance and monetary cooperation, on the one hand, and the call for national intervention on economic and social spaces, on the other (John G. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism and the Post- war Economic Order*, 36 International Organization 393-398 (1982); Jouannet, above n 75, at 249-253).

[89] The so-called *Socialism* is defined here as a normative programme created and developed by Socialist countries in the context of the COMECON. It reflected a balanced compromise between the comradely aspiration for a multilateral regime devised to achieve formal and substantive equality among states through the implementation of "the international socialist division of labour in the interest of building socialism and communism in their countries," on the one hand; and, the voluntary desire to protect national sovereignty as the means for avoiding foreign interference in the state control of centrally planned domestic economies, on the other hand (Ustor, above n 80, at 183-1845, 275; Schiavone, above n 80, at 3-8).

[90] The so-called *Developmentalism* is conceived here as the Third-World programme led by the UNCTAD for an international regime for economic cooperation between developed and developing countries. The aim was at striking a compromise between two goals: on the one hand, the request for establishing a multilateral system for fairer, though dependent, economic cooperation; and, on the other hand, the desire for emancipatory intervention to foster economic development. This compromise between economic preference at international level and development interventionism at domestic level is at the core of the Developmentalist programme (Bedjaoui, above n 81, at 188-189, 250-253; Abi-Saab, above n 81, at 102-104; Elias, above n 81, at 39-40, 208-209).

[91] The so-called *Neoliberalism* is understood here as a normative programme developed as a reaction to the economic turmoil of the 1970s, which contributed to erode the political and intellectual support for the Liberal-welfarism. It differs from the previous programme for several reasons, but two are central. First, it shifts the Liberal-welfarist compromise towards economic liberalism on both international and domestic levels. Second, it reimagines the world economy as a global market whose production and welfare potential are to be realised through 'deep' liberalisation (Lang, above n 75, at Part II; Orford, above n 73, at 709-710; Howse, above n 17).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

law. In particular, the purpose is to unveil how legal and non-legal experts collaborate to embody those projects into legal rules, institutions and doctrines, through ritualised processes of law-making and interpretation. With this in mind, a new approach aspires to historicise how legal ideas and techniques have been reworked through continuous practice in order to create and sustain normative, institutional and jurisprudential programmes, which have in turn provided the underlying vocabulary and the boundaries around what today we call the IEL field.

The third aspiration is to contribute to debates on contemporary issues of international economic law by rethinking the history of the present. Understanding IEL history as part of today's practice involves revealing how the work of embedding programmes through historical narratives has shaped the field's identity, mission and influence in global economic governance. Nowadays, it is common-sense to argue that IEL is somehow losing its effectiveness or perhaps heading towards a critical moment. The reasons lie partially in doubts about the limits of the Neoliberal project itself, and partially in fears about the capacity of IEL, as expertise and mode of governance, to provide solutions to present-day problems. In providing a new way of understanding the interaction between history and boundaries, an alternative approach aims at penetrating into the field so as to illuminate how it has constituted and moulded the conditions of possibility that enable and constrain lawyers to conceive and practice IEL in their engagement with the contemporary challenges to global economic governance.[92]

V. CONCLUSION

I opened this article by suggesting that the interaction between history and boundary is key to understanding the participation of international lawyers in the construction, operation and contestation of international regimes for regulating trade, monetary and financial affairs. Throughout the article, I have demonstrated that the IEL boundaries result from the interplay between intellectual debates meaningfully grounded in history lessons and the political disputes arising out of collective and individual pursuits of authority and legitimacy. In this context, the function of the traditional style of history-telling is two-fold. It narrates the past as teachings to support normative, jurisprudential and institutional projects for governing the world economy. It chronicles the past as lessons to conceive, frame,

[92] Howse makes a similar argument when pointing out that the contemporary international lawyers have failed in rethinking IEL jurisprudence because they have been either unable or disinterested in taking seriously the new progressive scholarship in international economics led by Thomas Piketty, Dani Rodrik, Joseph Stiglitz and Jeffrey Sachs (above n 3, at 188). However, Howse might not have gone far or deep enough, to the extent that his "allies" are all economists situated at leading universities in the Anglo-American world. There are also other non-legal experts whose cutting-edge work has been continuously overlooked or marginalised by the IEL field, such as Luiz Carlos Bresser-Pereira, Ha-Joon Chang, Mushtaq Khan, and John Ravenhill.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

argue and solve international economic problems through law. This means that the traditional approach has great responsibility for producing the conditions of possibility that empower and constrain lawyers' imaginative interaction with global economic governance. More specifically, I claim that this approach has excessively limited the IEL imagination preventing legal thinkers and practitioners from offering inventive solutions to dealing with the contemporary issues.

Furthermore, the upheavals within the Western developed countries (mainly caused by the Trump Administration and the Brexit negotiations) and the rise of China are reshaping international economic law and governance. It is reasonable to assume that these challenges will not vanish by themselves or wait for the IEL expertise to move beyond the consensus around the traditional approach. It is also expected that, if lawyers fail in participating in the construction of innovative proposals or alternatives, other experts and policymakers will fill in the gap. The consequence of inadequate or unsatisfactory engagement might cause the marginalisation of the IEL expertise within the global economic governance and the disruption of its core features.

If my analysis is correct, the IEL field should seek to relax its disciplinary frontiers in order to produce alternative ways to reform and transform the international economic order. This would include welcoming innovative projects, new ideas and inventive techniques from legal and non-legal experts located outside Anglo-American, orthodox sites. In addition, the IEL expertise should rethink its own history in order to recover the sense it once had that the field was characterised by normative heterogeneity, institutional experimentalism and jurisprudential innovation. I hope that the proposed alternative approach will assist in broadening the IEL boundaries so as to lessen the disciplinary constraints while empowering lawyers to re-imagine IEL in response to the contemporary challenges. Therefore, I want to conclude by offering some research avenues through which this new approach can expand our comprehension of history and boundary interaction.

First, I have suggested that the IEL field is critical in shaping the role of international economic law and lawyers in global economic governance. It is directly implicated in the ways legal practitioners and thinkers cope with the contemporary issues. Indeed, its influence is chiefly experienced through the control over the production and transmission of understandings, meanings, and knowledge related to the world economy. Boundary-drawing and history-telling function as modes of expert governance, constituted by political and intellectual dynamics, that determine the authority and legitimacy of who and what matter or not for IEL. In doing so, the IEL expertise structures the means and governs the range of choices that can be made as to whether certain norms, actors, ideas and projects are (part of) IEL. Studying the IEL field as practices of disciplinary differentiation, domination and disruption is thus studying the conditions of possibility sustained by the IEL expertise for lawyers to engage in new or alternative ways to reform and transform global economic law and governance.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

Through the analyses of the scholarly work of Robert Howse and Steve Charnovitz, I demonstrated that the pervasive use of the traditional style serves to instrumentalise history in support of boundaries. The link between the conventional narratives and the field's mission and identity is constructed and justified through views of the world economy's *telos*. This approach enables legal reasoning to work backwards in order to 'discover' history lessons accounting for a single lineage that validates and legitimises the natural or logical teleology embedded into legal norms, regimes and doctrines governing international economic relations. More concretely, past events are often selected and articulated by international lawyers, according to the Neoliberal programme, into storylines that provide institutional and jurisprudential teachings. Thus, a promising research avenue is to foreground the role of the traditional approach in the construction of lessons for evidencing the universal connection between the origins, development, purpose, content, and form of international economic law rules and institutions. In doing so, it opens the possibility of shedding light to a critical but often-neglected function of the traditional approach, the use of history by (or as) disciplinary demarcation between IEL and 'the others'. The definition of the *others* relies upon the spatial and temporal dedifferentiation carried out by the IEL expertise. This includes drawing a line between IEL and other branches of international law and other expert domains of international economic policymaking, as well as between norms, regimes, ideas and methods that are part of the present or the past of IEL.

Grounded in a new trend in international law literature, I have criticised the traditional approach to IEL history for its ontological and epistemological limitations. I have suggested that the Modernism and Anglocentrism embedded in the traditional style appear to constrain rather than empower international lawyers to rework the IEL expertise in order to provide new and alternative responses to the current issues. In particular, these disciplinary commitments seem to have adversely impacted the IEL domain in two ways. At the intellectual level, they have narrowed the broad understanding the field once had of its origins and development. The consequence is that history lessons have been produced to vindicate the naturalness, necessity or superiority of a specific set of legal norms, regimes, ideas and techniques. At the professional level, those commitments have shaped the field's core elements, narrowing what and who do or do not count as (part of) international economic law. Therefore, the third line of scholarly inquiry is to unveil the constraining and empowering effects produced by the traditional approach over the IEL field through the teleological construction and maintenance of disciplinary boundaries.

In an attempt to address or avoid some of those shortcomings inherent to the traditional approach, the fourth strategy is to resituate the foundation and development of international economic law within a wider temporal trajectory and special context. The aim is to cause history-telling to take into consideration not only the 'rest' of international law but also the 'other' international economic

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

policymaking domains and institutionalised regimes of economic governance existing between 1944 and 1994. More specifically, history lessons should be learned not as the outcome of a unilateral process of normative or institutional specialisation or fragmentation, which is possible to be 'discovered'. Instead, they should be conceived as part of the inside disciplinary struggles and outside political-economic conflicts underscoring the 'invention', 'maturation', and 'defence' of the IEL field itself.

Furthermore, I propose to retell the IEL history as single, universal, and neutral accounts of past events, but rather as contingent and partial stories carrying out normative programmes, institutional visions and jurisprudential projects. The alternative style of history-telling has the potential to uncover the moral and material roots of Modernism and Anglocentrism that are entrenched in the mainstream literature. Morally, the Anglo-American view of international economic law as an instrument for realising a specific (initially, Liberal-welfarist and, now, Neoliberalist) agenda has been tied up with the Modernist idea of universal and linear evolution. The result has been the development of institutional and jurisprudential stories to legitimise the field's contemporary identity and mission, by demonstrating that its origins and development go back to past events that are central for Neoliberalism and Anglo-American diplomacy. Materially, the dominance of Modernism and Anglocentrism has a great deal to do with the political and economic power of the United States and the United Kingdom in shaping international economic law and governance since the postwar period, but, especially, after the Cold War. Hence, this research avenue aims to use the alternative approach to provide a better map of the conditions of possibility that frame legal decision-making about and under IEL, and so critically engage in a dialogue with lawyers' past and present expertise and choices.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3194660

Sous la direction de
Aude-Solveig Epstein et Marie-Alice Chardeaux

Le droit économique de l'environnement :

Acteurs et méthodes

Droit, sciences & environnement

mare & martin

memdroit_economique_environnement-mqt03_PDD.indd 5 27/11/2023 17:51:24

Les préoccupations environnementales ont-elles leur place parmi les finalités du droit économique ? Le rôle des arguments économiques

Table-ronde avec Walid Chaiehloudj
Professeur de droit privé à l'Université de Perpignan Via Domitia

et

Florian Couveinhes-Matsumoto
Maître de conférences en droit public à l'École Normale Supérieure

Modérée par Aude-Solveig Epstein
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre[1]

Aude-Solveig Epstein : **Comment la doctrine et la pratique appréhendent-elles aujourd'hui les finalités des disciplines du droit économique dont vous êtes spécialistes (droit de la concurrence d'un côté, droit international économique de l'autre) ? Ces approches sont-elles directement issues des textes applicables et/ou procèdent-elles de l'interprétation qui en est faite ?**

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) : Aujourd'hui, il est généralement admis que le droit de la concurrence sert à maximiser le bien-être du consommateur, expression qui vit sans définition officielle. Si l'on connaît les manifestations du bien-être du consommateur (la baisse des prix, l'amélioration de la qualité des produits et services, l'incitation à innover et investir dans la recherche-développement), aucune autorité ne s'est risquée à le définir. D'ailleurs, on a longtemps parlé également d'« efficience économique ». Il faut se souvenir que Richard Posner, dans son ouvrage *Antitrust Law,* affirmait que l'« efficacité économique [était] le but ultime » du droit antitrust[2]. De nos jours, les deux expressions résonnent comme des synonymes, à tout le moins pour

1. Le style oral des interventions a été conservé.
2. R. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2e éd., 2001, p. 29 : « *efficiency is the ultimate goal of antitrust* ».

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 145 28/11/2023 12:02:25

une grande partie de la doctrine. Toutefois, on doit l'émergence de l'expression de « bien-être du consommateur » à l'ouvrage de Robert Bork publié en 1978 et intitulé *Antitrust Paradox*, c'est-à-dire à la doctrine américaine de l'École de Chicago. Le bien-être du consommateur a donc une origine états-unienne.

Le choix de faire de la maximisation du bien-être du consommateur la finalité du droit de la concurrence est-il neutre ? Assurément non. Lorsque l'on décide de faire du bien-être du consommateur le standard d'analyse dans les affaires de concurrence, on bascule alors vers une approche essentiellement économique. Autrement dit, le critère du bien-être du consommateur se focalise exclusivement sur l'analyse économique, c'est-à-dire sur les effets économiques des pratiques litigieuses. C'est dire qu'en principe ne sont pas pris en considération des objectifs plus larges tels que des objectifs sociaux, sociétaux ou politiques. C'est dire également que le droit de la concurrence est dépendant de l'avancée de la science économique. Si l'analyse économique absout une pratique quant à ses effets néfastes sur le plan économique, alors les juges de la concurrence le prendront souvent en compte pour changer leur pratique décisionnelle.

Toujours est-il qu'en doctrine, il y a un débat qui dure sur les finalités du droit de la concurrence. Par exemple, dans la première édition de son manuel sur le droit de la concurrence, la professeure Frison-Roche écrivait, avec la Professeure Payet, que « la protection du consommateur n'est pas un objectif du droit de la concurrence […] car le droit de la concurrence n'est pas un droit de protection »[3]. La récente version écrite avec le professeur Roda est plus nuancée[4]. D'autres auteurs ont soutenu au contraire que le but du droit de la concurrence est « de protéger [les consommateurs] contre les entraves à la concurrence qui sont susceptibles d'affecter les prix ou de limiter le volume des produits ou services mis sur le marché ».

Si le débat n'est pas terminé, la Commission européenne a désormais pris une position ferme. On peut citer par exemple les Lignes directrices sur l'application de l'article 101 § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui énoncent que l'article 101 paragraphe 1 du TFUE « a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources »[5]. On a donc ici le couple bien-être du consommateur et efficacité économique qui est réuni et qui vit en symbiose.

En définitive, retenons que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne vise ni expressément ni littéralement le bien-être du consommateur. C'est un choix politique de la Commission européenne de défendre le surplus du consommateur, défini comme la différence entre ce que le consommateur

3. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1re éd., 2006.
4. M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2e éd., 2022, p. 54 et s.
5. Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 146 28/11/2023 12:02:25

est prêt à payer – on parle de prix de « réserve » – et ce qu'il paye effectivement. Retenons enfin que le droit de la concurrence sert à contrôler le pouvoir de marché des entreprises puissantes.

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : Contrairement à ce qui est généralement affirmé en doctrine[6], ce qui fait l'unité et la cohérence du droit international économique, tel qu'il est couramment entendu depuis les années 1990, n'est pas son objet – qui serait par exemple les transactions économiques transnationales – mais son idéologie, c'est-à-dire une certaine idée de ce que doivent être l'économie transnationale et son droit. Plus précisément, l'unité et la cohérence de la matière, telles que la plupart des acteurs se la représentent depuis cette époque, tiennent à une conviction quant à la finalité ultime des opérations économiques transnationales, qu'elles soient publiques ou privées, et des moyens par lesquels le politique, à travers ces opérations, peut efficacement atteindre cet objectif.

De l'après-Seconde Guerre mondiale à nos jours, l'objectif final des instruments multilatéraux comme bilatéraux relatifs à l'investissement, au commerce ou à la finance est explicitement formulé dans leur préambule. Il s'agit du « développement économique général »[7], de « l'expansion de l'économie

6. V. par exemple dans la doctrine francophone : H. Ascensio, *Droit international économique*, Presses Universitaires de France, 2018, p. 1, § 1 ; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth et A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 7e éd., 2017, p. 3-4 §§ 7-9 ; A.R. Ziegler, *Droit international économique : une introduction*, Stämpfli, 2017, 2e éd., p. 2, §§ 9-10. Lorsqu'ils fournissent une définition générale, les travaux de langue anglaise retiennent le même critère (v. par exemple M. Herdegen, *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 3e éd., 2016, p. 3 et plus anciennement P. Verloren Van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, Brill, 1981, p. 9). En revanche, lorsqu'en plus d'être rédigés en anglais ces travaux émanent d'auteurs du monde britannico-états-unien, ils sont souvent moins théoriques et ne fournissent aucune définition (ainsi par exemple du manuel d'Andreas Lowenfeld publié chez Oxford University Press en 2002 et en 2008) ou livrent simplement des listes de matières couvertes. Bien qu'on puisse noter une tendance générale à l'élargissement des matières intégrées, les listes que la doctrine fournit de celles-ci varient entre elles tout en comprenant au moins le commerce, les investissements, la gestion de la monnaie et la finance à condition que ces activités aient un aspect transnational (v. par exemple J.H. Jackson, *Legal problems of International Economic Relations*, St Paul, West Group, 4e éd., 2002, p. 194 ; et déjà dans les années 1960 : G. Schwarzenberger, « The principles and standards of international economic law », *RCADI*, 1966-I, vol. 117, p. 7).

7. V. par exemple l'article 55 de la Charte des Nations Unies (1945), l'article 1, alinéa 4, l'article 1.2 et l'article 1.3 de la Charte de La Havane (1947), l'alinéa 1 du préambule de la Convention de Washington établissant le CIRDI (1965), etc., mais également les textes issus du Nouvel Ordre Economique International (NOEI), par exemple la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, alinéa 7, 8, 10 puis § 6, ou la Résolution 1995 (XIX) du 30 novembre 1964 constituant la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), alinéa 3 et article II.3.a).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 147 28/11/2023 12:02:25

mondiale »[8], de la croissance économique globale[9] ou encore du PIB mondial[10]. Après-guerre, il était entendu que cela impliquait, toujours à un niveau global, un « accroissement de la production », de l'industrialisation, de la demande, et même de l'exploitation des ressources[11]. De même au niveau européen, le Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne (CEE) en 1957 ne contient aucune préoccupation écologique et n'envisage la nature que sous la forme de « disparités » ou de « calamités » « défavorisant » certaines exploitations ou régions agricoles[12] dans la poursuite de leur « développement économique ». Dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), de la Charte de La Havane ou du Traité de Rome, l'augmentation de la production et de la « valeur » économique est envisagée comme si elle n'avait aucune base naturelle (sources d'énergie, matériaux exploités et transformés, etc.) et aucun effet sur la nature (pollution, raréfaction ou épuisement des ressources, etc.).

---

8. V. par exemple l'article 1, alinéa a) de la Charte de La Havane ou les alinéas 1 et 5 de la Résolution 1995 (XIX) précitée.

9. V. par exemple l'article IV, section 1 des Statuts du Fonds Monétaire International (FMI), ou l'alinéa *e)* de la Charte sur les droits et devoirs économiques des États de 1974.

10. En particulier dans l'après-guerre, sous l'influence du keynésianisme, puis durant le Nouvel Ordre Economique International (NOEI) des années 1970-1980, l'objectif de production/développement/croissance, etc., a été accompagné par ceux d'un « niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective », du « relèvement des niveaux de vie » ou de « la réalisation du plein emploi », pour reprendre les formules de la Charte de La Havane. Ces objectifs étaient au cœur de cette Charte conclue le 24 mars 1948 par 55 États, soit l'essentiel du monde à l'époque. Toutefois, ce texte ambitieux qui établissait une Organisation internationale du commerce a été enterré par le Sénat puis le Président des États-Unis dès la fin de l'année 1950. De même, les textes du NOEI qui mettaient ces objectifs au cœur de leur projet (v. par exemple la Charte sur les droits et devoirs économiques des États de 1974, alinéa *a)*) « ont été emportés par la vague néolibérale des années 1990 qui se poursuit jusqu'à aujourd'hui » (H. Ascensio, « La *soft law*, nouvel objet ou nouvel intérêt ? Le point de vue d'un internationaliste », *in* P. Deumier et J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 96). En particulier après 1989, l'influence déjà toute relative de ces textes sur la pratique économique a été balayée par des « milliers de traités de commerce, d'investissement et de non-double imposition » (*ibid.*).

11. Alinéa 2 du préambule du GATT de 1947. Comp. l'article I.ii des Statuts du FMI (le FMI doit « contribuer (…) au développement des ressources productives de tous les États membres »).

12. V. spéc. ses articles 39.2 (« Dans l'élaboration de la politique agricole commune et des méthodes spéciales qu'elle peut impliquer, il sera tenu compte : a) du caractère particulier de l'activité agricole, découlant de la structure sociale de l'agriculture et des *disparités structurelles et naturelles* entre les diverses régions agricoles »), 42 (« Le Conseil peut notamment autoriser l'octroi d'aides : a) pour la protection des exploitations *défavorisées par des conditions structurelles ou naturelles* ») et 92.2.*b)* (« Sont compatibles avec le marché commun : (…) b) les aides destinées à remédier aux dommages *causés par les calamités naturelles* ou par d'autres événements extraordinaires ») (les italiques sont ajoutés).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 148 28/11/2023 12:02:25

Au début des années 1990, la disparition des contrepoids idéologique et géopolitique qu'étaient le marxisme et l'URSS permet aux dirigeants économiques et politiques occidentaux d'étendre et de renforcer l'efficacité des instruments mis en place dans l'après-guerre : les années 1990 sont la décennie durant laquelle on passe du GATT à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), et d'une poignée d'accords de protection des investisseurs à plusieurs milliers. Cette transformation a lieu en partie en tenant compte, dans les textes, de la montée en puissance de la notion de développement durable (Rapport Brundtland en 1987, Conférence de Rio en 1992). Dans les accords commerciaux et dans les politiques de la Banque mondiale, les mots « vert » et « durable » apparaissent alors après « développement » et après « croissance ». C'est particulièrement explicite dans le passage du GATT de 1947 à l'Accord instituant l'OMC en 1995. Le premier visait « l'accroissement de la production et des échanges de produits » tout en reconnaissant que cela nécessitait « la pleine utilisation des ressources mondiales » ; le second maintient l'objectif de prolifération des transactions commerciales, il l'étend même de manière significative aux services, mais il vise par ailleurs « l'utilisation optimale [et non plus la pleine utilisation] des ressources mondiales » et « l'objectif [non plus de développement économique en général ou à court terme mais] de développement durable »[13]. Rien dans le reste du texte n'explique cependant comment cette conciliation est possible (et *a fortiori* ce qui permettra un « soutien mutuel du commerce et de l'environnement », un objectif revendiqué par l'OMC à partir de 2001), et aucune conséquence ne semble tirée de la formulation du but politique poursuivi : aucun principe ou exception du GATT, en particulier son article XX, ne semble modifié à cette fin. Le mot « environnement » n'apparaît ensuite ni dans l'Accord instituant l'OMC, ni dans le GATT de 1994 (qui reprend mais modifie le GATT conclu en 1947 et y ajoute diverses décisions prises par ses Parties contractantes). En ce qui concerne les autres accords de l'OMC, on note seulement quelques aménagements, comme le choix d'exempter, dans l'article 6 et l'annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture, certaines subventions à finalité environnementale de l'engagement général de suppression ou réduction des subventions (subventions dites « vertes », c'est-à-dire autorisées).

13. De manière comparable, l'« expansion continue » de l'économie qui était l'un des aspects de la « mission » de la Communauté économique européenne dans le Traité de Rome (article 2) fait place dans sa version maastrichtienne, donc en 1992, à un objectif de « croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement » (dans le même article). Déjà en 1986, l'Acte unique européen avait introduit dans le traité CEE un titre consacré à l'environnement (le titre VII, intégré à la troisième partie du traité CEE par l'article 25 de l'Acte unique), faisant de la préservation, de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement un « objet » de « l'action » légitime de la Communauté, dans le respect du principe de subsidiarité (article 130 R, alinéa 4 du traité dans sa version d'alors).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 149 28/11/2023 12:02:25

Les moyens d'assurer l'expansion de l'économie mondiale restent les mêmes qu'auparavant. Schématiquement et à côté de la stabilité monétaire et financière (éviter la spéculation sur les taux de change en particulier), il s'agit :

1. du « développement des échanges », de « l'expansion du commerce international »[14] via la « libéralisation du commerce »[15], c'est-à-dire le démantèlement des réglementations tarifaires et non-tarifaires, y compris environnementales, risquant de faire « obstacle » ou d'« affecter » les flux commerciaux.

2. de la « promotion des investissements privés internationaux »[16], via la protection des investisseurs et l'établissement d'un climat favorable aux investissements. Il s'agit d'éviter les cas d'expropriations et d'atténuer leurs conséquences mais également, au sens large, d'organiser le gel, la réduction et l'inhibition des législations – y compris environnementales – susceptibles de « freiner » ou « limiter » l'établissement et les profits des investisseurs.

Le développement des transactions commerciales et celui des investissements transnationaux privés sont généralement présentés comme des objectifs des branches « commerce » et « investissement » du droit international économique. Ce sont cependant également des moyens au service de l'objectif global d'allocation optimale des facteurs de production, et, derrière lui, au service de celui d'une élévation globale du niveau de richesse, assimilée à une élévation à peu près égale du niveau de vie de tous les humains. Cette finalité est la justification ultime de la protection exceptionnelle dont bénéficient les investisseurs privés transnationaux, et de l'ample mouvement de déréglementation commerciale initié au nom du « libre échange », avec d'immenses conséquences sur la reconfiguration récurrente des structures productives et des marchés du travail. Comme l'admettait l'économiste Paul Samuelson, le seul véritable argument au soutien de la déréglementation du commerce transnational, c'est qu'il augmente le PIB mondial et par-là le bien-être universel, systématiquement et en tous les points du globe[17].

---

14. A. II.3.*a)* de la Résolution 1995 (XIX) du 30 novembre 1964 précitée.

15. V. not l'alinéa 2 du préambule du GATT 47, l'article 1.2 des Statuts du FMI, l'article 1.3 de l'accord établissant la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD).

16. V. notamment l'article 1.2 de l'accord établissant la BIRD, l'alinéa 1 du préambule de la Convention de Washington établissant le CIRDI. Cet objectif est à comparer avec celui proclamé à l'article 1.2 de la Charte de La Havane, qui était à la fois plus large (« encourager le mouvement international des capitaux » privés *et publics*) et plus étroit (il ne s'agissait que des capitaux « destinés aux investissements *productifs* ») (les italiques sont ajoutés).

17. Paul A. Samuelson, *Economics*, McGraw-Hill, 1976, 10e éd., p. 692 : « *There is essentially only one argument for free trade or freer trade (…): Free trade promotes a mutually*

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 150 28/11/2023 12:02:25

On doit ainsi distinguer deux niveaux de finalités du droit international économique :

1. à un premier niveau, une finalité très générale et abstraite qui est le développement ou la croissance économique du monde entier – un monde pensé, à travers ces formules, comme sans frontière, sans inégalité et sans rapport de force donc sans problème de répartition, un monde aussi pensé comme un cadre vide plutôt que comme un environnement vivant et fragile ;

2. à un second niveau, une série de finalités très concrètes et de court terme : la sécurité juridique des investisseurs transnationaux, la protection de leurs capitaux et globalement la garantie juridique des pouvoirs des dirigeants des grands acteurs économiques face aux législations nationales.

Aude-Solveig Epstein : **Est-ce que vous pourriez revenir sur la généalogie de cette manière de considérer la vocation de vos disciplines respectives ?**

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : Le droit international économique a, schématiquement, été inventé par des universitaires occidentaux dans les années 1980, c'est-à-dire avant que ce droit n'acquière, dans les années 1990, une consistance et un semblant d'unité dans les énoncés positifs du droit et les institutions internationales. Plus précisément, la naissance du droit international économique, dès les années 1950 chez un très petit nombre de précurseurs mais surtout dans les années 1980, est l'œuvre d'une dizaine d'auteurs provenant des États-Unis (John Jackson et Robert Hudec) et d'Europe de l'ouest, comme le néerlandais Pieter Verloren van Themaat ou les français Thiébaut Flory, puis Dominique Carreau et Patrick Juillard. Mais dans cette galaxie intellectuelle, un rôle-clé est surtout joué par des juristes allemands et autrichiens. Certains sont restés en Europe (Georg Erler, puis Ignaz Seidl-Hohenveldern et Ernst-Ulrich Petersmann), d'autres ont émigré à Londres (Georg Schwarzenberger et Ernst Feilchenfeld), New-York ou Washington (Ernst Feilchenfeld et Andreas Lowenfeld), autrement dit dans les principaux centres d'affaires des plus grandes puissances économiques du monde des XIX^e^ et XX^e^ siècles ; mais ils ont en commun de faire passer dans le langage et le raisonnement juridiques ordinaires des idées provenant de l'ordolibéralisme allemand (Wilhelm Röpke notamment), de l'École autrichienne d'économie (Ludwig von Mises plus que tout autre) et du néolibéralisme (Friedrich Hayek en particulier). Dans la période d'incubation allant de la fin des années 1970 au début des années 1990, ces universitaires européens et états-uniens soutiennent ou font comme s'il existait quelque chose comme un objet strictement séparé des autres relations sociales qui serait les relations « économiques », et comme si les

profitable division of labor, greatly enhances the potential real national product of all nations, and makes possible higher standards of living all over the globe. »

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 151 28/11/2023 12:02:25

règles régissant ces relations devaient poursuivre des finalités spécifiques, décrites comme « strictement » économiques, et donc apolitiques.

Ces deux propositions sont évidemment erronées : toutes les relations sociales ont un aspect économique lié à leurs autres aspects, et toutes les règles juridiques s'appliquant aux opérations économiques ont des finalités politiques, et plus certainement encore des implications politiques. Toutefois, l'isolement de l'aspect économique des relations sociales par rapport à leurs autres aspects[18], et celui des règles qui devraient régir ces aspects des relations sociales par rapport à celles qui devraient régir leurs autres aspects – et qui, elles, seraient « politiques » – ont pour eux une vieille histoire. Ce double processus de désencastrement repose sur une orientation ancienne de nombreux économistes « naturalistes » (depuis les physiocrates), et plus largement sur la dichotomie moderne de l'objectif, du scientifique et du rationnel – qui est ici l'économie –, opposé au subjectif, au dogmatique et au sentimental – qui est ici le politique.

Quoi qu'il en soit, l'affirmation d'un fondement économique et non politique du droit international économique est le cœur de l'idéologie de cette discipline, telle qu'elle est élaborée dans les années 1980. C'est cette affirmation qui justifie que le rôle du droit économique « ordinaire » soit d'orienter les décisions et comportements des dirigeants économiques, non en fonction de choix politiquement et éventuellement démocratiquement façonnés et adoptés, mais en fonction de règles du jeu jugées bonnes par les dirigeants des plus grands acteurs économiques et par des « experts » réels ou prétendus, sociologiquement très proches de ces dirigeants et souvent financés par eux (qu'on pense au cas paradigmatique de Friedrich Hayek et du Mont Pèlerin). Ces règles, autrement dit, doivent être fixées et adoptées de manière oligarchique ou, au mieux, aristocratique. C'est cette affirmation qui justifie par la suite l'attribution d'un rôle spécifique au droit supra-législatif, c'est-à-dire, dans la pensée ordolibérale allemande, du droit constitutionnel mais qui sera ensuite attribué au droit des Communautés et de l'Union européennes, puis au droit international économique : la soustraction des opérateurs économiques transnationaux à la politique nationale et tout particulièrement – comme l'exigeait explicitement quelqu'un comme Friedrich Hayek[19] – à l'aspiration démocratique à la justice sociale.

Cette finalité de soustraction des grands opérateurs économiques transnationaux, concrètement des actionnaires et dirigeants des grandes entreprises

18. Comme le rappelle Pierre Bourdieu, « [l]a science que l'on appelle "économie" repose sur une abstraction originaire, qui consiste à dissocier une catégorie particulière de pratiques, ou une dimension particulière de toute pratique, de l'ordre social dans lequel toute pratique humaine est immergée » (« Introduction », *in* P. Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Seuil, 2000, p. 11).

19. V. spéc. *La constitution de la liberté*, [1960] trad. de l'anglais (américain) par R. Audouin et J. Garello, Litec, 1994, p. 108 ; *Droit, législation et liberté : Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, [1973-1979], trad. R. Audoin, PUF, 2007, p. 582.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 152 28/11/2023 12:02:25

occidentales, à la folie du politique et en particulier à celle du législateur des États décolonisés, va constituer le critère implicite mais central de construction et de découpage de la discipline du droit international économique dans les années 1980. Positivement, il va permettre de réunir en un tout cohérent des règles juridiques et des institutions politiques jusqu'alors envisagées (en particulier dans les manuels de droit international, qui ne comportent alors jamais un chapitre consacré à l'aspect économique des relations internationales et transnationales) comme des éléments épars, dépourvus de coordination. Ces règles et institutions éparses incluent en particulier : 1) le GATT, un accord multilatéral que les États-Unis ont réussi à substituer à la Charte de La Havane initiale, et qui est alors à la fois perclus d'exceptions et de dérogations (le GATT « à la carte ») et très faiblement institutionnalisé (l'accord n'établit aucune organisation), 2) le Fonds Monétaire International (FMI) et la Banque mondiale, de véritables institutions mais dont les politiques ne sont pas dictées par des règles juridiques précises, et dont les procédures de décision sont dominées par les Occidentaux, en particulier par les États-Unis, 3) des traités bilatéraux de protection des investisseurs, alors en petit nombre et qui visent concrètement à protéger les investisseurs occidentaux en Afrique et en Amérique latine, 4) de simples contrats entre États et investisseurs étrangers (les « contrats d'État ») qui ont en partie le même objet, et enfin de manière encore plus surprenante, 5) des pans entiers du Droit des Communautés européennes et du Droit des États-Unis, parfois du Droit japonais. Tous ces outils sont réunis officiellement en raison de leur objet purement économique mais en réalité parce qu'ils mettent en œuvre le « consensus de Washington »[20] : ils constituent autant de moyens de transnationaliser les entreprises européennes, nord-américaines ou canadiennes et de les protéger dans la conquête des matières premières et des marchés situés hors de l'Occident. Présentées comme les finalités naturelles de tous les acteurs

20. En effet, si le lecteur reprend les dix politiques économiques faisant consensus à Washington en 1990, telles qu'elles ont été synthétisées dans le fameux article « What Washington Means by Policy Reform » de l'économiste états-unien John Williamson (in J. Williamson (Ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, DC: Institute for International Economics, 1990), on y trouve les finalités des principaux *corpus* normatifs identifiés par les universitaires et bientôt par les dirigeants économiques et politiques occidentaux pour former l'armature du droit international économique : stabilité monétaire, déréglementation du commerce extérieur (« libre échange »), abolition des réglementations limitant l'investissement direct venant de l'étranger, strict respect des droits formels de propriété, y compris de propriété intellectuelle. L'expression « consensus de Washington » est généralement employée pour désigner les politiques économiques inspirées de l'École de Chicago, notamment de Milton Friedman, sur lesquelles la Banque mondiale, le Fonds monétaire international et le Département du Trésor des États-Unis se sont entendues au début des années 1990 (N. Serra, S. Spiegel et J. E. Stiglitz, « Introduction: From the Washington Consensus Towards a New Global Governance », *in* N. Serra et J. E. Stiglitz (dir.), *The Washington consensus reconsidered : Towards a new global governance*, Oxford University Press, 2008, p. 3).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 153 28/11/2023 12:02:25

économiques et de tous les législateurs rationnels, ces objectifs de mondialisation et de concentration du capital (le « code du capital » au plan international[21]) sont présentés comme neutres du point de vue politique et comme des normes « nécessaires » d'un « point de vue économique » soi-disant universel.

Symétriquement, l'objectif disciplinaire de soustraction des opérateurs transnationaux à la folie du politique explique l'exclusion hors du champ du droit international économique de très nombreuses règles juridiques et institutions politiques visant explicitement à orienter les opérations économiques transnationales, mais avec d'autres finalités, à savoir notamment : toutes les règles internationale du travail (l'Organisation Internationale du Travail et ses conventions), des transports et des télécommunications (l'Organisation maritime internationale, l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Union internationale des télécommunications, l'Union postale universelle, etc., et toutes les conventions associées), du financement public du développement (ce qu'on appelle alors le droit du développement) et plus encore les aspects économiques des droits de la paix et de la sécurité internationales (la réglementation de la production et du commerce des armes, les embargos décidés par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies), de la santé (l'Organisation mondiale de la santé), des droits de l'homme (notamment les droits économiques) ou de l'environnement (par exemple la convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, ou les instruments visant à réduire ou éliminer les substances appauvrissant la couche d'ozone). Par ailleurs, sont globalement exclus comme excessivement « politiques » le droit international coutumier lorsqu'il ne va pas dans le sens du consensus de Washington, et tous les organes « généralistes » des Nations Unies : Conseil de sécurité et surtout Assemblée générale et Cour internationale de Justice. L'exclusion de ces normes et de ces institutions vise à éviter que ce que le droit international économique a précisément réussi à neutraliser lorsqu'il émane des législateurs nationaux – l'encadrement de l'économie transnationale d'un point de vue social, sécuritaire, sanitaire et écologique – revienne par la fenêtre des autres branches du droit international. Que cet encadrement et les institutions associées aient été mis en place aux plans nationaux, régionaux ou universels, les « militants du capitalisme »[22] les ont systématiquement dénoncés – et souvent à tort, qu'on pense par exemple au procès excessif de la Cour internationale de Justice comme juge économique – comme « politiques », pleins d'excès et d'incohérences liés à l'ignorance des complexités de l'économie par des acteurs politiques démagogues. À ces titres, toutes les règles et institutions cherchant à encadrer l'économie transnationale à des fins écologiques ou de justice sociale, mais aussi de sécurité ou d'éducation, ont été décrites

21. Pour reprendre l'expression de Katharina Pistor dans *The Code of Capital : How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019.
22. Pour reprendre l'expression de Léna Balaud et Antoine Chopot dans *Nous ne sommes pas seuls : Politique des soulèvements terrestres*, Seuil, 2021, notamment p. 65.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 154 28/11/2023 12:02:25

comme en dehors du droit international économique et comme des « obstacles » au commerce et à l'investissement, ou comme des « ingérences » dans les droits des entreprises transnationales. Ce n'est que progressivement et très à la marge que quelques-unes de ces règles et institutions ont commencé à être étudiées au titre du droit international économique. Même ces toutes dernières années, le mieux que fassent certains manuels est d'en intégrer un très petit nombre, souvent dans leur(s) dernier(s) chapitres[23].

Sur la base du (prétendu) caractère purement économique, rationnel et objectif – et non politique, sentimental et subjectif – de l'ambition d'assurer éternellement une croissance mondiale, sur la base de la (prétendue) pertinence des moyens mis au service de cette finalité ultime (le « libre-échange », la protection privilégiée des investisseurs étrangers), sur la base également de l'idée que ce

23. Aucune ne fait l'objet d'une étude propre dans le manuel des professeurs Carreau et Juillard, le manuel canonique de *Droit international économique* chez les universitaires juristes de langue française. Même dans sa sixième et toute dernière édition (2017), on trouve seulement deux paragraphes consacrés aux règles relatives à l'emploi et à l'environnement dans les accords de déréglementation commerciale et rien dans les parties relatives au droit de l'investissement et au droit monétaire et financier – soit au total 9 pages sur les plus de 900 que compte l'ouvrage. Le manuel de référence en langue anglaise rédigé par Andreas F. Lowenfeld (*International Economic Law*, Oxford University Press, 2002 puis 2008) consacre quant à lui sa dernière partie aux « Economic controls for political ends », suggérant ainsi que toutes les règles étudiées dans les presque 850 pages qui précèdent (dans l'édition de 2008) poursuivaient des buts autres que politiques. Ce que l'auteur entend par-là apparaît page 850 lorsqu'il décrit les mesures ou règles « politiques » comme étant celles qui ne visent pas « un gain économique », voire impliquent un « sacrifice commercial ». Ces formules abstraites ont pour caractéristique de dissimuler, d'un côté le caractère politique et même idéologique de l'objectif croissantiel et du sacrifice de tout ce qui peut s'y opposer, et de l'autre la question politique fondamentale de *qui* obtient un gain « économique », ou plutôt financier, et *qui* en perd un. Cette dissimulation des bénéficiaires réels des politiques menées au nom d'un objectif abstrait de croissance globale est un tabou théoriquement justifié par l'idée, qu'on trouve déjà chez Hume, Smith ou Ricardo, que ce qui apparaît incontestablement comme le gain économique ou financier d'un acteur particulier ne se fait pas au détriment mais au contraire – si l'on suit dans un monde parfait les règles parfaites du « libre-échange » et de la libre circulation des capitaux – est également à l'avantage de tous les autres. En pratique, les règles dites « dépolitisées » du droit international économique profitent aux dirigeants et actionnaires des entreprises qui décident de se transnationaliser au détriment des entreprises « locales », de plus en plus dépendantes d'elles, au détriment également des travailleurs peu qualifiés soumis au *dumping* social, au détriment des contribuables chargés de compenser les baisses de droits de douane par leurs impôts ou encore d'éponger la fuite des capitaux issue de l'optimisation fiscale, qui elle-même découle du *dumping* fiscal porté par la transnationalisation des entreprises. Tous ces coûts réels et vérifiables, auxquels il faut naturellement ajouter les considérables coûts écologiques qui se sont accumulés et vont peser sur les citoyens actuels comme sur les nouveaux arrivants, sont justifiés au nom de l'idée abstraite et générale selon laquelle ces politiques sont et seront nécessairement bénéfiques à tous, hier, aujourd'hui et demain.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 155 28/11/2023 12:02:25

projet est à la fois apolitique et tourné vers la dépolitisation de l'économie[24], le droit international économique a été conçu comme un droit de protection des dirigeants et actionnaires des entreprises transnationales contre… tous les autres hommes et groupes humains, et spécialement les acteurs souhaitant encadrer juridiquement l'économie transnationale par souci d'équité et d'écologie[25].

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) : Aux États-Unis, c'est à partir des années 1970 que l'inflexion vers une approche plus économique peut être datée. Le principal arrêt qu'il convient de citer est l'arrêt *Reiter v. Sonotone* de la Cour suprême en 1979[26]. L'arrêt a consacré le critère du bien-être du consommateur en tant que finalité du droit antitrust et a ainsi repris la pensée de Robert Bork. L'arrêt énonce précisément que « *the Congress designed the Sherman Act as "a consumer welfare prescription"* », ce qui signifie : « *le Congrès a conçu le Sherman Act comme une "réglementation pour le bien-être des consommateurs"* ». Mais de quel consommateur s'agit-il exactement ? Dans l'esprit de Robert Bork, le bien-être du consommateur correspond à la somme des effets positifs bénéficiant à la fois aux producteurs et aux consommateurs. C'est ce que l'on appelle le bien-être *total* du consommateur dans le jargon économique. Dans cette perspective, le mot consommateur est un faux-ami, car il intègre également les producteurs et pas uniquement les consommateurs finaux au sens classique.

Dans l'Union européenne, la conversion à une approche plus économique date de 2005 avec la remise d'un rapport qui proposait l'adoption d'une approche économique pour l'application de l'article 82 devenu article 102 du Traité sur

24. V. la manière dont l'ordolibéral Wilhelm Röpke présente le projet libéral dans « Economic Order and International Law », *RCADI*, 1954, vol. 86-II, p. 224 : « We come here to a point of extraordinary importance without which we cannot understand fully the mystery of the international order of the recent past. What we mean is the *genuinely liberal principle of the widest possible separation of the two spheres of government and economy, of sovereignty and economic exploitation, of Imperium and Dominium, or of "political power" and "economic power" (Maclver).* This means the largest possible "dépolitisation" of the economic sphere with everything that goes with it. » (les italiques sont d'origine).

25. Pour appliquer aux règles du droit international économique une formule de l'économiste Milton Friedman, « [l]e défaut essentiel de ces mesures est qu'elles cherchent, par l'intermédiaire des pouvoirs publics, à forcer les gens à agir contre leurs propres intérêts immédiats afin de favoriser un intérêt général supposé » (*Capitalisme et liberté* [1962], trad. de A. M. Charno, Flammarion, 2016, p. 294). Milton Friedman visait par cette phrase les règles démocratiquement choisies par le grand nombre des personnes ordinaires ou par leurs élus (donc les règles tournées vers un intérêt général en réalité non-supposé mais déterminé en commun), tandis qu'il s'agit ici de règles décidées par traités, c'est-à-dire choisies presque exclusivement par des pouvoirs exécutifs et des *lobbies* économiques. Ce sont eux qui, en réalité, justifient aujourd'hui la défense de leurs intérêts propres par un intérêt général abstrait et supposé.

26. US Supreme Court, *Reiter v. Sonotone Corp.,* 442 U.S. 330 (1979). On peut également citer l'arrêt *Continental Television v. GTE Sylvania* par lequel la Cour suprême abandonne une règle *per se* au profit d'une règle de raison.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 156 28/11/2023 12:02:25

le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). On doit cette réaction à différents revers de la Commission européenne en 2002 – la fameuse année noire – qui a vu trois décisions annulées par le Tribunal[27]. Cette approche plus économique – on parle aussi « d'approche par les effets » – a été qualifiée de « modernisation » du droit européen de la concurrence. Elle a notamment été scellée dans le document d'orientation de la Commission européenne publié en 2009 sur l'application de l'article 102 TFUE[28]. Ce document marque une rupture car, à le suivre, l'analyse économique doit jouer à plein dans les affaires d'abus d'éviction.

Enfin, pour terminer cette brève généalogie, on peut dire que la Commission européenne est aujourd'hui prise au piège de cette approche plus économique qu'elle a pourtant promue. Car cette approche rend plus difficile la sanction des comportements mis en œuvre par les entreprises. Comme le souligne la Professeure Prieto, l'application du droit de la concurrence « *a été subordonnée à la preuve d'une nocivité caractérisée à partir d'une atteinte au* consumer welfare *selon des standards très élevés* »[29]. Le récent arrêt *Intel* du 26 janvier 2022 apparaît à cet égard comme un exemple topique et une illustration archétypale des dérives de l'approche par les effets[30]. Dans cette affaire, le Tribunal a annulé la décision de la Commission dans une affaire portant sur des rabais de fidélité. Pour le dire simplement, la Commission ne peut plus se contenter d'une approche formaliste ou d'une approche économique incomplète pour entrer en voie de condamnation. Aussi l'arrêt *Hoffman-La Roche* de 1979 est-il définitivement enterré. Que disait-il ? Pour rappel, cet arrêt considérait formellement que les rabais de

27. Ce dernier considérait que l'institution bruxelloise avait commis des erreurs manifestes d'appréciation dans les raisonnements économiques.

28. Communication de la Commission européenne du 24 févr. 2009, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009/C 45/02. Dans un communiqué du 27 mars 2023, la Commission a lancé un appel à contribution pour adopter des lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes et a annoncé modifier les orientations sur les priorités en matière d'application du droit de l'abus de position dominante.

29. C. Prieto, « Source économique du droit de la concurrence : quelle efficacité ? », *Contrats, conc. consom.* 2020, n° 6, dossier 3 : « Le cadre d'analyse au profit de l'efficience économique et au détriment de la norme juridique reposait sur des principes : le monopole n'était guère à craindre car transitoire par essence ; les barrières à l'entrée des marchés étaient pour la plupart de nature réglementaire ; un haut degré de concentration allait de pair avec des économies d'échelle servant l'intérêt des consommateurs ; la plus grande prudence devait présider à la mise en œuvre du droit *antitrust* tant le risque d'erreur est grand et, en tout état de cause, les erreurs de "faux positif" étaient plus à craindre car plus attentatoires à l'efficience économique que celles de "faux négatif" ; enfin, le droit antitrust devait être mise en œuvre "de manière neutre", c'est-à-dire exempte de considérations dites "politiques" ou d'intérêt général ».

30. Tribunal de l'Union européenne, 26 janv. 2022, *Intel Corporation Inc. c/ Commission européenne*, Affaire T-286/09.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 157 28/11/2023 12:02:25

fidélité consentis par une entreprise dominante enfreignaient quasiment *per se* l'article 102 TFUE[31]. Cette économisation du droit de la concurrence est critiquable. Comme le souligne un auteur, la nouvelle approche économique servirait avant tout les intérêts des entreprises dominantes qui nourrissent la recherche académique et les praticiens en vue de trouver des échappatoires par des analyses de plus en plus raffinées et subtiles[32].

Aude-Solveig Epstein : **Des arguments économiques ont-ils été invoqués au soutien de l'exclusion des préoccupations écologiques, ou en tout cas de leur marginalisation, au sein de votre discipline ? Si oui, lesquels et quel regard portez-vous sur leur robustesse ?**

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) : Absolument ! Il y a déjà eu des cas où l'argument économique a conduit à écarter les arguments écologiques notamment dans le champ du droit des ententes. L'argument économique le plus éloquent est celui de l'augmentation des prix pour les consommateurs. À cet égard, l'affaire la plus connue est une affaire néerlandaise. Il s'agit de la décision *Chicken of Tomorrow* de 2015 qui concernait surtout l'amélioration du bien-être animal et la réduction de la pollution. L'affaire offre un exemple où l'argument écologique cède face à l'argument économique. En l'espèce, les producteurs de poulet de chair avaient conclu un accord avec des supermarchés, accord qui avait pour objet de modifier les méthodes d'élevage des volailles. Il s'agissait de remplacer la méthode d'élevage dite « conventionnelle »[33] par des normes de bien-être animal beaucoup plus pointilleuses. L'initiative aurait imposé des exigences renforcées en termes de taille des cages, de réduction des périodes d'obscurité ou encore d'abaissement des émissions. Or, un test de marché a conduit l'autorité de la concurrence néerlandaise à refuser l'exemption de l'accord. Ce test montrait en effet que les consommateurs n'étaient pas disposés à payer entièrement l'augmentation du prix du poulet liée à l'amélioration des conditions de vie des volailles et aux avantages environnementaux associés. L'autorité de

31. Une partie de la doctrine fut ravie de ce trépas. V. notamment D. Geradin, « Loyalty Rebates after *Intel* : Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche », *Journal of Competition Law et Economics,* 2015, vol. 11, p. 579 qui jugeait qu'il était « grand temps pour la Cour de justice d'abandonner l'application de la règle d'illicéité quasi *per se* aux accords exclusifs et aux rabais de fidélité et de la remplacer par une règle de raison structurée ». Dans la langue d'origine : « *it [was] great time to abandon the application of a quasi-per se rule of illegality approach to exclusive dealing and loyalty rebates and replace it by a structured rule of raison analysis* ».
32. W. Wils, « The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called "more economic approach" to abuse of dominance », *World Competition,* 2014, vol. 37, n° 4, p. 405 : « the so-called "more economic approach" serves powerful special interests, namely those of the dominant companies and of the economics profession ».
33. L'élevage conventionnel est peu sensible au bien-être animal. Cette méthode d'élevage consiste à enfermer des poules dans des petites cages en petits groupes de cinq ou six.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 158 28/11/2023 12:02:26

concurrence néerlandaise a jugé que des initiatives alternatives, moins restrictives de concurrence, permettaient de stimuler la vente de poulets tout en atteignant les objectifs environnementaux et de bien-être animal fixés. C'est dire que, pour l'heure, l'exemption dite « verte », expression récemment utilisée par des auteurs[34], n'existe pas. Aussi les arguments écologiques ne peuvent-ils être convaincants qu'à titre complémentaire. Si l'autorité estime que la restriction de concurrence n'est pas indispensable à l'objectif de l'accord et qu'il existe des comportements alternatifs moins attentatoires pour la concurrence, alors l'accord sera jugé contraire au droit de la concurrence.

Il faut relever cependant que cette décision est assez surprenante. Car quelques années auparavant, l'autorité néerlandaise avait validé un accord assez proche de celui qui a été rejeté dans l'affaire *Chiken of Tomorrow*. Dans une affaire *CBL* en 2008, des associations professionnelles regroupant des supermarchés ainsi que le syndicat des éleveurs de porcs avaient demandé à l'autorité néerlandaise de se prononcer sur des accords qu'ils avaient conclus concernant la castration des porcs sous anesthésie. Les accords avaient été conclus pour améliorer le bien-être animal. Précisément, l'objectif des accords était de mettre fin à la castration des porcs sans anesthésie à l'horizon 2015. Cette castration sous anesthésie avait pour effet d'augmenter temporairement les prix sur le marché. Pour autant, l'autorité de la concurrence avait considéré que ces accords n'étaient pas contraires au droit de la concurrence néerlandais, dans la mesure où les viandes répondant à d'autres conditions d'élevage pouvaient être vendues *via* d'autres réseaux. C'était dire que la restriction de la concurrence n'était pas absolue, car les viandes provenant de porcs castrés sans anesthésie pouvaient trouver des débouchés sur le marché. En somme, l'argument économique ici n'a pas été déterminant puisque, nonobstant l'augmentation du prix des viandes de porcs, l'autorité néerlandaise n'a pas jugé que les accords enfreignaient les règles de concurrence[35].

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : L'exclusion ou la marginalisation des préoccupations écologiques a lieu à la fois dans les textes officiels fixant le droit applicable et dans les textes universitaires qui déterminent les contours de la discipline du droit international économique. Les deux questions sont distinctes mais liées entre elles parce que dans les deux cas, l'exclusion ou la marginalisation des préoccupations écologiques est principalement justifiée par les deux mêmes arguments, s'articulant au sein d'un même raisonnement.

34. D. Mainguy et M. Cayot, « Le droit de la concurrence versus la crise sanitaire ou l'utilisation de la concurrence comme outil de protection des entreprises et des consommateurs face aux conséquences de la Covid-19 », *JCP E* 2022, n° 21-22, p. 1203.
35. Pour une étude récente sur le sujet : W. Chaiehloudj, « Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement ? », *Contrats, conc., consom.* 2022, n° 4, p. 13.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 159 28/11/2023 12:02:26

Le premier argument est qu'il faut préserver l'unité et la cohérence du droit international économique. Ces prétendues unité et cohérence sont souvent vues comme des victoires par les dirigeants économiques, les juristes, les universitaires et par la suite par les dirigeants politiques. Grâce à sa cohérence, le droit international économique serait efficace, et le fait qu'il atteigne effectivement ses objectifs aurait toujours et nécessairement des retombées concrètes positives pour tous. En fait, comme nous l'avons vu, la cohérence de ce droit tient au projet politico-économique qu'il met en œuvre, un projet qui avantage financièrement et à court terme un petit nombre d'acteurs privés au motif qu'à long terme, ce sera financièrement bénéfique à l'ensemble de l'humanité. Toutefois, ce projet politico-économique, qui est présenté comme purement économique, est en même temps présenté (ce qui peut pourtant paraître contradictoire) comme un projet de dépolitisation de l'économie. Par conséquent, toute réglementation économique, nationale ou internationale, qui met en œuvre un autre projet politico-économique, par exemple un projet d'organisation de l'économie en vue du maintien d'un environnement sain pour tous, est considérée comme « politique » et non « économique », et donc comme un obstacle à la réalisation des objectifs de « l'économie » et du droit international économique qui les « protège » contre toute « politisation ».

Pourquoi serait-il si dangereux d'accueillir dans le droit international économique un projet politico-économique différent, justifiant un autre encadrement des pratiques économiques transnationales ? Parce que, second argument et argument plus « juridique », ce serait limiter les droits directement (en droit des investissements) ou indirectement (en droit international du commerce) attribués par les traités aux acteurs économiques transnationaux. Or, ces droits sont indispensables à la soustraction de ces acteurs à la volonté « politique » des législateurs – nationaux ou internationaux, autoritaires ou démocratiques –, sans parler des populations, des syndicats, des révolutions, etc. Lever leur protection internationale contre de telles velléités serait livrer des acteurs économiques transnationaux supposés sans défense (le modèle à cet égard restant l'individu industrieux et isolé, bien que les bénéficiaires principaux des traités internationaux de commerce et d'investissement étaient typiquement hier les compagnies des Indes et aujourd'hui les GAFAM) à l'insécurité juridique, la discrimination, l'arbitraire du « politique » et du « national ». Car derrière le souci de protéger l'environnement ou la santé, d'assurer une fiscalité juste ou de redistribuer les richesses, se cacherait nécessairement le projet de restreindre le commerce, de limiter les investissements étrangers, et par-là de favoriser indûment l'intérêt économique national au détriment, non seulement de quelques partenaires économiques, mais encore de l'intérêt incontestable du libre-échange et de la libre circulation des capitaux pour l'ensemble de la population mondiale.

Lors des négociations *réelles*, ce sont naturellement *certains* États, les États estimant y avoir intérêt, qui se prévalent de ce raisonnement. Incontestablement, certains États prospères et singulièrement les États-Unis et l'Union européenne

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 160 28/11/2023 12:02:26

ont essayé de mettre la question environnementale ou celle des processus et modes de production sur la table des négociations de l'OMC. Ce ne sont alors que d'autres États, et en particulier des États pauvres, qui leur ont reproché de souhaiter faire du protectionnisme déguisé – de porter atteinte aux avantages comparatifs des États pauvres par le biais d'un protectionnisme « vert » – ou de se lancer dans ce projet uniquement parce que les États riches peuvent « se payer le luxe » de ne plus avoir de problèmes de « développement ». Ce type d'opposition politique montre que les États qui négocient les traités économiques internationaux ne considèrent pas tous l'exclusion de finalités environnementales comme inévitable. Néanmoins, à la fois parce que le caractère volontaire et non majoritaire du droit international (la nécessité d'une unanimité entre les Parties à un traité pour qu'elles soient liées par lui) favorise le moins-disant, et parce que le droit international économique tel qu'il a été conçu dans les années 1980-1990 visait également à favoriser le moins-disant[36], ce sont les moins-disant écologiques qui tendent structurellement à gagner : de même que l'augmentation maximale des flux de commerce et d'investissement est envisagée comme objectivement et nécessairement la meilleure manière d'augmenter le PIB mondial et par-là le niveau de vie de l'ensemble des hommes, une réglementation nationale interdisant l'amiante ou l'importation de poules élevées en cage est qualifiée d'« obstacle » à la circulation des flux, et donc *in fine* d'obstacle à l'amélioration du bonheur de tous les humains sur la planète. Elle ne peut en conséquence être autorisée que de manière extrêmement marginale et doit faire l'objet d'un contrôle étroit – assurer cette marginalisation et ce contrôle étant précisément le rôle des traités et des juridictions de droit international économique.

Cette marginalisation et ce contrôle sont-ils fondés ? Dans le domaine de la réglementation des investissements transnationaux, il est fréquent qu'ils ne le soient pas, et c'est pourquoi les litiges investissements/environnement portés devant les tribunaux arbitraux en la matière (des litiges rares avant 1990, mais dont le nombre a augmenté de manière exponentielle depuis lors[37]) sont finalement assez souvent tranchés en faveur de l'État[38]. Dans le domaine du commerce transnational en revanche, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC,

36. À cet égard, on peut rappeler le raisonnement avancé par l'influent économiste Gary Becker peu avant l'établissement de l'OMC : « Le droit du travail et la protection de l'environnement sont devenus excessifs dans la plupart des pays développés. Le libre-échange va réprimer certains de ces excès en obligeant chacun à rester concurrentiel face aux importations des pays en voie de développement. » (*Business Week*, 9 août 1993).

37. « *In the last several years, the number of investment disputes with environmental components has increased steeply. Whereas before 1990 only two such claims had been brought, the number increased between 1990 and 2000 (eleven claims brought) and then between 2001 and 2011 (forty-four claims brought, some still pending) and, above all, since 2012 (sixty claims filed between 2012 and late 2015, many still pending)* » (P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 461).

38. V. à ce sujet la contribution d'Arnaud de Nanteuil dans le présent ouvrage.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 161 28/11/2023 12:02:26

qui est autrement plus « légaliste » ou *norm-oriented* que les tribunaux d'investissement, a généralement jugé que les législations environnementales adoptées par les États les plaçaient en violation de leurs obligations. Dans la première affaire *Thons/dauphins*, les groupes spéciaux du GATT avaient quasiment exclu qu'un Membre restreigne unilatéralement ses importations au nom d'une réglementation environnementale « imposée » à ses partenaires commerciaux (en l'espèce, il s'agissait d'une réglementation sur les thons pêchés selon des techniques entraînant la mort de dauphins)[39]. Sous l'égide de l'OMC, cette position aux effets écologiques catastrophiques a été abandonnée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Ceux-ci admettent désormais *en principe* les législations nationales restreignant le commerce international d'un produit à raison des atteintes à l'environnement causées par sa production. Néanmoins, pour qu'une telle législation soit tolérée, il faut que le Membre de l'OMC se soumette à des disciplines si strictes – notamment en vue de garantir, dans le cadre réglementaire issu de la nouvelle législation nationale, le maintien d'un maximum de concurrence entre les entreprises du monde entier – qu'il est rare que les législations adoptées soient jugées conformes aux accords de l'OMC. Dans les deux cas les plus importants sous l'égide de l'OMC, dans les affaires *Crevettes/tortues* et *Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a considéré que les législations litigieuses poursuivaient bien un but légitime (elles se rapportaient « à la conservation des ressources naturelles épuisables » ou étaient « jugées nécessaire à la protection de la moralité publique »), qu'elles le faisaient « à titre principal » et non incident ou accidentel, que d'autres techniques moins attentatoires au commerce n'étaient pas « raisonnablement disponibles » pour atteindre leur objectif, qu'elles s'appliquaient également à la production nationale de biens « similaires », qu'en droit, elles s'appliquaient de manière égalitaire à l'égard de tous les partenaires commerciaux, *mais* qu'elles entraînaient *de facto* des discriminations entre ces partenaires : la réglementation états-unienne sur les crevettes issues de la pêche non-durable favorisait les Caraïbes par rapport à l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande[40], et la réglementation européenne relative aux produits issus de

39. Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte de l'Union Européenne)*, DS29/R, 16 juin 1994 et surtout Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)*, DS21/R, 3 septembre 1991, spéc. §§ 5.32-5.33 (« *The Panel considered that if the extrajurisdictional interpretation of Article XX(g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The considerations that led the Panel to reject an extrajurisdictional application of Article XX(b) therefore apply also to Article XX(g). 5.33 The Panel did not consider that the United States measures, even if Article XX(g) could be applied extrajurisdictionally, would meet the conditions set out in that provision* »). Comme souvent sous l'empire du GATT de 1947, les rapports n'avaient cependant pas été adoptés par l'Organe de règlement des différends.

40. OA (OMC), *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, §§ 175-176 (les modalités d'application de la législation états-unienne imposant aux entreprises

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 162 28/11/2023 12:02:26

la chasse au phoque favorisait le Groenland et la Suède par rapport au Canada et à la Norvège[41].

Apparemment, cet argument de l'Organe d'appel n'est pas tant économique que juridique. En effet, il repose sur le chapeau de l'article XX du GATT relatif aux « exceptions générales ». Toutefois, il traduit un objectif de politique économique (le *level playing field*, la mise à égalité de tous les partenaires commerciaux) qui justifie la structuration générale du GATT et des autres accords multilatéraux de l'OMC. Selon le raisonnement retenu, le maintien de tous les partenaires commerciaux dans une situation identique vis-à-vis d'un marché est plus important que les finalités poursuivies par une législation à vocation sociale ou écologique. Par voie de conséquence, l'objectif « libéral » est assuré de manière prioritaire et prend la forme de principes garantis au niveau international, tandis que l'atteinte des objectifs de sécurité, de santé, de droit du travail ou d'écologie est de peu d'importance, ce qui justifie d'une part que les réglementations poursuivant ces objectifs soient relégués au plan des exceptions et du « national », et d'autre part que les organes internationaux vérifient strictement qu'elles ne portent pas d'atteintes « excessives » ou « injustifiées » aux principes libéraux[42]. Une telle structuration des accords repose sur la théorie

souhaitant exporter des crevettes vers leur marché de prouver l'emploi de moyens de pêche n'entraînant pas la mort des tortues marines, constituent une « discrimination arbitraire »).

41. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, WT/DS400, 401/AB/R, 22 mai 2014, § 6.1.b.ii.

42. Cette primauté dogmatique se reflète également dans le fait que l'interprétation même, par l'Organe d'appel, de la nécessité d'une mesure nationale au regard de valeurs conviviales et non libérales, est appréciée… au regard de son respect de valeurs libérales ou croissantielles. Ainsi, « [u]ne mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme "nécessaire" [au regard des objectifs de l'article XX.d) du GATT] par rapport à une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges » (OA (OMC), *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, WT/DS161, 169/AB/R, § 162). Généralement, on considère que ce raisonnement est applicable aux autres paragraphes de l'article XX du GATT, donc notamment aux paragraphes b) et g) invoqués au titre de l'environnement (v. par exemple en ce sens : G. Marceau, « La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non-commerciales : le cas de l'environnement », *Revue québécoise de droit international*, 2017, vol. 30, n° 2, p. 130). Dans une affaire où le Brésil invoquait ces paragraphes pour lutter contre la prolifération de pneus de rebut sur son territoire, l'Organe d'appel a affirmé que « lorsqu'une mesure a sur le commerce international des effets restrictifs aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer, il apparaît, selon [les membres de l'Organe d'appel], qu'il serait difficile pour un groupe spécial de constater que cette mesure est nécessaire, à moins qu'il ne soit convaincu qu'elle est à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif » (Affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, citée in OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, § 5.213). Ici, l'Organe d'appel a considéré que ce n'était ni à la population brésilienne, ni à ses représentants élus, mais à lui de décider de l'intérêt

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 163 28/11/2023 12:02:26

de l'avantage comparatif. Plus largement, la théorie de l'avantage comparatif est employée comme justification « économique » ultime de l'intérêt universel de toute déréglementation du commerce et de toute protection des investissements transnationaux, et corrélativement de la méfiance assez systématique manifestée par les juridictions internationales (et les dirigeants d'entreprises transnationales et les gouvernements étrangers) à l'égard des législations sociales, sanitaires et écologiques. Généralement, cette théorie est considérée comme la base de la théorie économique du droit international du commerce et parfois du droit international économique tout entier[43]. Certains manuels l'exposent avant même de définir ou de délimiter le droit international économique[44].

Comme le savent tous les économistes, la théorie de l'avantage comparatif, élaborée à l'origine par l'économiste David Ricardo, a de nombreuses failles et limites : elle suppose des conditions sociales, politiques et économiques qui ne sont jamais remplies dans la réalité, elle ne dit rien des coûts de transaction lors de l'adaptation de la structure productive d'un État à une politique de libre-échange (coûts de formation, versement d'allocations chômage, etc.), rien du temps d'adaptation qu'implique son application, rien des goûts ou de la culture que celle-ci remet en cause (culture professionnelle d'une région, à laquelle les travailleurs peuvent être attachés, production locale à laquelle les consommateurs peuvent également être attachés, notamment parce qu'ils connaissent ou sont au contact des producteurs ou des moyens de production). Principalement élaborée au XVIII[e] siècle, cette théorie ne tient aucun compte de l'impact ou des

---

d'une mesure à finalité sanitaire et écologique, et qu'il devait évaluer cet intérêt à l'aune de la « gravité » d'une limitation du commerce mondial. Le même raisonnement a été tenu dans de nombreuses affaires récentes, notamment dans l'affaire de l'*Amiante* (WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, § 172) et dans celle des *Produits dérivés du phoque* (*op. cit.* dans cette note, § 5.261), mais sur un ton et avec un raisonnement laissant davantage de marges aux politiques publiques écologiques. En particulier et à l'inverse des groupes spéciaux du GATT dans les deux affaires concernant le thon (*États-Unis – Thon (plainte du Mexique)* et *États-Unis – Thon (plainte des CE)*), l'Organe d'appel a considéré dans les affaires *États-Unis – Jeux et paris* (qui portait, de manière un peu différente, sur une exception au GATS reposant sur la moralité publique) et *Brésil – Pneumatiques rechapés* qu'« il n'incombe pas à la Partie défenderesse de montrer, d'emblée, qu'il n'y a *pas* de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs » (*États-Unis – Jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, § 309, les italiques sont d'origine) autrement dit que c'est au demandeur de démontrer positivement que tel était le cas (pour une affirmation encore plus claire en ce sens, v. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, § 5.261). Cette inversion de la charge de la preuve change complètement la donne, ainsi que le montrent par exemple les doutes de l'Organe d'appel à l'égard des mesures alternatives proposées par l'UE au Brésil dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* (OA (OMC), WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2017, notamment § 211).

43. V. par exemple A. H. Qureshi et A. R. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet et Maxwell, 2019, 4[e] éd., p. 14 § 1-006.

44. Le premier chapitre du manuel d'Andreas Lowenfeld (Oxford University Press, 2008, p. 3-8) lui est par exemple consacré.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 164 28/11/2023 12:02:26

implications écologiques de l'organisation – et au premier chef de l'augmentation – du commerce transnational qu'elle promeut. Enfin, il est généralement admis que la plupart des pratiques commerciales actuelles, ou bien n'étaient pas prévues par la théorie (ainsi du commerce intra-entreprise qui constitue plus de la moitié du commerce transnational aujourd'hui) ou bien contredisent la théorie (les flux commerciaux sont souvent très importants entre États aux avantages comparatifs analogues, et parfois limités entre États aux avantages comparatifs différents). Elle a donc été contestée, amendée, abandonnée, complétée à de multiples reprises, à la fois en tant que facteur explicatif de l'histoire économique (où sa pertinence est souvent limitée) et en tant que base théorique de politiques économiques (parce qu'elle semble souvent ne pas bien « fonctionner » économiquement, et parce que d'autres facteurs, sociaux et écologiques mais également géographiques ou géopolitiques – on pense à l'Ukraine, la Russie ou l'Iran actuellement – façonnent par ailleurs les politiques commerciales). Chez les « représentants d'intérêts » du patronat ou des entreprises transnationales, parmi le personnel de l'OMC ou dans la *doxa* des juristes spécialisés en droit international économique, toutes ces failles et limites ne sont globalement pas évoquées ou elles le sont pour le principe tout en étant rejetées comme marginales : la théorie de l'avantage comparatif est présentée comme une évidence et un pivot incontestable, tout comme le récit pourtant désormais abandonné par les historiens sérieux, d'une histoire économique du XIX^e^ et du XX^e^ siècle consistant en une alternance entre mondialisation pacifique et heureuse et protectionnisme belliqueux et appauvrissant.

Ce constat ne doit pas faire croire que la pertinence ou le manque de pertinence de la théorie de l'avantage comparatif est le point crucial. Le point crucial, c'est que la robustesse de cette théorie, la méfiance qu'elle engendre à l'égard de toutes les législations restreignant le commerce, et les effets délétères que leur combinaison produit en pratique pour l'ensemble de la planète constituent des tabous politiques. Si cette théorie et la « législatophobie » semblent ne pas pouvoir être remises en cause politiquement, c'est en raison de l'ampleur des conséquences qu'une telle remise en cause risquerait d'entraîner : les milliers de pages des accords de commerce, les milliers de pages de concessions tarifaires, les milliers d'accords protégeant les droits des investisseurs transnationaux, tout l'échafaudage intellectuel et institutionnel de l'OMC, tout cela est organisé autour de la croyance en la vérité absolue de la théorie de l'avantage comparatif, donc vers l'établissement d'une réglementation universelle uniforme, exclusivement tournée vers l'augmentation des flux transnationaux, vers l'abattage des cloisons que constituent les différences entre législations, vers la « protection » des acteurs économiques transnationaux confrontés à cette pluralité, ainsi qu'au « problème » de l'autodétermination des peuples. Remettre en cause la pertinence ou même la pertinence exclusive de la théorie de l'avantage comparatif signifierait ainsi remettre en cause des régimes juridiques établis depuis longtemps et des institutions dont on voit mal comment elles pourraient disparaître ou changer du

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 165 28/11/2023 12:02:26

tout au tout à court terme. Pour cette raison, s'attaquer à l'obstacle intellectuel qu'est la théorie de l'avantage comparatif ou plutôt à sa naturalisation, s'y attaquer non en économiste mais en juriste constatant les effets de son emploi dans l'argumentation des acteurs politiques et juridiques, pour édicter, justifier ou interpréter différentes règles implique ainsi de sortir de la posture habituelle du juriste. Or, plus encore peut-être qu'une autre corporation à l'égard de ses *habitus*, le juriste rechigne à sortir de sa posture habituelle parce que cette dernière est historiquement ancrée, intellectuellement rassurante, valorisée socialement au sein de la corporation, et enfin et peut-être surtout parce qu'elle est politiquement sûre (on ne risque ni la critique, ni la persécution) et efficace (le monde politique conventionnel accepte volontiers d'écouter et rémunérer les juristes à condition que ceux-ci « restent à leur place »).

L'obstacle principal à la prise en compte de finalités écologiques tient donc, à un premier niveau, à la théorie économique et aux représentations du monde et de la politique qui y sont associées : les fondateurs comme les continuateurs de la théorie de l'avantage comparatif croient aux lois d'airain de l'économie – plutôt qu'à celles de la politique et de la démocratie – et pour cette raison à la légitimité des comportements tenus « librement » par les acteurs économiques dans ce cadre, ainsi qu'à l'illégitimité de leur encadrement. À un second niveau, plus profond, l'obstacle est socio-intellectuel en ce sens qu'il exige de repenser, sur un plan philosophique, les principes, limites et réflexes de nos disciplines économiques et juridiques.

Aude-Solveig Epstein : **Est-ce que, dans le cadre ainsi tracé, votre discipline aménage tout de même une place à la protection de l'environnement, et si oui à quel(s) titre(s) et selon quelles modalités ou conditions** ?

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) : La réponse est oui ! On retrouve des aménagements tantôt au stade de la qualification des pratiques tantôt au stade de la justification des pratiques.

Au stade de la qualification des pratiques, songeons aux ententes. On sait que l'article 101, paragraphe 1 du TFUE prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet de limiter le développement technique. Cette interdiction permet d'appréhender certaines pratiques tendant à restreindre l'innovation environnementale. Autrement dit, des entreprises ne peuvent s'entendre pour restreindre le développement des énergies vertes, des technologies de décarbonation ou des technologies œuvrant pour l'amélioration du bien-être animal. C'est en s'appuyant sur ce texte que la Commission européenne a sanctionné en 2021 des constructeurs automobiles qui s'étaient mis d'accord pour limiter le recours à des technologies réduisant les émissions de CO_2 et avaient ainsi privé les consommateurs de la possibilité d'acheter des véhicules moins polluants[45]. Mais une

45. Commission européenne, 8 juill. 2021, *Daimler e.a.,* aff. AT. 40178.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 166 28/11/2023 12:02:26

fois encore, ce n'est pas l'argument écologique en tant que tel qui a été pris en compte. C'est plutôt le fait que cette entente a restreint la liberté de choix des consommateurs quant à l'achat d'un véhicule moins polluant. Autrement dit, les consommateurs qui étaient prêts à payer plus cher un véhicule moins polluant étaient privés de cette possibilité. On peut également citer l'affaire des revêtements de sol où l'Autorité de la concurrence a sanctionné pour entente des entreprises qui avaient conclu des accords de non-concurrence concernant la communication sur la performance environnementale de leurs produits. Ici l'Autorité de la concurrence a considéré que cet accord avait eu pour effet de diminuer l'incitation des différents fabricants à innover pour proposer à leurs clients des produits caractérisés par de meilleures performances environnementales et d'avoir ainsi affecté un facteur important de *différenciation de l'offre*[46]. Autrement dit, pour que les autorités de concurrence soient sensibles à l'argument écologique, encore faut-il qu'il épouse l'argument économique ; il faut que l'argument économique et l'argument écologique se confondent, qu'ils ne fassent qu'un. Expliquons-nous. Dans cette affaire, l'argument écologique, c'est celui des meilleures performances environnementales. L'argument économique, c'est celui de la différenciation de l'offre. Lorsqu'on se plaint de l'impossibilité de différencier les offres, on reproche également l'absence d'incitation à l'amélioration des performances environnementales. Aussi l'argument écologique et l'argument économique ne forment-ils qu'un seul et même argument. L'argument a une double nature : économique et écologique.

Au stade de la justification des pratiques, songeons aux justifications objectives dans les affaires d'abus de position dominante. Une affaire déjà ancienne est extrêmement parlante à cet égard. Il s'agit de l'affaire dite *des îles de Lérins.* Dans une décision en 2005, le Conseil de la concurrence avait jugé que les justifications objectives avancées par une congrégation cistercienne permettaient d'écarter le grief d'abus de position dominante. La congrégation avait soutenu que « *l'objectif de limitation du nombre de visiteurs (pas plus de 60 000 à 65 000 visiteurs par an ; pas plus de 300 à 350 visiteurs par jour, de mai à septembre, répartis sur les huit heures de la journée) poursuivi par la Congrégation est justifié par la nécessité de préserver, sur un site peu étendu, la tranquillité du lieu monastique et de sauvegarder*

46. Aut. conc., Déc. 17-D-20 du 18 oct. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients. Dans la même veine, on peut citer le cartel des camions démantelé par la Commission en 2017 (Comm. eur., Déc. du 27 septembre 2017, *Trucks*, aff. AT.39824) dont l'un des objets était de fixer en commun le calendrier relatif à l'introduction des technologies d'émission, afin que les camions soient conformes aux nouvelles normes d'émission Euro VI. En l'espèce, les constructeurs de camions auraient pu se concurrencer sur la date d'entrée en vigueur de la nouvelle norme, une date précoce pouvant constituer aux yeux des clients un facteur de différenciation des offres. Qui plus est, les entreprises auraient dû déterminer de manière autonome leur propre politique commerciale concernant la manière de répercuter sur le prix de vente final le coût supplémentaire induit par les nouvelles normes environnementales.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 167 28/11/2023 12:02:26

l'intégrité du site classé. L'ouverture passée de la desserte de l'île à plusieurs compagnies concurrentes s'est soldée par un afflux trop grand de visiteurs, surtout pendant l'été (de 2 à 3 000 visiteurs par jour), incompatible avec ces objectifs. Le sol était piétiné, des troubles à l'ordre public ont été signalés et le mauvais entretien chronique des pontons, pourtant à la charge des compagnies, posait des problèmes récurrents de sécurité. »[47]

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : Les traités de commerce et d'investissement peuvent aménager deux places très différentes aux considérations environnementales. Ils peuvent le faire au niveau des principes ou au niveau des exceptions.

Dans le premier cas, les traités contiennent eux-mêmes des règles fixant les conditions des transactions commerciales, monétaires ou d'investissement en fonction d'objectifs environnementaux. Il peut s'agir, premièrement, de traités établissant des régimes différenciés, les uns favorisant les flux jugés compatibles ou favorables à la transformation écologique, les autres pénalisant ceux qui constituent des obstacles à cette dernière. Actuellement, ces traités sont presque inexistants. L'un des rares exemples de ce type de traités est celui par lequel les Membres du Forum de Coopération Économique Asie-Pacifique (APEC) se sont engagés, en 2012, à appliquer un traitement préférentiel (des droits de douane de 5 % ou moins) à une cinquantaine de produits dits « environnementaux », essentiellement des machines fournissant de l'énergie (chaudières, panneaux solaires, etc.), des machines industrielles et des outils de mesure ou de contrôle de la pollution[48]. Sur la base de listes préparées par l'APEC ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le sujet des « biens environnementaux » a été abordé à l'OMC mais la négociation à ce sujet a échoué en 2016. Il fait de nouveau l'objet de négociations entre l'Union européenne, la Chine et les États-Unis[49] mais sans davantage de résultat pour l'instant. Du côté du droit des investissements, les traités bilatéraux ne différencient globalement pas les investissements suivant leur apport ou leur impact du point de vue de l'environnement. À notre connaissance, les seules exceptions se trouvent, non dans des traités mais dans des modèles de traité, comme le modèle marocain et

47. Conseil de la concurrence, Déc. n° 05-D-60, 8 nov. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de Cannes.

48. Depuis 2021, les fonctionnaires de l'APEC et certains États membres invitent à étendre la liste des biens environnementaux. La pertinence environnementale de cette liste est contestée, mais le commerce des produits qu'elle contient a incontestablement crû plus vite, en moyenne, que celui de l'ensemble des produits échangés, ce qui suggère que ce type d'accord peut avoir une incidence réelle sur le commerce transnational.

49. Comme l'a confirmé une audition avec Xavier Jardi (adjoint au chef du Bureau des règles internationales du commerce et de l'investissement, chargé du développement durable, à la Direction générale du Trésor) menée le 1er mars 2022, dans le cadre du projet relatif à la transition écologique du droit économique (TEDE).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 168 28/11/2023 12:02:26

surtout le chapitre 4 du Code panafricain des investissements adopté à la fin de l'année 2016 par un comité d'experts de l'Union africaine. Ce code favorise les investissements socialement responsables et prévoit des obligations internationales des investisseurs en ce sens. Certains droits nationaux et certains contrats d'investissement conclus entre un État et une entreprise étrangère renvoient en revanche aux Principes dits « de l'Équateur » (*Ecuador Principles*), proclamés par des établissements financiers en 2003 et actualisés en 2006, 2011 et 2019. Ces « Principes », non-formellement obligatoires en eux-mêmes, permettent de différencier les projets d'investissement (ils sont classés du plus susceptible d'avoir des impacts négatifs – catégorie A – au moins susceptible d'en avoir – catégorie C), de déterminer sur cette base le niveau de vigilance que chacun requiert (Principe 1), et de leur appliquer un régime procédural adapté : étude d'impact social et environnemental plus ou moins large ou approfondie, mise en place ou non d'un Système de gestion environnementale et sociale (ESMS), d'un Plan d'action (Principe 4) ainsi que d'un processus de participation des parties prenantes (Principe 5).

Deuxièmement, une vingtaine de traités interdisent ou encadrent la production ou l'échange de certains « produits » fragiles, tels le thon ou la faune et la flore sauvage menacées d'extinction, ou encore de produits délétères pour la santé ou l'environnement, comme les déchets dangereux ou les substances appauvrissant la couche d'ozone. On notera que ces accords, dont les plus connus sont peut-être la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)[50] et le Protocole de Montréal[51], sont généralement « classés » par les universitaires dans le droit international de l'environnement et non dans le droit international économique – une nouvelle preuve que le droit international économique est pensé en fonction de ses finalités et non de son objet.

Troisièmement, l'Union européenne conditionne l'octroi aux États pauvres d'un accès privilégié à son marché, à l'adoption et à la mise en œuvre par ces États d'un certain nombre d'engagements en matière environnementale (système de préférences généralisées dit SPG+).

Quatrièmement, certains accords conditionnent des échanges commerciaux au respect de certaines règles relatives à l'environnement, la santé animale ou la santé humaine. C'est ainsi par exemple que la France et la Chine ont conclu, le 13 décembre 2021, un accord de zonage permettant l'exportation de porcs français vers la Chine si certaines réglementations relatives à la santé des porcs sont adoptées en France à la suite de signalements de grippe porcine. Du point

50. Convention CITES conclue à Washington le 3 mars 1973 et entrée en vigueur le 1er juillet 1975.

51. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, conclu le 15 septembre 1987 et entré en vigueur le 1er janvier 1989, amendé plusieurs fois depuis.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 169 28/11/2023 12:02:26

de vue du traité, ces réglementations sanitaires ou environnementales sont considérées, non comme des obstacles mais comme des conditions au commerce. Du point de vue du droit de l'OMC, si des accords du même type ne sont pas, peu ou prou, proposés par la Chine à tous ses partenaires, cet arrangement constitue néanmoins une discrimination *de facto* à leur égard et donc un obstacle au commerce. On doit cependant noter que, pour la première fois de son histoire, le cadre de l'OMC vient lui-même de permettre la conclusion d'un traité multilatéral réglementant l'économie dans un but principalement écologique : l'accord du 17 juin 2022 sur les subventions à la pêche[52].

Cinquièmement, les accords dits « méga-régionaux » conclus par l'Union européenne (avec l'Équateur et le Pérou, le Canada, Singapour, le Mercosur, etc.) contiennent un chapitre « Développement durable » qui rappelle les engagements internationaux des États parties (ou les incitent à les prendre) en matière sociale (conventions « fondamentales » de l'OIT notamment) ou environnementale (Pacte de Paris notamment). Globalement, les règles inscrites dans les autres chapitres de ces accords, et qui sont concrètement celles qui vont modifier les équilibres et pratiques économiques, ne sont pas adaptées afin de permettre ou de favoriser le respect de ces engagements sociaux et environnementaux. En outre, les mécanismes juridictionnels de règlement des différends prévus par les chapitres à finalité « libre-échangiste » ou capitaliste de ces accords ne pouvaient, jusqu'à très récemment, pas être compétents pour appliquer les chapitres « développement durable ». Il n'était donc possible de demander leur respect qu'à travers des procédures molles de négociation et de médiation. De manière remarquable, les mécanismes de règlement des différends saisis sur la base d'un chapitre « libre-échangiste » refusaient d'appliquer le chapitre « développement durable » ou de se dessaisir de l'affaire au profit du mécanisme prévu par le chapitre « développement durable », même lorsque la restriction au commerce contestée avait clairement pour fondement les préoccupations environnementales inscrites dans le chapitre « développement durable »[53]. Quoi

52. L'accord sur les subventions à la pêche (WT/MIN(22)/33), adopté à la douzième Conférence Ministérielle de l'OMC, prend place dans un ensemble de décisions appelées « Paquet de Genève ».

53. V. en particulier le Rapport final rendu le 11 décembre 2020 par le groupe d'arbitrage fondé sur l'accord d'association UE-Ukraine, dans une affaire relative aux *Restrictions appliquées par l'Ukraine aux exportations de certains produits du bois vers l'Union européenne.* Pour examiner cette affaire, l'UE avait demandé la constitution d'un panel d'arbitrage pensé sur le modèle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et appliquant les règles de l'OMC auxquelles se référait largement l'accord d'association. Selon l'Ukraine toutefois (§ 25, 93-98), l'UE aurait plutôt dû saisir le mécanisme non-contraignant chargé de garantir le respect du développement durable (chapitre 13) dans la mesure où le litige concernait principalement l'environnement. Le mécanisme saisi par l'UE sur la base d'un autre chapitre (le chapitre 14) se déclara compétent. Il considéra que les dispositions du chapitre « développement durable » invoquées par l'Ukraine relevaient seulement du « contexte » d'interprétation de l'article 35 qui interdit de manière générale

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 170 28/11/2023 12:02:26

qu'elle ne soit pas entièrement dépourvue d'ambiguïté, une évolution remarquable a eu lieu dans l'accord conclu en juillet 2022 par l'Union européenne avec la Nouvelle-Zélande, puisque le mécanisme « général » de règlement des différends est en principe compétent pour appliquer le chapitre « développement durable »[54]. Dans le même esprit, l'article 10.1 de l'Accord de l'OMC sur les subventions à la pêche de juin 2022 attribue compétence au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, donc à un mécanisme également compétent pour assurer la mise en œuvre des autres accords de l'OMC. En dépit de ces inflexions à la fois récentes et remarquables, ce sont pour l'instant toujours les chapitres tournés vers le développement économique « non-durable » qui exercent de l'influence sur les politiques économiques étatiques et les stratégies d'entreprise ; en leur sein, l'environnement n'est envisagé que comme une exception, dont un État ou l'Union européenne peut se prévaloir dans des cas exceptionnels et limités.

Ces cinq types d'instruments, de politiques économiques, de chapitres d'instruments et de négociations internationaux pourraient former – pour reprendre l'expression de Gilles Martin – un véritable droit économique de l'environnement au plan international. Leur signalement ici ne doit toutefois pas masquer la réalité : il s'agit d'éléments éparpillés et marginaux, qui ne modifient pas l'essentiel des pratiques, qu'il s'agisse de celles des grandes entreprises (localisation des étapes du processus productif en fonction du *dumping* environnemental notamment[55]), des États (négociations « purement » économiques ou écologiques plutôt qu'hybrides et menées dans le cadre d'organisations à la fois capitalistes/libre-échangistes et écologiques) et des institutions économiques internationales (dont la culture libérale rend difficile la conversion, non seulement à une hypothétique planification écologique mondiale, mais même à l'incitation des États à l'adoption de politiques écologiques et à la coordination de ces dernières). Même sur un plan purement normatif, les milliers de traités bilatéraux relatifs aux investissements transnationaux ne contiennent pour ainsi dire rien de substantiel sur

---

les interdictions d'exportations. Il rejeta l'argumentation ukrainienne qui rappelait que l'accord d'association reconnaît le droit de chaque Partie de fixer le niveau de protection environnementale approprié (article 290) et interdit la limitation du droit des Parties à mettre en œuvre des traités environnementaux (article 292.3). L'examen de cette question environnementale par un mécanisme chargé de garantir le « libre-échange » contre des réglementations environnementales envisagées principalement comme des obstacles au commerce, était prévisible : toutes les interdictions ukrainiennes à l'exportation de bois ont été jugées injustifiées (§§ 254 et 468).

54. V. en effet l'article 26.2 de l'Accord. Il semble néanmoins que les contentieux relatifs au chapitre « développement durable » et les contentieux relatifs aux autres chapitres soient encore, très artificiellement, séparés. V. notamment les articles 26.3.6, 26.5.4.b et 26.6.1.b.

55. V. par exemple : T. Meyer, « Taxing, Regulating, and Trading Carbon: An Introduction to the Symposium », *American Journal of International Law Unbound*, 2022, vol. 116, p. 191.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 171 28/11/2023 12:02:26

l'environnement[56], et les milliers de pages de concessions tarifaires et de règles diverses qu'on trouve dans les accords de l'OMC et les accords méga-régionaux de commerce et d'investissement n'intègrent l'environnement que sous l'angle des exceptions et dérogations aux règles qu'ils posent (clause « de la nation la plus favorisée », traitement national, protection de la propriété intellectuelle, etc.).

C'est donc surtout, deuxièmement, sous la forme d'exceptions et de dérogations que le droit international économique aménage une place aux considérations environnementales. Ce que font essentiellement les accords de l'OMC[57] et les accords d'investissement, c'est admettre par exception que leurs États parties adoptent des législations environnementales ayant un impact sur le commerce ou les investissements transnationaux, à condition qu'ils en démontrent les bases scientifiques, le caractère égalitaire à l'égard des acteurs nationaux et étrangers, égalitaire entre acteurs étrangers, qu'ils prouvent que la mesure était la moins susceptible de limiter le commerce, etc. Comme nous l'avons mentionné, même si leur fonction fondamentale est la protection des droits des investisseurs contre les législations nationales, les tribunaux d'investissement ont assez souvent admis la légitimité et même le caractère non-discriminatoire des législations environnementales ; en revanche, l'Organe d'appel de l'OMC ne l'a jamais ou quasiment jamais fait. Plus exactement, il l'a fait dans les affaires *Thon II* et *Crevettes* mais de manière provisoire et dans le cas particulier d'une législation environnementale adoptée à la suite d'une condamnation par l'OMC, qui avait amené l'État membre en question – dans les deux cas les États-Unis – à la réviser.

L'essentiel de la discussion politique et doctrinale relative aux exceptions permettant aux Membres de l'OMC d'adopter des législations à finalité écologique se focalise maintenant sur la question des procédés et méthodes de production (PPM). En effet, les principes les plus influents de l'OMC – en particulier l'interdiction d'appliquer des réglementations différentes aux produits importés et aux produits locaux « similaires » (« traitement national » de l'article III du GATT) et l'interdiction du libre choix des traitements appliqués aux échanges avec différents partenaires (« clause de la nation la plus favorisée » de l'article I du GATT) – sont des principes d'interdiction générale des régimes différenciés. Or, le respect d'exigences sociales, sanitaires ou environnementales dans la manière dont deux marchandises sont produites, ou deux services rendus, n'est pas – du moins pas explicitement – considéré dans le GATT comme un critère autorisant

56. Pour des détails sur ce point, v. la contribution d'Arnaud de Nanteuil dans le présent ouvrage.

57. En particulier l'article XX g) du GATT, auquel sont liés d'autres accords : l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires à travers une référence faite explicitement dans son article 2.4, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce à travers la substance de l'article 2, etc. La disposition « équivalente » de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), soit son article XV, ne comporte pas d'alinéa correspondant à l'alinéa g) du GATT, donc d'alinéa permettant des exceptions au titre de « la conservation des ressources naturelles épuisables. »

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 172 28/11/2023 12:02:26

exceptionnellement une différenciation. Dans le même sens, l'article II.2a) du GATT estime conforme au droit de l'OMC la taxation d'un produit importé si cette taxe s'applique également à « un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé »[58], mais pas, jusqu'ici, si cette taxe s'applique – à travers un produit ou une marchandise qui lui est incorporée – à un procédé ou une méthode de production similaire ou un type ou volume d'énergie exploitée similaire. Toujours dans le même sens, l'accord sur les réglementations qualifiées d'« obstacles techniques au commerce » (OTC) identifie comme des OTC légitimes les réglementations distinguant entre les procédés et méthodes de production (PMP) d'un produit, mais uniquement lorsque ces procédés et méthodes laissent une trace persistante sur les propriétés physiques de ce produit (« PMP incorporés »). Lorsque tel n'est pas le cas (« PMP non-incorporés »), par exemple lorsqu'un traitement différencié est appliqué à des produits suivant qu'ils sont issus du travail des enfants, de la consommation d'énergies fossiles ou de la surexploitation des sols et des végétaux, ou au contraire d'un travail décent, de l'usage d'énergies renouvelables ou de l'exploitation de forêts gérées de manière durable, la réglementation n'entre pas, à première vue, dans l'une des exceptions admises au titre de l'accord.

Notamment en raison des demandes de plus en plus fortes dans ces domaines, une évolution est cependant, non seulement attendue, mais tout à fait envisageable en matière environnementale. D'abord, de nombreux États, l'Union européenne et le site internet de l'OMC soutiennent que les accords n'empêchent aucunement de distinguer deux produits en fonction des PMP non-incorporés[59]. Ensuite, le GATT se réfère de nombreuses fois à la notion de similarité mais sans la définir, tandis que d'autres accords se contentent d'une définition vague et ouverte[60]. Elle a donc été « construite » au cas par cas par la jurisprudence en fonction d'une pluralité de critères[61] qui comprennent mais ne se limitent pas aux caractéristiques physiques des produits[62].

---

58. Pour une application à une législation à finalité écologique, v. notamment *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, rapport adopté le 17 juin 1987, donc sous l'empire du GATT de 1947.

59. V. le site internet de l'OMC, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envt_rules_gatt_f.htm.

60. Dans le GATT, v. les articles I.1, II.2.a), III.2, III.4, VI.1.a), IX.1, XI.2.c), XIII.1, XVI.4 et XIX.1.

61. Cette approche et les quatre critères principaux ont été retenus pour la première fois par un Groupe de travail du GATT en 1970 (*Ajustements fiscaux à la frontière*, IBDD S18/110, § 18). Tous les groupes de travail et groupes spéciaux du GATT, puis tous les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC ont adopté explicitement et effectivement la même démarche. V. par exemple : OA (OMC), *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R et autres, 4 octobre 1996, p. 23.

62. Tel est le cas lorsque les règles applicables se réfèrent à la similarité en général (articles I.1, II.2a, III.2 ou III.4 du GATT) mais également lorsqu'elles contiennent une définition de la similarité, comme dans le cas de l'article XV.1 de l'Accord sur les

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 173 28/11/2023 12:02:26

Cette approche laisse la voie ouverte à une interprétation évolutive qui place les législations environnementales dans une grande insécurité juridique, mais qui pourrait aussi se révéler favorable à leur admission. En effet, aux fins de l'application des articles I.1 et III.2 du GATT, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont notamment bâti la notion de similarité par référence aux « goûts et habitudes des consommateurs » qui peuvent avoir le bon goût de différencier des marchandises selon que celles-ci ont ou non été produites dans des conditions socialement décentes et écologiquement acceptables[63]. Par ailleurs,

---

subventions et mesures compensatoires, dont une note 46 précise la signification de l'expression « produit similaire » (« un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, d'un autre produit qui, bien qu'il ne soit pas semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré »). V. notamment Groupe spécial (OMC), *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS/54/R et autres, 2 juillet 1998, §§ 14.173-14.174 : « 14.173 À notre avis, l'analyse de la question de savoir quelles voitures ont des "caractéristiques ressemblant étroitement" à celles de la Timor doit logiquement inclure, comme élément important, les caractéristiques physiques des voitures en cause (…). *Nous ne pensons pas cependant que l'Accord SMC nous empêche d'envisager d'autres critères que les caractéristiques physiques, s'ils sont pertinents pour l'analyse du concept de produit similaire.* L'expression "caractéristiques ressemblant étroitement", dans son sens ordinaire, comprend les caractéristiques physiques, mais non exclusivement, et nous ne voyons rien dans le contexte ainsi que dans l'objet ou le but de l'Accord SMC qui nous obligerait à conclure autrement. 14 174 Bien que nous soyons tenus dans le présent différend d'interpréter l'expression "produit similaire" conformément à la définition précise figurant dans l'Accord SMC, nous estimons que *l'on peut utilement s'inspirer des analyses antérieures des aspects de la notion de "produit similaire" au regard d'autres dispositions de l'Accord sur l'OMC*. Ainsi, nous notons que l'Organe d'appel a déclaré dans l'affaire *Boissons alcooliques* (1996) que, dans ce contexte comme dans n'importe quel autre, la question des "produits similaires" devait être examinée cas par cas, que *pour appliquer les critères pertinents, les groupes spéciaux ne pouvaient qu'agir au mieux de leur jugement pour déterminer si, en fait, des produits étaient similaires, et que cela impliquerait toujours inévitablement un élément de jugement personnel, discrétionnaire.* » (les italiques sont ajoutés, à l'exception de ceux indiquant la citation d'une affaire).

63. Très généralement, ce n'est cependant étrangement pas la perception, par les consommateurs, de deux produits comme similaires ou différents qui est prise en compte au titre de ce critère, mais la manière dont les produits sont distribués et présentés au consommateur. V. notamment Groupe spécial (GATT), *Espagne – Café non-torréfié*, L/4135, 11 juin 1981, §§ 4.6-4.9 (les différences faites par la réglementation entre différents types de café ne correspondent pas à la manière ordinaire de le présenter à la vente – mais aucune référence n'est faite aux choix des consommateurs eux-mêmes). On trouve le même type de réticence à l'endroit d'une véritable prise en compte de la perspective du consommateur dans le cadre de rapports portant sur l'application d'autres articles. V. par exemple au titre de l'article XXIII du GATT : Groupe spécial (GATT), *CEE – Protéines pour l'alimentation des animaux*, L/4599, 14 mars 1978, § 4.3 (les protéines animales et les protéines végétales sont « techniquement » substituables les unes aux autres et sont donc en concurrence). Si l'interprétation du critère des « goûts des consommateurs » signifiait paradoxalement l'exclusion de leur perception de la similarité, une telle déformation

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 174 28/11/2023 12:02:26

l'interprétation des exceptions posées à l'article XX du GATT, en particulier de celles qui portent sur la moralité (a), la santé (b) et l'environnement (b et g), a été de plus en plus large : l'Organe d'appel accepte désormais que chaque Membre de l'OMC établisse le niveau de protection qu'il juge approprié, que l'objectif des mesures qu'il adopte (par exemple en interdisant une substance) soit de réduire un certain risque à zéro, et que des mesures moins attentatoires au commerce soient écartées au motif qu'elles ne sont pas « raisonnablement disponibles »[64]. Pour toutes ces raisons, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et d'autres mécanismes de règlement des différends commerciaux pourraient s'appuyer sur une interprétation extensive de la notion de similarité, appréhendée à la lumière de la mention du « développement durable » qu'on trouve dans le préambule de l'Accord établissant l'OMC. Une telle évolution pourrait aussi s'inspirer de l'affirmation de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire de l'*Amiante*, selon laquelle la dangerosité pour la santé de certains éléments d'un produit constitue une différence substantielle du point de vue des principes du GATT. Tenant compte de l'impact de modes de production nationaux sur la santé et sur l'environnement dans l'ensemble du monde, l'Organe

---

serait naturellement très contestable. Elle le serait au regard du sens courant de cette expression, du contexte, mais également de déclarations antérieures de l'Organe d'appel. En effet, celui-ci a non seulement fermement critiqué un groupe spécial qui avait refusé d'examiner ce critère au motif qu'il « ne donnerait pas de résultats clairs » (OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2011, § 120), mais également précisé que « la perception des produits par le consommateur peut être davantage liée aux goûts et habitudes des consommateurs qu'aux caractéristiques physiques » de ces produits (OA (OMC), *Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396/A/BR, 21 décembre 2011, § 127, 145). On pourrait ajouter « davantage qu'à la manière dont ils lui sont présentés. »

64. Eu égard au contexte dans lequel le législateur agit, ou encore aux coûts économiques que ces mesures alternatives signifieraient pour la branche de l'activité économique concernée. Pour prendre la mesure de l'évolution, comp., en particulier Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Thon 1*, DS21/R, 3 septembre 1991, §§ 5.22 (les groupes spéciaux ont antérieurement interprété l'article XX de manière stricte) et 5.27 (une interprétation large serait catastrophique) d'un côté, et de l'autre, dans le cadre des accords OTC et SPS mais en lien avec l'article XX du GATT : OA (OMC), *Australie – Saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, § 125 (le niveau de protection est choisi par le Membre et peut correspondre à un risque nul) ; OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2001, § 168 (*idem*). Plus récemment, v. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, §§ 5.200 (contrairement à ce que suggère le Canada, l'Union européenne n'est pas nécessairement de mauvaise foi si elle protège davantage les phoques que d'autres animaux ; implicitement : le pragmatisme dont un législateur est inévitablement amené à faire preuve doit être pris en compte) et 5.261 (« une mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible lorsqu'elle est "de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles" [Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308)] »).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 175 28/11/2023 12:02:26

d'appel pourrait, par analogie, considérer la dangerosité pour la santé ou pour l'environnement de modes de production non-incorporés comme des éléments justifiant le traitement distinct de deux produits[65].

Même si une telle avancée avait lieu, il resterait que ce sont des États (ou l'Union européenne) ou des institutions internationales « non-économiques » qui essaient d'encadrer l'économie transnationale à des fins environnementales – le droit international économique actuel ne faisant au mieux qu'admettre ces politiques sur le mode de l'exception[66]. Pour l'essentiel, l'effet du droit international économique est d'inhiber l'adoption des réglementations écologiques de l'économie et de limiter l'impact de ces réglementations sur les opérations économiques transnationales.

Aude-Solveig Epstein : **Compte tenu de la faiblesse du droit – national et international – de l'environnement, l'espoir se fait jour de voir le droit économique jouer un rôle de moteur de la transition écologique, d'être proactif en allant au-delà même de la seule déclinaison des obligations issues du droit de l'environnement[67]. Est-ce qu'il vous semblerait possible que vos disciplines deviennent à l'avenir d'authentiques leviers de la transition écologique ? Si oui, qu'est-ce que cela supposerait, le cas échéant, comme transformations (selon les cas des interprétations, des textes, des institutions ou des procédures) ?**

---

65. V. en effet, approuvant sur ce point le groupe spécial : OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2011, § 114 (« Cette carcinogénicité ou toxicité constitue, selon nous, un aspect définissant les propriétés physiques des fibres d'amiante chrysotile. Les éléments de preuve indiquent qu'en revanche les fibres d'ACV ne partagent pas ces propriétés, du moins pas dans la même mesure. Nous ne voyons pas comment cette différence physique très importante *ne peut pas* être un élément à considérer dans l'examen des propriétés physiques d'un produit réalisé dans le cadre d'une détermination de la "similarité" au sens de l'article III:4 du GATT de 1994 ») (les italiques sont d'origine).

66. En ce qui concerne l'interprétation de l'article XX du GATT, l'Organe d'appel a affirmé que cette interprétation ne devait pas rendre « inutiles » les exceptions prévues dans cet article, et « illusoire » le droit des Membres d'adopter des législations écologiques. Une telle affirmation peut paraître positive. Toutefois, elle constitue en réalité le palier minimum – celui de la maxime romaine *ut res magis valeat quam pereat* – d'une interprétation finaliste. Elle se situe à bonne distance des interprétations plus audacieuses et tournées vers l'effet utile retenues par les juridictions internationales ou européennes lorsqu'il s'agit de donner effet aux règles véhiculant des projets politiques libre-échangistes ou ordolibéraux. Pour de nombreux rapports de l'Organe d'appel de l'OMC reconnaissant et appliquant un *principle of effectiveness*, v. F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, 2014, p. 202-203, note 749. Sur les différents degrés d'interprétations finalistes et sur l'emploi « maximal » du principe d'effectivité par la Cour de Luxembourg, v. *Ibid.*, § 200, p. 203-205 et § 205, p. 210-212.

67. V. sur ce sujet A.-S. Epstein et M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 176 28/11/2023 12:02:26

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) :

La réponse n'est pas évidente et elle devrait être graduée. À vrai dire, il y a deux types de transformations ou d'évolutions envisageables. Deux mots les incarnent parfaitement : la douceur et la brutalité.

D'abord, les transformations douces. Ce sont les transformations qui se feront de l'intérieur, c'est-à-dire *proprio motu,* par les initiatives et les actions des autorités de concurrence. Qu'est-ce à dire ? Que les autorités doivent davantage verdir le droit de la concurrence mais sans sacrifier ses fondements et sa raison d'être. Concrètement, il s'agit d'intégrer davantage les paramètres de protection de l'environnement dans l'analyse concurrentielle. C'est d'ailleurs la marche qui semble être suivie par la Commission européenne *via* le fameux Pacte vert. A-t-on un exemple récent de ce verdissement ? Absolument ! La révision des lignes directrices sur les restrictions verticales montre une embellie verte[68]. D'une part, il y a une évolution sémantique et un éclairage terminologique. Plutôt que de parler de protection de l'environnement, la Commission utilise dans ce projet de lignes directrices tantôt l'expression de « durabilité » tantôt l'expression « développement durable ». C'est dire qu'elle prend en compte les problématiques environnementales. Pour l'institution bruxelloise, la notion de durabilité « *inclut, sans s'y limiter, la lutte contre le changement climatique (par exemple, par la réduction des émissions de gaz à effet de serre), la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, la réduction des déchets et la promotion du bien-être animal* ». D'autre part, elle consacre dans ces lignes directrices l'« exemption verte ». En effet, elle écrit qu'un accord de distribution pourra échapper à la prohibition lorsqu'il impose des *critères qualitatifs* qui peuvent porter atteinte à la concurrence. Ainsi un accord n'enfreindra pas l'article 101 TFUE lorsqu'il imposera la réalisation d'objectifs de durabilité, tels que le changement climatique, la protection de l'environnement ou la limitation de l'utilisation des ressources naturelles. Par exemple, nous dit-elle, « *les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils fournissent des services de recharge ou des installations de recyclage dans leurs points de vente ou qu'ils veillent à ce que les biens soient livrés par des moyens durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que par des véhicules à moteur* ». De la même manière, l'Autorité de la concurrence britannique a verdi ses lignes directrices en matière de concentration. Mais il ne s'agit pas de projet ! Ces lignes directrices ont été adoptées en 2021 et elles énoncent que l'autorité sera désormais sensible aux gains d'efficacité environnementaux lesquels pourraient prendre la forme par exemple de bénéfices en termes de développement durable ou de soutien à la transition vers une économie à faible émission carbone.

68. Commission européenne, *Approbation du contenu d'un projet de Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales*, C(2022), 3006 final, Bruxelles, 10 mai 2022.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 177 28/11/2023 12:02:26

Ensuite, les transformations brutales. Celles-ci viendraient à la fois de l'intérieur et de l'extérieur. À l'intérieur, les autorités pourraient revenir sur l'approche plus économique et abandonner en partie l'approche par les effets. Comme l'a relevé Jonathan Backer dans son récent ouvrage *Antitrust Paradigm*, le droit antitrust ces dernières années n'a pas rempli son rôle[69]. Les marchés se sont concentrés et les entreprises sont devenues des titans hyper puissants, la cause principale étant la sophistication des raisonnements économiques. Évidemment, cette puissance de marché n'est pas neutre pour l'environnement car l'acquisition de la puissance (et son maintien) passe souvent par un faible respect pour les considérations environnementales. Aussi s'agirait-il de promouvoir davantage le jeu des présomptions, quitte à accepter l'augmentation de faux positifs. Si la proposition est séduisante, elle apparaît cependant très utopique. À quoi servirait un droit de la concurrence qui ne se préoccupe plus du maintien de l'ordre concurrentiel sur le marché ? Et de quelle présomption peut-il bien s'agir ?

Il serait également possible de ne plus faire du bien-être du consommateur le standard de la matière. Faudrait-il alors promouvoir comme finalité le bien-être du citoyen ? Là aussi, la proposition peut paraître sinon saugrenue, du moins très perturbatrice. Elle aurait pour effet de dévitaliser le droit de la concurrence. On imposerait aux autorités de concurrence de prendre en considération d'autres intérêts publics – en l'occurrence la protection de l'environnement – lesquels seraient en conflit. Car faut-il le rappeler, le maintien d'une concurrence libre et non faussée sur le marché constitue un intérêt public. Cela dit, l'Autorité de la concurrence a déjà rendu des décisions très iconoclastes. Pendant la crise du covid-19 par exemple, elle a jugé dans un avis du 16 avril 2021 que « *les objectifs culturels étaient admis au titre du progrès économique* »[70]. Aussi a-t-elle validé un projet d'accord par lequel des distributeurs se sont entendus sur le calendrier des sorties de films en raison du phénomène d'encombrement des écrans. Est-ce à dire que des objectifs environnementaux pourraient être qualifiés de la même manière et qu'ils seront qualifiés de progrès économique ?

À l'extérieur, il s'agirait d'acter l'impuissance du droit de la concurrence et de créer une législation spéciale sur le modèle du Digital Markets Act[71]. Cette méthode aurait des avantages et des inconvénients. S'agissant des avantages, elle ne conduirait pas à dénaturer le droit de la concurrence. S'agissant des inconvénients, elle participerait au mouvement d'inflation législative que beaucoup d'entre nous ne cessent de déplorer et dénoncer.

---

69. J.B. Backer, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019.

70. Aut. conc., Avis 21-A-03 du 16 avril 2021 relatif à une demande d'avis du Médiateur du cinéma sur les modalités de sortie des films en salle, § 102.

71. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 178 28/11/2023 12:02:26

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : Au moins à court- et à moyen-terme, ce que le droit international économique peut apporter à la transition écologique ne tient pas au fait qu'il pourrait porter une ambition environnementale plus grande que celle du droit international de l'environnement, mais à sa capacité d'influence concrète sur les acteurs politiques et économiques. Bien davantage que le droit de l'environnement en effet, c'est le droit économique et, dans la sphère internationale, le droit international économique étroitement entendu qui détermine, partiellement mais effectivement, les manières dont on investit, exploite, travaille, produit, commerce, consomme, etc. tous les jours. Or d'un avis général, ces manières de faire sont la cause principale de la catastrophe écologique. En conséquence, c'est le droit économique et non le droit de l'environnement qui doit, de manière prioritaire, être changé pour ralentir cette catastrophe, réduire son ampleur et ses effets et maintenir ou placer notre planète à un niveau agréable d'habitabilité et de convivialité.

Cette modification est possible. Si, tel qu'il est majoritairement compris aujourd'hui, le droit international économique porte un projet politico-économique qui ralentit et même s'oppose à la transformation écologique, rien n'interdit de s'émanciper de cette vision idéologique et naturalisée et de mettre le droit international économique au service de la transition vers un environnement plus sain. À en croire leurs discours, tous les principaux « acteurs du droit international économique », c'est-à-dire les dirigeants et les actionnaires de grands acteurs économiques, les juristes spécialisés, les économistes orthodoxes, les grandes institutions économiques internationales et même le personnel politique des États sont ouverts, au moins dans une certaine mesure, à une telle évolution. Leur mot d'ordre à ce sujet, mot qu'ils adressent aux individualités politiques remuantes, aux parlementaires ambitieux, aux ONG militantes et aux mouvements citoyens mobilisés, c'est que s'ils souhaitent adopter ou faire adopter rapidement des législations environnementales ambitieuses, entraînant de vraies modifications des pratiques économiques, ils doivent en passer par des négociations multilatérales[72]. À les suivre, pour éviter que les législations environnementales soient considérées comme protectionnistes et discriminatoires au plan international, qu'elles soient « condamnées » et en conséquence abandonnées, il suffirait qu'elles s'appuient sur des standards environnementaux communément admis dans des traités multilatéraux. « La » solution serait donc de conclure ces derniers et, à cette fin, de mener des négociations multilatérales comme il s'en déroule tous les jours.

Un peu de lucidité sur ce discours le fait apparaître, au moins pour une large part, comme une manœuvre de diversion ou même un prétexte à l'inaction : le caractère volontaire et non majoritaire des règles conventionnelles internationales rend difficiles les accords multilatéraux sur des règles substantielles ambitieuses, surtout lorsque cela implique des sacrifices importants de la part de certaines

72. V. par exemple OA (OMC), *États-Unis – Essence*, WT/DS2/8, 29 avril 1996, p. 30-31.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 179 28/11/2023 12:02:26

de leurs Parties (et ce serait assurément le cas ici) ; lorsque de tels accords sont malgré tout conclus, les principes qu'ils contiennent sont souvent généraux et peu influents, et les standards ne sont harmonisés que par le bas, ce qui, selon tous les experts sérieux dans ce domaine, serait extrêmement insuffisant ; sur le plan du commerce transnational, différencier les régimes juridiques des produits suivant leurs modes de production – et donc notamment suivant leur impact écologique – a été exclu délibérément dès la mise en place de l'OMC ; enfin, des ministres de l'environnement, des parlements, des ONG et des citoyens sont juridiquement et/ou politiquement dans l'incapacité d'engager des négociations internationales ayant un impact notable sur l'économie, tandis que leur poids dans de telles négociations est généralement très réduit. Dans la réalité, les négociations multilatérales en matière d'investissements et de commerce sont des projets initiés par les « acteurs du droit international économique », et notamment par les représentants des intérêts des grands actionnaires et dirigeants des grands groupes, ces derniers ayant tout intérêt, à très court terme, à ce que la transformation écologique du droit international économique n'ait pas lieu (tout en prétendant qu'une révolution vient de se produire chaque fois qu'un texte témoignant apparemment de leur bonne volonté est adopté).

En vérité, si la voie de la négociation multilatérale « classique » (pour réviser en profondeur les grands accords de commerce en particulier) est bouchée, et en même temps si tous les acteurs du droit international économique que nous avons mentionnés invitent à l'emprunter, c'est parce ce sont précisément eux qui en maîtrisent le lancement comme le résultat. En pratique, ce sont les grands acteurs économiques, les juristes spécialisés, les économistes orthodoxes, les grandes institutions économiques internationales et le personnel politique agissant sur la scène internationale qui sont à l'origine de l'incroyable inertie de la structure des traités et de la jurisprudence internationale « économiques »[73], du

73. À l'heure où la nécessité d'un grand effort d'imagination et de renouvellement de ces règles tout comme de l'organisation interne des entreprises ou de l'orientation de leur secteur « recherche et développement », devient une évidence. En ce qui concerne le contenu et la structure des grands traités de commerce et d'investissement (sur ces derniers, v. spéc. F. Couveinhes-Matsumoto, « L'accord commercial entre l'UE et ses États membres d'une part, et le Pérou et la Colombie d'autre part : un révélateur de deux maladies du droit international actuel », *Revue Générale de Droit International Public*, 2016, vol. 120, n° 3, p. 293), on rappellera que, si elle a été un trait particulièrement caractéristique de la colonisation, l'attribution de dérogations au droit local aux marchands transnationaux s'enracine très anciennement en Europe, dans des pratiques datant au moins du XIV^e^ siècle ; on rappellera que les grands principes du GATT datent du XVII^e^ siècle ou même de périodes antérieures (v. par exemple C. Crépet d'Aigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, 2015, p. 16 : « (…) la clause de la nation la plus favorisée est présente dès les premiers traités de commerce du début du XV^e^ siècle et elle devient courante dans les capitulations des XVI^e^ et XVII^e^ siècles ») et ceux du droit des investissements de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, ces principes découlant eux-mêmes d'un standard de traitement des étrangers lui aussi lié à la colonisation mais,

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 180 28/11/2023 12:02:27

fait que les conventions climatiques excluent leur propre impact sur les règles « économiques » établies par ailleurs[74], du fait qu'aucune obligation internationale en matière écologique ne soit explicitement attribuée aux entreprises transnationales, et que des standards environnementaux universels de production respectueux de l'environnement ne soient pas adoptés (ou uniquement dans le cadre de la « normalisation », où tant le souci d'attractivité économique de chaque État que le *lobbying* privé empêchent là aussi que de tels standards limitent notablement l'impact écologique des opérations économiques[75]). Ce sont ces acteurs qui refusent de faire de l'établissement de régimes juridiques différenciés, et plus généralement de l'organisation écologique de l'économie mondiale, un principe, et s'obstinent à transformer tout projet de réglementation écologique de l'économie en exception à première vue inacceptable. Ce sont eux, enfin, qui n'admettent de changement *de l'intérieur* du droit international économique qu'à condition que « l'exceptionnalisation », « l'amollissement » ou au contraire « l'économicisation » de notions, finalités ou mécanismes écologiques – on pense à la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise, au *reporting* en général, au devoir de vigilance, aux marchés carbones, aux chapitres « développement durable » des accords de commerce et d'investissement… – ne modifient en rien ou presque les pratiques économiques les plus problématiques. Concrètement, la tentative de « faire participer » ces acteurs et en particulier les grandes entreprises à l'introduction de telles notions, finalités ou mécanismes « écologiques » a surtout abouti à les vider de leur substance, à détourner le regard des questions essentielles, à perdre un temps précieux et à consumer, sans résultat, beaucoup d'énergie et d'intelligence, et finalement à rendre les chocs à venir plus terribles et plus limitée notre capacité de réaction et d'adaptation.

Si les « acteurs du droit international économique » constituent concrètement les plus grands freins à la transformation écologique du droit international économique, c'est également parce que les institutions, procédures et règles qui s'y rapportent ont été établies pour que ces acteurs les emploient *contre* les

---

en substance, probablement encore plus ancien (v. par exemple K. Miles, *The Origins of International Investment Law : Empire, Environment and the Safegarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013).

74. V. par exemple l'article 3.5 de la Convention-cadre sur les changements climatiques (CCNUCC) qui se contente de reprendre l'article XX du GATT, sans envisager sa révision même à la marge.

75. S'ajoute à cela le fait que, tant que les standards ne sont pas transformés en règles formellement obligatoires au plan universel, certains États peuvent développer des standards alternatifs et moins élevés, et les imposer à leurs partenaires économiques. Ainsi par exemple, les importantes normes techniques SA 8000 de 1997, qui s'appuie sur les conventions de l'OIT, ISO 26 000 sur le développement durable de 2010, et ISO 45 001 sur la santé et la sécurité au travail (ou qualité de vie au travail) de 2018 sont concurrencées par la Chine qui propose à ses partenaires économiques (notamment dans le domaine du textile et des vêtements de sport) une norme moins exigeante en matière sociale, la norme SC9000T.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 181 28/11/2023 12:02:27

législations environnementales des États ou de l'UE ; les exemples d'emploi du droit international économique *pour* soutenir l'adoption ou la mise en œuvre de telles législations relèvent du cas d'école isolé[76]. Le résultat pratique de ce rapport du droit international économique actuel avec la réglementation écologique est qu'une double contrainte s'exerce aujourd'hui sur les gouvernements et les législateurs, en particulier en Occident : d'un côté une pression de la part des « acteurs du droit international économique » qui est d'autant plus forte qu'ils disposent de nombreux capitaux, de multiples moyens de contrainte, d'un haut niveau d'information et d'expertise, mais aussi de nombreux droits et pouvoirs fournis par le droit international économique (en particulier, ils peuvent menacer de contentieux nationaux, européens et internationaux longs et coûteux tout État adoptant des législations environnementales ambitieuses) ; d'un autre côté, une pression croissante pour l'adoption rapide de telles législations, de la part des « acteurs de l'écologie », c'est-à-dire des mouvements écologistes, des manifestations citoyennes, des scientifiques mais également des parlements (en particulier du Parlement européen) relayant ces aspirations et ces données scientifiques, et des tribunaux nationaux qui condamnent de plus en plus souvent les États pour inaction climatique à la suite de saisines de citoyens et de mouvements écologistes[77], voire de parlementaires (dans ce dernier cas, il s'agit plutôt de condamnations pour manque de transparence). Telle étant la situation au plan international et au plan national et européen, on ne s'étonnera pas qu'on compte davantage de progrès écologique au plan national et européen qu'au plan international, et surtout davantage de contentieux environnementaux victorieux au plan national et européen – les contentieux « environnementaux » étant en réalité, au plan international, absorbés par des juridictions dont la vocation exclusive est la « protection » des investisseurs transnationaux et des grands acteurs du commerce mondial.

Comment, dans ces conditions, modifier le droit international économique ? La réponse est : en concevant cette branche du droit et ses acteurs de manière plus large. Au niveau des grandes orientations politiques, la substance des règles de droit est déterminée par la procédure appliquée pour les adopter, et cette dernière est déterminée par les acteurs qui l'établissent et qui l'appliquent, c'est-à-dire essentiellement par leurs profils sociologiques et leurs conceptions de la Justice[78]. Pour le dire autrement, le droit international économique ne peut pas changer si on en conserve la définition, le cadre et les acteurs ; il changera

76. V. à ce sujet la contribution de Arnaud de Nanteuil au présent ouvrage, ou encore Andreas Buser, « Investor-State Climate Litigation: Could International Investment Law Help to Protect the Climate? », *Indian Journal of International Economic Law*, mai 2022.
77. Pour des détails, v. à cet égard la contribution de Judith Rochfeld dans le présent ouvrage.
78. Quant aux positions sociales et aux idéologies de ces acteurs, elles dépendent de rapports de force entre personnes, entre groupes et entre idéologies. Cette proposition théorique générale est inspirée d'une remarque informelle faite un jour par Serge Sur.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 182 28/11/2023 12:02:27

si on le conçoit de manière plus dynamique, moins idéologique et plus large quant à ses finalités, quant à ses acteurs et quant aux manières de l'établir. Pour le dire plus concrètement, le droit international économique peut être mis au service de la transformation écologique de l'économie si on le définit, non par ses finalités, mais par son objet, les relations économiques transnationales, en laissant les acteurs politiques définir librement ses finalités légitimes ; surtout, ce droit assurera la transformation écologique de l'économie si des institutions et des procédures internationales permettent effectivement aux acteurs de l'écologie d'assurer par avance la protection des législations environnementales et des stratégies d'entreprises subséquentes (ou même antécédentes) face à la menace des contentieux juridiques et des mesures de rétorsion économiques.

Qu'est-ce que cela signifie en pratique ? Que la coopération multilatérale est effectivement indispensable à la transition écologique du droit international économique, mais à condition que les modalités et l'objectif de cette coopération soient différents de ce qu'ils sont actuellement. En ce qui concerne les modalités de la coopération, trois points au moins sont essentiels : premièrement, plus aucune négociation ne doit être pensée comme économique ou écologique, et toutes doivent être considérées comme hybrides, les considérations économiques[79] et écologiques devant être comprises *a priori* comme d'importance équivalente[80] ; deuxièmement, ces négociations doivent être menées dans des cadres permettant de mettre ces considérations à égalité, ce qui revient à dire qu'une puissante organisation internationale de la nature (ou de l'écologie, ou de l'environnement) doit être établie et co-organiser les négociations « écolonomiques » avec l'OMC, qui est de fait le principal cadre multilatéral de négociation en matière économique (la même remarque s'applique *mutatis mutandis* si le cadre est celui d'une autre institution économique) ; troisièmement, ces négociations doivent faire participer les « acteurs de l'écologie » – les ONG environnementales mais également les associations de consommateurs, les syndicats, les citoyens, les scientifiques et les parlementaires – aux négociations et tout spécialement aux aspects économiques de ces négociations ; négativement, les règles qui régissent ces négociations doivent faire participer *de manière égalitaire*, c'est-à-dire en leur accordant un poids égal

79. On ajoutera que la conception dominante de « l'économie » devrait sans doute être révisée. Pour quelques pistes, v. la contribution d'Antonin Pottier dans le présent ouvrage.
80. Outre la négociation ayant mené à la conclusion de l'accord sur les subventions à la pêche déjà mentionné (note 52), on peut citer celle qui a abouti à un traité sur la haute mer, conclu le 4 mars 2023 lors de la 5e session de négociations intergouvernementale (dites « BBNJ ») qui s'est tenue au siège des Nations unies à New York (traité sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale), et le cycle de négociations de l'Uruguay lancé le 28 novembre 2023 par un Comité international de négociation (CIN-1) en vue d'un accord sur les cycles de vie du plastique. Ces trois négociations sont ou ont été menées essentiellement dans des buts environnementaux tout en portant assez directement sur des pratiques économiques : subventions, exploitation des fonds marins, production, utilisation et recyclage du plastique.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 183 28/11/2023 12:02:27

à leur nombre, les dirigeants et actionnaires de grandes entreprises, sans imaginer qu'ils défendent les intérêts des salariés ou des consommateurs, ce qui est évidemment erroné ; dit autrement, il faut limiter efficacement leurs possibilités de *lobbying* et de capture des législateurs. La manière la plus simple d'équilibrer le poids respectif de ces différentes catégories d'acteurs dans les négociations est sans doute de leur attribuer des temps de parole ou d'accès aux négociateurs globalement égaux (en fonction de critères à discuter, naturellement), d'établir qu'ils ne doivent transmettre que des documents d'une taille égale dans des créneaux temporels définis (à plusieurs moments de la négociation), de rendre publics les négociations et les documents transmis, de sanctionner sévèrement tout message non-public et plus généralement tout contact informel ou franchissant ces bornes, enfin, d'interdire toute intervention aux stades ultimes de la négociation, de la conclusion ou de l'adoption des instruments (de la ratification pour les traités). En ce qui concerne l'objectif de cette négociation – déjà hybride quant à son objet, son cadre et ses participants –, l'important est qu'elle ne porte pas (ou pas principalement) sur des politiques déjà adoptées et des standards minimums universellement obligatoires, mais sur des standards écologiques *élevés* dont la mise en œuvre par des législations nationales ou européennes fait l'objet *d'incitations* internationales mais *pas d'obligations*, et surtout dont la mise en œuvre au niveau national ou européen entraîne une *présomption de conformité* de celles-ci avec le droit international économique, voire les *immunise totalement* des contentieux économiques.

S'entendre d'abord, non sur des règles substantielles universelles, mais sur la création d'une organisation mondiale de la nature, sur des modalités de négociation favorables à une participation d'acteurs variés et à la prise en compte des enjeux environnementaux, ainsi que sur le principe d'une procédure d'immunisation anticipée des politiques environnementales et des stratégies d'entreprise associées est un projet dont la pertinence peut se réclamer de l'histoire même du droit international économique. En effet, si ce dernier est devenu la branche la plus dynamique et la plus influente du droit international, c'est grâce à une stratégie qui a consisté, face aux échecs répétés de négociations multilatérales sur des règles et standards substantiels, à s'entendre sur des institutions puissantes et centralisées (l'OMC), sur l'organisation régulière de cycles de négociations, sur des procédures (comme celles du CIRDI et de la CNUDCI), sur des principes d'engagement (engagement unique ou *package deal*) et sur des mécanismes de pénétration du droit dans les ordres nationaux. C'est ainsi l'histoire même du droit international économique qui conduit à penser que la meilleure manière d'organiser sa transformation écologique consiste à s'entendre sur une puissante organisation mondiale de la nature et la mise en œuvre régulière de procédures de protection anticipée des législations environnementales, sur un principe d'engagement unique (toute Partie à ces procédures accepte *tous* les « labels de protection » qu'elles permettent de délivrer) et un principe d'immunisation des législations protégées devant les tribunaux nationaux. La mise en place d'une telle

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 184 28/11/2023 12:02:27

structure institutionnelle et procédurale est la clé de la réussite des législations environnementales les plus ambitieuses, mais aussi les plus menacées actuellement, comme les mesures miroirs proposées par la Commission européenne[81], le réflexe-miroir préféré par Bercy, les ajustements carbones aux frontières[82], et plus généralement tous les projets consistant à différencier le régime juridique applicable aux produits, services ou transactions économiques en fonction de leur impact écologique.

81. V. spéc. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Application des normes sanitaires et environnementales de l'Union aux produits agricoles et agroalimentaires importés, COM(2022) 226 final, 3 juin 2022.
82. V. spéc. le Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, 2021/0214(COD), 15 mars 2022.

memdroit_economique_environnement-mqt03.indd 185 28/11/2023 12:02:27

Pixellence - 21-09-23 10:00:26 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 5 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

« *Le droit international est gravement lacunaire sur à peu près toutes les questions les plus importantes qui se posent à l'humanité : la famine, l'évasion fiscale, l'envahissement des puissances privées, les multinationales, la tyrannie du droit au commerce sur les peuples, les réseaux financiers, la toute-puissance du marché, la dévalorisation des frontières, les capitaux flottants, la financiarisation du monde, les zones franches, le trafic de drogue, la traite des êtres humains, les pratiques de délocalisation des grandes firmes, l'alimentation mondiale et l'eau, le climat. Le constat sur ce point est malheureusement peu discutable et le tableau se noircit davantage lorsque la pratique est plus sombre encore que ce que suggère le jeu des principes.* »

(D. Alland, préface à R. Charvin, *Répliques – Droit international – Relations internationales*, Pedone, 2022)

« Notre maison brûle et nous regardons ailleurs. »

(Jacques Chirac au Sommet de la Terre en 2002)

« Quand vos maisons brûlent, vos priorités changent. »

(Glenn Albrecht, philosophe
et militant écologiste australien, en 2020 après les
grands feux ayant ravagé son pays)

« *La difficulté n'est pas de comprendre les idées nouvelles, elle est d'échapper aux idées anciennes qui ont poussé leurs ramifications dans tous les recoins de l'esprit des personnes ayant reçu la même formation que la plupart d'entre nous.* »

(J.M. Keynes, préface à la 1re éd. anglaise de *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936)

Pixellence - 21-09-23 10:00:26 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 17 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Avant-propos

1 UNE PRÉSENTATION DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE MAIS AUSSI ET NÉCESSAIREMENT UN POINT DE VUE SUR LUI. — D'abord destiné aux étudiants et aux citoyens, militants et acteurs juridiques et politiques – hommes et femmes – souhaitant être éclairés sur le Droit international applicable aux aspects économiques des relations sociales, ce manuel propose une présentation des bases de la matière. Il a néanmoins vocation à en fournir un *point de vue* plutôt qu'une reproduction servile des représentations dominantes ou une réitération des discours officiels, avec leur terminologie et leur structure. Tout particulièrement dans un manuel d'introduction, se contenter de décalquer le plan d'ensemble d'un ouvrage et de chacun de ses chapitres, des choix de structure faits « officiellement », ou encore reprendre silencieusement mais mot pour mot les formulations officielles du Droit, renforce – conformément au désormais officieux mot d'ordre positiviste – l'influence concrète des représentations et des choix éthiques et politiques qui sous-tendent ces choix. Même s'il en dit naturellement quelque chose, l'ouvrage qui suit ne se veut donc pas un reflet et donc un relais des décisions prises dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dans les traités conclus par les États ou les décisions rendues par les tribunaux internationaux. Il s'agit au contraire d'aider le lecteur à réinterroger librement ces décisions, et déjà à prendre conscience que des choix ont été faits et

Pixellence - 21-09-23 10:00:26 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 18 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

qu'il convient, par le fait même qu'il s'agisse de choix, d'en discuter l'opportunité.

Une attention toute particulière a été portée à la conception d'ensemble de la matière, à l'ordre de présentation de l'ouvrage, à la longueur des développements à accorder aux différents sujets (en fonction de leur importance éthique ou sociale, plutôt que du niveau d'influence des règles en vigueur ou de l'intérêt qu'y trouve un groupe minoritaire, même particulièrement concerné), ainsi qu'aux termes employés. Pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres, la répétition doctrinale de l'affirmation que le système économique mis en place à partir de 1944 était « ouvert, transparent et non discriminatoire » conduit à une formulation hagiographique, déformée et finalement trompeuse du Droit. Une telle narration, favorable aux énoncés « positifs » et aux pratiques dominantes, est dans l'intérêt des personnes privilégiées par les règles en vigueur. Selon certains, elle est également dans l'intérêt des universitaires dont la discipline bénéficie, par une forme de contamination, de l'autorité et de la moralité que leur discours même attribue à leur objet. Une telle approche toutefois, endoctrine les étudiants, les professionnels du Droit et les citoyens plutôt qu'elle ne pique leur curiosité ou remet en question leurs certitudes.

2 RÉFLEXIVITÉ DE L'APPROCHE ET TERMINOLOGIE RETENUE. — L'approche retenue ici est donc, délibérément, réflexive. L'introduction, en particulier, est centrée sur la constitution historique de l'approche dominante de la discipline, avec laquelle ce manuel se veut en rupture. Cette approche exige immanquablement des lecteurs une certaine concentration. Nous l'estimerons possible du fait que, en Master 1 ou 2 ou passés par eux, ils maîtrisent déjà l'essentiel des thèmes explorés dans les manuels de *Droit international public* 1 et 2 de la collection « Droit fondamental », rédigés par Denis Alland et Thibaut Fleury-Graff et auxquels nous renverrons, suivant l'exemple du second auteur, par les abréviations « *DIP 1* » et « *DIP 2* ».

Nous ne pouvons nous étendre longuement sur les choix terminologiques exigés par une telle approche réflexive. Disons seulement que notre souci principal a été de désigner les règles et les opérations juridiques en faisant ressortir leur signification pratique et idéolo-

Pixellence - 21-09-23 10:00:26 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 19 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

gique principale pour le grand nombre, plutôt qu'en désignant ces règles et pratiques en suivant les choix terminologiques, les représentations et les préoccupations des dirigeants des grands acteurs économiques transnationaux, même lorsque ces choix sont dominants. « Démantèlement des droits de douane et des règles encadrant le commerce » est moins courant que « libre-échange », « division internationale de la production » se lit moins fréquemment que « chaîne de valeur mondiale », mais les premières expressions sont plus descriptives et plus précises, et remplacent utilement les slogans que constituent les secondes. En rompant avec la musique publicitaire du langage politique, économique mais aussi juridique officiel, nous entendons éviter de soutenir subrepticement l'idéologie qui est la leur – une fonction que les universitaires juristes acceptent trop aisément de jouer –, et éclairer les lecteurs sur les mécanismes de dissimulation et manipulation propres aux jeux de langage, en Droit plus encore qu'ailleurs. À la fois par souci pédagogique et parce que la manière dont certains acteurs économiques et juridiques comprennent ou présentent « leur » Droit doit elle-même être éclairée, nous indiquons cependant toujours les termes et expressions les plus couramment employés, parfois en mentionnant brièvement les représentations et idéologies qu'ils véhiculent.

3 RÉFLEXIVITÉ ET PRÉSENTATION DES PERSONNES ET DU CONTEXTE À L'ORIGINE DES TEXTES. — Ce n'est pas seulement la reprise a-critique de la terminologie et des représentations dominantes qui, à notre sens, n'est pas politiquement neutre, mais renforce l'influence réelle des énoncés normatifs officiels au lieu, par exemple, de permettre aux lecteurs de se servir de leurs connaissances juridiques pour rendre les relations humaines, les relations entre groupes humains et avec les autres êtres vivants plus équitables, plus conviviales et plus démocratiques. L'accroissement des effets des énoncés officiels sur les comportements est également produit par le silence gardé sur l'identité ou les particularités des personnes à l'origine concrète des textes, le contexte politique ou intellectuel spécifique dans lequel elles les ont choisi ou interprété, ou encore les motifs réels présidant à leurs décisions. Presque inévitablement, cet effacement qui passe généralement par des formules de type « Le problème s'est posé de », « On a pensé que », « Il y a

Pixellence - 21-09-23 10:00:26 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 20 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

eu », « Il a été nécessaire de », fait de l'universitaire un agent et un relais des pouvoirs établis plutôt qu'un acteur autonome travaillant à améliorer la situation des personnes faibles, pauvres ou mal informées. Ce silence combiné à l'emploi de formules objectivant les motifs d'acteurs particuliers donne aux textes et décisions juridiques qui sont adoptés une fausse apparence de neutralité éthique et politique, en même temps que de rationalité incontestable. Une telle démarche est incompatible avec la conviction qui est la nôtre – conviction sans doute discutable mais assumée et réfléchie – que le régime politique démocratique, au sens strict de ce terme, est le meilleur régime politique au moins dans la plupart des cas, et que le Droit quel qu'il soit doit en principe être formulé, édicté, interprété et appliqué de manière démocratique. Nous ne manquerons donc pas de mentionner (dans les limites permises par cet ouvrage et dans celles de nos connaissances), non seulement les énoncés normatifs officiels ou les interprétations dont ils font l'objet, mais également les *personnes* à l'origine de ces formulations et décisions, les *raisons* pour lesquelles elles semblent les avoir subjectivement retenues, et les *autres causes* probables de ces choix, autrement dit le contexte dans lequel ces opérations ont été menées. L'ensemble de ces données – et d'autres – permettent souvent de faire ressortir le *sens politique* des règles, que nous essaierons d'esquisser et de soumettre à la sagacité du lecteur.

4 RÉFLEXIVITÉ ET IDÉOLOGIE SOUS-JACENTE AUX DISCOURS DOMINANTS SUR LE DIE. — Même s'il n'est pratiquement jamais défendu ouvertement par les juristes universitaires, l'idéal de l'État mondial, doté d'un marché mondial et régi par des règles entièrement homogènes, imprègne l'immense majorité des textes doctrinaux relatifs aux règles s'appliquant aux aspects économiques des relations transnationales (voir **n° 371**, **n° 380**, **n° 479**, **n° 487**). Il semble que quiconque garde en tête « qu'il y a des États politiques séparés les uns des autres et constitués diversement » est jugé inapte à tenir un raisonnement convaincant en Droit international économique (DIE), comme, selon Turgot, celui qui garde en tête cette pluralité politique en traitant des questions d'économie politique [1].

1. « Quiconque n'oubliera pas qu'il y a des États politiques séparés les uns des autres et constitués diversement ne traitera jamais bien aucune question d'économie politique. »

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 21 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Inversement, tout se passe comme si une différence de réglementation ou de traitement – quelles que soient ses raisons, qu'elle ait été décidée démocratiquement ou non et au niveau national comme au niveau international – soit en principe une fragmentation ou un désordre aux conséquences fâcheuses. Il y a pourtant de nombreuses raisons de considérer que les politiques économiques nationales et internationales peuvent et doivent être choisies librement par des peuples particuliers (à défaut, par des parlements particuliers et, encore à défaut, par des gouvernements particuliers) qui peuvent avoir des opinions diverses, changer d'avis ou tout simplement s'adapter à la conjoncture. Certes, ces peuples doivent adopter leurs positions particulières en tenant compte des règles internationales générales, des intérêts de leurs partenaires et des engagements pris à leur égard, mais sans qu'au nom de ces règles, intérêts et engagements, des institutions immaîtrisables, ou un petit nombre de gouvernements, de dirigeants d'entreprises ou de catégories sociales leur dictent en réalité *leur* loi. De même, il nous semble que les nombreux arguments montrant les dangers de l'établissement et de ce que serait l'existence d'un État mondial, d'un marché mondial et d'un Droit mondial – du point de vue de la Démocratie et du pluralisme, mais également de la paix ou de la liberté – sont convaincants et n'ont jamais fait l'objet d'une réfutation aussi convaincante. Ils ne font d'ailleurs généralement l'objet d'aucune réfutation. Ces quelques lignes pourraient paraître hors sujet. Si nous les avons écrites, c'est pour justifier que, contrairement à d'autres, nous nous garderons de qualifier d'évidentes et rationnelles les nombreuses représentations et règles de DIE s'expliquant par cet idéal d'État mondial, de marché mondial et de Droit mondial. Cet idéal, après tout, n'est défendu que par un petit nombre de personnes qui tirent généralement avantage des règles justifiées par cet idéal.

5 RÉFLEXIVITÉ ET CONTENU ET ORIENTATION DU MANUEL. — Tant le DIE en tant que discipline universitaire, qu'ensuite le DIE en tant que branche du Droit autonome, ont presque entièrement été pensés, non autour d'un objet qui serait « l'économie » ou « l'économie internationale », mais autour d'une vision idéale de celle-ci (voir **n° 16**, **n° 19**, **n° 25**). Dans cette vision très politique de l'économie et de son Droit, ce dernier doit principalement être au

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 22 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

service de la « croissance économique mondiale ». Il faudrait donc exclure, tant des représentations universitaires de la matière que de la compétence des institutions permettant effectivement d'assurer le respect du Droit, toutes les règles internationales portant sur l'économie mais poursuivant d'autres buts. À l'heure où des crises sociales et géopolitiques, et plus encore des catastrophes écologiques et sanitaires affectent et vont affecter si considérablement la vie quotidienne des personnes ordinaires, des États et des entreprises, l'exclusion des règles visant à anticiper ou répondre à ces crises et catastrophes nous paraît à la fois intenable théoriquement et, sur le plan pratique, très dangereuse. À cette démarche dogmatique et sans doute déjà dépassée, nous en opposons une autre qui consiste à fournir le panorama le plus large des institutions, procédures et règles internationales susceptibles d'affecter les opérations économiques, quelles que soient leurs finalités et leur influence concrète sur l'économie actuelle. Une telle approche implique de ne pas se focaliser sur le détail des règles substantielles du « Droit international croissantiel » (du Droit de la protection des investisseurs étrangers et du Droit de l'OMC et des méga-accords de commerce et d'investissement), et à développer certains aspects généralement négligés du « Droit international convivial » (voir **n° 48-49**, **n° 207** et **note 45**).

Si un tel décloisonnement, et une approche par finalité politique plutôt que par opération économique encadrée, laisseront peut-être certains indifférents, nous espérons qu'ils inspireront, fourniront des pistes de réflexion et de travail, des idées d'actions militantes et judiciaires, des propositions de transformation des règles conventionnelles et des pratiques diplomatiques et juridictionnelles, à celles et ceux qui, quels que soient leur statut et leurs fonctions, travaillent à la réalisation de la Justice.

6 RÉFLEXIVITÉ ET EMPLOI DES MAJUSCULES. — Avant de passer au vif du sujet, une dernière précision, relative à l'emploi des majuscules : à rebours de la tendance ordinaire consistant à prétendre ne pas être responsable des effets socio-politiques de nos discours – cette prétention influant elle-même sur les effets de ces discours –, nous pensons qu'une réflexion sur les conséquences réelles du discours des universitaires dans les sociétés où ils exercent

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 23 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

leurs fonctions est une excellente manière de commencer à déterminer quel doit être ce discours. À tout le moins, nous sommes convaincus que l'universitaire ne peut ignorer que ses propos sont perçus comme des formulations *d'autorité*, et comme des discours dont leur auteur cherche à ce qu'ils soient *vrais*.

Or, ces discours ont un objet spécifique : le Droit. Cet objet a lui-même deux caractéristiques : premièrement, il est généralement lui-même compris comme faisant autorité, comme devant être respecté ; deuxièmement, il est généralement envisagé dans la vie pratique comme étant droit ou juste, et surtout comme devant l'être. Or, le fait que le Droit soit compris comme faisant autorité, ou comme devant être respecté, incite à lui mettre une majuscule à l'instar de ce qui se pratique pour le mot « État », autre autorité toujours désignée par un mot commençant par une majuscule. Par ailleurs, le fait que le Droit soit généralement considéré comme étant et devant être droit, comme devant réaliser une forme ou une autre de Justice, invite également à le faire démarrer par une majuscule. En effet, le « Droit » est comparable de ce point de vue à ces autres substantifs issus d'adjectifs comme le Bien ou le Juste. Inversement, mettre une minuscule au mot « Droit » signifie généralement s'aveugler soi-même, et aveugler le destinataire de son discours sur ces caractéristiques pratiques fondamentales du Droit et du discours universitaire du Droit. De notre point de vue, exercer nos fonctions de manière responsable impose de refuser de jouer un tel jeu, et d'assumer l'anticipation des réceptions possibles de nos discours. Enfin, même si cette pratique n'a jamais été dominante chez les universitaires francophones ou d'ailleurs anglophones, il s'est néanmoins assez souvent trouvé des juristes ou des historiens, au XX^e^ ou même au XIX^e^ siècle (on pense par exemple à Michelet), pour mettre une majuscule au mot « Droit », soucieux qu'ils étaient de se rappeler et de rappeler que le discours savant et, au fond, l'exercice de la fonction d'universitaire font partie du monde socio-politique où ils se tiennent, et l'influencent inévitablement. C'est persuadé que tel est le cas, et que pour cette raison et pour d'autres, une grande responsabilité pèse sur les universitaires – de sorte que le discours de chacun d'eux, loin d'être *a priori* juste ou même simplement exact, doit au contraire être particulièrement interrogé et révisé, le nôtre avant tout autre – que nous avons rédigé ce manuel. L'esprit libre mais la plume tremblante, donc.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 24 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

7 BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE. — En langues française et anglaise, les principaux manuels récents couvrant l'essentiel de la matière traditionnellement entendue sont : L. Choukroune, J.-J. Nedumpara, *International Economic Law. Text, Cases and Materials*, CUP, 2021 ; D. Collins, *Foundations of International Economic Law*, Elgar, 2019 ; H. Ascensio, *Droit international économique*, Puf, « Thémis », 2018 ; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 2017, 7e éd. ; M. Herdegen, *Principles of International Economic Law*, OUP, 2016, 2e éd. ; A.-H. Qureshi, A.-R. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, 2019, 4e éd. ; A.-R. Ziegler, *Droit international économique : une introduction*, Stämpfli, 2017, 2e éd. – Pour approfondir, il est possible de lire les notices de l'encyclopédie éditée par T. Cottier et K. Nadakavukaren (Eds), *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, Elgar, 2017. Pour des sources plus anciennes, nous renvoyons aux nombreuses références citées en introduction.

Depuis les années 1990 surtout, et plus encore depuis les années 2000, il existe de nombreuses revues anglophones spécialisées dans le Droit international économique. La revue généraliste la plus lue et la plus citée est le *Journal of International Economic Law* ; la revue de référence en Droit des investissements est le *Foreign Investment Law Journal*, plus connu sous l'appellation *ICSID Review* ; il faut y ajouter le *Journal of World Investment & Trade* qui, contrairement à ce que suggère son nom, ne porte pas sur l'ensemble du Droit international de l'investissement et du commerce, mais sur le Droit international de l'investissement et les aspects du Droit international du commerce qui sont liés à l'investissement ; dans le domaine du Droit international du commerce, voir surtout le *Journal of World Trade*, la *World Trade Review* et l'*International Trade Law Review.*

Au-delà de ces revues de référence, les publications sont nombreuses et souvent plus spécialisées, voire très spécialisées (voir par ex. l'intéressant *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*). Certaines portent principalement sur le Droit (*Foreign Investment Regulation Review ; International Investment Law Journal*), tandis que d'autres s'attachent largement aux politiques menées par les États dans les domaines du commerce et/ou de l'investissement (par ex. l'excellent *Yearbook of International Investment Law & Policy* ou le *Journal of International Trade Law and*

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 25 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Policy) ; elles portent sur le Droit international mais également sur le Droit de régions particulières ou mettent en avant le règlement des différends au niveau régional (*Law and Business Review of the Americas* qui, même si elle s'appelait auparavant « *NAFTA : Law and Business Review of the Americas* » porte également sur le Mercosur ; *European Investment Law and Arbitration Review* ; *Asian Dispute Review* ; *Asian International Arbitration Journal* ; *International Journal of Arab Arbitration*). Enfin, un très grand nombre de revues, dans de nombreuses langues, portent sur l'arbitrage en général. Citons *Arbitration international* ; *Global Arbitration Review* ; *International Arbitration Review* ; *Transnational Dispute Management Journal* ; *Revista Brasileira de Arbitragem* ; *Indian Journal of Arbitration Law* ; *American Review of International Arbitration*. En français, ce sont les *Cahiers de l'arbitrage (The Paris Journal of International Arbitration)* qui tiennent ce rôle. Si certaines de ces publications se rattachent à des universités spécifiques, elles sont souvent liées, abritées ou soutenues par de grands centres d'arbitrage, ainsi que par des cabinets d'avocats d'affaires et de grandes entreprises. Même s'il prend des formes diverses, ce trait commun donne d'ordinaire à ces publications une tonalité très favorable au « monde des affaires » et à celui de l'arbitrage, deux « mondes » entre lesquels il existe nombre de complicités mais également des tensions.

Pour retrouver sur Internet l'ensemble de ces articles ou des références précises (en anglais et en français mais aussi en espagnol, portugais, etc.), il faut mentionner, à côté de bases de données juridiques « généralistes » dont la plus importante, donc la plus incontournable, est *HeinOnline*, trois bases particulièrement précieuses en Droit des investissements : l'*ICSID's Bibliography on Investment Law and Procedure*, *Kluwer Arbitration* et (malgré son caractère généraliste) *SSRN eLibrary*. Par ailleurs, des *think tanks* comme l'*International Institute for Sustainable Developement* fournissent de nombreux articles ou documents d'analyse en ligne sur le Droit international du commerce et de l'investissement.

En langue française, le *Journal du Droit international (Clunet)* est, du fait de son orientation originellement « privatiste », la revue généraliste la plus tournée vers les questions économiques. En revanche, la *Revue internationale de droit économique* gérée par l'Association internationale de Droit économique porte sur toutes les branches du Droit

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 26 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

économique et le Droit international y est réduit à la portion congrue. Qu'elles soient rédigées en anglais ou en français, la plupart des revues généralistes de Droit international comprennent aujourd'hui une rubrique « Droit international économique » qui comprend elle-même des articles et des sous-rubriques consacrées aux décisions rendues dans ce domaine. En français, voir spéc. la chronique de règlement des différends de l'OMC assurée depuis 1995 par H. Ruiz-Fabri, secondée depuis 2002 par P. Monnier dans le *Journal du Droit international* ; les parties « Droit de l'OMC » (C. Crépet-Daigremont) et « Droit des investissements » (J. Cazala) de la « chronique de jurisprudence internationale » de la *Revue générale de droit international public* ; les rubriques « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC » (tenue successivement depuis 2005 par P. Maddalon, A. Hervé, S. Robert-Cuendet et S. El Boudouhi) et « Arbitrage d'investissement et droit international général » (tenue à partir de 2008 par F. Latty, rejoint ensuite par P. Jacob et A. de Nanteuil) publiées dans l'*Annuaire français de droit international* ; enfin, la chronique relative à l'arbitrage d'investissement qui a repris dans les *Cahiers de l'arbitrage* et fait généralement contribuer de nombreux auteurs (L. Achtouk-Spivak, J. Cazala, A. de Nanteuil, C. Crépet Daigremont, Y. El Achkar, M. Frappier, A. Rafiq et B. Samson pour la dernière chronique publiée).

Enfin, les sites de l'OIT, de la CNUDCI, de la CNUCED et de l'OMC, mais également *italaw* ou *jusmundi* regorgent d'informations et de documents. Ils sont aujourd'hui des plateformes indispensables, souvent consultées en premier par les praticiens comme par les chercheurs.

Dans les rubriques « Pour aller plus loin » qui terminent chaque chapitre de cet ouvrage, nous privilégions – sans qu'il s'agisse d'une règle absolue – les travaux récents de langues française et anglaise fournissant un panorama général des questions traitées. Dans les références jurisprudentielles et doctrinales, nous nous sommes limités au niveau de détails suffisant pour permettre au lecteur de retrouver aisément les textes cités.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 27 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Introduction

8 Le Droit international économique (DIE) est une discipline relativement neuve. Pour en retenir une certaine *conception* en toute connaissance de cause (section III), il est indispensable de la distinguer d'*approches voisines* (section II) et de connaître l'orientation idéologique de sa conception la plus courante. Il convient donc d'en faire *l'histoire* (section I).

Section I
Histoire de la discipline « Droit international économique »

9 Le DIE comme *discipline autonome* a été construit et en même temps exigé dans les années 1980 par différents universitaires occidentaux (I). Leur manière d'envisager la matière a été largement *consacrée en Droit positif* durant la décennie suivante (II) mais elle a aussi fait l'objet d'une *forte contestation*, qui dure toujours sans parvenir à trouver de concrétisation positive (III).

I | Les années 1980-1990 : l'invention d'une discipline autonome

10 Étant donné qu'elle fait suite à une période où le DIE était considéré comme un *chapitre du Droit international*, encastré dans un ensemble plus vaste (A), l'affirmation de l'existence d'un DIE *autonome* dans les années 1980-1990 procède de *l'invention* (B).

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 28 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

A – Avant l'invention (1945-1980) : le DIE comme chapitre du Droit international

11 ABSENCE DU DIE. — De l'après-Seconde Guerre mondiale au début des années 1980, la plupart des universitaires occidentaux n'envisagent pas les règles internationales relatives au commerce, à l'investissement ou à la monnaie comme un ensemble autonome qui constituerait le Droit international de l'économie. Non seulement il n'existe pas – sous réserve de rares exceptions qui seront mentionnées plus loin – de manuels consacrés au DIE pris en tant que tel, mais les manuels canoniques de Droit international (ceux de Daniel Patrick O' Connel, Hersch Lauterpacht ou Charles Rousseau, par exemple) n'y consacrent même pas un chapitre : il faut, pour trouver des règles internationales relatives aux aspects économiques des relations internationales, se rendre aux chapitres concernant le Droit des conflits armés (commerce avec l'ennemi), le Droit de la mer (exploitation des ressources) ou le Droit des traités (clause dite « de la nation la plus favorisée »). Les règles internationales relatives au commerce sont généralement considérées comme des règles techniques dérivant de traités particuliers, dont la substance relève du Droit privé plutôt que du Droit international.

12 RAISONS DE L'ABSENCE. — Si l'intégration des règles internationales relatives à l'économie dans le reste du Droit international en vigueur va de soi après 1945, c'est à raison de tout ce qui les relie : les moments fondateurs des règles internationales relatives à l'économie (la Conférence et les accords de Bretton Woods en juillet 1944, les Conférences de Londres, Genève et La Havane en 1946-1947-1948 qui donneront naissance au GATT et à la Charte de La Havane ; on peut y ajouter la Conférence de la coopération économique européenne, à l'été 1947, à l'origine de l'OECE) sont proches dans le temps de l'établissement d'autres grands *corpus* de Droit international (la Charte des Nations unies en 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948) ; les États principalement à la manœuvre dans l'établissement de l'ordre international (les États-Unis et le Royaume-Uni) sont aussi ceux qui

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 29 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

sont à l'origine des textes relatifs à la monnaie (discussion entre le Britannique John Maynard Keynes et l'Américain Harry White à partir d'avril 1944) et au commerce (origine du GATT dans la proposition des États-Unis d'un « code multilatéral libéral » en novembre 1945). De même, l'esprit des règles et institutions économiques et celui des règles et institutions « générales » ou non économiques sont manifestement proches : on y retrouve les objectifs de paix et de « développement », le souci d'éviter l'unilatéralisme et donc l'invitation à négocier régulièrement, ou encore, afin de maintenir la pérennité du système, l'admission du fonctionnement oligarchique d'organisations-clés (les Membres du Conseil de sécurité des Nations Unies mais également ceux du Fonds monétaire international ont des poids différents dans l'adoption des décisions par exemple). Enfin, les règles « économiques » sont négociées dans le cadre onusien (origine du GATT dans un projet distribué à l'ECOSOC) ou préonusien (relations britannico-états-uniennes surtout), et les institutions qui sont établies (Fonds monétaire international [FMI], Banque internationale pour la reconstruction et le développement [BIRD]) et celles qui devaient l'être (Organisation internationale du commerce) appartiennent à la famille des Nations unies.

13 ÉPARPILLEMENT ET INEFFICACITÉ DU DIE. — Ce rattachement des règles économiques aux Droit international général et à celui des Nations unies se fait d'autant plus volontiers que, dans les décennies suivant l'après-guerre, les règles internationales « économiques » se révèlent vite d'une efficacité inégale et, bien souvent, limitée. En outre, elles sont particulièrement hétérogènes. Ainsi, des années 1940 aux années 1980, on compte de grandes organisations dans le domaine de la monnaie et de l'investissement public (le FMI et la BIRD, qui s'intégrera bientôt à la Banque mondiale) mais aucune organisation comparable n'existe dans le domaine du commerce. Ce dernier est certes régi par l'Accord sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), mais cet accord est provisoire et ne constitue qu'une petite partie d'un texte autrement ambitieux et équilibré, la Charte de La Havane. Celle-ci mettait les objectifs de plein emploi et de planification de l'économie au même rang que le libéralisme (ce qui paraît hérétique selon la

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 30 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

doxa des économistes actuels), mais elle n'est jamais entrée en vigueur. Durant les Trente Glorieuses, nombre de domaines importants du commerce ne sont donc réglementés par aucune règle multilatérale, tandis que de nombreuses règles bilatérales et plurilatérales (régionales notamment, que l'on songe aux Communautés européennes) s'y appliquent, de même qu'une multitude de règles nationales. De leur côté, les investissements transnationaux ne sont pas considérés comme un domaine séparé du commerce, et peu de règles internationales conventionnelles viennent les encadrer. Enfin, les politiques du FMI semblent davantage guidées par des considérations économiques, techniques ou politiques, que par des règles juridiques. Bref, de nombreux motifs invitent à cette époque à ne pas voir dans les règles relatives à la monnaie et au commerce (et encore moins dans celles, éparses, relatives à la finance), un ensemble systémique. C'est ce qui rend particulièrement surprenant et, au fond, *normatif*, le projet de certains universitaires d'inventer une discipline autonome : le Droit international économique.

B – Le DIE comme discipline autonome : une invention

14 APPARITION DE L'EXPRESSION « DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE ». — Pour l'essentiel, c'est pendant et surtout après la Seconde Guerre mondiale que l'expression « Droit international économique » apparaît. Elle le fait dans la doctrine de langue allemande et, singulièrement, en langue anglaise, sous la plume d'auteurs originaires d'Allemagne émigrés à Londres et à New York : Ernst Feilchenfeld et, surtout, Georg Schwarzenberger [2] et Andreas Lowenfeld. À partir du milieu des années 1970, ce dernier auteur publie à New York six tomes d'un immense ouvrage intitulé *International Economic Law* relatif au commerce privé, aux investissements privés, au contrôle du commerce à des fins « politiques », au système monétaire, aux aspects fiscaux des transactions internationales et au contrôle public du commerce international.

2. *The Province and Standards of International Economic Law*, ILCQ, 1948, p. 402 ; « The Principles and Standards of International Economic Law », *RCADI*, 1966-I, vol. 117, p. 5 ; *Economic World Order ? A Basic Problem of International Economic Law*, Manchester UP, 1970.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 31 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

En langue anglaise, l'usage de l'expression *International Economic Law* reste néanmoins marginale jusqu'au début des années 1980 [3]. Toujours dans cette langue, l'idée d'une branche spéciale qui serait le « Droit international économique » n'est activement promue dans les années 1980 que par un petit groupe de juristes de nationalité états-unienne, notamment John Jackson et Robert Hudec, et de nationalités allemande, autrichienne et néerlandaise, en particulier Pieter Verloren van Themaat, Norbert Horn, Ernst-Ulrich Petersmann et Ignaz Seidl-Hohenveldern. Par ailleurs, une poignée d'auteurs font de même en France et en Italie : Thiébaut Flory, Patrick Juillard et Dominique Carreau publient un manuel en langue française dès 1978 chez LGDJ, et Paolo Picone et Georgio Sacerdoti font de même en Italie en 1982 [4]. Durant la seconde moitié de la décennie 1980, la branche « DIE » gagne son entrée dans l'*Encyclopaedia of Public International Law* et l'Autrichien Ignaz Seidl-Hohenveldern ose en 1986 consacrer son cours *général* de Droit international au *seul* Droit international économique [5]. Les ouvrages se succèdent durant cette décennie, en particulier aux États-Unis. On trouve de nouveaux travaux mais également la réédition et l'actualisation d'anciens livres influents : cinq des six volumes du monumental traité d'Andreas Lowenfled sont réédités à New York ; et des ouvrages sur le GATT, notamment *World Trade and the Law of the GATT* de John Jackson (Bobbs-Merrill, 1969) et *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy* de Robert Hudec (Praeger Publishers, 1975) sont étoffés ou réactualisés respectivement en 1989 (*The World Trading System*, aux MIT Press) et 1990 (chez Butterworth Legal Press). Ils sont notamment suivis en 1991 d'un *Handbook* relatif au règlement des litiges dans le cadre du GATT, rédigé par le Luxembourgeois Pierre Pescatore et préfacé par Andreas Lowenfeld. Bref, durant les années 1980 et avec une nette accélération vers la fin de la décennie, un groupe de juristes très situés, dans des États et des villes favorables au capitalisme et au « libre-échange » et/ou perméables au néolibéralisme, prétendent avec de plus en plus de conviction fonder une discipline « DIE », originale et autonome.

3. S. Charnovitz, « The Field of International Economic Law », *JIEL*, 2014, vol. 17, p. 619.
4. P. Picone, G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economica*, Franco Angeli Ed., 1982.
5. I. Seidl-Hohenveldern, « International Economic Law: General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 198, p. 9.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 32 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

1. Le choix d'un DIE autonome

15 L'AUTONOMIE DU DIE COMME CHOIX. — Ainsi que le montre le débat qui a lieu en 1971 lors d'un fameux colloque de la Société française de Droit international à Orléans [6], l'émergence d'une discipline autonome formant davantage qu'« un chapitre parmi d'autres du droit international général » ou « une commodité de langage pour présenter un ensemble de matières » [7] ne va pas de soi. Au-delà de l'invocation, par les promoteurs d'un DIE autonome, de traits censés distinguer le DIE d'autres branches du Droit international (il serait particulièrement « réaliste »… ou au contraire particulièrement « idéal », il serait spécialement « flexible », etc.), les raisons de la promotion universitaire d'une discipline autonome apparaissent dès lors que l'on constate que, tout comme l'invention de la discipline « Droit international [8] » ou celle des « relations internationales [9] », celle du DIE est davantage un changement délibéré de la vision universitaire du Droit que le constat d'un nouvel objet déjà là, ou une réaction à des changements extérieurs [10].

16 ORIGINE DU CHOIX D'UN DIE AUTONOME DANS CELUI D'UNE DISCIPLINE ÉCONOMIQUE AUTONOME : PÉRIODE CONTEMPORAINE. — Comme l'avait bien vu Jean Charpentier dès 1971, la nature du DIE promu n'est pas tant liée à l'objet économique des règles qui le composent qu'à une certaine manière, normative, de voir l'économie et les rapports de l'économie et du Droit. Sur le plan méthodologique, les promoteurs du DIE comme discipline autonome retiennent globalement les choix communs aux économistes néo-classiques – spécialement Carl Menger –, aux économistes de l'école autrichienne – spécialement Ludwig von Mises –, aux économistes ordolibéraux – spécialement Wilhelm Röpke – et

6. *Aspects du droit international économique*, Pedone, 1972, p. 105 et s.
7. P. Weil, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », in *Ibid.*, p. 34, 117.
8. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, CUP, 2001.
9. N. Guilhot, *Inventing International Relations: Realism, the Rockfeller Foundation and the Rise of International Relations Theory*, Columbia University Press, 2011.
10. K.W. Abbott, « IEL: Implications for Scholarship », *University of Pennsylvania Journal of IEL*, 1996, nº 2, p. 506.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 33 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

néolibéraux – spécialement Friedrich Hayek [11] –, puis par la première vague des théoriciens de l'analyse économique du Droit (*Law & Economics*), spécialement Gary Becker et Ronald Coase. En particulier, consciemment ou non, ils adoptent le même *individualisme méthodologique*. Ce terme, inventé par l'économiste Joseph Schumpeter en 1908, signifie pour simplifier qu'il *faut* tenter d'expliquer la société à partir des individus plutôt que l'inverse, et voir la macro-économie comme une extension de la micro-économie ou son application à une ou plusieurs sociétés. Même si les tenants de l'individualisme méthodologique s'offusquent lorsqu'on le rappelle, cette approche présuppose de manière abstraite un individu « fondamental » ou « naturel » antérieur et indépendant des sociétés où, concrètement, les enfants naissent, grandissent et deviennent des êtres humains et autant d'acteurs économiques. De même, elle présuppose des relations micro-économiques, donc inter-individuelles, antérieures ou indépendantes des sociétés où, en réalité, elles se déploient selon des structures prédéterminées par ces sociétés.

Fondées sur ces présupposés individualistes, les pensées ordolibérale, néolibérale et de l'analyse économique du Droit se caractérisent également, surtout à partir des années 1980, par le projet d'étendre à tous les domaines – le Droit, la famille, l'éducation, la culture, etc. – des conceptions, des concepts et finalement des raisonnements et des jugements développés dans le cadre de l'analyse *microéconomique* des échanges économiques, spécialement des échanges marchands : conception individualiste de l'homme et de la société, conception libérale de la liberté, conception utilitariste

11. Le néolibéralisme est en principe distinct de l'ordolibéralisme allemand de Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth et, surtout, Wilhelm Röpke, qui inspira directement les traités à l'origine des Communautés européennes. Néanmoins, les deux se ressemblent beaucoup et c'est par exemple ce qui explique que W. Röpke et Friedrich Hayek aient cofondé la Société du Mont-Pèlerin. En particulier, les deux courants se revendiquent des débuts du libéralisme, mettent l'accent sur le libéralisme économique – dont le libéralisme politique ne serait qu'un appendice ou une conséquence – et insistent sur l'importance de l'État dans l'organisation, la garantie juridique et l'imposition par la sanction, du transfert de pouvoirs de nature politique et publique à des acteurs économiques privés. Néanmoins, l'ordolibéralisme d'un Röpke admet, contre le néolibéralisme d'un Hayek, la nécessité d'interventions de l'État pour assurer la concurrence, en particulier pour empêcher la formation de monopoles, et dans certaine mesure pour réagir aux situations sociales manifestement inéquitables. Bien qu'ils expriment tous deux la volonté de placer hors de la vie démocratique ordinaire les principes régissant la vie économique, l'ordolibéralisme insiste sur le fait qu'ils doivent à l'origine être choisis démocratiquement. De ce point de vue, il est moins incompatible avec la Démocratie que le néolibéralisme « strict ».

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 34 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

du bonheur au fondement de l'idée abstraite d'*homo oeconomicus*, concepts comme celui de « capital humain » cher à Gary Becker, et raisonnements comme celui de Ronald Coase qui se disait incapable de citer une seule règle de Droit ayant eu un effet positif sur l'économie. Le lien entre cette dernière opinion et l'individualisme méthodologique est particulièrement clair puisque, dans cette affirmation, l'économie est implicitement mais clairement conçue du point de vue des seuls dirigeants économiques individuels (c'est à eux et selon eux que la réglementation commune est censée ne jamais avoir été profitable), et non du bien commun à une société politique – un tel bien commun étant supposé rigoureusement impossible à dégager.

Cette orientation de la pensée économique et des rapports entre Droit et économie va avoir une influence importante sur le rôle qu'assignent au Droit les promoteurs du DIE des années 1970 et 1980 : l'idée majeure est que, contrairement à ce qui résulte généralement d'un encadrement démocratique de l'économie, le Droit doit *le moins possible* limiter, orienter et organiser les activités économiques afin que celles-ci profitent *directement* au bien commun : recettes fiscales, services publics, encadrement sanitaire, social ou démocratique, planification stratégique ou écologique, etc. Le Droit *doit* au contraire limiter, orienter et organiser l'ensemble de la vie économique afin de favoriser *certaines* activités économiques, essentiellement le commerce transnational privé et l'investissement transnational privé. Il doit le faire *indépendamment des finalités et des effets constatés* de ces activités, parce qu'elles sont censées produire, *indirectement mais nécessairement*, à long terme, des externalités favorables à chacun et ce faisant à tous. La réglementation de l'économie à d'autres fins que celles jugées pertinentes par ces courants économiques et celles des organisations patronales qui les soutiennent [12], est accusée d'être « politique » ; elle doit être limitée au

12. En 1980, la Société du Mont-Pèlerin qui s'est voulue et a été le principal incubateur de la pensée néolibérale était composée pour un quart de ses membres de dirigeants d'entreprises. Créée en 1947, elle a été financée par des fondations privées américaines et des organisations patronales comme le Conseil national du patronat français. Ses conférences ont été elles aussi financées par des organisations patronales ou directement par de grandes entreprises comme Yves Rocher ou Michelin en France. Après la scission qu'a connu la société au début des années 1960 et qui a vu partir des membres éminents de la mouvance ordolibérale comme W. Röpke, la convergence globale et croissante des vues des membres de la Société avec le patronat est frappante. Sur la proximité du patronat et de la Société du Mont-Pèlerin, voir not. : F. Denord, « Le prophète, le pèlerin et le missionnaire. La circulation internationale du

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 35 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

maximum et ne peut être considérée, au regard du Droit proprement « économique », c'est-à-dire de tendance politique néolibérale, capitaliste ou au moins croissantielle, que sous la forme d'une exception étroitement contrôlée.

17 LIEN ENTRE AUTONOMIE DU DIE ET AUTONOMIE DE LA DISCIPLINE ÉCONOMIQUE : ORIGINE. — Fondamentalement, la conception néolibérale des pratiques économiques et de leur réglementation – qui doit favoriser, non les opérations économiques jugées utiles socialement par le personnel politique ou le peuple, mais celles jugées utiles à long terme par les économistes ou les entrepreneurs – repose sur une conception de la discipline économique héritée du XVII^e^ et, surtout, du XVIII^e^ siècles. Cette discipline, qui va cesser d'être envisagée comme « économie politique » pour l'être comme une « science économique », détermine la manière dont les universitaires juristes conçoivent les règles s'appliquant à l'économie, encore aujourd'hui. En effet, « la constitution de l'économie comme discipline autonome, qui s'amorce au XVII^e^ siècle, va de pair avec l'affirmation de l'existence, dans le domaine des relations économiques entre individus, classes sociales et nations, de lois analogues aux lois qui régissent le monde physique […] [13] ». Selon l'adage antirépublicain des physiocrates, la « secte des économistes » de François Quesnay, qui influença notamment Turgot : « De la nature : le droit, l'ordre et les lois ; de l'homme : l'arbitraire, le gouvernement et la contrainte » (*Ex natura, jus, ordo, et leges. Ex homine, arbitrium, regimen, et coercitio*). Ici, le Droit, l'ordre et la loi sont *opposés* à l'homme, sa volonté et celle du gouvernement, autrement dit à la politique et notamment à la Démocratie : les aspects économiques des relations sociales doivent être régis par un Droit, un ordre et des lois dégagés par les économistes « scientifiques » et « protégés » contre la politique, le gouvernement, les hommes ordinaires.

Les économistes « qui postulent l'universalité et la pérennité de lois économiques naturelles » s'opposent « à ceux qui », à l'instar

néo-libéralisme et ses acteurs », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2002, vol. 145, n° 5, p. 9-20.

13. G. Dostaler, « Les lois naturelles en économie. Émergence d'un débat », *L'Homme & la Société*, 2008, vol. 170-171, n° 4, p. 71.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 36 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

plus tard de John Maynard Keynes, « mettent l'accent sur la diversité des sociétés, dans le temps et dans l'espace [14] », ainsi que sur le rôle des règles et statuts sociaux, politiques et juridiques, autrement dit des décisions et institutions humaines dans la formation des marchés ou des prix [15]. Or, la conception de l'économie mondiale et spécialement du commerce qui est retenue par les « inventeurs » du DIE dans les années 1980, puis dans les institutions internationales et les textes juridiques des années 1990, est clairement celle d'économistes « naturalistes » comme Jean-Baptiste Say et David Ricardo, Léon Walras et Friedrich Hayek ou plus récemment Milton Friedman et Gary Becker. Ils sont d'ailleurs tous, à l'inverse du John Maynard Keynes de la maturité, des apôtres d'un « libre-échangisme » illimité. On note ainsi un lien net entre *conception de la discipline économique* (qui serait régie par des règles scientifiques pouvant être dégagées par des experts), *conception des bonnes politiques économiques* (des politiques définies par ces experts, suivant les « règles de l'économie » et non par des hommes politiques suivant les aspirations sociales ou des considérations « non économiques »), *conception de la discipline DIE* (dont l'objet serait exclusivement les règles juridiques portant sur une économie isolée et purifiée par des experts), et *conception du bon DIE positif* (celui-ci devant protéger « l'économie », c'est-à-dire en pratique essentiellement les actionnaires et les dirigeants d'entreprises transnationales, des réglementations nationales et internationales tournées vers des intérêts communs).

18 L'AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE : UNE REVENDICATION POLITIQUE. — Le point fondamental ici – comme le notait dès 1944 l'économiste hongrois Karl Polanyi dans *La Grande Transformation* [16] – est le refus de reconnaître l' « encastrement » de l'économie et de ses règles dans des systèmes normatifs et institutionnels – juridiques et non juridiques – largement choisis et modifiables par les membres d'une société agissant collectivement. Le refus, par de petits groupes actifs, d'admettre une réglementation commune et

14. *Ibid.*, p. 72.
15. Voir par ex., dans la période contemporaine : P. Jorion, *Le Prix*, Flammarion, 2016.
16. K. Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, 1944, édité en français chez Gallimard, 1983.

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 37 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

démocratique de l'économie a pour corollaire leur tentative d'imposer à toutes et tous des règles dites *purement économiques*, quel que soit l'avis du grand nombre à propos de leur opportunité. Cette manière de concevoir l'économie et le Droit économique va, de manière inattendue, être consacrée dès l'après-guerre par la substitution du GATT à la Charte de La Havane. En effet, le choix fait dans la Charte de La Havane de penser les questions d'emploi et de reconstruction *avec* le commerce transnational est un choix typiquement keynésien. À l'inverse, celui d'isoler du reste de la Charte le chapitre promouvant et organisant la déréglementation tarifaire généralisée, chapitre qui deviendra le GATT et qui met en place cette déréglementation (presque) *indépendamment du contexte et de ses effets* [17], est typiquement « libre-échangiste ». En effet, un tel choix repose sur le pari libéral puis néolibéral que l'augmentation immédiate des marges des entreprises exportatrices, c'est-à-dire en pratique essentiellement des grandes entreprises [18], va augmenter le

17. Sur les circonstances de ce choix en décalage avec l'esprit keynésien de la Charte, son impulsion par les États-Unis et les résistances de représentants non occidentaux, par ex. ceux de l'Inde, voir D.A. Irwin, P.C. Mavroidis, A.O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, CUP, 2008, p. 105-106.

18. Les entreprises principalement avantagées par ces règles sont les ETN. Au cœur de l'économie mondiale, celles-ci ont plus que décuplé ces cinquante dernières années. On les estime aujourd'hui à plus de 80 000, et leurs filiales à 850 000. Pourtant, par rapport à l'ensemble des entreprises existantes, les ETN sont peu nombreuses. D'abord, les entreprises exportatrices ne sont elles-mêmes qu'une infime minorité. Ensuite, parmi ces entreprises, la plupart n'interviennent que marginalement sur les marchés étrangers, soit parce qu'elles exportent uniquement vers un petit nombre d'États, soit parce que la valeur de leurs exportations est faible. En moyenne, plus une entreprise est petite, moins elle exporte ; et moins elle compte de capitaux et de salariés au départ, moins elle est encline à exporter (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2016. Égaliser les conditions de commerce pour les PME*, p. 33). En 2020 aux États-Unis, les grandes entreprises ne représentaient par ex. que 2,7 % des exportateurs, mais elles réalisaient plus des deux tiers des exportations (*A Profile of US Importing and Exporting Companies 2019-202*0, n° CB22-57). La même année en France, les grandes entreprises, qui ne représentaient que 0,5 % des exportateurs, réalisaient plus de 50 % des exportations (en valeur), et 1 % des exportateurs réalisaient plus de 70 % de ces exportations. Symétriquement, 95 % des exportateurs étaient des PME et des micro-entreprises, mais elles n'effectuaient que 13 % des exportations (*Douanes & droits indirects / Statistique publique. Les opérateurs du commerce extérieur, Année 2020*, 8 avr. 2021). Par ailleurs, les PME et micro-entreprises sont nombreuses à cesser d'exporter chaque année. Le commerce, et d'abord le commerce intra-entreprise, est essentiellement une affaire de très grandes entreprises, déjà transnationales. Aussi, l'investissement de la classe politique dans la conclusion de traités favorisant le commerce transnational, même s'ils incluent désormais souvent des dispositions à destination des PME, est principalement tourné vers les profits de ces très grandes entreprises. En apparence, les entreprises qui exportent sont les plus productives (elles produisent plus de « valeur » avec la même quantité de travail) ; seules les plus productives peuvent espérer réaliser des ventes à l'étranger suffisamment importantes pour couvrir les coûts fixes associés (promotion des produits, recherche d'un partenaire commercial, mise en place de

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 38 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

niveau des échanges marchands – ce qui est au moins intuitif – et que cela ne va produire que des effets bénéfiques pour tous à long terme – ce qui est plus difficile à défendre. Du point de vue de l'instrument qui va concrètement dominer la réglementation du commerce jusqu'en 1995, ce choix consiste à combiner deux attitudes : d'une part, mettre en place des règles efficaces visant l'accroissement du commerce transnational par la baisse des recettes douanières des États, et implicitement par l'abaissement de l'ambition des réglementations nationales ; d'autre part, n'adopter dans le même instrument aucune règle visant à éviter ces effets délétères – règles fiscales, de Droit du travail, de l'environnement, etc. – et ne les admettre qu'à titre d'exceptions marginales. Aussi, l'abandon définitif de la Charte de La Havane au profit du GATT en 1950 traduit, dans le champ du Droit, la victoire d'une école économique libérale ou néolibérale, pourtant minoritaire après-guerre, sur une autre, keynésienne, majoritaire mais déjà contestée notamment aux États-Unis.

Dans les décennies d'après-guerre, la plupart des acteurs politiques et des juristes internationalistes ne conçoivent pas le GATT de manière déconnectée du reste du Droit international. En d'autres termes, si le GATT n'aborde pas les questions de perte de recettes de l'État, d'emploi, de Droit du travail ou encore de justice sociale, le personnel politique et les universitaires juristes envisagent volontiers les règles relatives à ces questions comme devant s'appliquer de concert avec celles du GATT. C'est également l'orientation des États décolonisés dans le cadre du Nouvel ordre économique international (NOEI), qui lient dans les années 1960-1970 les aspects économiques et les aspects politiques et sociaux des relations inter et transnationales. En effet, ils dénoncent l'ancrage de l'ordre écono-

procédures de déclaration en douane et de nouvelles méthodes comptables, traduction des notices et catalogues, mise en conformité du produit aux règles de l'État importateur, etc.), pour se lancer sur les marchés d'exportation et affronter le risque supplémentaire issu des coûts variables (coût de transport, droits de douane *ad valorem*, etc.). En réalité, le lien de causalité est inverse : c'est dans les années suivant la décision d'exporter que les entreprises deviennent généralement plus productives et qu'elles font davantage de bénéfices. En d'autres termes, les règles internationales relatives au commerce et à l'investissement n'avantagent pas les entreprises qui sont déjà objectivement les plus productives ; elles rendent au contraire plus rentables les entreprises disposant de suffisamment de capitaux pour exporter massivement, en faisant peser les coûts associés sur les entreprises de taille plus limitée, sur les salariés, les consommateurs et les citoyens (coûts fiscaux, sociaux, environnementaux…).

Pixellence - 21-09-23 10:00:27 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 39 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

mique dans une histoire coloniale et contestent l'inéquité de ses implications sociales. Cette dernière approche, égalitaire sur un plan politique, et holistique et macro-économique sur un plan méthodologique, est précisément ce que rejettent les courants économiques précités (néolibéraux et de l'analyse économique du Droit en particulier) et les promoteurs du DIE comme discipline autonome dans les années 1970-1980. Le choix de ces derniers est en effet de considérer comme proprement « économiques » les seules règles favorables à la transnationalisation de l'économie et aux profits des entreprises exportatrices et des investisseurs, en écartant les autres.

En général, les règles favorisant la transnationalisation de l'économie sont présentées comme « économiques » parce que portant sur l'économie. Mais, comme de nombreuses règles portant manifestement sur l'économie sont exclues du DIE au motif qu'elles sont « politiques » (en réalité, parce qu'elles ne correspondent pas aux vœux des dirigeants d'ETN : règles visant à éviter l'érosion de la base fiscale, règles de Droit du travail, « sanctions » économiques, règles encadrant le commerce dans des buts écologiques, etc.), il est clair que l'objet économique ou non économique des règles n'est pas le critère pertinent. L'argumentation fondée sur l'objet des règles dissimule ainsi une argumentation fondée sur l'opposition de règles censées être politiques (parce que voulues par les élus, les salariés, les consommateurs, etc., acteurs qui sont décrits comme en dehors du monde économique) et de règles (souhaitées par les dirigeants de grandes entreprises transnationales, compris comme *le* monde économique) censées transcrire de manière « pure » les règles « objectives » et « inévitables » de « l'économie ».

2. Éléments structurants et unité du DIE

19 APPROCHE GLOBALE. — L'approche adoptée par les inventeurs du DIE dans les années 1980 consiste à envisager et interpréter *certaines* règles affectant les opérations économiques transnationales et à encadrer les débats s'y rapportant. Plus précisément, elle consiste à les envisager et les interpréter en s'émancipant, à un degré ou un autre, de trois choses : premièrement de *typologies*

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 40 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

juridiques structurantes, deuxièmement du *principe de l'égale souveraineté*, et troisièmement des implications des règles et institutions internationales *générales*, et même de *la plupart des règles et institutions internationales* ayant des objets ou implications économiques, mais *visant d'autres objectifs que la croissance économique mondiale*. Ce n'est cependant pas que négativement que les inventeurs du DIE conçoivent ce dernier dans les années 1980. Son *unité* se trouve dans un projet de politique économique : le « consensus de Washington ».

20 LE REJET DES TYPOLOGIES STRUCTURANTES DU DROIT. — Dans les travaux précurseurs que nous avons mentionnés, les chercheurs tirent généralement de la spécificité de l'objet économique des règles ou des affaires étudiées, le manque de pertinence de la dichotomie entre Droit public et Droit privé, entre Droit international et Droit national, et – assez souvent quoique dans une moindre mesure – entre Droit « dur » et Droit « mou ». Hier comme aujourd'hui, la tendance des règles, des institutions et des décisions « économiques » à transcender les catégories du Droit public et du Droit privé est un thème récurrent des travaux doctrinaux spécialisés, en même temps qu'un motif de satisfaction de leurs auteurs. Il en va ainsi en Droit « international » économique comme en Droit économique « transnational » ou en Droit « global » (voir **n° 34 et s.** et **n° 40 et s.**).

L'une des plus importantes conséquences de cette approche est que les promoteurs du DIE ont eu tendance à souligner combien l'État agit parfois comme une personne privée (alors qu'on peut montrer que même les activités apparemment privées de l'État sont liées à des aspects de Droit public, en particulier à son budget), et à rapprocher l'importance des acteurs privés de celle des États. Cela leur a notamment permis de relativiser la hiérarchie entre États et entreprises et à justifier et valoriser l'« autorégulation » des grandes entreprises, plutôt que leur réglementation unilatérale par des outils de Droit international aux mains des États ; cela les a poussé à prôner l'attribution aux ETN de droits, de droits d'actions et de différents avantages initialement réservés aux États en Droit international (en particulier celui de choisir une partie des membres des tribunaux allant les juger), tout en s'opposant, de manière à première vue paradoxale, à la consécration d'obligations internatio-

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 41 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

nales et à la responsabilité internationale des entreprises transnationales (l'application de la logique d'indifférenciation du public et du privé cessant dès qu'il s'agit de faire porter une charge « publique », parfois même une charge privée, aux acteurs privés les plus puissants).

Le choix d'intégrer l'étude du Droit *national* au titre du DIE, et parfois la proclamation de l'obsolescence de la distinction du Droit international et du Droit national s'expliquent quant à eux par le fait que les règles applicables aux relations économiques transnationales ont longtemps principalement relevé du Droit national (c'est d'ailleurs toujours en grande partie le cas). Examiner ensemble, au titre du DIE, les règles internationales et les règles nationales les plus influentes (*i.e.* états-uniennes et européennes, plus rarement japonaises) visait alors à donner le sentiment que le Droit international relatif aux opérations économiques n'était pas « mou » ou extrêmement lacunaire, et formait au contraire déjà un corps de règles bien constitué. Une approche moniste concordait en outre dans de nombreux cas avec le projet d'augmenter l'influence des énoncés positifs du DIE sur les Droits nationaux, et avec un projet cosmopolitique ou de constitutionnalisme global (chez Ernst-Ulrich Petersmann par exemple).

21 LE REJET DU PRINCIPE D'ÉGALE SOUVERAINETÉ. — De manière encore plus frappante, les universitaires européens et états-uniens qui, des années 1970 aux années 1990, travaillent à l'émergence d'un DIE « autonome », récusent ou relativisent les principes ou l'importance des principes d'égalité et de souveraineté des États. Ils préfèrent au principe d'égalité la dichotomie entre développés et non développés qui prolonge celle passée de mode des civilisés et des non civilisés (voir **n° 124 et s.**). Quant au principe « démodé » (John Jackson) de souveraineté ou d'indépendance, ils l'atténuent par l'invocation d'un « principe d'interdépendance » ou le remplacent par cette fameuse interdépendance. Pourtant, l'interdépendance des économies, des personnes privées ou des États n'a rien d'un principe et constitue un fait – d'ailleurs assez flou, relatif et variable dans le temps – et surtout, l'un des *objectifs* principaux des universitaires qui l'invoquent : le projet défendu consiste en effet

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 42 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

à permettre l'expansion maximale d'acteurs économiques transnationaux et la plus grande fluidité de leurs transactions en multipliant les interdépendances et en neutralisant les effets du pluralisme politique, c'est-à-dire du découpage du monde en États, donc de l'autodétermination des nations. Pour citer un précurseur ordolibéral de ce projet, il s'agit de « réduire à un minimum la signification économique de la coexistence d'États différents, avec leurs ordres juridiques différents, leurs frontières, leurs systèmes administratifs et leurs nationalités séparées. De cette manière, le processus économique [est] transféré de la sphère de l'administration, du droit public, des juridictions pénales, bref de l'"État", à la sphère du marché, du droit privé, de la propriété [19] ».

Dans les années 1970 et surtout 1980, nombre d'universitaires occidentaux proclament ainsi leur méfiance à l'égard de l'égalité et de la souveraineté des États. Surtout, ils affirment leur confiance dans les bienfaits de la neutralisation de l'autonomie du pouvoir normatif de chaque État. À la même époque, les États décolonisés travaillent, à l'Assemblée générale des Nations unies, à faire reconnaître toutes les implications du principe d'égale souveraineté dans le domaine du commerce et de l'investissement, reconnaissance qui mène selon eux à instaurer un NOEI (voir **n° 138 et s.**). Autrement dit, en rejetant ou relativisant les principes d'égalité et de souveraineté et en interprétant les traités de manière à limiter la portée de ces principes, les promoteurs occidentaux du DIE prennent politiquement position contre le NOEI et les revendications des États sortant du joug colonial – les consécrations juridiques de ces revendications étant rejetées hors du DIE. Sur le plan juridique, ce positionnement a des conséquences considérables. Il explique l'importance inhabituelle que ces promoteurs universitaires du DIE attribuent aux actes juridiques unilatéraux des États occidentaux (voir **n° 89 et s.**), les justifications qu'ils trouvent au caractère officiellement ou officieusement oligarchique de grandes organisations internationales économiques comme le FMI, ou encore leur inclinaison à limiter la portée du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles (voir **n° 362-363** et **note 50**).

19. W. Röpke, « Economic Order and International Law », *RCADI*, 1954, vol. 86-II, p. 224.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 43 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Assez logiquement, le rejet des oppositions public/privé et international/national, ou celui de l'importance du principe d'égale souveraineté par les promoteurs d'un DIE « autonome » les mènent à rejeter la pertinence d'un Droit international traditionnellement conçu comme un Droit public de source interétatique, fondé sur le principe d'égale souveraineté. Bien que la pensée de chaque auteur ait ses spécificités, les défenseurs du DIE « étroit » et « fermé » ont eu et ont toujours tendance à affirmer que le DIE s'émancipe de la plupart des règles et institutions internationales. Plus précisément, leur rejet est triple.

22 LE REJET D'UNE GRANDE PARTIE DES RÈGLES COUTUMIÈRES. — Tout d'abord, de nombreux auteurs importants des années 1970-1980 excluent du DIE tout ou partie des règles *coutumières* portant directement ou indirectement sur les relations économiques transnationales. C'est par exemple le cas, pour l'essentiel, d'ouvrages fondateurs comme *The Changing Structure of International Economic Law* en 1981 (de P. Verloren Van Themaat), et plus tard *Legal Problems of International Economic Relations* en 1986 puis en 1995 (de J. Jackson et W. Davey) et *The World Trading system* en 1989 puis en 1997 (J. Jackson). En 1989, un auteur constatait d'ailleurs que « le droit international coutumier a globalement été ignoré des analyses du droit international économique [20] ». Les ouvrages cités, pour être plus précis, considèrent favorablement l'ensemble des règles coutumières qui avantagent les commerçants et les investisseurs, c'est-à-dire les règles coutumières relatives au traitement des étrangers, à la protection de la propriété des investisseurs et au principe « *Pacta sunt servanda* ». En revanche, au moins certains d'entre eux ne mentionnent même pas des règles coutumières aussi importantes que le principe d'égale souveraineté, les immunités d'État, ou le pouvoir de l'État de réglementer librement les opérations économiques se déroulant sur son territoire. Aucun n'insiste là-dessus. Tout au contraire, ils confèrent une importance indue à l'idée étrange que la « clause de la nation la plus favorisée » pourrait être coutumière, autrement dit que les États auraient renoncé, sur un

20. S. Zamora, « Is There Customary International Economic Law? », *German Yearbook of International Law*, vol. 32, p. 10 (notre trad.).

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 44 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

plan général, à l'idée de traitements différenciés suivant leurs partenaires [21]. Le choix d'intégrer dans le DIE les normes coutumières favorable aux intérêts des investisseurs et dirigeants d'entreprises exportatrices et d'insister sur elles est présentée comme une description du Droit coutumier pertinent en matière économique. En même temps, le choix d'exclure celles qui sont importantes pour l'économie transnationale mais visent d'autres finalités, comme le maintien du pluralisme politique ou la protection du bien commun, n'est pas même explicitement mentionné.

Naturellement, l'immense majorité des spécialistes ont été contraints d'admettre le rôle des régimes coutumiers des traités ou de la responsabilité de l'État dans les décisions juridictionnelles de DIE (voir **n° 79**). Toutefois, ils ont alors généralement eu – et ont toujours – tendance à réduire les fonctions du Droit international général à celles de soutien et d'exécution de la « superstructure optionnelle » (selon l'expression de G. Schwarzenberger) fixée par des traités économiques. Autrement dit, plutôt que de rechercher les implications des règles coutumières générales sur les aspects économiques des relations internationales et transnationales, ils affirment à cette époque que leur effet normatif sur les relations économiques est limité. À partir de cette prémisse, ils sous-estiment la portée du principe coutumier d'égale souveraineté [22], inclinent à considérer que toute règle conventionnelle peut entièrement déroger aux règles coutumières primaires et secondaires, et surtout qu'une contradiction entre une règle coutumière et une règle conventionnelle exclut la prise en compte de toute règle coutumière (sur cette question, voir **n° 84** et **note 84**). Plus généralement, ils ont une approche extrêmement restrictive du Droit international coutumier, tout spécialement lorsque celui-ci dérive du principe d'égale souveraineté.

21. Pour un cas typique d'une approche ayant ces caractéristiques, voir l'ouvrage très influent de J. Jackson, *The World Trading System*, publié pour la première fois au MIT Press en 1989, p. 21-23, dans une 2de éd. en 1997 (au moins 3 réimpressions), p. 25-27, et repris *in* W. Davey, A. Sykes, J. Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials, and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, West Group, 1995 (3e éd.), p. 269, et encore, en 2002 (4e éd), p. 194.
22. Comme le note par ex. J.E. Viñuales pour le Droit des investissements : « Customary Law in investment regulation », *Italian Yearbook of International Law*, 2013, vol. 23, p. 25.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 45 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

23 LE REJET DES RÈGLES CONVENTIONNELLES OU DÉRIVÉES À FINALITÉ NON CROISSANTIELLE. — Ensuite, les promoteurs d'un DIE autonome excluent très généralement de ce *corpus* les règles d'ordre économique visant des objectifs autres que croissantiels. Ont par exemple été bannis des manuels de Droit international économique ce que l'on appelait le « Droit international du développement » dans les années 1970 et 1980, ou les règles relatives au financement international des investissements publics, au motif implicite que, ne visant ni les investissements privés, ni la croissance économique des États occidentaux, ils ne relevaient pas du DIE économique strictement entendu. Ont aussi été assez explicitement exclues les règles de Droit international du travail ou celles relatives aux droits économiques, sociaux et culturels. Moins officiellement si l'on peut dire, mais de manière nette chez beaucoup d'auteurs (mais non tous), ont encore été exclues la plupart des règles internationales portant sur les domaines suivants, lorsqu'ils ne touchent pas au commerce, à l'investissement, à la monnaie ou à la finance : fiscalité, énergie, transports, agriculture, pêche, télécommunications, Internet, espaces maritime, fluvial, aérien et spatial, aspects économiques des conflits armés, de l'occupation militaire, et des successions d'État.

Théoriquement, ce choix d'une conception étroite du DIE ou la critique d'une approche large [23] repose sur les présupposés qu'il existe des relations économiques *per se* et que celles-ci doivent être encadrées par des règles ayant des « objectifs économiques ». Elle ignore délibérément ou inconsciemment le fait que toute relation sociale a de multiples aspects dont un aspect économique qui est étroitement relié à d'autres (sentimental, éthique, etc.), ainsi que le fait qu'il n'y a pas d'objectif exclusivement économique mais uniquement des objectifs de *politique* économique. En effet, il est difficile de considérer que les règles relatives au travail des salariés, aux droits économiques des citoyens ou à l'investissement public portent sur l'économie de manière uniquement marginale L'exclusion de la sphère du DIE de facteurs de production aussi incontournables que le travail, les services éco-systémiques ou l'investissement public fait

23. Là encore, voir not. J. Jackson, *The World Trading System*, *op. cit.*, 1989, p. 21-22, ou 1997, p. 25-26, repris *in* W. Davey, A. Sykes, J. Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations…, op. cit*., 1995, p. 268, ou 2002, p. 193-194.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 46 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

ainsi ressortir le choix idéologico-politique d'axer la matière sur la protection et la fructification juridiques du capital financier privé. De même, si l'étude des conventions relatives au commerce des espèces protégées, à celui des déchets ou des produits toxiques n'est pas menée, et si ces règles ne sont d'ordinaire même pas mentionnées, ce n'est pas parce que ces instruments internationaux ne portent pas sur le commerce, mais parce qu'ils l'organisent autour de finalités autre que le démantèlement des législations étatiques en vue d'accroître le volume des échanges marchands. En pratique, cette option méthodologique aux raisons politiques revient à exclure du cadre du DIE toute règle applicable aux opérations économiques poursuivant des objectifs autres que croissantiels.

24 LE REJET DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES GÉNÉRALISTES. — Enfin, dès avant les changements considérables introduits dans les années 1990, il s'agissait pour les tenants du DIE étroit et fermé, d'éviter que les questions économiques soient abordées de manière « ouverte » idéologiquement et « géopolitiquement » dans des organisations internationales « politiques » ; ils souhaitaient soustraire le règlement des différends internationaux ayant un aspect économique à des juridictions internationales statuant sur la base de textes visant des objectifs variés (et non seulement croissantiels ou même plus étroitement capitalistes et libéraux). Dans une veine libérale traditionnelle, les universitaires occidentaux pro-DIE préconisaient donc très généralement un traitement des questions économiques mondiales hors de l'Organisation des Nations unies, par des organismes techniques composés d'experts, c'est-à-dire en pratique par des institutions très fermées en termes d'idéologie politique et économique comme en termes sociologiques (voir **n° 118-123** et **n° 159 et s.**). De même, ces auteurs critiquaient systématiquement les décisions rendues en matière économique par des tribunaux internationaux « généralistes » comme la Cour internationale de justice (voir **n° 196**), et disaient même parfois leur préférer un règlement des litiges par un organisme lui-même partie au litige, ou un règlement par des organisations comme le FMI dont la composition est officiellement ploutocratique.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 47 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

25 FACTEURS D'UNITÉ ET DE COHÉRENCE DU DIE PROJETÉ : LE CONSENSUS DE WASHINGTON. — La triple exclusion décrite ci-dessus s'explique par le fait que c'est pour mettre en œuvre une conception idéale des politiques et réglementations économiques que le DIE a été inventé par certains universitaires occidentaux dans les années 1980. L'unité et la cohérence du DIE alors promu ne tiennent pas à son objet « économique ». Ce qui unit les instruments de protection de la propriété des investisseurs, et ceux de protection de la propriété intellectuelle, les traités organisant le démantèlement des législations tarifaires et non tarifaires des États, les politiques d' « aide au développement » de la Banque mondiale (désormais généralement intégrées aux manuels) et les plans d'ajustement structurel du FMI, c'est qu'ils visent tous théoriquement un objectif général de croissance économique mondiale et surtout mettent en œuvre une même idéologie.

L'idéologie mise en œuvre par ces règles est généralement désignée sous l'expression « consensus de Washington ». Le plus souvent employée pour identifier et réunir les politiques économiques inspirées de l'École de Chicago, notamment de Milton Friedman, sur lesquelles la Banque mondiale, le Fonds monétaire international et le Département du Trésor des États-Unis se sont entendues au début des années 1990, cette expression renvoie plus précisément à ce qui faisait globalement consensus à Washington en 1990, concernant la situation économique des États latino-américains. Dans un article fameux publié la même année par l'économiste états-unien John Williamson [24], celui-ci cite, à côté d'autres politiques économiques préconisées par Washington (par ex. privatisation des entreprises publiques et adoption d'un taux de change unique et « compétitif »), la déréglementation du commerce extérieur (« libre-échange »), l'abolition des réglementations limitant l'investissement direct venant de l'étranger (en particulier, on s'en doute, en provenance des États-Unis), le strict respect des droits formels de propriété, y compris de propriété intellectuelle, et la stabilité monétaire. De manière frappante, ces finalités politiques faisant consensus à Washington en 1990 sont celles des *corpus* normatifs identifiés par

24. « What Washington Means by Policy Reform », *in* John Williamson (Ed), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, DC: Institute for International Economics, 1990.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 48 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

les universitaires (et bientôt par les gouvernants) occidentaux pour former l'armature du DIE. Pour cette raison, toutes les règles qui s'appliquent aux relations économiques transnationales sans se rattacher aux objectifs faisant consensus à Washington – des règles coutumières internationales aux décisions de la Cour internationale de justice, des sanctions du Conseil de sécurité aux règles techniques de l'aviation civile, des droits économiques de l'homme au Droit du développement largement entendu – sont globalement exclues du champ du DIE, tandis qu'y sont étrangement intégrés, par exemple, de larges pans du Droit des États-Unis ou nombre de contrats conclus entre entreprises et États étrangers.

Ainsi, l'invention de la matière reposait sur une certaine vision de ce *devait être* le Droit international de l'économie. Loin d'être sans influence, cette vision idéale d'une discipline « DIE » étroite et fermée, apparemment tournée vers les intérêts des dirigeants et actionnaires des grands acteurs économiques transnationaux, allait trouver une forme de réalisation concrète, en Droit positif, dans les années 1990-2000.

II | Les années 1990-2000 : la consécration « positive » de l'autonomie du DIE

26 « POSITIVATION » DU PROJET DE DIE AUTONOME. — Déjà à l'œuvre dans le Droit des décennies antérieures, mais surtout propulsées par la nouvelle vision avancée par les universitaires économistes et juristes, les trois tendances « séparatistes » précitées vont influencer les décisions les plus importantes des gouvernants et de leurs experts à l'origine du tournant du DIE dans les années 1990. Du côté du Droit des investissements tout d'abord, cette décennie est marquée par la multiplication des accords bilatéraux de promotion et de protection des investisseurs (APPI). Ces accords et les décisions arbitrales rendues sur leur base à la demande des investisseurs deviennent le centre de gravité de ce Droit, et marginalisent le rôle joué jusque-là par le Droit coutumier et les résolutions de l'Assemblée générale. L'APPI passe du statut de figure

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 49 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

conventionnelle relativement marginale à celui de traité le plus souvent conclu (voir **n° 353** et **n° 364**). Profitant de leur « victoire » de la Guerre froide et du besoin en capitaux de nombreux États décolonisés ou issus de la décomposition de l'URSS et de la Yougoslavie, les États occidentaux concluent plus de deux milliers d'APPI. Ceux-ci réduisent à néant l'effort pluri-décennal des États non occidentaux, au sein de l'Assemblée générale des Nations unies, visant à réorienter multilatéralement le Droit des investissements vers davantage d'équilibre entre investisseurs étrangers et États hôtes de l'investissement. L'immense majorité des APPI conclus comportent en outre des clauses de règlement des différends qui soustraient les différends d'investissement aux cours nationales et aux cours internationales permanentes, et les confient à des tribunaux arbitraux structurellement plus favorables aux investisseurs privés. Le Droit coutumier et celui des Nations unies s'effacent alors derrière une forêt de traités bilatéraux, tandis que les juges ordinaires du Droit des investissements, les juges nationaux, sont mis à l'écart.

Dans le domaine du commerce, l'aboutissement du cycle de négociation dit « de l'Uruguay » (1986-1994), c'est-à-dire la conclusion de l'Accord de Marrakech, entré en vigueur le 1er janvier 1995, et la fondation de l'OMC constituent un point de rupture solennel : les règles du commerce des marchandises sont étendues aux services et aux droits de propriété intellectuelle ; une organisation internationale puissante située hors du système des Nations unies est établie ; enfin et surtout, les Parties aux accords s'engagent sans réserve à respecter l'intégralité d'un « engagement unique » composé d'une trentaine d'accords et décisions assimilés, à s'en tenir à des concessions tarifaires précisées sur plus de 26 000 pages, et à accepter la compétence d'un Mécanisme de règlement des différends (MRD) assorti d'un système d'exécution et de sanction (ou plus exactement un système d'encadrement des mesures étatiques ayant ces objets).

27 CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉVOLUTION. — Dans le cas de l'investissement comme dans celui du commerce, deux traits de l'évolution frappent : d'abord, le rejet politique du Droit et des juridictions du système des Nations unies (en particulier dans le cas

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 50 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

de l'OMC), ainsi que le refus de la compétence des juges « généralistes », qu'ils soient nationaux ou internationaux, dans le traitement des questions économiques. Prise dans un moment-clé, cette double décision idéologico-politique consiste à minorer, dans la détermination des règles et dans le règlement des différends relatifs aux aspects économiques des relations sociales, les considérations d'intérêt général jugées *non* économiques. Ensuite, le tournant du Droit international de la déréglementation commerciale et du Droit international de la protection des investisseurs dans les années 1990 est caractérisé par la réussite des États occidentaux à reléguer entièrement le NOEI et le Droit du développement pour le remplacer, dans des traités, par une orientation néolibérale. Plus encore, ils parviennent à placer ce choix dans une « forteresse » juridique particulièrement difficile à prendre (en Droit de l'OMC, un très grand nombre d'engagements formant un engagement unique, à prendre ou à laisser ; en Droit des investissements, un très grand nombre de traités bilatéraux contenant des clauses d'extension des avantages et souvent des clauses « de survie », voir **n° 372 et s.** et **n° 385**), et de lui donner une capacité d'influence sans précédent.

On peut également noter l'apparition d'institutions qui mêlent les catégories Droit public / Droit privé, ou juridictionnel / non juridictionnel, et jouent ainsi d'ambiguïtés qui étaient au fond préconisées par la doctrine avant même qu'elles apparaissent. Ainsi par exemple, les tribunaux arbitraux de protection des investisseurs sont souvent envisagés comme ni tout à fait publics (notamment parce que leurs membres sont en partie choisis par des investisseurs privés), ni tout à fait privés, et comme appliquant le Droit international mais aussi le Droit national. Le MRD de l'OMC quant à lui, est généralement considéré comme une juridiction, alors que le texte de son statut exclut tout terme qui évoquerait sa nature juridictionnelle (voir **n° 551**).

28 ÉMERGENCE D'UN DIE CROISSANTIEL DOMINATEUR. — Dans les domaines de l'investissement et surtout du commerce, le nombre et la précision des règles aux finalités capitalistes et plus largement croissantielles grimpent dans les années 1990, de même que s'étend le champ d'application matériel des règles internationales. Plus important, la contrainte concrète que ces règles font

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 51 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

peser sur le comportement des agents étatiques s'accroit considérablement. S'il en va ainsi, c'est essentiellement en raison des pouvoirs et des caractéristiques du MRD de l'OMC (voir **nº 554** et **nº 562-564**), ainsi que des bases de compétence que les tribunaux arbitraux d'investissement se reconnaissent à eux-mêmes à l'orée des années 1990 (voir **nº 364** et **nº 421**). Du fait des particularités de ces mécanismes de règlement des différends dans le domaine du commerce (saisine unilatérale, caractère obligatoire, délais stricts, mécanisme de suivi et de sanction) et dans celui des investissements (saisine unilatérale, caractère obligatoire, caractère immédiatement exécutoire des sentences CIRDI), les Droits qu'ils appliquent apparaissent rapidement comme beaucoup plus influents que les autres branches du Droit international. Rien de surprenant, donc, qu'à partir des années 1990, la capacité d'influence du DIE le rende dominant. Rapidement, le DIE limite la portée des autres branches du Droit international dans « l'ordre » juridique international comme dans « l'ordre » juridique national, et il en subvertit bien souvent la logique (voir **nº 246-250**). À la fois directement et par ricochet, il fait largement de même du Droit national où bien des politiques, notamment sociales ou écologiques, paraissent de plus en plus difficiles. Même si cette évolution du Droit en vigueur est accompagnée, favorisée et renforcée par des auteurs justifiant ces formes d'autonomie et de domination, elle est aussi critiquée, à la fois sur les plan social, politique, économique et écologique.

III | Les années 2000-2010 : la contestation de l'autonomie du DIE positif

29 CRITIQUE D'UN POINT DE VUE SOCIO-POLITIQUE : LE MOUVEMENT ALTERMONDIALISTE. — Ce que, dans les années 1990 et au début des années 2000, quelques élites occidentales comprennent comme une « fin de l'histoire » ou un modèle indépassable et sans alternative (le fameux *There is no alternative* de Margaret Thatcher) a été rapidement contesté. La contestation qui se développe se caractérise par le fait qu'elle provient d'une myriade de citoyens et d'organisations, à la fois occidentaux et non occidentaux,

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 52 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

et qu'ils se coalisent rapidement sous la forme d'un mouvement transnational : le mouvement altermondialiste. Logiquement, ce mouvement qui est à la fois un courant intellectuel et un réseau de mouvements sociaux se pense comme le héraut d'une *alternative* au capitalisme et au néolibéralisme. Il porte son message au niveau mondial (« Un autre *monde* est possible »), avec une grande conscience du rôle du Droit dans le façonnage de la mondialisation qu'il conteste. Ce mouvement s'oppose à un DIE autonome et dominateur, caractérisé par certaines réunions (la Conférence interministérielle de l'OMC à Seattle en 1999) et à certains projets (le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement négocié de 1995 à 1997 à l'OCDE, puis abandonné). Dans les années 2000-2010, où l'appellation « altermondialisme/te » se généralise, le mouvement critique particulièrement les tribunaux arbitraux de protection des investisseurs, puis les accords méga-régionaux de commerce et d'investissements, notamment le Partenariat transatlantique et l'AECG/CETA. L'alternative proposée à « cette » mondialisation consiste essentiellement en une réglementation mondiale fondée sur les droits économiques, sociaux et culturels et l'autodétermination des peuples, et plus largement sur la prise en compte de l'intérêt général mondial et/ou des intérêts publics nationaux.

30 CRITIQUE D'UN POINT DE VUE ÉCONOMIQUE. — Progressivement, s'ajoutent aux critiques et propositions altermondialistes des critiques économiques et écologistes. Les critiques d'ordre économique portent sur l'efficacité du « consensus de Washington » dans l'atteinte d'objectifs comme la croissance, la répartition des richesses ou la stabilité financière. Concernant la croissance et la répartition des richesses, ce « consensus » est très contesté dès le début des années 2000, et d'abord par l'ancien économiste en chef de la Banque mondiale lui-même, Joseph Stiglitz, dans son ouvrage *La Grande Désillusion*, paru en 2002 [25]. Des critiques internes au FMI, touchant notamment l'efficacité des plans d'ajustement structurel, même du point de vue d'indicateurs économiques orthodoxes, apparaissent dans son sillage. Le même constat sera fait plus tard à propos des plans adoptés par la Troïka dans le cadre de la crise

25. J.E. Stiglitz, *La Grande Désillusion*, Fayard, 2002.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 53 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

grecque (à partir de 2008), sans beaucoup plus d'effet en pratique. En ce qui concerne la stabilité financière, la crise des *subprimes* de 2008, transformée en crise de la dette publique par choix politique, montre à la fois la compétence défaillante de nombreux experts économiques, l'inadéquation des règles en vigueur (en particulier les certifications attribuées par les agences de notation, et le niveau de fonds propres requis de la part des banques), et leur coût social faramineux à long terme (la « socialisation » ou « nationalisation des pertes », qui peut être remboursée à court terme par les institutions financières privées, mais implique des coûts sociaux de long terme pris en charge par l'État, donc les citoyens). La crise montre également, par exemple, que si la Chine a en grande partie échappé à la contamination issue des actifs toxiques et maintenu une croissance de plus de 10 % l'année suivante, c'est parce que les entreprises chinoises dépendent peu de financements étrangers et que les banques sont fortement encadrées par l'État.

31 CRITIQUE ÉCOLOGISTE. — La troisième critique, sans doute la plus fondamentale, est la critique écologiste. De manière très progressive dans les années 2000 et 2010, des citoyens, des organisations et dans une moindre mesure des décideurs prennent conscience du fait que la plupart de nos modes de production et de consommation, mais également la quantité, l'orientation et la forme des échanges marchands et des investissements préconisés et organisés dans les traités de commerce et d'investissement, sont liés à la catastrophe écologique en cours. Selon ce mouvement, les pratiques économiques dominantes étant très largement issues des règles qui les permettent, les favorisent, leur donnent leur forme ou même les rendent obligatoires, chercher à limiter la disparition des écosystèmes et le dérèglement du climat implique une révision drastique des règles nationales autant qu'internationales et européennes. Malgré un sentiment d'urgence largement partagé, le changement nécessaire pour éviter la multiplication contemporaine des crises économiques (bulles spéculatives et dettes publiques notamment), climatiques, sociales et politiques n'a pas lieu. La contestation particulièrement massive du Sommet du G20 à Hambourg en juillet 2017 montre que la perception de la « gouvernance mondiale de

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 54 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

l'économie » par les citoyens, en particulier européens, n'a pas beaucoup changé depuis Seattle en 1999. Vers le milieu des années 2010 néanmoins, on assiste à la pénétration des préoccupations sociales et écologiques dans le débat public, sous l'effet conjugué de forces variées (altermondialistes et écologistes, mais aussi parfois syndicales ou nationalistes). L'écho politique, comme d'ailleurs l'écho universitaire, de ces mouvements est variable, souvent distordu par rapport aux revendications initiales, mais il est visible.

32 UNE IMPRESSION DE CRISE GÉNÉRALISÉE. — À partir du milieu des années 2000, les négociations multilatérales s'enlisent à l'OMC (échec du cycle de Doha, voir **n° 466**) et à partir de 2017, les États-Unis bloquent l'Organe d'appel du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation (voir **n° 570**). Du côté de l'investissement, les États concluent de moins en moins d'accords bilatéraux d'investissement dans les années 2000 et surtout 2010 (voir **n° 440** et **n° 442**). À partir du milieu des années 2010 aussi, il devient politiquement évident qu'il faut repenser les tribunaux arbitraux, le contrôle des investissements ou leur fléchage vers les énergies renouvelables plutôt que fossiles (voir **n° 243**, **n° 362** et **n° 306-408**).

Positivement, les crises économiques, juridiques et politiques des décennies 2000 et 2010 aboutissent à la conclusion d'accords méga-régionaux, conclus pour prendre le relais de l'OMC et des APPI [26]. Ce sont ces instruments qui, principalement, témoignent de la manière dont les États tentent de répondre aux nouveaux défis écologiques (voir **n° 237**) et sociaux (voir **n° 323**). Sur le plan interne, la nécessité d'une rupture dans les politiques économiques devient largement admise. Si elle ne survient pas encore, on note que des critiques et propositions issues d'organisations comme l'Association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne (ATTAC), le Comité catholique contre la faim et pour le développement (CCFD-Terre solidaire) ou l'Institut Veblen, propositions initialement moquées comme utopiques ou extrêmes (par ex. une taxe sur les transactions financières, une taxe carbone ou des

26. Sur cette période de transition, souvent comprise comme un moment de « fragmentation » du DIE, voir par ex. C. Lim, B.C. Mercurio (Eds), *International Economic Law after the Global Crisis: A Tale of fragmentated Disciplines*, CUP, 2015.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 55 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

mesures miroir) sont reprises par un nombre croissant de citoyens et d'hommes et de femmes politiques, en particulier après 2008. L'UE tente elle-même, au début des années 2020, de mettre effectivement en place des mesures prônées de longue date par le secteur associatif, comme des mesures miroirs, un ajustement carbone aux frontières (voir **nº 256 et s.**) ou encore un devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'homme (voir **nº 303-305**). Le DIE en vigueur semble être à un tournant, et la discipline DIE, appelée à une reconfiguration. Cette situation invite à s'intéresser aux approches voisines de la réglementation de l'économie transnationale, puis à réfléchir à une nouvelle conception de la discipline.

Section II
Approches voisines

33 Depuis maintenant plusieurs décennies, deux approches que l'on peut dire « voisines » du DIE prétendent pour une grande part être de meilleurs angles d'analyse de la « régulation » mondiale de l'économie. Il s'agit du Droit transnational (I) et du Droit global (II).

I | Droit transnational

34 INVENTION. — De même que certains universitaires ont beaucoup milité dans les années 1970-1980 en faveur d'un DIE autonome, d'autres ont milité à la même époque, et même dès les années 1960, pour un « Droit transnational » autonome. Chez les auteurs de langue anglaise, l'expression *Transnational Law* est d'ailleurs associée au nom de Philip Jessup, qui publia un ouvrage intitulé ainsi dès 1956[27]. En France, c'est surtout « l'École de Dijon » (Berthold Goldman en particulier) qui s'est prononcé en faveur d'une *lex mercatoria*, une « loi des marchands ». De même,

27. P. Jessup, *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press, 1956.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 56 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

le germano-britannique Clive Schmitthoff a essayé d'isoler un « *New Law Merchant* ». Tous ont soutenu qu'un Droit transnational commercial constituait une sorte de « troisième ordre » indépendant des Droits nationaux et internationaux. D'une manière comparable à Pierre Mayer à propos des contrats d'État entre investisseurs étrangers et États d'accueil [28], ils ont soutenu que les contrats et arbitrages transnationaux, d'investissement et surtout de commerce, n'étaient ni fondés sur, ni régis par les règles générales des Droits nationaux, régionaux ou international, mais par des règles propres aux marchands. Cette *lex mercatoria* purement corporatiste était pour l'essentiel une invention universitaire, inspirée de pratiques médiévales et explicitement théorisée à partir de la conception dynamique de l'ordre juridique de Santi Romano [29]. L'intention politique manifeste, derrière la promotion de ce Droit transnational dépourvu de racines nationales ou internationales et donc directement utile aux intérêts financiers des commerçants, était de faire la plus grande place possible à la volonté et aux intérêts des parties. Les contrats commerciaux et d'investissement auraient été ainsi soustraits à l'empire de Droits nationaux ou international véhiculant des préoccupations collectives. L'effet de cette orientation était de faire prévaloir une logique exclusivement subjective et contractuelle, par exemple lorsque les contrats étaient imprécis quant au Droit applicable, voire alors même lorsqu'ils renvoyaient explicitement à un Droit national, au Droit international ou à une combinaison de Droits.

35 REJET ET PERSISTANCE. — Tant les juges nationaux et internationaux que les arbitres commerciaux, et finalement une grande partie des acteurs économiques eux-mêmes ont rapidement considéré qu'il fallait donner à l'invocation de la *lex mercatoria* la portée la moins grande possible, ou aucune portée [30]. Cette « loi »

28. P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'États », *JDI*, 1986, vol. 113, nº 1, p. 5-78.
29. S. Romano, *L'Ordre juridique*, 1918, rééd. Dalloz, 2002, avec une présentation de Pierre Mayer.
30. Voir par ex., en matière d'investissement pétrolier, le rejet dans une sentence *Aminoil* de l'argumentation du Koweit fondée sur l'idée d'une *lex mercatoria* coutumière issue d'accords et de transactions consécutives à des nationalisations : TA, *America Independent Oil Company c./ Koweit*, 24 mars 1982, §155-6.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 57 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

a cependant fait, et fait toujours l'objet d'une « application sélective », en particulier dans trois situations. Premièrement, dans les cas – évidemment à éviter – où les parties à un contrat n'ont pas indiqué expressément, dans une clause d'*electio juris*, ou même par des indices, le Droit qui lui est applicable, ce dernier fait l'objet de débats. Dans le cadre de ces débats, il est probable que l'une des parties trouve intérêt à renvoyer à la *lex mercatoria* en tant qu'ensemble nébuleux de pratiques et de règles. Le juge ou l'arbitre doit donc statuer à cet égard et peu de chose l'empêche concrètement de s'y référer. Deuxièmement, lorsque les parties indiquent ou « acceptent que leur contrat soit régi par les "Principes généraux du droit", la "*lex mercatoria*" ou autre formule similaire » (préambule des Principes Unidroit relatifs au Droit du commerce international), de tels principes ou une telle *lex* doivent à première vue s'appliquer, éventuellement sous la forme d'un corps explicite de principes comme ceux de la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* [31] ou des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, plus connus sous le nom de *Principes Unidroit* (du nom de l'organisation internationale à leur origine, l'Institut international pour l'unification du Droit privé). On notera à cet égard que le commentaire même des Principes Unidroit rappelle que la référence à des principes généraux ou à la *lex mercatoria* « a été critiquée, notamment en raison du caractère extrêmement vague de ces concepts ». Il conseille donc le renvoi, dans les clauses compromissoires des contrats transnationaux, à un ou plusieurs Droits nationaux ou à leur combinaison avec les principes Unidroit ou les règles de la Convention de Vienne sur la vente de marchandises. Cette solution combinatoire est particulièrement bienvenue, et c'est la troisième situation où une forme de *lex mercatoria* peut jouer un rôle, lorsque le ou les Droits nationaux applicables sont techniquement lacunaires.

Globalement, la majorité des contrats et des sentences qui les appliquent ne font pas référence à la *lex mercatoria*, préférant pour des raisons de sécurité juridique et de facilité dans l'exécution des sentences, des références au Droit national et/ou au Droit international (notamment, pour ce dernier, en matière d'investissement).

31. Vienne, 1980, AGNU, Doc. A/Conf. 97/18.

Pixellence - 21-09-23 10:00:28 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 58 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Toutefois, de nombreux contrats transnationaux, tant de commerce que d'investissement, font appel à des corps de règles spécialisées comme les Principes Unidroit, ou bien en y renvoyant à titre principal, ou bien à titre complémentaire si l'interprétation du contrat le requiert.

36 EXISTENCE ET IMPORTANCE DU DROIT TRANSNATIONAL. — Le projet de systématiser et de donner une puissance et une légitimité particulière à une *lex mercatoria* faite d'usages et de contrats hors-sol est un choix politique discutable. Ce n'est cependant pas à dire que les usages de communautés professionnelles particulières, et surtout les instruments que des acteurs non étatiques concluent par-delà les frontières n'ont ni points communs, ni influence sur l'économie. C'est le cas, de manière évidente, des contrats conclus entre entreprises privées. Mais c'est aussi le cas d'autres accords conclus par des personnes non habilitées à conclure des traités : les entreprises et notamment les entreprises transnationales, les associations et notamment les organisations non gouvernementales (ONG), les organes de régulation ou encore certaines collectivités locales ou territoriales. Les instruments que ces acteurs peuvent conclure sont en principe contractuels et soumis à un régime autre que celui des traités. Ainsi, « entre » un Droit international largement composé de traités entre États et/ou organisations internationales, et un Droit transnational essentiellement composé de contrats entre entreprises, on trouve toutes sortes de cas assez spécifiques pour n'entrer dans aucune de ces deux catégories.

37 RÉGLEMENTATION TRANSNATIONALE SPÉCIALISÉE. — Relèvent tout d'abord de cette catégorie intermédiaire des ensembles normatifs généralement contractuels à leur origine, mais qui se sont parfois systématisés en des réglementations transnationales thématiques : *lex petrolea*, *lex numerica*, *lex sportiva*, etc. Dans le domaine du sport par exemple, le travail des fédérations sportives internationales et du Comité international olympique a débouché sur des formes de législations, de tribunaux (le Tribunal arbitral du sport) et de sanctions aussi lourdes qu'efficaces [32]. La densité du

32. Voir en général l'ouvrage de F. Latty, *La* lex sportiva – *Recherche sur le droit transnational*, Brill, 2007.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 59 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

cadre institutionnel et normatif des activités sportives transnationales tend même, en pratique, à mettre de côté l'applicabilité des Droits nationaux (et du Droit international) et la compétence des juges nationaux (et internationaux) pour un grand nombre de litiges et de questions d'organisation. Ainsi, celles-ci sont réglées par des règles du jeu, des normes techniques, des règles sur la nationalité des athlètes ou sur le dopage, édictées par des entités non étatiques.

38 ACCORDS TRANSNATIONAUX ENTRE AUTORITÉS DE RÉGULATION. — Tombent ensuite dans cette catégorie intermédiaire la plupart des accords conclus entre autorités de régulation, comme les banques centrales, les autorités de la concurrence, ou les autorités des marchés financiers. Certaines de ces autorités peuvent en effet conclure des instruments avec leurs homologues étrangers, sur la base d'une décision explicite ou implicite par laquelle les États auxquels chacune d'elles se rattachent les y autorisent. De telles décisions peuvent être exprimées dans des lois nationales mais également dans des traités ou des arrangements avec des organisations internationales et donc varier d'une institution à l'autre [33].

Les accords conclus sont variés : il s'agit d'accords de coopération, d'assistance technique, d'échanges d'informations, de reconnaissance mutuelle des réglementations nationales, de procédures de conformité nationales, ou encore de détermination d'équivalence réglementaire. Parfois, des autorités de régulation signent, au nom de « leur » État, un traité proprement dit, par exemple un traité d'assistance administrative, ou encore exécutent un traité déjà conclu par « leurs États », en concluant entre elles un accord administratif. Inversement, les autorités administratives indépendantes peuvent conclure des accords excluant leur caractère formellement obligatoire ou leur rattachement au Droit international, une pratique qu'elles adoptent très fréquemment [34]. Le statut de certains mémorandums d'accord ou d'entente (en anglais *Memorandums of understanding* ou *M.o.U.*) est plus incertain : d'un côté, ils sont négociés et signés par les autorités de régulation de manière directe (en dehors des procédures conventionnelles prévues par le Droit

33. R. Bismuth, *La Coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, 2011, spéc. p. 205, §300.
34. *Ibid.*, p. 212, §309-§310.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 60 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

interne) ; ils ne contiennent pas de clause d'*electio juris* et ne sont généralement pas considérés d'effet direct par les juges nationaux ; par ailleurs, ils se réfèrent largement au Droit national des États parties, y compris pour y soumettre le mémorandum en question. Par exemple, l'article 3.6 de la Convention de coopération et d'échange d'informations conclu en 2002 entre la Commission des opérations de Bourse et la Commission de supervision financière sud-coréenne stipule que l'« application » du « cadre de coopération » constitué par « la présente Convention » « se fera en conformité avec les lois et règlements applicables en France et en Corée du Sud ». D'un autre côté, ces accords sont parfois très détaillés et « présentés comme de véritables traités d'assistance juridique mutuelle [35] » ; ils manifestent l'intention d'établir, avec au moins la tolérance des gouvernements concernés, des obligations pesant sur « leurs » États ; en France, ils font l'objet d'une publication au *Journal Officiel* ; enfin et surtout, il n'est pas rare que chaque autorité de régulation y autorise l'autre à effectuer des contrôles des succursales ou filiales situées sur son territoire. Or, une telle autorisation ne peut être comprise que comme une dérogation au principe coutumier selon lequel un État ne peut effectuer de tels actes sur le territoire d'un de ses pairs ; autrement dit, elle ne peut être comprise que comme une règle juridiquement obligatoire.

39 CONTRATS D'ÉTAT. — Enfin, l'importante figure du « contrat d'État », conclu entre un investisseur étranger et l'État dans lequel il souhaite investir, se trouve également « entre » celle du traité et celle du contrat entre entreprises. Comme nous le verrons plus loin, ces contrats sont en principe soumis au Droit de l'État d'accueil, mais des États et une partie importante des universitaires et des tribunaux ont considéré sur la base de différents indices, que leur régime juridique en tant qu'acte normatif (mais pas forcément en tant que loi des parties, en tant que contenu) peut, voire doit relever du Droit international (voir **nº 362-363**). Pour, sinon être exhaustif, du moins ne pas manquer un dernier élément important, il faut ajouter à ce tableau de nombreux instruments de Droit mou,

35. H. Ascensio, « L'interrégulation et les régulations internationales entre États », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Risques de la régulation*, Presses de Sciences Po / Dalloz, « Droit et économie de la régulation », 2005, vol. 3, p. 99.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 61 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

comme les accords entre villes ou les standards techniques que nous étudierons plus loin (voir **n° 106**).

On le voit, les « mondes superposés » que constituent les traités, les contrats transnationaux et d'autres instruments forment un ensemble complexe, qui au surplus interagit avec les Droits nationaux et régionaux (voir **n° 42**). Le souci d'appréhender ces interactions a mené à développer une approche dite « de Droit global ».

II | Approches transversales de la matière : *internationale Wirtschaftsrecht* et Droit global

40 UNE DISTINCTION ALLEMANDE. — La doctrine allemande distingue le *Wirtschaftsvölkerrecht*, autrement dit la branche du Droit *international* qui s'occupe spécialement des opérations économiques, et l'*internationale Wirtschaftsrecht*, c'est-à-dire *l'ensemble* des règles nationales, transnationales et internationales directement et principalement relatives à des opérations économiques [36]. Cette distinction doctrinale est plus claire que les distinctions francophones entre DIE et Droit transnational ou entre Droit international du commerce et Droit du commerce international (voir **n° 45**) et que la distinction anglophone entre *International Economic Law* et *Transnational Law*. En effet, la distinction repose sur l'opposition nette d'une approche par ordre juridique ou par source (le Droit international, le Droit régional, le Droit national, etc.) et d'une approche par objet des règles (l'économie), quelles que soient les origines de ces règles. Le *Wirtschaftsvölkerrecht* appartient au Droit international, tandis que l'*internationale Wirtschaftsrecht* est hybride par ses sources.

41 DROIT GLOBAL. — L'expression « *internationale Wirtschaftsrecht* » désigne, dans le domaine du Droit économique, une approche typique du « Droit global ». Bien davantage qu'un véritable système ou même qu'un réseau de règles, l'expression

36. Voir C. Tietje, « Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftswrechts », *in* C. Tietje (dir.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, De Gruyter, 2015, p. 1-66.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 62 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

« Droit global », que l'on rattache généralement à des auteurs comme Gunther Teubner [37] consiste à aligner la manière universitaire d'appréhender un objet sur celle qu'une partie des « praticiens », et notamment des juristes d'entreprise et des avocats d'affaires, adoptent ou sont contraints d'adopter. Par exemple, les juristes fiscalistes des grandes entreprises combinent et manipulent de nombreux Droits afin que ces entreprises échappent partiellement ou totalement à l'impôt, selon des méthodes d'optimisation comme le CumCum, le Cumex, le « double irlandais » ou le « sandwich hollandais ». L'approche du Droit global consiste à appréhender, explorer et enseigner ce type de pratiques : des pratiques de *law shopping* et de *forum shopping*, de mise en concurrence et de manipulations privées des systèmes juridiques et juridictionnels [38], d'usages instrumentaux d'arguments et de textes normatifs variés, de stratégies d'influence d'un Droit sur un autre ou d'une institution sur d'autres. L'apprentissage de telles pratiques permet de former des juristes capables d'aider les grands « passagers clandestins » à se faufiler entre les règles de Droit, en général pour augmenter leurs profits ; elle peut aussi former des juristes qui, en administration nationale ou internationale, sont capables de comprendre ces montages et de les organiser pour mieux les juguler, voire les interdire. Ne pas les comprendre condamnerait en tout cas à en être les esclaves, et à ne pouvoir ni les tempérer, ni y mettre fin.

42 MULTIPLICITÉ DES DROITS APPLICABLES AUX QUESTIONS DE DIE. — En pratique, il est rare qu'un litige ou même qu'une question relevant apparemment du DIE n'implique pas la prise en compte de règles issues de plusieurs types de « sources » (coutume internationale, traités, résolutions d'organisations internationales mais aussi règlements et directives d'organisations régionales comme l'Union européenne, lois nationales, règles locales, contrats, etc.) et de plusieurs niveaux « géographiques » de décision (niveaux mondial et national, niveaux du continent, de la région, de l'entreprise). En outre, ces règles sont souvent applicables à plusieurs types

37. G. Teubner, *Global Law without a State*, Aldershot-Brookfield, 1997.
38. Voir par ex. à ce sujet : A. Garapon, « Le néolibéralisme porté à son comble par la mondialisation », *in* A. Garapon, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010, p. 187-218.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 63 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

de relations (multilatérales, plurilatérales, bilatérales) et à différentes personnes juridiques (personnes publiques – États, organisations internationales, communes, agences de régulation, émanations diverses de l'État –, personnes privées – entreprises, individus – ou les deux). Enfin, très fréquemment, les traités *internationaux* ou les règles internationales coutumières s'appuient sur l'application du Droit *des États* et des qualités attribuées par eux (la qualité de ressortissant par exemple, ou de ministre), tandis que les tribunaux *internationaux* chargés de l'application du DIE, par exemple les tribunaux arbitraux d'investissement, appliquent des règles *nationales* – comme le prévoit notamment l'article 42.1 de la Convention instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Symétriquement et tout aussi souvent, les législations nationales renvoient à des standards ou à des instruments internationaux (ainsi des législations relatives à l'accueil des investissements ou à l'arbitrage commercial, mais aussi par exemple relatives au gel des avoirs dont le Conseil de sécurité estime qu'ils financent le terrorisme), voire à l'ensemble du Droit international général et aux traités liant l'État (ainsi de l'*Alien Tort Act* aux États-Unis par ex.). En raison de ces multiples renvois des Droits les uns aux autres, les tribunaux *nationaux* statuent eux aussi fréquemment en tenant compte, et dans la plupart des cas en donnant effet à des décisions rendues par des cours *internationales*. En pratique, c'est souvent à travers l'action des législateurs et des tribunaux européens ou nationaux, donc à travers des règlements et des directives européens, des lois et des arrêts et jugements nationaux, et enfin à travers des actes d'exécution des administrations nationales, que les traités et arrêts internationaux parviennent à avoir un effet concret sur les entreprises et les individus, donc à modifier leur comportement ou affecter leur patrimoine (pour des illustrations, voir par ex. les affaires *Bosphorus* et *Kadi*[39]).

La principale conséquence pratique de ces entrelacements normatifs est que la résolution d'un litige de DIE, et même l'établissement du Droit qui lui est applicable exigent d'ordinaire la maîtrise,

39. CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus* (*Bosphorus Hava Yollari Tirzim Ve Ticaret anonim Sirketi c./ Irlande*), nº 45036/98 ; CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi* (*Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c./ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*).

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 64 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

la combinaison et la « pesée » de plusieurs Droits (ou ordres juridiques, ou systèmes juridiques, on prendra ici ces termes et expressions comme synonymes). Le juge se livre à ces opérations en fonction de l'acte qui l'habilite et de ce qu'en dit le Droit auquel il se rattache, l'universitaire en fonction de sa perspective et de ses principes d'interprétation, et l'acteur économique en fonction des Droits que d'aucuns parviendront le plus probablement à lui appliquer. Cette application d'une pluralité de Droits aux opérations économiques transnationales a des effets sur la substance des règles appliquées, mais également sur la manière dont elles sont interprétées et combinées, et sur la manière de sélectionner et d'interpréter les faits pertinents des affaires [40]. Elle est donc un fait incontestable qu'il faut tâcher de comprendre et, si possible, de maîtriser. Est-ce à dire qu'il convient, alors, de n'enseigner et de ne faire porter ses recherches que sur des objets transversaux ? Faut-il uniquement les décrire tels qu'ils sont appréhendés par de nombreux Droits différents, sans avoir au préalable présentés ces Droits en tant que tels ? Pour des raisons développées ci-dessous, nous ne le pensons pas et préférons, dans ce manuel, adopter une optique de DIE, selon une certaine conception de celui-ci.

~~Section III~~
~~Conception retenue de la discipline~~

43 ~~Le présent ouvrage relève, d'une part d'une approche de la réglementation de l'économie *par le Droit international* (et non le Droit transnational ou le Droit global) principalement envisagé comme *Droit public* (I), et d'autre part d'une approche de Droit international conçue comme *large et ouverte*, donc en forme d'alternative à celle qui a été esquissée dans la section I (II). Il est bâti sur *l'opposition entre un DIE convivial et un DIE croissantiel* (III).~~

40. Voir spéc. L. Boisson de Chazournes, E. Ruggeri Abonnat, « Contract and treaty interpretation in investment arbitration », in S. Kröll, A. Bjorklund, F. Ferrari (Eds), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, CUP, 2022, p. 1723-1750.

Droit international économique

3e édition

2007

Dominique Carreau
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Patrick Juillard
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

DALLOZ

INTRODUCTION

CHAPITRE 1

DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

Bibliographie

Tout approfondissement de cette question nécessite la lecture attentive – et critique – du rapport présenté par P. Weil, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », au Colloque d'Orléans consacré au droit international économique ; on le trouvera reproduit in « Aspects du droit international économique », Paris, Pédone, 1972, p. 3-34 ; G. Malinverni, « Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques », Leiden, Sijthoff, 1974, 251 p. avec une préface de M. Virally est à lire avec le plus grand profit sur cette question plus limitée mais de grande importance ; on trouvera nombre d'idées intéressantes dans le cours déjà ancien de P. Reuter à l'Institut des Hautes Études Internationales en 1952-1953 intitulé : « Le droit économique international ».

En ce qui concerne le problème plus spécifique de l'élaboration de ce droit, on renverra aux travaux de la *SFDI* au Colloque de Nice intitulé « Les Nations Unies et le droit international économique », Paris, Pédone, 1986, avec le rapport introductif présenté par P. Juillard. Voir aussi D. Carreau, « Le droit international économique face aux crises », in Études offertes à Claude-Albert Colliard, Paris, Pédone, 1984, p. 105 et s. ; ainsi que les contributions de Ph. Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralité des ordres juridiques ? », M. Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in Études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 97 et s. et 387 et s. et P. Juillard, « Existe-t-il des principes généraux du droit international économique ? » in Études offertes à Alain Plantey, Pédone, 1995, p. 243 et s.

En langue anglaise, on peut recommander particulièrement, G. Schwarzenberg, « The province and standards of international economic law. » ICLQ, 1948, 402 et « The principles and standards of international economic law », 117, RCADI (1966, I), 5 ; F. Roessler, « Law, De facto agreements and declarations in international economic relations », German Year Book of Int. Law. 1978, 27 ; I. Seidl-Hohenveldern, « International Economic Law », RCADI, vol. 198 (1986, III), 13.

1 Les relations économiques « internationales » ont existé de tout temps. Elles ont précédé le corps de règles de droit qui devait les appréhender par la suite. Ainsi Pillet, passant sous silence le rôle de l'État, est allé jusqu'à affirmer à la fin du siècle dernier : « le commerce international est un pur fait, mais un fait qui a donné naissance au droit international tout entier » (RGDIP, 1898, p. 72).

2 Le régime juridique des échanges économiques internationaux devait toujours osciller entre le *libéralisme* et l'*interventionnisme* (voire le protection-

nisme) en fonction des doctrines dominantes et de la conception que les États eurent de leur rôle en la matière.

3 Ainsi le XIX^e siècle fut-il dominé par les idées libérales des Adam Smith, David Ricardo, John Stuart-Mill ou Jean-Baptiste Say qui plaidèrent avec succès la cause du libre-échange. De leur côté, les États se contentèrent d'assurer le respect du contrôle des « règles du jeu » de l'époque en refusant d'intervenir dans la conduite des relations économiques internationales. Selon la forte expression de W. Ropke, il y eut alors une « véritable dépolitisation de la sphère économique » (Economic Order and International Law, 86, RCADI (1954, II), 204). Toutefois, même durant cet âge d'or du libéralisme économique, les tentations interventionnistes et protectionnistes demeurèrent : les États-Unis, l'Allemagne et la France ne surent pas toujours y renoncer.

4 Les bouleversements entraînés par les deux guerres mondiales devaient radicalement transformer le cadre des relations économiques internationales. L'État fit un retour en force sur la scène économique tant nationale qu'internationale, largement encouragé par la doctrine dominante de Lord Keynes.

5 De nos jours la tendance s'est inversée au profit du libéralisme économique, mais avec le maintien d'un fort interventionnisme étatique. Le droit international économique contemporain ne cesse ainsi d'être travaillé par les forces contraires que sont le libéralisme et le protectionnisme, qui se manifestent par le rôle plus ou moins étendu dévolu aux États nations. Toutefois, depuis le milieu des années 1990, le phénomène de la *mondialisation* sans cesse croissante de l'économie internationale a fait pencher le fléau de la balance dans le sens du libéralisme. Le marché a ainsi terrassé l'État — du moins provisoirement.

SECTION 1. **Définition du droit international économique**

6 Deux conceptions du droit international économique s'affrontent, l'une de caractère extensif, l'autre de caractère restrictif.

7 *Dans sa conception extensive*, le droit international économique comprendrait l'ensemble des règles qui régissent les opérations économiques de toute nature, dès lors que ces opérations économiques se dérouleraient dans un cadre plus vaste que celui de l'ordre juridique d'un seul État. En ce sens, une vente internationale, conclue entre personnes ne possédant pas leur établissement dans le même État, serait régie par le droit international économique.

8 Cette conception ne sera pas ici adoptée. Elle est en effet entachée d'un vice fondamental : parce que son extension est illimitée, sa compréhension devient nulle. Car le droit international économique embrasserait alors un ensemble de situations juridiques que caractériserait leur hétérogénéité les unes par rapport aux autres. Il couvrirait aussi bien les règles du système international commercial, qui tracent le cadre général au respect duquel sont tenus États et opérateurs, que les règles du commerce international, qui régissent telle ou telle transaction particulière (vente internationale, par exemple). La notion même de droit international économique se diluerait dans cette pluralité de réglementations dont chacune poursuivrait son propre objet et que ne relierait entre elles aucune commune finalité.

9 *Dans sa conception restrictive*, le droit international économique serait constitué par l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations internationales économiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des relations macro-économiques par opposition à des relations micro-économiques. Ainsi, en ce sens, les règles du système international commercial seraient des règles de droit international économique alors que les règles de la vente internationale ne le seraient pas.

10 Cet ensemble de règles est couramment dénommé droit international économique, bien que cette appellation soit trompeuse. Car ses *sources ne sont pas uniquement des sources de droit international*. Certes, les sources de droit international, non conventionnel et conventionnel, jouent un rôle important dans la formation du droit international économique. Mais il n'en faut pas pour autant sous-estimer la part qui revient aux *droits nationaux* dans l'organisation des relations internationales économiques. Ainsi, en matière de relations financières, les *réglementations des investissements* dont se dotent les États ont une incidence évidente sur les mouvements de capitaux internationaux, les encourageant ou les décourageant, selon les cas. L'influence des droits nationaux sur l'organisation des relations internationales économiques amène à s'interroger sur la justesse de la dénomination de droit *international* économique. Ne s'agit-il pas, plutôt, d'un droit des relations internationales économiques ?

11 Quelle que soit la dénomination retenue, la définition du droit international économique fait appel à la distinction entre macro-économie et micro-économie. Pour les besoins du présent exposé, on retiendra de ces deux notions une conception simple, voire simpliste. La macro-économie s'attacherait à la description des grands ensembles économiques, de leurs actions, réactions et interactions. La micro-économie s'attacherait à la description des comportements individuels des opérateurs économiques et de leur incidence sur le fonctionnement des marchés. La macro-économie aurait donné naissance au droit international économique, macro-droit consacré à l'étude juridique des grands ensembles ; alors que la micro-économie aurait donné naissance aux droits des opérations internationales, micro-droit consacré à l'étude des transactions particulières.

12 S'il n'est pas faux, encore à l'heure actuelle, d'affirmer que le droit international économique demeure, pour l'essentiel, le droit des grands ensembles, du moins cette affirmation doit-elle être sérieusement nuancée. Car le perfectionnement du droit international économique l'amène, dorénavant, à pénétrer en des domaines qui n'étaient pas les siens. Ainsi, par un phénomène de capillarité, en vient-il à encadrer, voire à absorber certains domaines du droit qui régissent les transactions internationales. Par exemple, tout le monde s'accorde à penser que l'accord général sur le commerce des marchandises — qu'il s'agisse du GATT 1947 ou du GATT 1994 — et l'accord général sur le commerce des services (AGCS), en tant qu'accords multilatéraux de l'OMC, sont l'un et l'autre partie intégrante du droit international économique : ils régissent, en effet, l'ensemble du commerce international des marchandises et des services, et lui fournissent son cadre juridique. Le GATT et l'AGCS reposent sur des principes communs, dont le moins important n'est pas celui de l'égalité dans l'accès au marché des producteurs de marchandises et des fournisseurs de services, comme de ces marchandises et services eux-mêmes. Mais comment ces conditions pourraient elles être égales, dès lors que les législations et réglementations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle ne seraient pas harmonisées ? Car les coûts de production des marchandises et de fourniture de services varient en fonction du degré de protection dont cette propriété intellectuelle fait l'objet. L'absence de toute protection, en laissant le champ libre au commerce de contrefaçon, fausserait donc les conditions d'accès au marché : d'où l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'ADPIC non seulement encadre les législations et réglementations nationales en imposant une protection minimale, mais encore conditionne l'exercice des droits de propriété intellectuelle par leurs titulaires, cessionnaires ou concessionnaires.

13 L'évolution est loin d'être achevée. On ne mesure pas encore l'effet d'entraînement que va produire l'AGCS sur tout le droit économique. Un des modes de fourniture des services que prévoit l'accord est celui qui est assuré par la présence du fournisseur sur le territoire de l'État où se trouve le consommateur. Il faut donc que tout membre de l'OMC permette à tout ressortissant d'un autre membre de l'OMC de s'installer sur son territoire pour y fournir ses services. Les implications, dès lors, dépassent de très loin la simple fourniture de services : la présence implique d'une part l'établissement, et d'autre part l'investissement. Autrement dit, pour respecter la prescription de l'AGCS qui autorise le fournisseur, originaire d'un Membre, à s'installer sur le territoire de tout autre Membre, il faut donc libéraliser les règles nationales relatives à l'établissement et à l'investissement, en tant qu'elles régissent le statut individuel des fournisseurs de services. Ainsi s'explique que l'AGCS soit l'un des points d'ancrage du droit de l'investissement dans le droit de l'OMC, comme le montre le fameux § 22 de la déclaration de Doha, qui conférait mission à l'OMC d'explorer la possibilité d'élaborer un « cadre multinational » de l'investissement.

14 Si l'on envisage le contenu du droit international économique d'un point de vue analytique, on sera conduit à distinguer entre activités de production, d'une part, et mouvements internationaux des facteurs de production, d'autre part. En effet, les activités de production, comme n'a cessé de le rappeler, dans un autre contexte, la Cour Suprême des États Unis, sont des activités qui sont géographiquement localisées à l'intérieur des limites de la juridiction territoriale d'un Etat : elles ne présentent donc pas, en principe, l'élément d'extranéité qui permettrait de les intégrer au droit international économique. Certes, le principe souffre un certain nombre d'exceptions. Ainsi, les nécessités du maintien de la sécurité internationale ont-elles entraîné le contrôle de la production des matières dangereuses telles que matières fissiles — contrôle assuré notamment par l'AIEA ; ainsi la volonté de renforcer la coopération régionale a-t-elle entraîné la création de marchés communs qui réglementent certaines productions — comme la production charbonnière et sidérurgique dans la CECA jadis, ou la production agricole dans la CE ; ainsi la volonté de réduire les écarts de niveau entre pays en développement et pays développés a-t-elle entraîné la création d'organisations de produits de base, voire de cartels de pays producteurs — tels que l'OPEP. L'étude de ces diverses exceptions ne sera pas ici conduite de façon systématique. En effet, elles ne relèvent du droit international économique qu'à titre incident — soit que leur objet n'ait pas une portée internationale, entendu au sens d'universelle, soit que leur objet principal ne soit pas d'ordre économique. Mais, dans la mesure où le droit international économique réglemente ces exceptions, elles pourront être brièvement examinées.

15 Si l'on limite ainsi le champ du droit international économique aux règles régissant l'ensemble des mouvements internationaux des facteurs de production — dès lors qu'ils présentent un caractère macro-économique, par opposition au caractère micro-économique, on discernera, au sein de cet ensemble, plusieurs sous-ensembles : le droit international du commerce, qui inclut désormais le commerce des marchandises et le commerce des services ; le droit international de l'établissement et de l'investissement, c'est-à-dire le droit qui s'applique tant au travail qu'au capital ; et le droit des financements internationaux, sans lesquels les diverses activités économiques ne pourraient prospérer. Ces divers sous-ensembles paraissent indissociables les uns des autres : on ne peut favoriser le commerce sans libérer l'établissement et l'investissement ; on ne peut ni commercer, ni s'établir, ni investir, sans que soient libérés les mouvements financiers nécessaires à la réalisation des transactions courantes comme des transactions en capital.

16 Mais cette vision logique est contredite par l'histoire du droit international économique. On l'a noté, le droit international économique prend sa source dans le droit international du commerce, qui a précédé tous les autres domaines d'intervention. Encore faut-il préciser que le sous-ensemble constitué par le droit international du commerce se subdivise en deux branches, celle qui a trait au commerce des marchandises, et celle qui a trait au commerce des services. Ces deux branches ne se sont pas développées au

même moment et de la même manière. La Charte de La Havane, qui eût créé l'organisation internationale du commerce (OIC), si elle avait été ratifiée, reflétait en effet l'état du commerce international au lendemain du second conflit mondial, c'est à dire celui d'un commerce international des marchandises, et non celui d'un commerce international des services. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que le GATT 1947, devenu le GATT 1994, et complété par les autres accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, ait traduit un niveau de perfectionnement juridique plus élevé que l'AGCS, né seulement en 1994, qui ne fixe qu'un cadre général, et dont la mise en œuvre, comme on le verra, va nécessiter de minutieuses et périlleuses négociations. Peut-être vaudrait-t-il mieux, à cet égard, parler des « fragments » d'un droit international économique en voie de formation, plutôt que d'un droit international économique constitué en un ensemble dont toutes les parties auraient atteint le même degré d'achèvement.

17 Mais le processus d'harmonisation a d'ores et déjà commencé. Car la mondialisation, c'est avant tout la réduction des dimensions, et la révolution des communications : n'a-t-on pas parlé du « village planétaire » ? Mais c'est aussi l'adhésion de tous les États à un modèle économique, celui du libéralisme, qui entraînera un degré croissant d'interpénétration entre les économies : cette interpénétration ne peut se réaliser que par la réunification des différentes branches du droit international économique, et par la soumission des États au droit ainsi réunifié.

SECTION 2. L'originalité du droit international économique

18 On s'est souvent demandé si le droit international économique était une discipline juridique de caractère réductible ou de caractère irréductible. Plus précisément, c'est tout le problème des rapports entre le droit international général et le droit international économique qui se trouve ainsi posé : celui-là absorbe-t-il celui-ci, ou celui-ci se résorbe-t-il dans celui-là ? Ainsi formulée, la question n'appelle qu'une seule réponse dénuée de toute ambiguïté : le droit international général et le droit international économique sont hétérogènes l'un par rapport à l'autre ; et le droit international économique ne constitue pas une différence spécifique dans ce genre proche que serait le droit international général.

§ 1. Le fondement du droit international économique : indépendance et interdépendance des États

19 Le droit international économique tout comme le droit international général sont liés à *l'existence d'États-nations, indépendants*, dont les frontières

constituent autant de limites à leur action politique et économique. Mais une différence fondamentale apparaît aussitôt. Le droit international est un droit de *protection* : il repose tout entier sur l'idée de préservation de l'indépendance politique des États. Le droit international économique est un droit *d'expansion* : il repose tout entier sur l'idée que l'enrichissement des États est une fin légitime, et que cet enrichissement rend nécessaire l'établissement de relations d'interdépendance économique entre les nations. À cet égard, le rôle qu'assignent à la *frontière* le droit international, d'un côté, et le droit international économique, de l'autre côté, illustre bien cette différence : dans un cas, elle assure la sécurité politique des États, et doit donc demeurer imperméable ; dans l'autre cas, elle entrave la coopération économique entre les États, et ne peut donc que devenir de plus en plus perméable.

20 L'interdépendance économique des États se constate dans les faits. On peut la mesurer à travers plusieurs indicateurs significatifs. L'un de ces indicateurs est fourni par la croissante internationalisation des entreprises : en 2006, on dénombrait 77 000 multinationales, qui contrôlaient quelque 770 000 filiales. Les flux d'investissements internationaux, réalisés principalement par ces multinationales, se sont élevés à 916 milliards de dollars en 2005 — dont 542 milliards, soit 59 % du total, dans les pays développés, et 334 milliards, soit 36 % du total, dans les pays en développement. La plus grande partie de ces flux s'est dirigée vers le secteur des services. Il semble, à cet égard, que les suppressions d'emploi dans les filiales étrangères des multinationales opérant dans le secteur secondaire, aient été moins nombreuses que les créations d'emploi dans les filiales étrangères des multinationales opérant dans le secteur tertiaire. En bref, l'internationalisation serait ainsi devenue l'un des moteurs de la croissance économique.

21 Ce simple rappel des faits implique que le droit international économique joue ici un rôle d'incitation. Le développement du commerce international, dans les années récentes, est certainement lié à l'effet d'entraînement qu'ont suscité les Accords de Marrakech, en poursuivant la libération du commerce des marchandises, grâce au GATT 1994 et aux autres accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, et en amorçant la libération du commerce des services, grâce au GATS. Certes, il sera toujours difficile de quantifier l'effet d'entraînement que peut susciter un instrument conventionnel. C'est ainsi que l'on a mis en doute la capacité des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements à créer des flux additionnels entre parties contractantes. Mais des travaux récents, menés notamment aux États Unis, tendent à montrer que la conclusion d'un APPI ne produit pas seulement l'effet négatif qui consiste à éliminer les obstacles juridiques à l'investissement, mais produit également un effet positif, qui consiste à créer les conditions économiques de l'investissement.

22 L'existence de ce phénomène d'interdépendance emporte des conséquences de droit. L'une des plus évidentes résulte de ce que les relations internatio-

nales économiques mettent en présence une pluralité d'ordres juridiques nationaux. De cette confrontation surgissent, de plus en plus fréquemment, des conflits de juridiction entre États : l'invocation en matière internationale économique de ces chefs classiques de la compétence étatique que sont la *territorialité*, la *nationalité* ou la *protection*, par les implications conflictuelles qu'elle recèle, montre que les notions usuelles du droit international s'adaptent malaisément aux réalités du droit international économique.

La portée extraterritoriale que les États veulent parfois donner à leur législation entraîne pour leurs destinataires une situation pour le moins inconfortable dans la mesure où ils peuvent se trouver placés devant des *obligations contradictoires*. Si, en général, la notion de territorialité l'emporte sur la notion de nationalité, force est de reconnaître un certain affaissement de la première en droit international économique.

23 Il est vrai que cette interdépendance économique entre États n'est pas nécessairement génératrice de conflits de compétence. L'imbrication des ordres juridiques nationaux se règle, de plus en plus souvent, par la voie conventionnelle. Les chevauchements entre territorialité et nationalité ont pu, en certains domaines, être évités par la conclusion d'instruments bilatéraux : la multiplication des conventions destinées à éliminer les doubles impositions en fournit une bonne illustration. Mais surtout la vague croissante des instruments multilatéraux qui créent des espaces d'intégration économique, et dont le modèle peut être trouvé dans les traités instituant les Communautés européennes, aboutit à la pure et simple éradication des situations conflictuelles. Tous ces instruments conventionnels, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, *privilégient clairement l'interdépendance par rapport à l'indépendance* ; dans cette optique, ils ne font que refléter le déplacement du centre de gravité qui se produit lorsque s'effectue le passage des relations internationales politiques aux relations internationales économiques.

§ 2. Les sources du droit international économique

24 L'irréductibilité du droit international économique au droit international général se reflète dans la structure de leurs sources respectives. À cet égard, la classification des sources du droit international économique fait apparaître un plus haut degré de diversité et de complexité. Certes, il existe des sources communes au droit international économique et au droit international général. Mais ces sources subissent, lorsque s'effectue le passage du droit international au droit international économique, des inflexions qui montrent bien, une fois encore, ce qui sépare celui-ci de celui-là.

I. Classification des sources du droit international économique

a. Classification selon l'ordre juridique de leur rattachement

25 Les sources du droit international économique se rattachent soit aux ordres nationaux, soit à l'ordre international, soit encore à un tiers ordre dont l'existence demeure controversée.

26 *Les sources purement nationales* du droit international économiques sont constituées par les actes unilatéraux des États. Ces *actes unilatéraux* peuvent être soit des actes du pouvoir législatif, soit des actes du pouvoir exécutif, soit même des décisions du pouvoir judiciaire, dès lors que ces actes ont une incidence sur les relations macro-économiques entre États. Ainsi, par exemple, *la manipulation, par un État, de son taux de change ou de ses taux d'intérêts* relève, en principe, et sous réserve de ses engagements internationaux, de sa seule compétence : nul ne niera, pourtant, qu'une telle manipulation a une incidence directe sur les relations économiques avec ses partenaires commerciaux. De la même manière, la publication, par l'État, d'un code d'investissement, plus ou moins incitatif, voire plus ou moins dissuasif, reflète un choix souverain ; il n'échappera pourtant à personne qu'une telle publication est destinée à avoir des effets sur l'orientation des flux financiers. Ces actes unilatéraux des États, pour être pris dans le cadre de leur ordre interne, sont des sources de droit international en raison de leurs objectifs et prolongements économiques internationaux.

27 *Les sources purement internationales* du droit international économique en forment le noyau central. Ces sources sont soit des sources conventionnelles, soit des sources non conventionnelles, et leur énumération relève de l'étude du droit international général — même si l'on constate que ces sources s'infléchissent au contact de la matière économique. Le rôle des sources internationales du droit international économique est et demeure considérable. Ainsi, les constructions systémiques qui ont été élaborées, par la voie conventionnelle, après le second conflit mondial — les accords de Bretton Woods créant le FMI et la Banque Mondiale, ou plus récemment les accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce — en portent témoignage.

28 Indépendamment de ces sources nationales et de ces sources internationales, il existerait des sources qui ne se rattacheraient ni aux ordres juridiques nationaux, ni à l'ordre juridique international et que, pour cette raison, faute d'une meilleure dénomination, on désigne génériquement sous l'appellation de *sources de tiers ordre*. Ces sources naîtraient de l'effort concerté des opérateurs — et, plus précisément, des *entreprises multinationales*. Car l'influence de ces sociétés dans les relations internationales économiques est telle que leur effort concerté serait de nature à produire des effets macro-économiques. Les exemples de telles situations ne sont pas infréquents.

Ainsi, l'entente entre les principales sociétés pétrolières américaines et européennes — les « Seven Sisters » — a donné naissance à une *lex petrolea* qui a réglé, durant trois décennies, l'exploitation et la distribution des hydrocarbures à l'échelle planétaire. Ainsi, l'action des banques internationales a permis la création, puis le prodigieux développement d'un marché monétaire et financier de caractère privé (*euro devises* et *euro-obligations*). L'intervention du tiers ordre dans les relations économiques suffirait, en elle-même, à mettre en évidence l'hétérogénéité des sources du droit international économique par rapport aux sources du droit international général.

b. Classification selon la qualité de leurs auteurs

29 Les sources du droit international économique sont, pour l'essentiel, des *sources de droit public* ou des *sources de droit privé*. Elles sont des sources de droit public, en ce qu'elles émanent de l'action souveraine de la puissance publique, soit dans le cadre interne, soit dans le cadre international. Elles sont des sources de droit privé, en ce qu'elles émanent de l'action concertée des opérateurs économiques, qui sécrètent leur propre cadre juridique, échappant tant à l'ordre national qu'à l'ordre international traditionnel.

30 À mi-chemin de ces sources de droit public et de ces sources de droit privé se situent les *sources de caractère mixte*. Ces sources consistent en des actes concertés entre un État, d'une part, et le ressortissant d'un autre État, d'autre part. Ces actes concertés, dénommés contrats d'État, jouent un rôle considérable en droit international économique, et particulièrement dans la branche spéciale de ce droit qu'est le droit des investissements internationaux : il suffit, à cet égard, de songer à l'importance que revêtent, dans les rapports Nord-Sud, les accords de développement économique à long terme.

2. Infléchissement des sources internationales du droit international économique

31 Le droit international économique se fonde donc sur un ensemble de sources, de droit interne, de droit international ou autres, qui concourent à son objet, à savoir la circulation internationale des richesses. Parmi ces sources, les sources de droit international occupent une place éminente. On pourrait penser que ces sources internationales se retrouvent identiquement en droit international et en droit international économique. Or, il n'en est rien : elles connaissent en effet un infléchissement sensible lorsque l'on passe du domaine du droit international général au domaine du droit international économique.

32 Le « grand monument » qu'est l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice énumère les sources du droit international général qu'elle applique, en vue de trancher les différends qui lui sont soumis. Ces sources sont : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales ; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ; c) les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ; d) les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, mais seulement comme moyen auxiliaire de détermination du droit. Cette énumération, qui ne vaut d'ailleurs pas hiérarchisation, ne rend pas un exact compte de ce que sont les sources internationales du droit international économique.

a. La source conventionnelle

33 De son côté, la source conventionnelle, si elle demeure fort importante en droit international économique, a connu des adaptations significatives : le bilatéralisme le dispute au multilatéralisme, les accords infra-étatiques prolifèrent de même que les engagements non-contraignants, tandis que le phénomène de la modélisation conventionnelle se développe fortement.

34 Certes, les conventions internationales jouent un rôle fondamental en droit international économique, en ce qu'elles fournissent ses fondations à l'ordre international économique. Les conventions multilatérales sont en quelque sorte les piliers constitutionnels de cet ordre : les Accords de Marrakech structurent le droit international du commerce, tout comme les statuts du FMI, en leur temps, ont donné sa structure à l'ordre international monétaire. Il n'y a guère que dans le domaine de l'investissement international que le multilatéralisme, jusqu'à présent, n'a pas prospéré. Mais là où le multilatéralisme ne prospère pas, le bilatéralisme, lui, occupe la place : s'il n'y a pas d'accord multilatéral sur l'investissement, cela ne doit pas faire oublier les quelques 2 800 accords bilatéraux qui ont été conclus en la matière.

35 *La distinction entre accords infra-étatiques et accord inter-étatique* revêt une certaine importance en droit international économique. L'accord infra-étatique, qui est conclu non pas entre États, mais entre administrations ou émanations d'États différents, est en effet, fréquemment utilisé en droit international économique pour régler les questions qui soulèvent des difficultés d'ordre moins politique que technique. Ainsi, par exemple, *des arrangements entre services fiscaux* sur l'assistance administrative. La nouveauté et la variété de ces divers accords font que leur régime juridique n'est pas fixé clairement. Trois critères principaux, semble-t-il, seraient susceptibles d'être combinés afin de déterminer, cas par cas, ce régime juridique : la qualité des parties à l'accord infra-étatique ; la possibilité ou l'impossibilité de rattacher l'accord infra-étatique à un accord inter-étatique ; et, enfin, la finalité que poursuit l'accord infra-étatique. Ainsi, un arrangement entre services fiscaux sur l'assistance administrative, qui se rattache à une convention bilatérale sur l'élimination des doubles impositions afin de donner un effet à ses stipulations, ne saurait être soumis au même régime juridique qu'un accord entre sociétés nationales d'États différents afin de procéder au traitement des

déchets nucléaires et conclu indépendamment de toute convention internationale.

36 *Le droit international économique semble également préférer l'informalisme au formalisme*. Certes, on ne saurait aller jusqu'à opposer l'informalisme du droit international économique au formalisme du droit international général. Mais il n'en demeure pas moins vrai que les États sont souvent amenés, en matière internationale économique, à concerter des actes qui, matériellement, traduisent une commune volonté, mais, formellement, ne constituent pas des conventions internationales. On est ici en présence d'*engagements non-contraignants*. La matière internationale économique se caractérise par sa fluidité et par sa volatilité ; et l'action des États en cette matière — souvent dictée par l'urgence — doit répondre au triple impératif d'efficacité, de rapidité, de technicité. Autant dire que les actes informels abondent en droit international économique. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, les marges de fluctuation des taux de change des principales monnaies appellent des mesures concertées entre États, mais qui ne peuvent guère se couler dans le moule du traité ou de l'accord international. Les réunions périodiques des ministres des finances des pays développés répondent à cette nécessité ainsi qu'en témoigne le groupe des Huit. Ces réunions se terminent par la rédaction de communiqués dont la teneur n'est pas toujours divulguée dans son intégralité. De tels communiqués ne sont pas des conventions internationales ; ils n'en doivent pas moins être exécutés de bonne foi.

37 Dans le même sens, on peut citer le développement des « lignes directrices » (*guidelines*) et des « pratiques recommandées » (*best practices*), qui ont rencontré un certain succès au cours des années récentes. Il s'agit d'instruments concertés, qui, parfois, se coulent dans le cadre juridique de résolutions d'organisations internationales, soit parce que leurs auteurs n'ont pu s'accorder pour les hausser au niveau conventionnel, soit parce que leurs auteurs ont préféré conserver leur flexibilité afin d'assurer leur efficacité. Certains de ces instruments ont joué et continuent de jouer un rôle important en matière de droit international économique. C'est le cas, notamment, de la déclaration et des décisions de l'OCDE, en date du 21 juin 1976, sur l'investissement international et les entreprises multinationales, périodiquement révisées, et que l'on retrouvera, *infra*, à propos des investissements. La déclaration et ses annexes insistent fortement sur le fait qu'elles sont, l'une comme les autres, dépourvues de tout caractère obligatoire : mais qui songerait à nier l'importance de l'annexe I (Lignes directrices — improprement dénommées Principes directeurs — à l'intention des entreprises multinationales) ou de l'annexe II (Considérations générales et approches pratiques concernant les obligations contradictoires imposées aux entreprises multinationales) ? C'est le cas, également, des lignes directrices — improprement dénommées principes directeurs — de la Banque mondiale, adoptées en 1992, qui énoncent les pratiques recommandées aux États désireux d'attirer sur leur territoire des flux additionnels d'investissements internationaux. Ces lignes directrices, à l'origine, devaient emprunter la voie conventionnelle. Mais l'opposition entre pays développés sur leur teneur a entraîné leur dégradation en un instrument à valeur recommandatoire, et non plus obligatoire. Il n'en reste pas moins que ces lignes directrices occupent une place importante parmi les textes juridiques relatifs au traitement de l'investissement.

38 Mais le développement de droit international économique qui ne trouve aucun équivalent en droit international général, c'est le *phénomène de la modélisation conventionnelle*. Le modèle conventionnel est une institution du droit international économique, et de droit international économique seulement : ce sont les caractères de complexité propres à certaines situations répétitives de caractère bilatéral en matière internationale économique qui en ont favorisé la vogue. Le modèle conventionnel peut se définir comme un ensemble de clauses, arrêté soit dans le cadre interne, soit dans le cadre international, et destiné à fournir ses bases à une négociation bilatérale, dans un domaine déterminé. Le modèle conventionnel est donc dépourvu de toute force *en droit* ; mais il peut être investi d'une certaine autorité *de fait*, autorité qui sera fonction, tout à la fois, de sa perfection sur le plan technique, et de sa capacité de propagation sur le plan politique. C'est donc une matrice, à laquelle on peut assigner deux fonctions : par sa perfection, formelle et matérielle, elle est un instrument de pédagogie internationale ; par sa capacité de propagation, elle peut devenir source de principes généraux du droit international économique. La modélisation conventionnelle a connu d'amples développements en deux domaines importants du droit international économique : d'une part, le domaine du droit de la fiscalité internationale, dans lequel, depuis 1929, les modèles de conventions bilatérales pour l'élimination des doubles impositions se sont multipliés ; d'autre part, le domaine du droit des investissements internationaux, dans lequel, depuis le début de la décennie 1970, les modèles de conventions bilatérales sur la promotion et la protection des investissements ont joué un rôle considérable dans l'instauration ou la restauration d'un climat favorable aux investissements Nord-Sud.

39 Les divers modèles conventionnels, par la répétition des clauses qu'ils proposent, ont certes pu jouer un rôle dans ce que on a pu appeler le remembrement de la coutume internationale, comme le montre la résurgence du standard minimum, ou du standard du traitement juste et équitable, ou encore du standard de la pleine et entière protection et sécurité. Mais la généralisation de la pratique des modèles conventionnels produit aussi des effets dommageables. Lorsqu'une négociation bilatérale se nouait entre pays développé et pays en développement, sur une matière aussi complexe que celle de l'investissement, c'était, jusqu'à une époque récente, à l'initiative du pays développé, sur la base du modèle conventionnel que proposait ce pays développé au pays en développement. Autant dire que la négociation, bien souvent, était terminée avant d'être commencée. Car au lieu de fournir l'occasion d'une fructueux échange sur les propositions et contre-

propositions formulées par l'un et par l'autre, la négociation se refermait sur le binôme proposition – acceptation, et sans le moindre échange. Car la capacité de négocier ne s'improvise pas, elle s'acquiert progressivement : ici intervient l'exigence du « capacity building », sur laquelle l'accent a été mis justement et fortement par la CNUCED. Faute d'une telle capacité de négocier, les idées même d'égalité entre partenaires conventionnels, et donc, de libre manifestation du consentement à être lié par traité ne sont plus que de vains mots. On a donc craint, à un moment, que la pratique du modèle conventionnel aboutisse à mettre en cause les notions fondamentales du droit des traités. Fort heureusement, il n'en a rien été, et l'acquisition, par les pays en développement, de la nécessaire capacité de négocier, les place, désormais, sur un pied d'égalité avec les pays développés : les uns comme les autres, d'ailleurs, possèdent désormais leur modèle de convention bilatérale.

40 Au même ordre d'idées se rattache une autre pratique conventionnelle, propre à l'OCDE, savoir la pratique des *accords autonomes*, qui souligne l'affaiblissement de la manifestation du consentement à être lié. L'accord autonome, dans la pratique OCDE, est un accord qui est négocié, dans le cadre de l'organisation, par ses membres, et qui doit, par conséquent, répondre aux besoins de ces membres. Mais, une fois achevée la négociation, et par suite, une fois arrêté le texte de l'accord, les pays non-membres, ou certain pays non-membres, peuvent être invités à se joindre à cet accord. Leur accession, toutefois, s'opère sans que puisse être ré-ouverte la négociation : c'est donc la règle « à prendre ou à laisser », (*take it or leave it*), qui s'applique dans son intégralité, et, serait-on tenté d'écrire, dans sa dureté. En s'ouvrant ainsi à des pays non-membres, l'accord considéré devient autonome, c'est-à-dire qu'il se détache du cadre OCDE pour prendre une nouvelle dimension, qui, d'inter-régionale, peut même devenir universelle. Un exemple d'accord de l'OCDE qui était conçu comme accord autonome est fourni par le projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) qui, on le verra, *infra*, n'est pas entré en vigueur à la suite des oppositions entre pays membres de l'OCDE, c'est-à-dire entre pays développés. Mais l'intention des membres n'en était pas moins de négocier, entre eux et pour eux – c'est-à-dire, pour l'essentiel, dans la perspective de pays développés, exportateurs d'investissements –, un accord qui aurait par la suite été ouvert à l'adhésion des pays en développement, importateurs d'investissements. Certes, ce n'est pas l'opposition entre pays développés et pays en développement qui a fait échouer l'AMI, c'est le désaccord entre pays développés sur l'objet même de l'accord. Devait-il s'agir essentiellement d'un accord de protection des investissements, ou d'un accord qui aurait combiné entre elles clauses de libéralisation et clauses de protection ? Mais au-delà de cette question, certes importante, apparaît une autre interrogation : si les pays développés avaient pu s'accorder entre eux, alors, eût-il été légitime que cet accord liât des pays en développement ? Une telle interrogation montre, en définitive, que la manifestation du consentement à être lié peut être plus formelle que réelle,

dès lors qu'elle ne s'appuie pas sur la libre négociation des clauses conventionnelles.

b. Les sources internationales autres que les sources conventionnelles.

41 Les sources internationales autres que les sources conventionnelles jouent un moindre rôle en droit international économique. La *coutume internationale*, en particulier, ne peut guère jouer qu'un rôle interstitiel dans les domaines que structure un Traité multilatéral, sorte de constitution internationale, comme le sont les Accords de Marrakech pour le droit commercial international, ou les Accords de Bretton Woods pour le droit monétaire international. Il est vrai que, dans les domaines qui ne sont pas ainsi structurés, la coutume internationale fait encore preuve d'une certaine vitalité. Ainsi du droit de l'établissement ou du droit de l'investissement : des principes de droit coutumier ont été extrapolés, à partir de la protection des personnes, pour s'étendre en direction de la protection des biens. Encore faut-il noter, à ce propos, que la coutume internationale, ainsi extrapolée sous l'influence des pays développés, a fait l'objet d'une violente contestation de la part des pays en développement lorsque ceux-ci ont accédé à l'indépendance et à la souveraineté, lors du grand mouvement de la décolonisation.

42 **Les actes unilatéraux des organisations internationales** de caractère intergouvememental méritent une mention spéciale, ne fût-ce que parce que ces organisations internationales sont nombreuses dans l'ordre économique. Résolutions, décisions, recommandations, déclarations, dès lors, jouent un rôle important dans la formation du droit international économique. Mais le principe de spécialité de l'organisation internationale en limite la portée. Qui plus est, la règle de l'unanimité, qui n'a pas disparu, empêche le plus souvent que se forme un consensus entre les États Membres, comme on l'a vu, à l'ONU, lorsqu'est venue en débat la question de l'instauration d'un nouvel ordre international économique. Et, pour finir, le défaut d'obligatoriété qui, le plus souvent, entache les résolutions des organisations internationales, les prive de toute effectivité internationale. En bref, les actes unilatéraux des organisations internationales ne sauraient être assimilés à des actes de législation internationale. Mais leur influence réelle peut être d'autant plus grande que leur force juridique est faible : il n'est que de mentionner ici la déclaration OCDE du 21 juin 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales pour s'en convaincre.

§ 3. Le règlement des différends

43 Il existe un particularisme des sanctions en droit international économique. Ce particularisme des sanctions, bien évidemment, reflète le particularisme des sources. Parce que le droit international économique s'insère dans une

pluralité d'ordres juridiques, les sanctions du manquement à la règle de droit international économique peuvent, elles aussi, relever d'une pluralité d'ordres juridiques — ordres nationaux ou ordre international : en cela, la sanction suit l'obligation.

44 La structure de la société internationale économique ne pouvait qu'influer sur la nature des mécanismes de sanction. La société internationale économique n'est pas une société fermée, et composée des seuls États souverains ; c'est une société ouverte, et dans laquelle coexistent des acteurs dont les statuts juridiques diffèrent les uns des autres. Parce que les relations internationales économiques se nouent et se dénouent entre intervenants dont les statuts juridiques sont différenciés, les mécanismes de sanction ne sauraient être laissés à l'initiative des seuls États souverains. Ainsi le droit international économique est-il un des domaines d'élection de la *mixité* : une bonne illustration peut en être trouvée dans le développement de *l'arbitrage mixte* — c'est-à-dire, l'arbitrage entre États et ressortissants d'autres États — particulièrement dans le domaine du contentieux de l'investissement international, qui se trouve à l'intersection de l'intérêt public et des intérêts privés.

45 Mais, de la même manière qu'il existe des sources purement internationales du droit international économique, il existe des sanctions purement internationales des manquements au droit international économique. Et, de la même manière que les sources du droit connaissent un infléchissement en passant du droit international général au droit international économique, les sanctions s'infléchissent en passant du droit international général au droit international économique. Cet infléchissement se marque à travers plusieurs constantes : préférence donnée à l'informalisme par rapport au formalisme ; flexibilité des divers mécanismes, qui se caractérisent par une très grande adaptabilité aux situations internationales économiques qu'ils ont pour mission de faire respecter ; spécialité et proportionnalité des sanctions internationales économiques. En bref, les sanctions du droit international économique s'orienteraient plus aisément en fonction des exigences de l'opportunité et de l'efficacité, alors que les sanctions du droit international général se préoccuperaient essentiellement de légalité et d'exemplarité.

46 *La préférence que marque le droit international économique pour l'informalisme par rapport au formalisme* se traduit par une certaine réticence vis-à-vis des mécanismes que caractériserait une trop grande rigidité. Ainsi s'expliquerait l'un des traits saillants du droit international économique, savoir son allergie au juge international. On a souligné à l'envi les raisons de cet état de chose : impréparation de la juridiction internationale en matière économique ; inadéquation entre juridiction internationale et matière économique. Et, surtout, les conditions de la protection, par les États, des intérêts privés, ont un effet de dissuasion. Quoiqu'il en soit, rares ont été les litiges internationaux économiques qui ont été soumis à la Cour internationale de Justice depuis sa création, et les décisions que celle-ci a pu rendre en matière de contentieux international économique n'ont certainement pas suscité l'unanimité des approbations [1].

47 Le droit international, plutôt que d'utiliser des mécanismes classiques mais rigides, tend donc à créer ses propres modes de sanction, caractérisés par leur adaptabilité à la situation particulière qu'ils entendent prendre en compte. La variété de ces modes ne le dispute qu'à leur originalité. Certes, le droit international économique ne rejette nullement les mécanismes traditionnels, tels la négociation ou la conciliation ; mais il ne répugne nullement à les modeler en fonction de ses propres exigences. Et, au-delà de l'utilisation de ces mécanismes traditionnels, il manifeste une véritable dilection pour l'innovation, en multipliant les mécanismes moins traditionnels. C'est ainsi que la plupart des organisations internationales économiques connaissent des *procédures internes de règlements des différends*, exclusives de tout recours au juge ou à l'arbitre (cas du FMI, de la BIRD, du GATT hier et de l'OMC aujourd'hui, des banques régionales de développement ou des accords sur les produits de base) [2]. Certaines (le FMI, la BIRD ou l'OMC par exemple) sont même investies d'un *véritable pouvoir quasi-judiciaire* de par leur compétence de *procéder à l'auto-interprétation de leur charte constitutive* [3]. Également, dans le cadre de la déclaration et des décisions qu'a adoptées, le 21 juin 1976, le conseil de l'OCDE pour *réglementer l'investissement international et les entreprises multinationales*, a été mise sur pied une procédure dite de *clarification*, qui s'applique plus particulièrement à la première de trois décisions, intitulée « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales » : il s'agit, en répondant aux demandes de clarification que peuvent formuler ceux qui sont habiles à le faire, de les amener, par une pédagogie appropriée, à respecter ces principes directeurs.

48 La multiplication des modes de règlement des différends d'ordre économique rend inévitables les chevauchements entre les uns et les autres. Un exemple en est fourni par la co-existence du mécanisme OMC, en matière de commerce et du mécanisme CIRDI, en matière d'investissement. Il n'est pas rare qu'une seule et même situation juridique mette en évidence une viola-

1. Ainsi au cours des ans la CIJ n'a été saisie que de trois différends relevant de la sphère économique : tel fut le cas dans les affaires des ressortissants américains au Maroc qui opposa les États-Unis à la France en 1952, de la Barcelona Traction (1970) qui opposa la Belgique à l'Espagne puis, dans celle de l'Elettronica Sicula (ELSI) en 1989 qui opposa les États-Unis à l'Italie et qui fut portée devant une chambre de la Cour de la Haye.

2. Outre l'ouvrage précité de Malinverni qui est fondamental en la matière, voir C. A. Colliard, « Le règlement des différends dans les organisations intergouvernementales de caractère non politique », in Mélanges Basdevant, Paris, Pédone, 1960, 152 et surtout les pp. 154-163, R. Kovar, « Le règlement des différends économiques interétatiques dans les organisations internationales », cours IHEI Paris, 1969-1970, 98 p. et Th. Flory, RGDIP, 1982, 235.

3. Voir sur cette question, F. A. Mann, « The interpretation of the constitutions of international financial organizations », BYIL, 1969-1969, I.

tion des accords OMC, d'une part, et une violation de tel ou tel accord bilatéral de promotion et de protection des investissements, d'autre part. Ainsi, les États édictent parfois des interdictions d'importation ou d'exportation visant des marchandises déterminées : ce faisant, ils peuvent violer les accords OMC et, plus particulièrement, l'accord MIC. Mais ces interdictions d'importation ou d'exportation peuvent frapper des entreprises étrangères, et, de ce fait, priver les investisseurs étrangers des droits que ceux-ci tiennent de l'accord d'investissement qui les protège. Lequel, du règlement OMC ou du règlement CIRDI, va-t-il s'appliquer ? Ces deux modes s'excluent-ils mutuellement, ou peuvent-ils être utilisés cumulativement ?

49 Ce type de situation fait bien ressortir l'un des aspects fondamentaux de la matière, c'est à dire la spécialité des modes de règlement des différends. Le droit international général peut se satisfaire d'un certain resserrement des modes de règlement, s'agissant tout au moins des différends d'ordre juridique, et ce, pour deux raisons : d'une part, le contentieux est un contentieux entre sujets de même nature juridique – les États ; d'autre part, le droit applicable à ce règlement est, précisément, le droit international général. Rien de tel en droit international économique, où le contentieux se noue entre parties qui ne possèdent pas le même statut juridique, et dont les rapports sont régis par des instruments autonomes les uns par rapport aux autres, et se situent donc dans des ordres conventionnels différents, même s'ils se rattachent tous au droit international. Aussi bien, dans l'exemple des interdictions d'importation et d'exportation de marchandises, l'aspect relatif au commerce sera tranché devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, et par application des accords OMC ; alors que l'aspect relatif aux investissements pourra être tranché par recours à un tribunal CIRDI, et par application de l'accord pertinent de promotion et de protection des investissements.

50 Cette dissociation entre les divers aspects d'un seul et même différend permet une grande flexibilité et une grande adaptabilité des solutions. En matière commerciale, il s'agit de rétablir les équilibres conventionnels en faisant cesser le trouble qu'apporte le comportement ou les agissement de tel ou tel membre à l'ordre juridique de l'OMC ; il faut donc, entre États, trouver les modalités de rétablissement de ces équilibres. En matière d'investissement, il s'agit de réparer le préjudice qui a été causé à un investisseur ou à son investissement par la violation du dispositif de protection conventionnelle : il faut donc que l'État qui est à l'origine de ce préjudice indemnise l'investisseur qui l'a subi. On se situe là dans deux ordres différents. Voilà qui explique que le règlement CIRDI ait été plus souvent sollicité par les investisseurs que le règlement OMC n'a été sollicité par les États, lorsque le différend est à la fois un différend en matière d'investissement et un différend en matière de commerce. Mais parce que les deux modes de règlement n'ont pas le même objet, ils ne s'excluent pas l'un l'autre, et il arrive qu'ils soient mis en œuvre simultanément.

51 Enfin, la sanction, en droit international économique, semble bien se caractériser à la fois par *son originalité* et par *sa proportionnalité*. Par son originalité, en ce que le manquement à une obligation d'ordre économique appellerait une sanction d'ordre économique. Par sa proportionnalité, en ce que la sanction aurait pour objet non pas de punir un manquement en tant que manquement, mais bien de permettre la réintégration, dans le cours des relations internationales économiques, de celui qui s'est provisoirement écarté de la règle de droit international économique. La proportionnalité, à cet égard, induit la gradualité ; et gradualité comme proportionnalité témoignent de ce qui demeure le souci principal du droit en la matière : la stabilité et la continuité dans la coopération internationale.

Principles of International Economic Law

Second Edition

MATTHIAS HERDEGEN

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

I

The Law of International Economic Relations: Contents and Structure

1. Understanding and Contents of International Economic Law

The notion 'International Economic Law' encompasses a complex architecture of rules governing international economic relations and transboundary economic conduct by States, international organizations, and private actors. The term essentially refers to the regulation of cross-border transactions in goods, services, and capital, monetary relations and the international protection of intellectual property. To some extent, it also addresses the movement of companies and natural persons as well as aspects of international competition.

Although there is consensus on the core subjects, the content of 'international economic law' remains controversial and leaves room for subjectively coloured choices.[1] A narrow concept of 'international economic law' only refers to the segment of public international law directly governing economic relations between States or international organizations, focusing on world trade law, international investment law, and international monetary law.[2] A broader understanding also reflects the role of private actors or hybrid entities administering public goods of major relevance to the international community, like ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) and more adequately pays tribute to the interplay between international and domestic law in a transboundary economic context. This understanding of international economic law includes the norms of public international law addressing cross-border activities of private undertakings by international agreements as well as issues of jurisdiction of States and the hotly debated 'extraterritorial' legislation.

[1] See S Charnovitz, 'What is International Economic Law?' (2011) 14 J Int'l Econ L 3.

[2] D Carreau and B Juillard, *Droit international économique* (5th edn, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2013); WJ Davey and JH Jackson, 'The Future of International Economic Law' (2007) 10 J Int'l Econ L 439; R Dolzer, 'Die Wirtschaft im Völkerrecht' in W Graf Vitzthum (ed), *Völkerrecht* (6th edn, De Gruyter 2013) 491; AT Guzman and JHB Pauwelyn, *International Trade Law* (2nd edn, Aspen Publishers 2012); M Herdegen, 'International Economic Law' in R Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2012) vol V, 777; JH Jackson, *The World Trading System* (2nd edn, MIT Press 1997); AF Lowenfeld, *International Economic Law* (2nd edn, OUP 2008); I Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law* (3rd edn, Kluwer Law International 1999).

This book follows a broad understanding of 'international economic law',[3] that is an understanding not just as the part of public international law addressing the economic order, but rather as the law of international economic relations. Thus, the book also covers the basic elements of what is termed 'international (transnational) business law'[4] or 'international commercial law'.[5] It includes legal standards for international undertakings and activities as to human rights, transparency (ban on corruption), environmental protection, labour conditions, or the prohibition on trade with certain arms or other potentially harmful goods.

Several reasons support the inclusion of rules addressing private undertakings and individuals. A concept restricted to the rules governing the relations between States would provide a most fragmentary understanding of the modern order of economic relations and would fully ignore many sets of rules essential to the status of private actors engaged in transnational activities. International law itself pays more and more attention to economic rights and freedoms of individuals and other private actors, in treaties on human rights or in agreements on investment protection. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) provides for arbitration and conciliation between States and foreign investors. For the purposes of dispute settlement, the Convention places a foreign investor and the host State on the same footing, once both parties have accepted the jurisdiction of ICSID. From this perspective, ICSID is a most innovative step in the field of investment protection similar to the individual complaint created by the European Convention on Human Rights.

Many rules for international transactions or the settlement of commercial disputes are laid down in international treaties such as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) or the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Often cooperation among administrative authorities results in international rules for companies which become law by harmonized legislation in many or even most States. Thus, the Basel Committee on Banking Supervision, an important forum of G20 members and some other countries on banking supervision, has adopted non-binding standards for the resilience of the banking sector, in particular for the adequate capital of internationally active banks and liquidity risk management ('Basel Accords'),[6] which are implemented by domestic laws. Some kind of soft convergence is being reached in the area of accounting standards.

Economic realities should also be considered. Quite a number of multinational corporations have an economic (and often political) weight comparable, if not

[3] H Kronke, W Melis, and AK Schnyder (eds), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (Schmidt 2005).

[4] R Folsom, M Gordon, JA Spanogle, P Fitzgerald, and MP Van Alstine, *International Business Transactions* (11th edn, Aspen Publishers 2012).

[5] R Goode, H Kronke, E McKendrick, and J Wool, *Transnational Commercial Law* (2nd edn, OUP 2012).

[6] For an analysis see S Rutova and T Volkheimer, 'Revisiting the Basel Accords: Lessons Learned from the Credit Crisis' (2011) 19 U Miami Bus L Rev 83.

superior, to many States.[7] The quest of developing countries for foreign investment and access to technology often places multinational corporations on a negotiating level *vis-à-vis* States in context with conditions for investment and the grant of concessions. Some companies even succeeded in having contracts with foreign States 'internationalized' (ie governed by international law instead of national law), thus placing the contract out of reach of unilateral intervention by their State counterpart.

International law also develops binding standards and 'soft law' (codes of conduct) for multilateral corporations. From the view of multinational corporations and other private actors with transboundary economic activities, international rules and national law must be read together.

2. The Interaction between International and Domestic Law

The interplay between national and international law shapes the international economic order in many ways. Public international law conditions the exercise of regulatory powers in the domestic sphere. Fundamental principles common to most municipal systems like the principle of good faith or the ban on corruption may give rise to 'general principles of law recognized by civilized nations' in terms of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice and thus emerge as principles of public international law.

In *World Duty Free Ltd v Kenya*, the arbitral tribunal held that:

> In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.[8]

Resolutions of the UN Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations (UN Charter) like a trade embargo under Article 41 of the UN Charter or individual sanctions against persons or entities supposedly implicated in international terrorism must be implemented by national legislation.

Article 48 of the UN Charter provides:

> 1. The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.
> 2. Such decisions shall be carried out by the Members of the United Nations directly and through their action in the appropriate international agencies of which they are members.

[7] See Ch III.8.

[8] *World Duty Free Co Ltd v Kenya*, ICSID Case No ARB/00/7 (Award) (2007) 46 ILM 339 para 157.

Thus, it is only through national legislation (or EU legislation) that UN measures evoke individual rights and obligations.

The implementation of resolutions of the UN Security Council shows how different layers of international and national legal rules may interact, giving rise to certain complexity. In the European Union, the competent EU organs decide within the Common Foreign and Security Policy (Article 28 TEU), and then within the Common Commercial Policy (Article 215 TFEU) or within the framework of the rules on the freedom of capital movements (Article 75 TFEU) on the implementation of UN sanctions. In addition, EU Member States may enact parallel restrictions and sanction violations under their criminal law. Finally, human rights standards guaranteeing individual freedoms, for example the European Convention on Human Rights, may call for consideration. Thus in *Bosphorus v Ireland*, the European Court of Human Rights ruled on the conformity with the European Human Rights Convention of an embargo measure against a Serbian aircraft, leased by a Turkish airline and seized by the Irish authorities under an EU regulation which, in turn, implemented sanctions imposed by the UN Security Council.[9] Persons targeted by individual or 'smart' sanctions under anti-terror resolutions of the Security Council repeatedly brought complaints against implementing measures before the European Court of Human Rights.[10] In the case of *Kadi and Al Barakaat*, the European Court of Justice examined restrictions of property against supposed accomplices of international terrorism based on resolutions of the UN Security Council in the light of EU fundamental rights (which are strongly inspired by the European Convention on Human Rights).[11]

In international investment law, arbitral tribunals will apply relevant agreements and the national law of the host State as far as appropriate. Under the ICSID Convention, for example, arbitral tribunals will apply national law (usually the law of the host State) and 'such rules of international law as may be applicable' (Article 42(1)).

National law often refers to international standards. Under the US Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA or ATS),[12] 'the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States'. Many actions brought in the United States against multinational corporations for violations of human rights committed abroad were based on the ATCA. The recent decision of the US Supreme Court in *Kiobel* has dramatically reduced the scope of claims covered by jurisdiction under the ATCA.[13]

[9] ECtHR *Bosphorus Hava Yollari Turizm v Ireland* App no 45036/98 (30 June 2005).
[10] ECtHR *Al-Dulimi and Management Inc v Switzerland* App no 5809/08 (26 November 2013), confirmed by the Grand Chamber judgment of 21 June 2016.
[11] ECJ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the EU and Commission of the EC* (ECJ Judgment) [2008] ECR I-6351 paras 280ff.
[12] See Ch VII and Ch X.3(d).
[13] US Supreme Court *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co* 133 S.Ct. 1659 (2013) 13; see Ch VII.

National law may provide that courts have to refuse the application or recognition of acts of foreign States, for example expropriations, if they are inconsistent with international law. Some States incorporate international law or at least parts of it into domestic law.[14] On the other hand, international law in many ways supports domestic law. Thus, treaties on investment protection may require foreign investors to comply with the law of the host States ('conformity clause').[15]

In the *Fraport* case,[16] an international arbitral tribunal denied investment protection to a German enterprise on the grounds that it had blatantly disrespected the limitation on the foreign share in domestic companies in the airport sector under the laws of the Philippines. Conversely, 'umbrella clauses' in investment treaties oblige host States to honour commitments under their own national laws.[17]

3. The Interaction of Different National Laws

In many disputes it is decisive which national law a court chooses to apply (eg on a contract between a US citizen and a British corporation to be performed in Panama), its own domestic law or foreign law. This choice is governed by the forum State's rules on the conflict of laws.

The 'extraterritorial' reach of national legislation is one of the controversial issues of international economic law.[18] It refers to the application of one State's rules to activities undertaken abroad or to the status of persons or things situated in another State.

In the *Sensor* case,[19] the Dutch subsidiary of a US firm relied on an export prohibition of the US administration (directed against a gas-pipeline deal between European States and the Soviet Union) in order to refuse compliance with a contract on the delivery of certain material finally destined for the Soviet Union. A Dutch court refused to apply the US regulation and enforced the contract under Dutch law.

In principle, States are free to apply or not the laws of other countries which serve the respective country's economic and/or political interests, like the prohibition of the export of goods attributed to a State's cultural heritage or of its natural resources (such as the exportation of archaeological materials, tribal masks, or species of animals and plants). However, under the Articles of Agreement of the International

[14] See MN Shaw, *International Law* (7th edn, CUP 2014) 99.
[15] See Ch XXXIV.3(b).
[16] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/03/25 (Award 2007) paras 300ff; the award was annulled in 2010 for procedural reasons; nevertheless, the award may still be considered an important contribution to international investment law.
[17] See Ch XXXIV.4(f).
[18] See Ch VI.6–8.
[19] District Court at The Hague *Compagnie Européenne des Pétroles SA v Sensor Nederland BV* (1983) 22 ILM 66; see AV Lowe, 'International Law Issues Arising in the "Pipeline Dispute": The British Position' (1984) 27 GYIL 54; DF Vagts, 'The Pipeline Controversy: An American Viewpoint' (1984) 27 GYIL 38.

Monetary Fund, States must give effect to currency exchange restrictions of other members:

> Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member. In addition, members may, by mutual accord, cooperate in measures for the purpose of making the exchange control regulations of either member more effective, provided that such measures and regulations are consistent with this Agreement.[20]

4. Main Areas of International Economic Law

The core areas of international economic law are international trade law, the law of regional economic integration, and other bi- or multilateral trade agreements, international investment law and international monetary law. It also comprises areas related to trade and investment such as international commercial arbitration, double taxation agreements, and international intellectual or industrial property law as well as international competition law. Advanced integration of economies as achieved in the European Union will require a regime for the movement of persons, including free establishment, and finally, common antitrust rules.

(a) International trade law

The international agreements on the exchange of goods and services across borders are based on the reciprocal character of the respective rights and obligations of the parties and aim at achieving mutual benefits for all of them.[21] The World Trade Organization (WTO) provides the institutional basis for global trade relations and is built on pre-existing structures under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Its principal objectives are to reduce existing trade barriers and to expand international trade, raise the standard of living, attain sustainable development, and secure an adequate share in the growth of international trade for developing countries (WTO Agreement, preamble). The institutional system of the WTO administers a number of trade agreements. The GATT (1947 and 1994) is the basic legal instrument for substantially reducing tariffs and other barriers to trade in goods and for eliminating discriminatory treatment. General exceptions allow for restrictive measures for the protection of enumerated public interests such as public morals or health. Specific exceptions, inter alia, relate to the protection of domestic producers against unforeseen serious harm arising from imports and trade concessions (safeguards). The WTO Agreement on the Application of Sanitary and

[20] Article VIII(2)(b) Articles of Agreement of the International Monetary Fund.

[21] D Bethlehem et al, *The Oxford Handbook of International Trade Law* (OUP 2009); AT Guzman and JHB Pauwelyn, *International Trade Law* (2nd edn, Aspen Publishers 2012); AF Lowenfeld, *International Economic Law* (2nd edn, OUP 2008).

Phytosanitary Measures (SPS Agreement) and the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement) complement the GATT rules. Other WTO agreements establish a special regime for the agricultural sector (Agreement on Agriculture) or address subsidies, antidumping measures, trade-related aspects of intellectual property (TRIPS), trade-related investment measures (TRIMs), and government procurement. The General Agreement on Trade in Services (GATS) integrates services into the WTO system.

(b) Regional economic law and free trade agreements

Bi- and multilateral free trade agreements and other forms of regional economic law overlap with WTO law. These agreements range from free trade areas over custom unions to more ambitious forms of regional economic integration.[22] Among them, the system of the European Union has reached a unique level of economic and political integration. WTO law permits preferential trade agreements, if covering 'substantially all the trade' (see Article XXIV: 4 and 8 of the GATT). The North American Free Trade Area (NAFTA), the Association of South East Asian Nations (ASEAN), the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), the Andean Community of Nations (CAN), and the Common Market of the South (MERCOSUR) stand out as examples of regional economic agreements. The European Union has negotiated the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada (CETA). In 2016, twelve States of the Pacific Rim, among them the United States, Canada, Australia, and Mexico, signed the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP). Amid much controversy, the negotiations of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the United States and the European Union are still ongoing.

(c) International antitrust and competition law

International antitrust and competition law governs the interplay of domestic competition and antitrust rules concerning the issue of transboundary undertakings.[23] WTO law (GATS) contains rudimentary rules sanctioning the abuse of regulatory powers and practices restraining competition.[24] In the absence of a truly international regime for competition, the establishment and application of competition rules lie with the individual domestic bodies. International agreements,

[22] S Norberg, 'The Agreement on a European Economic Area' (1992) 29 CML Rev 1171; TA O'Keefe, *Latin American and Caribbean Trade Agreements* (Brill Academic Publishers 2009); A Toledano Laredo, 'The EEA Agreement: An Overall View' (1992) 29 CML Rev 1199; M Toscano Franca Filho, L Lixinski, and M Belen Olmos Giupponi (eds), *The Law of Mercosur* (Hart Publishing 2010); J Vervaele, 'Mercosur and Regional Integration in South America' (2005) 54 ICLQ 387.

[23] EM Fox, 'Towards World Antitrust and Market Access' (1997) 91 AJIL 1; C Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law* (OUP 2008).

[24] See WTO, *Mexico: Measures Affecting Telecommunication Services—Report of the Panel* (2004) WT/DS204/R paras 7.224ff.

for example between the European Union and the United States, provide for mutual assistance and cooperation among competition authorities.

(d) International investment law

International investment law covers the promotion of foreign investments and their protection against undue interferences by the host State.[25] Establishing a favourable investment climate is now recognized as a cornerstone of economic development.[26] The main sources of international investment law are bilateral investment treaties and, rising in number, preferential trade agreements or treaties for specific sectors with an investment protection regime like the Energy Charter Treaty. By establishing standards for legal stability, predictability of State action, adequate protection, and due process, particularly through the guarantees of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security', international investment law has intense repercussions on the legal system of the host State and enhances the rule of law. Arbitral decisions nowadays consider respect for the integrity of the law of the host State as 'a critical part of development and a concern of international investment law'.[27] Recent treaty practice tends to defer widely to legitimate political choices, leaving considerably more room for national standards concerning environment, health, or labour conditions.

(e) International monetary law

An important sector of international economic law covers monetary relations.[28] The Statute of the International Monetary Fund (IMF) provides rules for the surveillance of currency arrangements and assistance to Member States in case of balance of payment deficits. Among monetary unions and monetary zones, the European Economic and Monetary Union with its European System of Central Banks has reached an unparalleled degree of monetary and fiscal integration for

[25] See Ch XXXIV.4.

[26] See RD Bishop, J Crawford, and WM Reisman, *Foreign Investment Disputes* (Aspen Publishers 2005); R Dolzer, M Herdegen, and B Vogel, *Foreign Investment* (Konrad Adenauer Stiftung 2006); R Dolzer and C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, OUP 2012); C Dugan et al, *Investor-State Arbitration* (Oceana Publications Inc 2008); C McLachlan, L Shore, and M Weiniger, *International Investment Arbitration* (OUP 2007); P Muchlinsky, F Ortino, and C Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP 2008); A Reinisch, *Standards of Investment Protection* (OUP 2008); M Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment* (3rd edn, CUP 2010).

[27] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/03/25 (Award 2007) para 402.

[28] MS Copelovitch, *The International Monetary Fund in the Global Economy: Banks, Bonds, and Bailouts* (CUP 2010); M Giovanoli (ed), *International Monetary Law* (OUP 2000); M Giovanoli, 'The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis' (2009) 42 Int'l L & Pol 81; M Giovanoli, *International Monetary Law and Financial Law, The Global Crisis* (OUP 2011); H Hahn and U Häde, *Währungsrecht* (2nd edn, CH Beck 2010); C Proctor, *Mann on the Legal Aspect of Money* (7th edn, OUP 2012).

the Members of the Eurozone.[29] Nevertheless, the insufficient convergence of economic and excessive fiscal deficits has caused a rift within the Eurozone.

(f) Intellectual property law

A number of treaties address the protection of intellectual property (copyright, design protection, patents including for example bio-patents on DNA-sequences, new trademarks, topographies of integrated circuits).[30] In WTO law, the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) marks a significant step towards universal standards of efficient protection. Salient issues are the protection of 'bio-patents' (eg newly 'designed' varieties of Broccoli[31]) and restraints on the exercise of patents and similar rights under competition law.[32]

(g) International commercial law

The international law governing commercial transactions between private actors is traditionally placed on the periphery of international economic law. It is, however, of considerable relevance for today's international economic relations.[33] International agreements like the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)[34] are directed at the harmonization of substantive law. Transboundary e-commerce increases the need for uniform rules. Another area of international commercial law covers the settlement of disputes, in particular international arbitration,[35] which often extends to disputes between States and foreign corporations (eg arbitration under the UNCITRAL Rules).

5. The Relationship between International Economic Law and Economic Rationality

To some extent, any legal order will refer to rationality, in economic as well as in other contexts.[36] The modern international economic order aims at activating

[29] See Part VI.

[30] See Ch XVIII.4(b).

[31] See the decisions G2/07 and G1/08 ('Broccoli/Tomatoes', 9 December 2010) as well as most recently the decisions G2/12 and G2/13 ('Broccoli/Tomatoes', 25 March 2015) of the Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office.

[32] F Abbott, T Cottier, and F Gurry, *The International Intellectual Property System* (Aspen Publishers 1999); T Cottier and P Véron, *Concise International and European IP Law* (2nd edn, Kluwer Law International 2011); C Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Alphascript Publishing 2007); D Gervais, *Intellectual Property, Trade and Development* (2nd edn, OUP 2014); PW Grubb and PR Thomsen, *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology* (5th edn, OUP 2010); LR Helfer, KJ Alter, and MF Guerzovich, 'Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community' (2009) 103 AJIL 1.

[33] For an overview of the topic see M Bridge, *The International Sale of Goods* (3rd edn, OUP 2013); R Goode, H Kronke, E McKendrick, and J Wool, *Transnational Commercial Law* (2nd edn, OUP 2012); C Murray, *Schmitthoff's Export Trade* (12th edn, Sweet & Maxwell 2011).

[34] See Ch XXIV.3.

[35] See Ch X.2.

[36] M Herdegen, *Staat und Rationalität* (Ferdinand Schöningh 2010).

market forces and private initiative by eliminating barriers to trade and to the flow of capital. It also fosters a positive investment climate.

Still, the whole international law focuses less on economic rationality and economic incentives, but on the respect for the human person and its autonomy as well as on States' responsibility for welfare and social balance. The basic tenets of international law do not allow to subordinate the individual to economic priorities and to regulate rights and duties of individuals according to economic efficiency. Human rights, internationally recognized social standards, and the constitutional underpinnings of the human person in the modern *Rechtsstaat* do not allow an understanding of the legal order as an instrument merely serving economic rationality. On the contrary, the concept of the human person underlying and characterizing the legal order directs the normative framework for economic relations. This primacy of the normative vision of the individual also conditions the relation between economic analysis and the legal order.[37] Thus, it is not the idea of the *homo economicus*, but rather the legal rules for individual freedom and social standards, as well as the control of economic power that establish the framework for the economic order, on the domestic as well as on the international level. In the same vein, it is not the agenda for liberalization or investment protection that conditions human rights and their enjoyment. Quite the contrary, human rights standards establish the framework for economic choices.

Select Bibliography

D Carreau and B Juillard, *Droit international économique* (5th edn, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2013).

S Charnovitz, 'What is International Economic Law?' (2011) 14 J Int'l Econ L 3.

T Cottier, 'Challenges Ahead in International Economic Law' (2009) 12 J Int'l Econ L 3.

WJ Davey and JH Jackson, 'The Future of International Economic Law' (2007) 10 J Int'l Econ L 439.

M Herdegen, 'International Economic Law' in R Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2012) vol V, 777.

JH Jackson, W Davey, and A Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations* (6th edn, West Group 2014).

JH Jackson, 'International Economic Law: Complexity and Puzzles' (2007) 10 J Int'l Econ L 3.

R Jennings and A Watts, *Oppenheim's International Law* (9th edn, OUP 1992).

F Lachenmann and R Wolfrum (eds), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, International Economic Law* (OUP 2016).

[37] K Mathis, *Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law* (Springer 2011); EJ Mestmäcker, *A Legal Theory without Law: Posner v Hayek on Economic Analysis of Law* (Mohr Siebeck 2007); RA Posner, *Economic Analysis of Law* (9th edn, Aspen Publishers 2014); SAB Schropp, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: A Law and Economics Analysis* (CUP 2014); S Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press 2004).

G Loible, 'International Economic Law' in MD Evans (ed), *International Law* (3rd edn, OUP 2010) 722.

AF Lowenfeld, *International Economic Law* (2nd edn, OUP 2008).

EU Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* (Westview Press 1991).

CB Picker, ID Bunn, and DW Arner (eds), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline* (Hart Publishing 2008).

AH Qureshi and A Ziegler, *International Economic Law* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2011).

G Schwarzenberger, 'The Principles and Standards of International Economic Law' (1966 I) 117 RdC 1.

I Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law* (3rd edn, Kluwer Law International 1999).

THÉMIS

COLLECTION FONDÉE PAR MAURICE DUVERGER

THÉMIS

DROIT

SOUS LA DIRECTION DE

CATHERINE LABRUSSE-RIOU
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

DIDIER TRUCHET
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

et

LOÏC CADIET
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

HERVÉ ASCENSIO
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Droit international économique

puf

GAFI	Groupe d'action financière internationale
G7/G8/G10/G20	Groupe des 7 / 8 / 10 / 20 (« groupes des Grands »)
GATT	*General Agreement on Tariffs and Trade* – Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (OMC)
GS	Groupe spécial (OMC)
ICANN	*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
ISO	Organisation internationale de normalisation
Mercosur	Marché du cône Sud
OA	Organe d'appel (OMC)
OAA	Organisation pour l'alimentation et l'agriculture
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations unies
ORD	Organe de règlement des différends (OMC)
SFI	Société financière internationale
SPS	(Mesures) sanitaires et phytosanitaires (OMC)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
UIT	Union internationale des télécommunications

Introduction

I / Définition du droit international économique

1. Il existe au moins deux façons de définir le droit international économique. La première, classique, le présente comme une branche du droit international public portant sur les relations économiques internationales. L'on étudiera alors principalement les traités ayant un objet économique, par exemple les traités de libre-échange ou les accords de promotion et de protection des investissements étrangers, ainsi que les organisations internationales économiques, par exemple l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou le Fonds monétaire international (FMI).

La seconde façon, inspirée d'une approche parfois qualifiée de « post-moderne », consiste à le penser comme l'ensemble des normes assurant la gouvernance et la régulation de l'économie mondiale. Elle recoupe en grande partie la précédente, car la gouvernance et la régulation sont généralement le fait de la puissance publique, c'est-à-dire, au niveau international, de l'action conjointe des États et des organisations internationales. Cela étant, il arrive aujourd'hui que ces entités partagent une fonction régulatrice avec les personnes privées, voire que certains secteurs de l'économie mondialisée soient régis uniquement par les acteurs économiques eux-mêmes, y compris aux fins d'élaborer les règles du jeu – celles du marché – et d'en assurer la pérennité.

2. Le présent manuel recourt à ces deux approches, qui se cumulent bien plus qu'elles ne s'opposent. Ce syncrétisme reflète la complexité

des relations internationales contemporaines, qui peuvent être comprises comme une étape dans l'évolution d'un monde divisé entre souverains à un monde plus interdépendant, sans qu'il soit certain que cette évolution se poursuive ou soit parfaitement linéaire. Dans cet entre-deux, la question centrale de la discipline reste celle du rapport entre l'intérêt général et les intérêts privés. Il s'agira de décrire et comprendre le cadre juridique bâti au niveau mondial, à l'origine par les États eux-mêmes, afin de permettre aux individus, entreprises privées et personnes publiques de nouer des relations économiques et d'œuvrer au développement économique.

Dans le même temps, il faudra s'interroger sur les limites posées à la liberté des acteurs économiques dans la sphère internationale, afin de préserver tant l'intérêt public au sein des différentes sociétés nationales que l'intérêt commun à toutes. Il conviendra encore de se pencher sur l'implication des personnes publiques dans les relations économiques internationales lorsqu'elle va au-delà d'une fonction de régulation, soit qu'il s'agisse de politiques publiques affectant l'économie, soit que les personnes publiques aient elles-mêmes une activité industrielle ou marchande.

3. La discipline du droit international économique est matériellement circonscrite par son objet, l'économie, à savoir une catégorie de faits sociaux, ceux « relatifs à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné [1] ». Seulement, la discipline interagit avec son objet pour préciser davantage son champ d'étude : comme l'ensemble donné est ici le monde, et que juridiquement celui-ci est composé d'ordres juridiques nationaux et de normes relatives aux rapports transnationaux, seuls sont concernés les phénomènes économiques ayant une composante transnationale. Cette composante résulte du franchissement d'une frontière ou de la participation d'acteurs rattachés à des ordres juridiques nationaux différents.

4. Cette réflexion sur les champs du savoir rejoint la méthode empirique qui consiste à dresser une liste des domaines concernés par le droit international économique à partir de l'observation des problèmes juridiques soulevés. En France, la tradition doctrinale inaugurée par l'œuvre des professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard en retient habituellement trois : le commerce international, l'investissement étranger, le système monétaire et financier international. D'autres auteurs y ajoutent ou individualisent divers thèmes ou domaines parmi lesquels la fiscalité internationale, les transports et communications, l'agriculture

1. Sens général retenu *in* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 11e éd., 2016, p. 384.

et la pêche, l'environnement, la gouvernance des entreprises multinationales, les relations de travail, le développement (économique, durable, humain, etc.).

Le présent ouvrage retiendra la trilogie classique – commerce, investissement, monnaie et finance –, tout en ajoutant deux thèmes – fiscalité et responsabilité des acteurs économiques – en raison de leur contiguïté avec les premiers et de la vision de la discipline ici défendue. Ces choix, dictés par la réflexion contemporaine sur l'économie mondiale, se refléteront dans la vision d'ensemble proposée en première partie et dans la structure de la seconde partie de l'ouvrage.

5. Peut-être est-il opportun à ce stade d'illustrer le genre de questions relevant du droit international économique, afin de fixer les idées. On se contentera de deux illustrations. La première est celle du poulet supposément « lavé au chlore ». En Europe, les associations de consommateurs sont très attentives à la qualité des produits alimentaires et contestent la possibilité d'importer des volailles dont les carcasses subissent, à la fin du processus de production, un bain dans une solution chimique destinée à les désinfecter, le plus souvent à l'acide peracétique, qui ne contient en réalité pas de molécule de chlore mais a des propriétés analogues et serait écotoxique. L'Union européenne permet seulement le lavage des carcasses à l'eau pure (règlement CE 853/2004), ce qui empêche l'importation de telles volailles, notamment en provenance des États-Unis où la méthode susmentionnée est couramment utilisée par l'industrie agro-alimentaire. Dans le droit de l'OMC, il s'agit là d'une mesure sanitaire encadrée par l'Accord dit « SPS » (voir **nos 378-381**). En 2009, les États-Unis avaient notifié à l'Organe de règlement des différends de l'OMC un litige avec l'Union européenne sur un sujet assez proche, le lavage des carcasses de bovin à l'acide lactique – *a priori* peu écotoxique –, expliquant l'introduction d'une exception dans le droit européen (règlement CE 101/2003). Une partie de la société civile européenne craint aujourd'hui l'autorisation du « poulet au chlore » en raison de la négociation par l'Union européenne d'accords de libre-échange ayant notamment pour fonction l'harmonisation des normes sanitaires, qu'il s'agisse des négociations en cours avec les États-Unis ou de l'entrée en vigueur de l'Accord économique et commercial global conclu en 2016 avec le Canada (AECG/CETA). Ce dernier prévoit effectivement des méthodes d'harmonisation, mais la commission intergouvernementale instituée à ce propos proposera seulement des normes communes, leur adoption étant soumise aux procédures constitutionnelles respectives des parties.

6. La seconde illustration porte sur la crise de la dette publique de la Grèce ayant éclaté en 2010. La Grèce a bénéficié dans un premier temps d'une assistance financière coordonnée du FMI et de l'Union européenne, selon des modalités originales mais insuffisantes, et a entrepris, en 2012, un vaste programme de restructuration de sa dette contractée auprès de créanciers privés. Comme cela est fréquent en matière de dette souveraine et en l'absence d'un régime international de la faillite d'État, la restructuration a consisté en un échange volontaire des titres de créance contre de nouveaux, avec une décote importante (53,5 %) [voir **n° 622**]. La réussite d'une telle opération suppose une forte participation des créanciers privés, soucieux de ne pas subir des pertes plus importantes encore ; mais certains d'entre eux peuvent être tentés de rester à l'écart, de conserver les titres initiaux et d'utiliser la voie judiciaire si l'État cesse d'honorer ses anciennes créances ou les modifie unilatéralement en vertu de son droit interne. Certains fonds d'investissement privés, parfois qualifiés de « fonds-vautours », se sont faits une spécialité du rachat de telles créances devenues incertaines. Ils chercheront ensuite à porter le litige devant des juridictions étrangères, à invoquer un droit étranger en fonction des clauses prévues dans les obligations initialement émises – la plupart de celles émises par la Grèce étaient soumises au droit grec – et à obtenir l'exécution nonobstant les immunités de l'État.

Une autre voie a paru s'ouvrir à la suite de la crise de la dette argentine des années 1999-2000, celle de l'arbitrage entre État et investisseur étranger, car plusieurs tribunaux arbitraux ont admis que des bons du trésor argentins pouvaient être qualifiés d'investissement au sens des traités conclus auparavant par l'Argentine avec les États de nationalité de ces créanciers. À l'évidence, cette nouvelle voie de droit risque de rendre les restructurations de dette souveraine plus difficiles et coûteuses, et la succession des décisions arbitrales est observée avec attention par les institutions financières internationales. Cela étant, la rédaction de ces traités varie, de même que leur interprétation (voir **n° 533**), et les procédures visant la Grèce sur ce fondement n'ont pour l'heure pas prospéré.

7. Comme on le voit, les questions juridiques relevant du droit international économique sont complexes et comportent un aspect d'intérêt général dépassant la somme des intérêts particuliers en cause, qu'il s'agisse de ceux des parties à un contrat de vente de poulets ou de ceux des détenteurs de bons du trésor grecs.

8. Il reste à préciser brièvement ce que le droit international économique n'est pas, pour éviter toute confusion.

De nombreux ouvrages traitent du droit du commerce international, ou encore du droit international des affaires. Ils présentent, souvent à titre liminaire, les institutions internationales dédiées au commerce et quelques particularités de l'État en tant qu'acteur de l'économie internationale, résumant ainsi certains aspects du droit international économique. Toutefois, les principaux développements ressortissent du droit privé ; ils sont consacrés aux différentes « opérations » du commerce international, telles que les contrats de vente, les fusions et acquisitions, les instruments de paiement, ainsi que le contentieux y relatif.

D'autres ouvrages portent sur le droit de l'arbitrage international, ajoutant désormais souvent à l'étude de l'arbitrage commercial international – pratiqué très majoritairement par les personnes privées – celle de l'arbitrage d'investissement ; ils recoupent eux aussi en partie le champ du droit international économique, mais seulement à propos du règlement des litiges entre États – ou organisations internationales – et personnes privées et sans insister nécessairement sur les mêmes points.

En tout cas, ni les premiers ni les seconds n'optent pour une vue d'ensemble, en surplomb, de la régulation juridique de l'économie mondiale, ni pour une approche orientée par la prise en considération de l'intérêt général, ce qui est le propre du droit international économique.

II / Fonctions du droit international économique

9. À quoi sert le droit international économique aujourd'hui ? Une réponse synthétique peut être tentée en évoquant ses « fonctions », ce par quoi l'on entend les finalités de l'ensemble des règles du droit international économique en tant que celui-ci dispose d'une certaine cohérence. Ces finalités peuvent évoluer dans le temps, car il existe parfois des inflexions sensibles pour l'ensemble d'un champ disciplinaire. Tel a été le cas lors du passage du « nouvel ordre économique international » des années 1960-1970, moment historique correspondant aux revendications des pays issus de la décolonisation en termes de souveraineté et de développement économiques, au « consensus de Washington » des années 1990, autre moment historique marqué par la libéralisation de l'économie et sa financiarisation. L'idée de fonctions est utile en droit car elle suggère une interaction entre la substance des normes, les instruments juridiques employés et la structure même de la discipline.

Les fonctions actuelles du droit international économique sont les suivantes : libéralisation économique ; répartition des compétences en matière de régulation économique ; protection des droits et libertés économiques ; et coordination des politiques publiques économiques, y compris en faveur du développement économique.

10. La libéralisation économique est la fonction la plus évidente du droit international économique actuel si l'on observe les objectifs des principaux traités en matière économique, au premier rang desquels les accords de l'OMC et les très nombreux accords de libre-échange bilatéraux ou plurilatéraux. Il s'agit de faciliter les échanges économiques internationaux et la circulation des facteurs de production en supprimant ou limitant les entraves résultant des réglementations nationales. Ce faisant, le contenu des normes s'inscrit dans un courant de pensée dont les sources théoriques sont à rechercher dans les travaux des pères du libéralisme, Adam Smith (*Enquête sur les causes et la nature de la richesse des nations*, 1776) et surtout David Ricardo (*Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1821), pour sa théorie des avantages comparatifs dans le contexte d'économies ouvertes aux échanges internationaux. Cela étant, la phase actuelle de mondialisation économique, après celle du XVI^e^ siècle (voir les travaux d'histoire économique en bibliographie) et celle du XIX^e^ siècle (période ouverte par le traité de commerce franco-anglais du 23 janvier 1860), a ses particularités, notamment sa dimension financière. Elle a été rendue possible par l'accumulation de traités œuvrant en ce sens, depuis l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 jusqu'aux actuels accords de libre-échange régionaux, voire « méga-régionaux », c'est-à-dire conclus par des blocs de grandes puissances économiques. Le résultat ne coïncide cependant pas entièrement avec les modèles économiques, car tous ces traités ne lient pas tous les États, faisant apparaître des différences régionales notables, tandis que des entraves subsistent ou sont recréées par différents types de sanctions économiques internationales.

11. La deuxième fonction est la répartition des compétences en matière de régulation économique. Il convient de souligner que le bon fonctionnement d'un marché, *a fortiori* d'un marché mondial en cours de construction, n'est pas un donné mais un construit. Les règles du jeu économique, parfois perçues comme de simples externalités par les participants, requièrent en réalité une grande attention des pouvoirs publics. Ceux-ci doivent aussi prendre en considération des intérêts et des valeurs non strictement économiques, de façon à maintenir la cohésion sociale. Le droit international est un instrument essentiel de cette

régulation, qui continue à être exercée en grande partie par les États eux-mêmes. Il leur faut cependant se coordonner et répartir les compétences de contrôle, par exemple dans le domaine bancaire ou dans celui de la concurrence, pour encadrer les comportements à risque des acteurs économiques (risques systémiques dans le secteur financier mondialisé ; opérations de concentration internationales ayant des effets anticoncurrentiels dans plusieurs territoires).

La libéralisation économique s'est par ailleurs accompagnée d'une re-régulation au niveau international : des compétences normatives et de contrôle ont été confiées aux institutions économiques internationales (élaboration de normes sanitaires par la Commission du *codex alimentarius*, mécanisme de règlement des différends de l'OMC, etc.), ou parfois laissées au secteur privé. Savoir si ces méthodes de régulation suffisent est une autre question.

12. Une troisième fonction du droit international économique, très classique, est la protection des droits et libertés économiques des personnes privées. On sait que les quatre « libertés » de circulation – des marchandises, des services, des capitaux, des travailleurs – ont été centrales dans la construction d'un marché commun européen. Ce choix de l'intégration juridique, faisant entrer des droits économiques dans le patrimoine juridique des particuliers grâce à l'effet direct, ne se retrouve pas de manière aussi générale en droit international économique. Pour autant, certains traités protègent de manière étendue les droits de certaines catégories de personnes, telles que les investisseurs étrangers ou les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, divers mécanismes de règlement des différends permettent aux personnes privées de faire valoir leurs droits économiques sur le plan international, soit immédiatement, soit médiatement.

13. La quatrième fonction identifiable est la coordination des politiques publiques économiques. L'intégration économique dite « négative », par la libéralisation, peut être complétée ou accompagnée d'une intégration dite « positive » (Jan Tinbergen), c'est-à-dire par des politiques sectorielles communes, voire une politique économique commune. Il s'agit aussi pour les membres de la communauté internationale d'encourager la production des biens publics mondiaux, c'est-à-dire de biens à la disposition de tous les êtres humains, nécessaires au fonctionnement d'une économie de marché globale, quoique généralement pensés comme des externalités par rapport à elle (sécurité collective, biodiversité, connaissance scientifique, protection du climat).

Au niveau mondial, la coordination se fait dans le cadre d'institutions à composition diverse, variant selon les thèmes et recourant souvent à des

instruments de droit souple [1]. Ces méthodes ont leur efficacité propre et les orientations de politique économique choisies se répercutent aussi bien dans les organisations internationales spécialisées que dans les droits étatiques et les pratiques des acteurs économiques [2]. Il faut y ajouter ce qui reste une politique économique de première importance au niveau international : l'action en faveur du développement.

14. Les différences de niveau de développement économique entre pays et régions du monde sont une source de déséquilibres macro-économiques et une préoccupation constante de la communauté internationale ; en 2000, les Nations unies ont adopté les « objectifs du millénaire pour le développement [3] ». Si le droit international économique n'est pas réductible à un droit international du développement, le fait est qu'il contient de nombreuses normes offrant un « traitement spécial et différencié » aux pays en développement, notamment le système généralisé de préférence du GATT. Par ailleurs, des banques ayant le statut d'organisations internationales sont dédiées au financement du développement.

Dans les années 1960, une source d'inspiration pour les politiques de développement a été la théorie du protectionnisme éducateur, c'est-à-dire en faveur des industries naissantes, dont le premier théoricien est Friedrich List [4] et qui a été renouvelée par les économistes du développement. À l'époque actuelle, l'objectif principal est une meilleure intégration des pays en développement dans l'économie mondiale afin de stimuler leur croissance. À cette fin leur sont proposés certains avantages commerciaux pour accéder aux marchés des pays développés, une assistance technique et un accès facilité à des sources de financement externes. La protection des investisseurs étrangers est également pensée comme un moyen d'encourager les investissements privés et ainsi contribuer au développement de l'État d'accueil.

1. ONU, G7/G20, OCDE, organismes de régulation à caractère technique.
2. Par exemple, politique de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices de l'OCDE/G20 ; politique de diverses organisations internationales en faveur de la responsabilité sociétale des entreprises.
3. Voir le rapport du Secrétaire général, Doc. NU A/54/2000.
4. *Système national d'économie politique*, 1840.

III / Méthodes du droit international économique

15. La première étape de la connaissance consiste à disposer d'informations fiables. Pour le droit international économique, il s'agira de données économiques et de documents juridiques. Pour ces derniers, on renverra à la bibliographie générale du présent ouvrage. Quant aux données économiques, l'accès à l'information est grandement facilité par les travaux des organisations internationales, notamment sous la forme de statistiques et de rapports d'analyse. Il s'agit pour certaines de ces organisations d'un aspect essentiel de leur mission.

16. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) publie chaque année un *Examen statistique du commerce mondial*. Celui publié en 2017 porte sur les statistiques de 2016. Il montre que les exportations de marchandises dans le monde ont atteint 16 000 milliards de dollars des États-Unis en 2016, soit + 32 % par rapport à 2006, et les exportations de services 4 770 milliards de dollars, soit + 64 % par rapport à 2006. La différence révèle que l'enjeu économique le plus important des négociations commerciales internationales est aujourd'hui la libéralisation du commerce des services – plus complexe à réaliser que celle du commerce des marchandises. Ces mêmes données établissent une corrélation entre le niveau des échanges commerciaux et le taux de croissance, ce qui confirmerait la théorie néo-ricardienne de la production de richesse grâce à la spécialisation des économies nationales et leur accès aux marchés mondiaux.

La même organisation publie aussi chaque année un *Rapport sur le commerce mondial*, qui étudie un thème lié au commerce international (les petites et moyennes entreprises en 2017, la mise en œuvre de l'Accord sur la facilitation des échanges en 2016, commerce et développement en 2015, etc.).

17. La Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) publie un rapport annuel sur l'investissement dans le monde, qui comporte des informations économiques et juridiques. Celui de 2017 prévoit un flux de 1 800 milliards de dollars d'investissement dans le monde en 2017, puis 1 850 milliards en 2018, ce qui reste néanmoins en-deçà de l'année record, 2007, antérieure au repli provoqué par la crise financière mondiale de 2009. Les informations juridiques portent notamment sur les traités d'investissement : au

1er janvier 2018, il en a été conclu au total 2 951, dont 2 361 sont en vigueur. Si l'on ajoute les traités contenant des dispositions analogues ou un chapitre sur l'investissement, on parvient à un total de 3 324, dont 2 673 en vigueur. La France a conclu 104 traités bilatéraux d'investissement, dont 95 sont en vigueur.

18. D'autres organisations internationales mettent à la disposition du lecteur des travaux de grand intérêt, tels que le *Rapport sur la stabilité financière dans le monde* du FMI, le *Rapport sur le développement dans le monde* de la Banque mondiale, ou encore les très nombreuses études et statistiques économiques de l'OCDE, ainsi que sa série de *Documents de travail sur l'investissement international*. Il faut aussi souligner l'utilité des glossaires élaborés par le FMI, l'OCDE, l'OMC, l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Confronté à un vocabulaire souvent très technique, quiconque étudie le droit international économique ne doit pas hésiter à s'y reporter.

19. Il convient enfin de faire quelques remarques de forme, utiles tout au long de l'ouvrage.

En premier lieu, de nombreux passages contiennent des références à des décisions de justice. Pour le confort de lecture, des formes abrégées sont alors utilisées, une référence plus complète apparaissant en fin d'ouvrage dans l'index des décisions citées.

Pour les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC, la forme abrégée est celle utilisée par cette organisation elle-même, par exemple « *États-Unis – Plomb et bismuth II* », à la place de « *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, DS 138 » (l'État ou territoire douanier mentionné est celui contre lequel la plainte est dirigée). Le sigle « GS » se réfèrera au rapport d'un groupe spécial et « OA » à celui de l'Organe d'appel.

Pour les sentences arbitrales, notamment celles des tribunaux d'investissement, la forme abrégée est celle habituellement retenue en doctrine ; elle comprend le nom du requérant – ou du premier des requérants – sans le prénom ou les références à la forme sociale, ainsi que le nom de l'État défendeur.

Pour les décisions de la Cour internationale de justice, une forme abrégée de l'intitulé officiel est utilisée, complétée par le nom des parties, le type de décision et la date.

Pour celles de la Cour de justice de l'Union européenne et des juridictions nationales, on citera le nom des requérants, sauf s'il s'agit de décisions ou avis identifiés seulement par un numéro. Dans tous ces cas, le texte précise le genre de décision – ordonnance, décision sur la

compétence, sentence, arrêt – et la date d'adoption ; en revanche, la cote officielle est à rechercher dans l'index.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Sur la définition du droit international économique, outre les introductions des manuels cités en bibliographie générale : Prosper Weil, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », *in* SFDI, *Aspects du droit international économique. Élaboration – Contrôle – Sanction*, Pedone, Paris, 1972, p. 3-34 ; Steve Charnovitz, « What is International Economic Law ? », *Journal of International Economic Law*, vol. 14(1), 2011, p. 3-22.

Sur l'économie politique dans un contexte international : Adam Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations. Livres I et II* (1776), traduction coordonnée par Philippe Jaudel, Economica, 2000, XIX-389 p. ; David Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* (3e éd., 1821), traduction Cécile Soudan, Flammarion, 1992, 508 p. ; Friedrich List, *Système national d'économie politique* (1840), traduction Henri Richelot, Gallimard, Paris, 1998, 573 p. ; Jan Tinbergen, *International Economic Integration*, Elsevier, Amsterdam / New York, 2e éd., 1965, XIX-142 p. ; Charles-Albert Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, La Découverte, Paris, 2002, 208 p. ; Scott Barrett, *Why Cooperate ? The Incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford UP, Oxford, 2007, XV-280 p. ; Christian Chavagneux, *Économie politique internationale*, La Découverte, Paris, 2010, 126 p. ; Dani Rodrik, *The Globalization Paradox – Democracy and the Future of the World Economy*, W.W. Norton & Co., New York / Londres, 2011, 346 p.

Sur l'histoire économique mondiale : Fernand Braudel, *La Dynamique du capitalisme*, Flammarion, Paris, 1988, 120 p. ; Immanuel Wallerstein, *Comprendre le monde – Introduction à l'analyse des systèmes-monde*, La Découverte, Paris, 2009, 173 p. ; Philippe Norel, *L'Histoire économique globale*, Seuil, Paris, 2009, 295 p. ; Alain Beitone, Philippe Gilles, Maurice Parodi, *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, Dalloz, Paris, 4e éd., 2016, 544 p. ; Maurice Niveau, Yves Crozet, *Histoire des faits économiques contemporains*, Puf, Paris, 4e éd., 2016, 847 p.

Sur l'économie internationale : Thierry Mayer, Jean-Louis Mucchieli, *Économie internationale*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2010, 506 p. ; Paul Krugman, Maurice Obstfeld, Marc Melitz, *Économie internationale*, Pearson, 10e éd., 2015, 750 p.

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW
FOURTH EDITION

BY

ASIF H. QURESHI

Professor of International Economic Law
School of Law
Korea University, Seoul, South Korea

Barrister
Quadrant Chambers
Fleet Street
London, UK

Editor-in-Chief
Manchester Journal of International Economic Law

AND

ANDREAS R. ZIEGLER

Professor
Faculty of Law and Criminal Justice
University of Lausanne, Switzerland

CHAPTER 1

NATURE AND SOURCES OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

INTRODUCTION[1]

The enquiry into the nature and sources of International Economic Law (IEL) is a preliminary and fundamental one, yet its exposition is not straightforward. This is because the landscape of "International Economic Law" is a broad one, involving a series of descriptions. These are neither self-evident nor uncontroversial and can be shaped and clarified according to the perspective from which they are viewed. Thus, immediately one is confronted with the question, what comprises "international", "economic" and "law"? As well as the underlying question, viz. which international economic order? There is an undeniable relationship between understanding the nature and sources of IEL and developing that understanding with a perspective of the international Economic Order. IEL is a branch of law. Insight into both the tree of which it is a branch, as much as the forest in which the tree is located, is called for. **1–001**

Insights into the international economic order may be developed from a

[1] For alternative general works on International Economic Law see, for example, Jackson, John Howard, William J. Davey, and A.O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 6th edn (West Academic Publishing, 2013); A. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2008); D. Carreau and P. Juillard, *Droit international économique*, 5th edn (Dalloz, 2013); Herdegen, Matthias, *Principles of International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016); Ernst-Ulrich Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century* (London: Bloomsbury Publishing, 2012); Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law* (Kluwer Law International, 1999); Frauke Lachenmann, Rüdiger Wolfrum, and Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit, *International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Thematic Series (Oxford: Oxford University Press, 2015); Asif H. Qureshi and Xuan Gao (eds) *Critical Concepts in Law: International Economic Law* (London: Routledge, 2010); Thomas Cottier and Krista Nadakavukaren Schefer (eds) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law* (Edward Elgar Publishing, 2017).

variety of standpoints,[2] viz. legal; economic[3]; political[4]; philosophical (e.g. distributive justice)[5]; goal orientated (e.g. the comparative advantage model; the New International Economic Order[6] (NIEO)); State centric; individual (human rights)[7]; institutional[8]; sustainable development[9]; feminist[10]; cultural[11]; historical[12]; contextual;[13] conceptual.[14] One point is clear, whereas the international economic order cannot be understood merely from one standpoint alone, it is equally clear that it needs to be well understood from every single standpoint.

[2] Asif H. Qureshi (ed), *Perspectives in International Economic Law* (Kluwer Law International, 2002).

[3] See, for example, Bhandari and Sykes, *Economic Dimensions in International Economic Law* (1997); R.A. Cass, "*Economic Perspectives in International Economic Law*", Ch.15 in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002).

[4] See, for example, P. Hirst and G. Thomson, *Globalization in Question, 3rd edn* (Polity Press, 2009); J.E. Spero et al., *The Politics of International Economic Relations, 7th edn* (Wadsworth Publishing, 2009); J.A. Frieden and Lake, *International Political Economy, 5th edn* (London: Routledge, 2013); R. Wilkinson, "*The Political Economy of International Economic Law: A Neo-Gramscian Perspective*" in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law (2002)*; J. Rehman, "*Islamic Perspectives on International Economic Law*" in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002); and R.B. Shapiee, "A Framework of Economic Siyar or Islamic International Economic Law: An Introduction" (2006) 3 *Manchester Journal International Economic Law* 45–91; Broude, Tomer, Marc L. Busch, and Amelia Porges (eds), *The Politics of International Economic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011); Stéphane Paquin, *Theories of International Political Economy* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

[5] See, for example, T.M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Oxford University Press, 1998); Frank J. Garcia, "Global Justice and the Bretton Woods Institutions" (2007) 10(3) J.I.E.L. 461–481; Frank J. Garcia, *Global Justice and International Economic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

[6] See, for example, Charter of Economic Rights and Duties of States General Assembly Resolution adopted on 12 December 1974; and K. Hossain (ed), *Legal Aspects of the New International Economic Order* (London: Francis Pinter, 2013); Asif H. Qureshi "Critical Concepts in the New International Economic Order and its Impact on the Development of International Economic Law—A Tribute to the Call for a NIEO" (2010) 7(3) *Manchester Journal International Economic Law* 3–10.

[7] M. Addo, *Human Rights Perspectives of International Economic Law* in Qureshi; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford: Oxford University Press, 2006); Deva, Surya, and David Bilchitz, *Human Rights Obligations of Business* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013); Sarah Joseph, "Human Rights and International Economic Law" (2016) 7 *European Yearbook of International Economic Law*, 461–84; Thomas Cottier, Joost Pauwelyn, and Elisabeth Bürgi Bonanomi (eds), *Human Rights and International Trade, International Economic Law Series* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'" (2008) 19 E.J.I.L. 769–98.

[8] See, for example, G.F. Thompson *"Perspectives on Governing Globalization"* in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002); and E. Kwakwa, *"Institutional Perspectives of International Economic Law"* in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002).

[9] See, for example, F. Weiss et al., *International Economic Law With a Human Face* (1998); Surya P. Subedi, *Sustainable Development Perspectives of International Economic Law* in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002); Rakhyun E. Kim, "The Nexus Between International Law and the Sustainable Development Goals" (2016) 25 R.E.C.I.E.L. 15–26; Rieu-Clarke, Alister, *International Law and Sustainable Development* (IWA, 2005); Ramon, Lopez, and Michael Toman (eds), *Economic Development and Environmental Sustainability* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

[10] See, for example, M. Childs, *"Feminist Perspectives on International Economic law"* in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002); Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin, and Shelley Wright, "Feminist Approaches to International Law" (1991) 85 A.J.I.L.; Mira Burri-Nenova, "Trade Versus Culture in the Digital Environment: an Old Conflict in Need of a New Definition" (2009) 12 J.I.E.L. 17–62.

[11] See, for example, M. Hahn, "A Clash of cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law" (2006) 9 J.I.E.L. 515–552; C. Beat Graber, "The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?" (2006) 9 J.I.E.L. 553–574.

[12] F.N.N. Botchway, *"Historical Perspectives on International Economic Law"* in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002).

[13] Amanda Perry-Kessaris (ed), *Socio-Legal Approaches to International Economic Law* (London: Routledge, 2013).

[14] See Asif H. Qureshi & Xuan Gao, *Critical Concepts in Law: International Economic Law* (London: Routledge, 2010).

[15] Extract from Qureshi, "Perspectives in International Economic Law—An Eclectic Approach to International Economic Engagement", Ch.1, Section 4.6 in Qureshi, *Perspectives in International Economic Law* (2002). See also T.M. Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (Oxford: Oxford University Press, 1995); and Frank J. Garcia, "Global Justice and the Bretton Woods Institutions" (2007) 10(3) J.I.E.L. 461–481. Updated footnotes as of August 2017: Chios, Carmody, Frank J. Garcia, and John Linarelli (eds), *Global Justice and International Economic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012); Carmody, Chios C. "Fairness in International Economic Law and Relations" (2012) SSRN Electronic Journal; William J. Davey, and John Howard Jackson (eds), *The Future of International Economic Law* (Oxford University Press, USA, 2008); Frank J. Garcia, "Convergences: a Prospectus for Justice in a Global Market Society" (2016) 13 Manchester J. Int'l Econ. L. 128–51; Aaron James, "Global Economic Fairness: Internal Principles" in Chi Carmody, Frank J. Garcia, and John Linarelli (eds), *Global Justice and International Economic Law, Opportunities and Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011) pp.100–126; John Linarelli (ed), *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law* (Edward Elgar Publishing, 2013); J. Tasioulas, "International Law and the Limits of Fairness" (2002) 13(4) E.J.I.L. 993; Zampetti, Americo Beviglia, *Fairness in the World Economy* (Edward Elgar Publishing, 2006).

[16] See Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995).

The perspective of justice in IEL[15] **1–002**

For a proper comprehension of IEL and its operations—especially from the view point of its development, the skeleton of IEL needs to be infused with the very essence of its being. It is not sufficient merely to understand the legal framework of IEL along with its rules. Its framework and its rules are driven by its purposes and objectives, and are operated, within the constitutional limits of IEL, by a sense of what IEL ought to be. Traditionally, one such facilitator of such a discourse, particularly close to IEL, is the notion of fairness or justice. This justice concern has been coupled in IEL with its economic underpinnings—viz., efficiency. The latter having less of a legal affinity as such, although enshrined in IEL. Thus, participants in IEL seek to evaluate and engage in the operation of IEL in terms of justice. IEL, as indeed any other legal order, calls for a methodology in its analysis, functioning and development. The lenses through which it is assessed need to be clarified, as much as the pre-conceptions contained therein.

The fairness focus in IEL is particularly relevant, as the discipline is apparently and quintessentially concerned with allocative decisions, and as such has indeed been the facilitator for its review in its disparate fields. At the general level of Public International Law, the fairness methodology has been comprehensively mapped by Thomas Franck.[16] Indeed, Franck also offers a

fairness discourse in IEL specifically in the fields of environment, development, trade, investment, and the law of the sea. More particularly he focuses on commodity agreements, expropriation and damages,[17] access to waters, and with respect to the disparities between developed and developing States.[18] In this endeavour Franck demonstrates the relevance of fairness through, for example, highlighting the functions of IEL as an allocator of resources, as a compensator, and indeed even the clarifier of the very resource being allocated.[19]

In the field of IEL fairness discourse is also to be found elsewhere, in the sphere of international taxation,[20] and in international trade,[21] both in terms of States as well as individuals. This fairness discourse, in the disparate fields of IEL, has an undeniable relevance, but it has not necessarily been rigorously and systematically pursued in all of IEL. One particular field where the justice analysis has not been as prominent as it might be is in the field of international monetary law viz., exchange control, exchange and interest rates, although the weighted voting system of the IMF and its stabilisation programmes have so been analysed.[22]

Fairness as expounded by Franck, from J. Rawls's theory of justice,[23] has two aspects—the substantive (distributive justice) and the procedural (right

[17] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.50.

[18] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.415.

[19] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.434.

[20] See, for example, K. Vogel, "Worldwide vs. source taxation of income—a review and re-evaluation of arguments", *INTERTAX* (1988). Updated footnotes as of August 2017: Clifton, Fleming, Jr, Robert J Peroni, and Stephen Shay, "Fairness in International Taxation: the Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income", HeinOnline, 2001; N.H. Kaufman, "Fairness and the Taxation of International Income" (1998) 29(2) *Law and Policy in International Business* 145; Pogge, Thomas, and Krishen Mehta (eds), *Global Tax Fairness* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

[21] See, for example, J. Bhagwati and R. Hudec (eds), *Fair Trade and Harmonization* (Cambridge, MA: MIT Press, 1996); and A.H. Qureshi et al., *The Legal and Moral Aspects of International Trade* (London/New York: Routledge, 1998); Updated footnotes as of August 2017:Frederick Bird, Thomas Vance, and Peter Woolstencroft, "Fairness in International Trade and Investment: North American Perspectives", (2009) 84 *Journal of Business Ethics* 405–25; Helena de Bres, "The Cooperation Argument for Fairness in International Trade" (2011) 42 *Journal of Social Philosophy* 192–218; Hartmut Egger and Udo Kreickemeier, "Fairness, Trade, and Inequality" (2012) 86 *Journal of International Economics* 184–96; M.G. Hayes, "Fairness in International Trade" (2010) 21 Business Ethics Quarterly 702–6; Geoff Moore (ed), *Fairness in International Trade* (Springer Science & Business Media, 2010); Jochen von Bernstorff, *International Law and Global Justice: On Recent Inquiries into the Dark Side of Economic Globalization* (2015) 26(1) E.J.I.L. 279–293.

[22] See, for example, A.H. Qureshi, "Value aspects of IMF Conditionality" (1988) 28 *Indian Journal of International Law* 473–485.

[23] See, J. Rawls, *Theory of Justice* (Harvard University Press, 1972); J. Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press, 1999). See also Philippe van Parijs, "International Distributive Justice" in Asif H. Qureshi & Xuan Gao, *Critical Concepts in Law: International Economic Law* (Routledge, 2010) Vol.1. Briefly, Rawls's theory of justice is constructed in an original position behind a 'veil of ignorance', wherein all concerned agree to equal rights to equal liberties (First principle of justice); and under the Second principle of justice as follows: (i) fair equality of opportunity; (ii) inequalities can be justified wherein there is a proportionate or more than proportionate advantage to the least advantaged (the Difference principle (also equated with the maximin rule)). Updated footnotes as of August 2017: Ernst-Ulrich Petersmann, "Justice in International Economic Law? From the 'International Law Among States' to 'International Integration Law' and 'Constitutional Law'." SSRN Electronic Journal, 2006; Oisin Suttle, *Distributive Justice and World Trade Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

process).[24] The former concerning itself with the allocative criteria for the distribution of costs and benefits and its impact, and the latter with the formal processes involved in the enactment and enforcement of the allocative criteria. Fairness discourse is considered most pertinent to circumstances of "moderate scarcity",[25] and a fortiori IEL, given its function as an arbitrator/allocator between different claimants of scarce economic resources viz., opportunities for market access, and access to monetary, capital and natural resources. Fairness discourse also calls for a sense of community.[26] In IEL States, international and regional economic organisations, individuals and NGOs are participants in this community, pursuing shared goals of economic development, whilst recognising inter-dependence and inter-relationships. This is borne out by the widespread membership of the Bretton Woods institutions and their objectives as set out in their respective charters. Fairness discourse is concerned, both as between State entities (aggregated fairness), and as between individuals within the State as well as between generations (disaggregated fairness).[27] At the core of the fairness discourse in the context of IEL is set one particular principle that is of special note, i.e., Rawls' "maximin" principle.[28] According to this, for instance, inequality between States can be justified if there is a proportionate or more than proportionate advantage for every other State at the bottom of the distribution scale.[29] This is the non-egalitarian "equality" principle of fairness, which can rebut the presumption of equality.[30] This maximin principle somewhat mirrors the theory of comparative advantage in international economics.

Whatever one might comprehend of Franck's sense of fairness implicit in his thesis or indeed his assessment of international economic issues—there are mainly three points to note here with respect to his fairness discourse. First, for an effective IEL the substantive aspect of fairness (distributive justice) must be perceived to be fair.[31] Similarly, the relevant allocative criteria must command legitimacy through the rights process.[32] Secondly, that the theory of justice, at a minimum, provides a relevant analytical approach to IEL. Thirdly, the fairness discourse opens up the range of considerations with which to engage in IEL. However, by the same token it needs to be stressed here that fairness is a relative and subjective concept.

Finally, at the level of international negotiations and discourse fairness is an obvious tool in the apparatus of international persuasion. An understanding of the sense of justice of others is equally an aspect of negotiations. However, given that most discourse of fairness draws from theory, and is not in the real world popularly understood, it poses interesting challenges for its understanding and use.

From the legal standpoint, understanding IEL is complex, involving not merely expertise in Public International Law, but also simultaneously some awareness of the rudiments of international economics and politics. But **1–003**

[24] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.7.

[25] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.9.

[26] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.11.

[27] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.12.

[28] The other principle of note being the principle of "no trumping".

[29] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.18.

[30] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.18.

[31] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.13.

[32] Franck, *Fairness in International Institutional Law and Institutions* (1995), p.26.

importantly—given globalisation, the international welfare enhancing focus, and the increasing web of international economic norms covering the disparate tentacles of international economic relations—the legal standpoint must be detached, international and holistic in character. It is no longer possible to analyse the international economic order through the channelled tunnels of the Bretton Woods institution, viz. the international trade, monetary and development lenses respectively. In the same manner as is evident in international economics that differing economic policy instruments are interlinked, so in IEL differing normative frameworks can be, and often are, linked. From the legal standpoint it is necessary to cultivate a method of participating in the international economic order in a manner which partakes of *all* the international economic legal frameworks, including the international trade, monetary and development perspectives. Many of the nuts and bolts of the international economic order, such as the most-favoured-nation (MFN) principle[33]; non-violation complaints[34]; the network of bilateral, regional and multilateral treaties sometimes in the same economic field; coupled with concepts such as "sustainable development", increasingly call for an approach that is holistic in character in relation to the legal problems of international economic relations. Thus, the trend in IEL of orienting discourse in IEL from the bias of international trade is noticeable, and in danger of inhibiting such a holistic perspective.[35]

With such a holistic approach it is possible to better understand the international economic phenomenon; to contribute more effectively to the constituent parts of the international economic order; to avert the legal clashes; to avoid duplication and to cement the various parts of the international economic mosaic in a complementary and mutually more effective manner. In short, the legal standpoint must mirror the globalised economy and the substantive inter-linkages between monetary, trade and development policies.

Defining International Economic Law

1–004 Defining IEL is one of the most profound enquiries in international economic relations. It is highly relevant in informing our responses to systemic contemporary international economic problems. Traditional conceptions of IEL are under serious threat from modern realities and developments in doctrinal thinking. This is because of new conceptions of the State; new forms of State actors, such as regional economic groupings (trade blocs) and the Group of

[33] See, for example, art.I of GATT 1994.
[34] See, for example, art.XXIII of GATT 1994.
[35] See, for example, the first issue of the J.I.E.L. (1998) wherein all four main contributions relate to international trade in the context of the WTO.

30; the increased importance of the individual as an actor in international economic relations viz., the human rights approaches to IEL—including critical approaches to IEL in a Public International Law setting. Moreover, there is an increasing need for a holistic approach to international economic problems along with new conceptions of what the international economic order ought to strive for e.g., sustainable development, international distributive justice and development as individual freedom.

Defining IEL is complex, involving a bundle of questions which need to be understood at the outset before any firm definition is articulated. Indeed, the process of defining IEL is a dynamic one and involves a constant appraisal of whether international economic relations are developing in such a manner that corresponding adjustments to defining IEL are called for. Moreover, the question of definition needs as a matter of logic to be addressed at the outset but also retrospectively upon a fuller understanding of the subject. First and foremost, there is the 'is' question—what is IEL? What are the legal sources of IEL? What is the subject matter of IEL? Who are the subjects of IEL? Second, the 'ought' question—how should IEL be re-defined—in terms of its sources, its subjects, subject matter and its objectives? Third, the definitional questions need to be considered both from a 'global/macro' and a micro-scopic perspective. This involves a focus on defining the sets of regimes that make up the international economic system and configuring them in relation to each other and the international economic system as a whole, including the system of IEL in the wider international order. Finally, the sub-text of the process of defining IEL involves enquiring how international economic governance should be allocated as between the individual, the State, the region, and the multilateral levels. A lack of understanding of these different questions can result in misconceived definitions of the subject both in the discourse on the very definition of IEL viz., the sources of IEL; and the nature of the sub-sets of disciplines in IEL, as for example in an understanding of fragmentation in International Law, and the mandate of the WTO in terms of trade and development.

In sum, the process of defining IEL is closely connected with the formulation and maintenance of perspectives on IEL. As such, it can be fraught with the danger of conflating definitions with perspectives. There is therefore always the need to endeavour at revelation from a neutral standpoint. At a preliminary level the process of defining IEL mainly involves the following two questions, viz. what system of law or systems of law are involved? And what is the content of IEL?

The system or systems of law?

1–005 From a formal legal perspective this is an important query. It sheds light on the system of law that IEL belongs to. It is concerned with the question whether IEL partakes of the domestic legal system or the Public International Law system. In this context there has been a lively debate

amongst international economic lawyers[36] which appears to continue.[37] At first sight there appear to be two conceptions of IEL.[38] First, it is understood as a branch of Public International Law[39] (the narrow definition). Secondly, it is conceived of, particularly of late, as including all branches of law concerned with economic phenomena of international concern[40] (the broader definition). As between these two standpoints, there is in fact no fundamental difference to the extent that they converge. The broader definition does not deny Public International Law as being a source, it merely is not confined to it. It includes domestic law, including Private International Law and Transnational Business Law.[41] To the extent that Public International

[36] See, for example, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1996).

[37] See E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda" European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06 and S. Charnovitz, "What Is International Economic Law?" (2011) 14 J.I.E.L. 3–22.

[38] But see H. Fox, "The definition and sources of International Economic Law" in *International Economic Law and Developing States* (2002) BIICL at p.12, wherein the author contends that there are three groups of definitions. Hazel Fox's three-tiered categorisation of the definitional approaches to International Economic Law as focusing on the origins of the law, the content of the subject, and the objective to be achieved, respectively, is not adopted here. This is inter alia because the broader definition focusing on the content of the subject has been explained also with a baggage of built-in objectives. Further, her characterisation of the New International Economic (NIEO) movement as a process of defining international economic law rather than an attempt at shaping it, is to attribute a level of preoccupation amounting to an obsession to the advocates of the New International Economic Order (NIEO). The advocates of the NIEO are credited with blurring the conceptual difference between the process of defining a subject, and promoting through law desired policy objectives. This attribution is unfortunate.

[39] See, for example, G. Schwarzenberger, "The Principles and Standards of International Economic Law" (1966) *Recueil des Cours*, pp.1 and 7; P. VerLoren van Themaat, *The Changing structure of International Economic Law* (Netherlands: Brill, 1981), pp.9–11 and pp.287–290; K. Mortelmans, "The Interdependence of International, European and National Economic Law: The European Community Example", in P.V. Dijk et al., *Restructuring the international economic order: the role of law and lawyers* (1986), p.14; G. White, "Principles of International Economic Law: An Attempt to Map the Territory" in H. Fox (ed), *International Economic Law and Developing States: Some Aspects* (London: British Institute of International and Comparative Law, 1988); D. Carreau, T. Flory and P. Julliard, *Droit International Economique*, 3rd edn (1990) p.45 (see also 1998 edition); I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 2nd edn (Springer, 1992), p.1.

[40] See, for example, E.-U. Petersmann, "International Economic Theory and International Economic Law" in R. St J. Macdonald, and Douglas M. Johnstone (eds), *The Structure and Process of International Law, Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (The Hague/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1983), p.239; E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06; J.H. Jackson, *The World Trading System* (1989), pp.21–22; and Jackson, John Howard, William J. Davey, and A. O. Sykes, *International Economic Relations* (West Academic Publishing, 2013); J.P. Trachtman, "Introduction: The International Economic Revolution"; L.S. Zamora, "Introduction: International Economic Law"; J.R. Paul, "The New Movements in International Economic Law" (1995) 10 *The American University Journal of International Law & Policy* fn.2; R.A. Brand, "Introduction: semantic distinctions in an age of legal convergence", (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* fn.1.

[41] The idea of transnational law as the set of domestic and international norms applicable to specific international business transactions is originally associated with the writing of P. Caryl Jessup, such as *Transnational Law* (New Haven, 1956); Donald Earl Childress III and Christopher A. Whytock, *Transnational Law and Practice* (Wolters Kluwer Law & Business,

Law is accepted as a source, it is acknowledged that it has a domain that is concerned with economics. It is also accepted that the Public International Law of International Economic Relations is a different system of law from domestic law.

In fact, the debate as to the definition of IEL is not entirely a definitional one alone, although it is framed as such. It is partly triggered by the fact that the description "International Economic Law" lends itself to a number of explanations. The controversy is about which body of law provides a complete description of the subject, as much as which one has a better claim to the description "International Economic Law". In the latter sense, the controversy may be described as a semantic one. In the former, the underlying debate is really about how international economic phenomena should be perceived and shaped. The emphasis is on the process of comprehension and the development of the international economic order. Thus, defining IEL in terms of Public International Law *may* give the impression of endorsing a state centric "Westphalian", "top-down" conception of IEL[42]; wherein IEL is driven in international fora from a member-driven perspective.[43] On the other hand, in the broader definition market-driven solutions and individual economic rights are taken into account.[44] The broader definition is referred to by E.-U. Petersmann as a "multilevel economic law perspective" with an emphasis on "public-private" partnerships.[45]

More specifically, the broader definition is justified by its advocates, mainly on the following grounds. First, it is asserted that the definition of the subject should not be grounded in the origins of the law, but rather should focus on its object.[46] To comprehend the phenomena relating to international economic relations the totality of the body of law is relevant, as is an appreciation of the inter-dependence of the various sources of law.[47] Secondly,

2015); Miguel Maduro, Tuori Kaarlo and Suvi Sankari (eds) *Transnational Law* (Cambridge University Press, 2014); Reimann, Mathias, James C. Hathaway, Timothy L. Dickinson, and Joel H Samuels, *Transnational Law* (West Academic Publishing, 2013).

[42] See E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06.

[43] E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06.

[44] E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06.

[45] E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", European University Institute, Florence, Department of Law Working Paper LAW 2010/06.

[46] See, for example, K. Mortelmans, "The Interdependence of International, European and National Economic Law: The European Community Example", in P.V. Dijk et al., *Restructuring the International Economic Order: the Role of Law and Lawyers* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987), p.14.

[47] See, for example, E.-U. Petersmann, "Constitutional functions of Public International Economic Law" in Dijk (1986), p.49; Nowrot, Karsten, 'Ernst-Ulrich Petersmann, International Economic Law in the Twenty-First Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods', in *European Yearbook of International Economic Law 2014* (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2013), pp.453–56; Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* (London: Routledge, 1991).

it is contended that there is in fact a convergence of Public International Law and domestic law.[48] This is because the increasing economic relations between States and private parties has meant that States have become subject to domestic law as a consequence, through, for example, the development of the restrictive doctrine of State immunity[49] and common arbitration procedures.[50] Conversely, increasingly private parties have seen the application of Public International Law to their relations. Further, private parties are now more affected by Public International Law rules intended to regulate State powers. In this context they have become involved, it has been contended, with the process of creation, interpretation and the implementation of Public International Law,[51] for example, through litigation in domestic courts. Thirdly, it has been asserted that Public International Law should be re-evaluated so that it governs both States and private parties, and that a broader definition fulfils this function.[52] Fourthly, many of the private economic structures and transactions are ultimately of public and governmental concern. They need to be regulated nationally. Given that they are regulated nationally, they also become of international interest.[53] Finally, generally, domestic law affects both inward and outward relations between States and people. The policy formation processes involved in such domestic law should therefore be better integrated internationally.[54] This is particularly so given that Public International Law is not a complete system. It is therefore better served by the forces and exigencies of the domestic order.[55]

In this book, however, it is the former approach, namely the perspective of Public International Law that will be cultivated. This is without prejudice to the different stand-points in the definitional discourse on IEL. This is mainly because the particular definitions are formulated in a particular context, and in accordance with their underlying function. There can therefore be no doctrinal differences as such. However, it is nevertheless necessary to proffer certain observations. First, it is of importance that distinctions between systems of law are maintained in order to facilitate clarity, to maintain the integrity of the legal systems, and to further their respective development—including

[48] Brand, "Introduction: semantic distinctions in an age of legal convergence" (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

[49] Under the restrictive doctrine of State Immunity, a State or government does not enjoy complete or absolute immunity from proceedings in the courts of another State. See the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004. Gamal Badr, *State Immunity* (Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2013); Ernest K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law* (Springer Science & Business Media, 2005); Dhisadee Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration* (Cameron May, 2007); Hazel Fox QC and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

[50] i.e. where the State and a private party are the litigants involved in the arbitration.

[51] Brand "Introduction: semantic distinctions in an age of legal convergence" (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

[52] Trachtman (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

[53] Trachtman (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

[54] Trachtman (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

[55] Trachtman (1996) 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.

that of Public International Law. Secondly, and relatedly, the conflation of domestic law with International Law can serve to buttress unduly the significance of the role of certain national economies, particularly those which are more "sovereign" than others, and which have pronounced national legislation in the economic sphere or affecting the economic sphere.[56] Such "transplantation" of certain domestic legislation in what are in the end economic issues of international concern can be likened in its effects to a form of "disguised or covert extraterritorial" application of national legislation. It is also to be noted that domestic law reflects national economic objectives. In some important respects, IEL, especially IEL at its core (i.e. at the level of international monetary, trade and development/ investment policy) is not in harmony with some of the driving forces underpinning national economies. Thirdly, the narrow definition of IEL has never been exclusive to the background and the context within which it operates—including domestic law. The function of International Law in domestic law, and the importance of the relationship between national and International Law, have never been denied. Finally, of course at a practical level the narrow approach is a useful way of demarcating and managing what is already a vast subject.

In sum, focusing on IEL from a Public International Law perspective is not necessarily to look at the phenomenon from a "Westphalian" top down non-citizen focused stand-point.[57] Thus, whilst, States may focus on international agreements to advance State interests, States also approach negotiations from a variety of perspectives including the stand-point of other States, their domestic constituencies and international concerns. Whilst States may be captured by organised groups this is not a flaw in Public International Law as such, but a distortion brought about by domestic systems of governance. States may dispense with their international commitments as it suits them; this can be said too of individuals. Where under Public International Law implementation of international obligations in the domestic sphere is left to the State, this is as much a flaw of the domestic systems where this is the case. Whereas a non-Westphalian system empowers domestic citizens it can equally empower multinational corporations who can act contrary to domestic public interests and hold the State to ransom. While the human rights perspective to IEL commands a certain legitimacy it is equally important to ensure that the needs of the human condition are fulfilled. It is a matter of judgement whether IEL can be reduced only to serve human rights or the human condition. Moreover, a cosmopolitan approach is underpinned by the "Washington Consensus"—a view of market forces that has been the subject of much criticism. In short, the

[56] A cynic might query whether, given that a large impetus for the broad approach originates from the US, this was not a desire to arrogate the "boiler room of international relations"? See J. Jackson, "International Economic Law: Reflections on the 'boiler room' of International Relations" (1995) 10 *The American University Journal of International Law and Policy* 595 (fn.2).

[57] Contra E.-U. Petersmann, "The Future of International Economic Law: A Research Agenda", op cit.

Public International Law approach to IEL is an international perspective. It is not so much about empowering the State but about ensuring an international perspective to international economic problems.

1–006 If IEL is part of the system of Public International Law then is it a branch or a specialism of Public International Law? Or is it within the broad legal system of Public International Law sui generis, and a principal focus of the nation State? It has been contended that the caricature of IEL as a branch or specialism of International Law is fundamentally flawed.[58] Although it does not clearly appear to be disputed that IEL is rooted in Public International Law. What is challenged mainly is its characterisation as a "specialism". One consequence of characterising IEL as a specialism is to marginalise it, despite its obvious centrality in international relations. Thus, Jackson observed that some 90 per cent of International Law work relates to IEL.[59] IEL, it is contended, is not a specialism inter alia for the following reasons. First, both historically and currently, economic activity is central to government affairs[60] and International Law.[61] Secondly, International Law and an important component of IEL, viz. International Trade Law (ITL), are each underpinned by inconsistent assumptions, or fundamentally opposed assumptions.[62] Whereas International Law is based on the State and the notion of sovereignty, IEL (particularly International Trade Law) is based on the dictates of comparative advantage,[63] namely on promoting individual cross-border exchanges and specialisation.[64] Thirdly, whereas International Law is traditionally oriented towards defence and peace and economic self-sufficiency or mercantilism[65] the international economic system as reflected in the Bretton Woods institutions (i.e. the IMF, the WTO and the World Bank Group), is based on the market economy[66] and the promotion of global welfare, not so much the prevention of economic warfare.[67] Whereas mercantilism is about safeguarding national economic power, the theory of comparative advantage is concerned with increasing global economic welfare.[68] International trade law operates not so much to regulate how the actions of one State affect the interests of another State, but rather it is concerned

[58] D.M. McRae, "The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law", *Recueil des Cours*, Vol.1 (1996), pp.99–237.
[59] See J. Jackson, "Global economics and international economic law" in (1998) 1(1) J.I.E.L. 8.
[60] D.M. McRae (1996), pp.114 and 122.
[61] D.M. McRae (1996), p.121.
[62] D.M. McRae (1998), p.118.
[63] See for example Alan O. Sykes "Comparative advantage and the normative economics of international trade policy" in Asif H. Qureshi & Xuan Gao, *Critical Concepts in Law: International Economic Law* (London: Routledge, 2010) Vol.3; Schmitthoff, Clive Macmillan, and Kenneth R. Simmonds, *International Economic and Trade Law* (Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1976).
[64] D.M. McRae (1998), p.117.
[65] D.M. McRae (1998), p.126.
[66] D.M. McRae (1998), pp.126 and 137.
[67] D.M. McRae (1998), p.138.
[68] D.M. McRae (1998), p.143.

with those State actions because they reduce economic welfare.[69] Fourthly, key features of Public International Law are not present in the same manner in the field of IEL. Thus, because of globalisation it is not possible to talk about the national economy.[70] Capital is no longer entirely domestic nor is the manufacturing process. States are increasingly less in control of their economies. Further, key aspects of the international economic regime—for example, non-discrimination rules such as the national treatment requirement and the MFN standard—do not so much reflect the notion of sovereign equality of States, but rather serve to ensure that market mechanisms operate unhindered.[71] Free trade undermines the notion of autonomous economies operating independently of each other. Accordingly, IEL (particularly International Trade Law) is defined as being concerned with those State measures that are taken at the border, or internally that inhibit the operation of the comparative advantage (specialisation and voluntary exchange) to function effectively.[72] International economic law is concerned with eliminating cross-border impediments.[73]

However, in this scheme the role of the State in economics is not disputed. States provide both a facilitative and regulatory infrastructure in the economic field.[74] Furthermore, the international economic system (particularly the international trade regime) also reflects the nation State model of International Law and politics. Thus, for example, the international mechanism for tariff reduction is based on reciprocity[75]; and some WTO systems such as anti-dumping, safeguard measures and intellectual property measures, are not entirely consonant with comparative advantage. In addition, the theory of comparative advantage is not without its shortcomings. Thus, comparative advantage is silent as to how the benefits of economic welfare are to be shared. The proposition that liberalisation enhances global welfare belies, it is contended, the question of *whose* welfare.[76] Further, comparative advantage can be tampered with by States through, for example, the operation of a strategic trade policy.[77] Thus, although there are two models through which IEL (particularly International Trade law) can be viewed (i.e. the comparative advantage model and the State model) it has been contended that the comparative advantage model is gaining ground.[78]

1–007 There are a number of problems with the comparative advantage model normally relied upon in IEL, although the central role of IEL cannot be

[69] D.M. McRae (1998), p.144.
[70] D.M. McRae (1998), p.128.
[71] D.M. McRae (1998), p.145.
[72] D.M. McRae (1998), at p.144.
[73] D.M. McRae (1998), at p.123.
[74] D.M. McRae (1998), at p.133.
[75] D.M. McRae (1998), at p.169.
[76] D.M. McRae (1998), at p.227.
[77] D.M. McRae (1998), p.155. In basic terms a strategic trade policy involves the nurturing of certain economically strategic industries.
[78] D.M. McRae (1998), p.230.

denied. First, IEL is defined from the international trade paradigm. Thus other aspects of international economic law are ignored and marginalised; for example, development. Further, notions of fairness/justice and culture are discounted. Secondly, the role and function of the State and the imprint of the State system on the international economic order is seriously underrated. Thirdly, in the comparative advantage model the theory of comparative advantage is considered to have been embraced by the international economic community in an absolute form and released into the system without any reigns. The international economic community, in adopting the theory of comparative advantage, is deemed to have triggered the logical inevitability of the consequences of the theory of comparative advantage. This attribution of the adoption of the theory of comparative advantage in an absolute sense is flawed. In fact, the canvas of IEL is painted by the painters from a variety of colour pots—including the comparative advantage pot. But it is the painters who determine the degree of its application to the canvas. The degree to which the international community applies the theory of comparative advantage is determined firmly by the international community. The State system and International Law are thus not opposed to comparative advantage. They at all material times control the degree to which its logic is activated into the international economic system. This is the daily discourse amongst Member States in the Bretton Woods institutions.

In conclusion, the particular approach preferred here is a global approach but within the broad spectrum of Public International Law. Essentially it comprises of the Public International Law analysis of the economic phenomena of international concern. This Public International Law perspective has a number of merits. It is detached from a national system and therefore more objective. At the same time, it can draw from national economic systems in a scientific manner. It is value-laden but in as much as it carries with it the values of the international economic community as a whole. It steers the processes involved in the development of IEL in a more transparent and democratic fashion. If necessary, national economic systems can be objects of deconstruction. They do not uncritically permeate the international scene. The role of the national systems is contained and put in perspective. This process of conflation of national and international is facilitated through the negotiation of international economic agreements. In addition, the Public International Law perspective also subjects the national economic system to international legal scrutiny. It affirms the role of law (contra power) and international economic organisations in the regulation of conflicting domestic economic policies and legislation. Finally, the analysis serves to emphasise the role of International Law and institutions in the pursuit of commonly agreed *international* goals.

The content of International Economic Law?

1–008 The basic subject-matter (i.e. the problem requiring regulation) comprises the economic phenomena. It may be generally defined, and/or its coverage may be listed. A number of writers have engaged in the list approach. This is enlightening to the extent that it is illustrative. Thus, Jackson included "trade, investment, services when they are involved in transactions that cross national borders, and those subjects that involve the establishment on national territory of economic activity of persons or forms originating from outside that territory".[79] However, the list approach on its own can have some shortcomings. First, where the list purports to be exhaustive it becomes problematic. Thus, Gillian White's[80] unquestioned approval of Schwarzenberger's description of IEL as illuminating is questionable. Schwarzenberger described the field as being concerned with "(1) the ownership and exploitation of natural resources; (2) the production and distribution of goods; (3) invisible international transactions of an economic or financial character; (4) currency and finance; (5) related services and (6) the status and organisation of those engaged in such activities".[81] However, he specifically excluded[82] labour, social, transport and intellectual property spheres. Such exclusion is an arbitrary legal construct which detracts from the inter-linkages between various disciplines. Indeed, for a lawyer to define the economic phenomena, particularly in the context of an exclusionary list, is to engage in insights into the dynamics of the international economic phenomena. Secondly, a list approach can be a means of articulating a value preference of the international economic system. Thus, there is a danger of implicit prioritisation of trade and investment issues as opposed to, for example, aid and technology transfer. Inevitably some of the preoccupations of the definer, the discipline from which the definition stems, and its political origins are going to colour the list and its order. It is to be noted that subsequent lists to that formulated by Schwarzenberger's are broader and non-exclusive. This expansive view of IEL has been fuelled both from academic[83] and political movements. There

[79] H. Jackson et al., *International Economic Relations* (St. Paul, West Group, 2002), pp.193–194. See also J.R. Paul, (1995) 10 *The American University Journal of International Law and Policy* 609 fn.2. He includes "subjects like international business transactions, private international law, international trade law, immigration law, European Communities law, comparative law, transnational litigation, international arbitration procedure, and aspects of banking, competition, employment, environmental, intellectual property, securities, tax, and telecommunications laws that regulate transnational transactions". Schenk, Catherine R, *International Economic Relations Since 1945* (Taylor & Francis, 2011); Charnovitz, S, 'What Is International Economic Law?' (2011) 14 J.I.E.L. 3–22.

[80] White, "Principles of International Economic Law" in H. Fox (ed), *International Economic Law and Developing States: Some Aspects* (1998).

[81] See G. Schwarzenberger, "The Principles and Standards of International Economic Law" (1966) 1 *Recueil des Cours*, p.7. See also G. Schwarzenberger, *Economic World Order? A Basic Problem of International Economic Law* (Manchester: Manchester University Press, 1970), p.4.

[82] Schwarzenberger, "The Principles and Standards of International Economic Law" (1966), p.8.

[83] See J.R. Paul, "The New Movements in International Economic Law" (1995) 10 *The American University Journal of International Law and Policy* 609 and 613, fn.2, wherein the author

is now a general recognition that the globalisation of the world economy involves, inter alia, increasing interactions between various economic policies (especially structural, macroeconomic, trade, financial, investment and development).[84] Thus, the notion of "trade related" in international trade.[85] Moreover, economic development is no longer conceived purely in terms of economic development. Development now is a more integrated and holistic concept, involving the realisation of individual freedoms,[86] as well as the notion of sustainable development.[87]

General definitions[88] of the economic phenomena as comprising all aspects of Public International Law that relate to economics have been criticised as being too broad.[89] Indeed, they have been characterised as being so broad as to encompass all of International Law, given that most spheres of international relations have an economic dimension.[90] This assessment of the definition as being vacuous is however somewhat extreme. Certainly, it identifies a relevant point of focus. It is not value-laden. It does not emphasise, for example, trade as opposed to development. It is dynamic in that the economic terrain has a relationship with the development of Public International Law. It is defining in that it identifies only that facet of economics that is of international concern. It is such that it does not preclude cognisance of the inter-linkages of the various national economic policy instruments, the relationship of the economic phenomena with external factors, and the advent of the globalised international economy. To deprecate the definition by contending that most aspects of international relations have an economic consequence is to deny that which is accepted, namely that various economic phenomena and various

mentions both value-neutral movements such as theorists in public choice theory, game or regime theory, and law and economics; and others, such as critical legal studies, feminism and law and society.

84 See Uruguay Round Ministerial Declaration on the Contribution of the World Trade Organization to Achieving Greater Coherence in Global Economic Policy Making in WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Legal Texts* (1995).

85 Uruguay Round Ministerial Declaration.

86 See Amartya Sen: *Development as Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1999); Chatterjee Deen K, "Development as Freedom", in *Encyclopedia of Global Justice* (Dordrecht: Springer Netherlands, 2011), p.250; Gigler, Björn Sören, *Development as Freedom in a Digital Age* (World Bank Publications, 2015).

87 See, for example, P. Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development" (1995) 65 Brit. Y.B. Int. L. 303–381; Emmanuel Agius and Salvino Busuttil, *Future Generations and International Law* (London: Routledge, 2013); Elisabeth Bürgi Bonanomi, "International Sustainable Development Law: a New Branch of Law", in (Edward Elgar Publishing, 2015), pp.101–57; Marie-Claire Cordonier Segger, and Judge C.G. Weeramantry, *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals* (Taylor & Francis, 2017).

88 See, for example, Van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law* (Netherlands: Brill, 1981), p.9. He states: ". . . international economic law can be described in overall terms as the total range of norms (directly or indirectly based on treaties) of public international law with regard to transnational economic relations".

89 See J.H. Jackson et al., *International Economic Relations* (St. Paul: West Group, 2002), pp.193–194 and I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 2nd edn (1992), p.1.

90 Jackson et al. *International Economic Relations* (1998), pp.193–194.

disciplines are interconnected; or at any rate to acknowledge such linkages only up to a limit.

There are few logical reasons why the breadth of international relations cannot be analysed from an economic perspective, at any rate initially. From this starting-point it is possible to demarcate the core and the penumbra that informs it. Thus, to borrow a criterion,[91] the core of IEL comprises of that which is directly and obviously of an economic dimension; whereas the penumbra consists of those non-economic considerations (viz., social, human rights, environmental, political, cultural) which colour the development of the core. The preoccupations at the core of international economic relations are generally identified as relating to international trade in goods and services, international monetary relations, and the development and investment fields.[92] The range in the penumbra is however more extensive—indeed, potentially open-ended.

1–009 To epitomise, it is not for lawyers to define what is in the end not their discipline—i.e. the economic terrain. To do so is to go beyond a mere understanding of the context of the subject. It is to engage in speculation as to the actual dynamics and intricacies of the field. It is enough to define the perspective, and to have a sense of the subject. There is a general outline which has a core and a penumbra. In essence the terrain comprises of the economic phenomena which are or ought to be of international concern. The context of the economic phenomena is demarcated by the international value system.

Finally, there are two additions to the traditional discourse of the content of IEL which need to be noted here. IEL is not merely concerned with substantive IEL. IEL also has an institutional aspect, as well as a focus on the national legal system.

The national legal system as it pertains to the economic phenomena is germane not only because it is subject to IEL, but also because the exigencies of the domestic economic and legal system have a bearing on the development of IEL. Not only is the domestic system to enshrine international concerns, but the international dimension needs to take cognisance of it.

The significance of the national economic system lies in the manner in which it is created and implemented—including the manner in which IEL is incorporated in the domestic legal system. Thus, not only is transnational economic law and purely domestic economic law (including as they relate to the regulation of business, tax, intellectual property, competition, investment, environment, labour, banking, telecommunications, movement of goods and services) of concern, but so is Private International Law, national conflict resolution procedures, and the national administrative and legislative processes. Good governance at the national level is of increasing

91 See A. Zamora, "Is there Customary International Economic Law?" (1989) 32 *German Yearbook of International Law* 15, fn.9.

92 Zamora "Is there Customary International Economic Law?" (1989) 32 *German Yearbook of International Law* 15.

international concern, particularly to the extent that it affects the nation and international economic system. Similarly, the manner of the reception of IEL in the domestic system is significant in terms of the efficient implementation of IEL.[93]

1–010 **EXAMPLE: United Nations Conference on Trade and Development, SÃO PAULO CONSENSUS (25 June 2004, Eleventh session São Paulo, 13–18 June 2004)**

. . . § 21. Good governance within each country and at the international level is essential for sustained growth and development. Sound economic policies, solid democratic institutions responsive to the needs of people and improved infrastructure are the basis for sustained economic growth, poverty eradication and employment creation. Freedom, peace and security, domestic stability, respect for human rights, including the right to development, the rule of law, gender equality, market-oriented policies, and an overall commitment to just and democratic societies are also essential and mutually reinforcing. Transparency in the financial, monetary and trading systems, and full and effective participation of developing countries in global decision-making, are essential to good governance and to development and poverty eradication. These basic factors need to be complemented by policies at all levels to promote investment, building of local capabilities, and successful integration of developing countries into the world economy. A crucial task is to enhance the efficacy, coherence and consistency of macroeconomic policies.[94]

The institutional aspects of IEL focus on the constitutional framework involved in the creation, development, and implementation of the international economic order. Here the subject-matter is not so much economic in character but rather draws upon international institutional law as it relates to international economic relations. International economic organisations are a critical focal point in this constitutional setting. Herein such considerations as the manner of the decision-making processes involved in the organisation, the level of rule orientation in the various decision-making processes, and the capacity of the institution to facilitate the implementation of its agenda, both at the national and international level, are all critical.

The Nature of International Economic Law

1–011 There are essentially two basic questions which shed light on the nature of IEL—namely, why do participants engaged in international economic relations obey IEL? And, what are the underlying goals of IEL?

[93] See Ch.5.

[94] Extract from UN Conference on Trade and Development, SÃO PAULO CONSENSUS (25 June 2004, 11th session São Paulo, 13–18 June 2004), *http://www.un.org/en/index.html* [Accessed 8 November 2018].

Why is IEL obeyed?

1–012 This question can have a bearing on important practical questions of law, as well as shedding light on the actual normative processes that determine international economic relations.[95] Thus, the question can have a bearing on both the prior question whether a particular IEL standard is binding, or the post normative query relating to compliance. Insights into the question can dictate better compliance techniques, as well as providing a criterion for distinguishing binding IEL norms.

The explanations as to why participants of Public International Law generally obey it are numerous, ranging from consent to sanctions.[96] This is the background that is also germane to IEL. However, the imprint of IEL to the debate also needs to be appreciated. Some factors have been particularly critical. First, given that the core of international economic relations is centred around "exchange" and its facilitation, and given that international economics is dominated by mercantilism and laissez-faire, the notion of reciprocity and its built-in sanction of withdrawal have been important considerations. Secondly, given that much of IEL is to be found in international agreements, the notion of consent is significant. Thirdly, the reality of the integrated character of international economic activity, and the linkages between various economic policy instruments, engender certain shared concerns and goals. The desire to achieve these is as much a reason for obedience, as self-interest. However, the impact of this factor may well be recent, although likely to develop, and sometimes muddied by the dogma of reciprocal rights and consent. This is because the international community's international economic consciousness has only of late woken, and like all states of consciousness always has room for development. Finally, there is something in the very nature of economic activity which calls for a measure of certainty and predictability. These objectives feature critically in the institution of law and cultivate an interest in obedience and an orderly framework. On the whole IEL has enjoyed a high degree of compliance.

The goals of IEL?

1–013 The questions, what are the goals of the international economic order and what they ought to be, are not without controversy. The international economic order does not have an overarching coherently constructed constitutional framework such that its goals can be easily read from it. In

[95] See, for instance, O. Schachter, "Towards a theory of international obligation" in M. Schewebel (ed), *The effectiveness of International Decisions* (1971). (Extract published in J. Jackson, *International Economic Relations*, 3rd edn (1995), pp.246–251; O'Connell, Mary Ellen, *The Power and Purpose of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

[96] Schachter (1971), Oscar Schachter lists (I) consent; (II) customary practice; (III) juridical conscience; (IV) natural law; (V) social necessity; (VI) consensus of the international community; (VII) direct (or "stigmatic") intuition; (VIII) common purposes of the participants; (IX) effectiveness; (X) sanctions; (XI) systemic goals; (XII) shared expectations as to authority; (XIII) rules of recognition.

the same vein, the goals that it ought to pursue are informed by its multitude of stakeholders and independent analysts. In particular, the precise configuration of the economic and relevant non economic goals within national economic systems is a challenge. Be that as it may, the following may be observed with respect to the aims and objectives of the *international* economic order. These aims and objectives of the international economic order are not to be confused with those of the domestic order although they may coalesce and have a symbiotic relationship. Thus, the general goals of IEL are concerned with facilitating the development of individual economies and relevant units within those economies, whilst ensuring the overall economic development of the international economy (viz., the raising of standards of living, ensuring full employment, and the facilitation of growth in real income).[97] Herein are set the mechanisms of co-operation, co-ordination, conflict avoidance and resolution and liberalisation of economic borders. Additionally, specific international community goals have been adopted from time to time in response to certain long-term problems requiring an international response, as for instance the UN 2030 Agenda for Development adopted in 2015.[98] Finally, in some measure and somewhat inevitably, the domestic ideals of national economic development inform and shape the international goals that drive or ought to drive the international economic order. Herein and of more recent origin has been the advent of the integration of certain value considerations in the pursuit of economic goals. Thus, the world's resources are to be optimally utilised, in line with the objectives of sustainable development and the preservation of the environment. Similarly, the notion of transnational economic rights as human rights is advanced, as indeed the realisation of human freedoms and human rights generally.

As increasingly international economic affairs become crystallised in multilateral accords, the goals of IEL become clearer and better articulated. Such goals so articulated have a bearing in the process of interpreting the text of multilateral economic instruments, as well as driving the international economic order.

[97] See, for example, the preamble to the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization; art.I of the IMF Articles of Agreement; art.55 of the Charter of the UN 1945.

[98] See, for example, UN 2030 Agenda for Sustainable Development adopted in 2015. This has 17 Sustainable Development Goals: 1. No Poverty; 2. Zero Hunger and food security; 3. Good Health; 4. Quality Education; 5. Gender equality and women's empowerment; 6. Clean Water and Sanitation; 7. Affordable and Clean Energy; 8. Economic Growth; 9. Infrastructure, industrialization; 10. Reduced Inequality; 11. Sustainable Cities; 12. Sustainable consumption and production; 13. Climate Change; 14. Oceans; 15. Biodiversity, forests, desertification; 16. Peace, justice and strong institutions; 17. Partnerships for the goals. *https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/* [Accessed 8 November 2018].

Sources of International Economic Law

There are essentially two dimensions to a consideration of the sources of IEL. **1–014**
The actual formal sources of Public International Law; and the complexion of these sources in the context of IEL.

International Law, considered merely as a body of rules, comprises of those sources of law as enumerated in art.38(1) of the Statute of the International Court of Justice.

Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: **1–015**

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 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.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono* if the parties agree thereto.[99]

However, "International Law" is not defined universally merely as a body of rules alone. A broader conception of International Law is entertained by some. Whilst it includes the sources mentioned in art.38, this broader perspective of law comprehends it as a process of decision making[100]; or to put it another way, as a process of communication.[101] Thus, according to Reisman, law involves a prescription, the authority to prescribe, and the power, the capacity and the willingness to render effective the prescription.[102] The emphasis here is on how decisions are formulated by relevant decision-makers, and arguably also on power. In IEL too the relevance of this theory of law in predicting decision-making needs to be explored. However, whatever one's standpoint as to the nature of International Law, the sources of

[99] Source: *https://www.icj-cij.org/* [Accessed 8 November 2018].

[100] See, for example, R. Higgins in *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p.15 wherein she states, "It is decision-making by authorised decision-makers, when authority and power coincide."

[101] W.M. Reisman, "International Law Making: A Process of Communication", Memorial Lecture of the World Academy of Art and Science, delivered at the Annual Meeting of the American Society of International Law, 24 April 1981, Washington, DC. Therein he states "prescriptive or law making communications . . . carry simultaneously three coordinate communication flows . . . The three flows may be briefly referred to as the policy content; the authority signal and the control intention."

[102] Reisman, "International Law Making" (1981).

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 64 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

~~la combinaison et la « pesée » de plusieurs Droits (ou ordres juridiques, ou systèmes juridiques, on prendra ici ces termes et expressions comme synonymes). Le juge se livre à ces opérations en fonction de l'acte qui l'habilite et de ce qu'en dit le Droit auquel il se rattache, l'universitaire en fonction de sa perspective et de ses principes d'interprétation, et l'acteur économique en fonction des Droits que d'aucuns parviendront le plus probablement à lui appliquer. Cette application d'une pluralité de Droits aux opérations économiques transnationales a des effets sur la substance des règles appliquées, mais également sur la manière dont elles sont interprétées et combinées, et sur la manière de sélectionner et d'interpréter les faits pertinents des affaires [40]. Elle est donc un fait incontestable qu'il faut tâcher de comprendre et, si possible, de maîtriser. Est-ce à dire qu'il convient, alors, de n'enseigner et de ne faire porter ses recherches que sur des objets transversaux ? Faut-il uniquement les décrire tels qu'ils sont appréhendés par de nombreux Droits différents, sans avoir au préalable présentés ces Droits en tant que tels ? Pour des raisons développées ci-dessous, nous ne le pensons pas et préférons, dans ce manuel, adopter une optique de DIE, selon une certaine conception de celui-ci.~~

Section III
Conception retenue de la discipline

43 Le présent ouvrage relève, d'une part d'une approche de la réglementation de l'économie *par le Droit international* (et non le Droit transnational ou le Droit global) principalement envisagé comme *Droit public* (I), et d'autre part d'une approche de Droit international conçue comme *large et ouverte*, donc en forme d'alternative à celle qui a été esquissée dans la section I (II). Il est bâti sur *l'opposition entre un DIE convivial et un DIE croissantiel* (III).

40. Voir spéc. L. Boisson de Chazournes, E. Ruggeri Abonnat, « Contract and treaty interpretation in investment arbitration », in S. Kröll, A. Bjorklund, F. Ferrari (Eds), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, CUP, 2022, p. 1723-1750.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 65 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

I | Approche de Droit international et de Droit public

44 APPROCHE DE DROIT INTERNATIONAL. — Tout d'abord, il s'agit d'une approche de Droit international. À notre sens, la disparition objective des clivages entre Droit international, Droit transnational et Droit national ne peut pas être affirmée et n'a pas à être préconisée. Certes, un très grand nombre de questions et de cas d'espèce ne sont et ne peuvent être correctement traitées qu'à travers l'application concomitante ou combinée, ou du moins à travers la prise en compte de plusieurs Droits. Cela ne change rien au fait qu'il faut les distinguer pour de multiples raisons : d'abord parce que les principaux acteurs directement impliqués les distinguent, mais également parce qu'ils sont édictés à travers des procédures différentes, par des organes différents représentant des légitimités et des intérêts différents. Il convient en particulier de distinguer ces ordres afin de tenir compte du caractère plus démocratique (les Droits nationaux) ou moins démocratiques (les Droits transnational et international) de ces ordres, des garanties inégales qu'ils fournissent en termes d'équité, des types de rapports qu'ils ont principalement vocation à régir, ou encore de la place qu'ils font à l'ordre public ou l'intérêt général d'une société ou d'une autre. Sur la base de ces clivages et en raison de l'importance prise par le Droit international dans la réglementation des aspects économiques des relations internationales, transnationales et nationales, nous nous concentrerons ici sur les règles *internationales* qui s'y appliquent. Nous ne traiterons qu'incidemment de questions de Droit national, régional ou transnational.

Cette approche amène à faire du DIE une branche du Droit international, et à l'en faire dépendre étroitement. Autrement dit, avant d'être le produit de contrats d'État, de traités et d'une organisation comme l'OMC, le DIE est un produit du Droit international coutumier qui fonde et limite la portée de ces contrats, traités et de cette organisation. C'est aussi largement un Droit qui s'origine dans les Nations unies (en particulier le GATT, le FMI et la Banque mondiale, donc le CIRDI) et qui, s'il n'est évidemment pas façonné principalement par le Droit des Nations unies, doit plier devant lui

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 66 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

en vertu de l'article 103 de la Charte. La réintégration du DIE dans le giron du Droit international général et du Droit international des Nations unies implique de reconnaître, dans l'interprétation du DIE, toute l'importance du principe coutumier d'égale souveraineté (et donc de souveraineté permanente sur les ressources naturelles) qui, depuis plusieurs siècles, est la règle internationale qui fait le plus consensus dans les rapports entre États [41].

45 APPROCHE DE DROIT PUBLIC. — L'approche retenue est ensuite une approche de Droit public. Comme le montre une comparaison des manuels portant sur des sous-branches du DIE (commerce, investissement, arbitrage, etc.), la compréhension des problèmes et même la délimitation de ces sous-branches sont très différentes suivant la formation des personnes qui s'y intéressent. Ainsi par exemple, ceux qui « viennent » du Droit commercial national tendent à adopter un point de vue de type micro-économique (l'économie appréhendée du point de vue d'un acteur particulier, en général privé) plutôt que macro-économique (abordée sous l'angle des « grands ensembles », notamment de sociétés politiques) ; et ils tendent à décrire un « Droit du commerce international » (*transnational commercial law* ou *transnational business law*) comme un Droit des contrats internationaux et de l'arbitrage commercial transnational, largement indépendant du « Droit international du commerce » (les traités de commerce) et des règles internationales en général. Ceux qui « viennent » du Droit public et du Droit international tendent au contraire, par les mêmes appellations, à désigner les règles tirées des accords de l'OMC et des accords méga-régionaux de commerce, ainsi que les décisions ou rapports des mécanismes compétents pour trancher les différends relatifs à ces accords. D'une manière comparable, les privatistes (en particulier les *common lawyers*) et les publicistes (en particulier francophones) n'appréhendent pas du tout de la même manière les problèmes posés par les tribunaux « orthodoxes » de protection des investisseurs, ou par la procédure suivie par eux. Ainsi que l'illustrent de tels exemples, il est bien plus fructueux de distinguer les approches

41. Sur celle-ci, voir D. Alland, *Droit international public 1 (DIP 1)*, Puf, « Droit fondamental », nº 27-28.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 67 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

publiciste et privatiste de la matière, ou de souligner l'insistance des uns et des autres sur telle ou telle caractéristique des règles ou des institutions de DIE, que de prétendre que toutes ces distinctions ont étrangement disparu.

Ce manuel se situe donc dans une optique de Droit public. En ce sens, il met l'accent sur les institutions et les procédures à l'origine des règles et sur le souci qu'elles reflètent l'intérêt général de chaque État et/ou l'intérêt général international. Par ailleurs, notre formation est celle d'un publiciste et d'un internationaliste, et c'est faire preuve d'honnêteté à l'égard de nous-mêmes et à l'égard du lecteur que de nous dire conscients que notre pensée ne peut totalement s'émanciper des traditions de pensée dans lesquelles nous avons évolué [42]. Cela ne signifie naturellement pas que nous perdons de vue ce que le DIE officiellement formulé tient du Droit privé, ou d'ailleurs ce que la structure largement intersubjective et les concepts du Droit international doivent au Droit privé.

II | Approche large et ouverte

46 EXPLICATION. — L'approche retenue de la discipline DIE se veut ensuite large et ouverte. Une conception *large* du DIE le désigne comme l'ensemble des règles internationales qui, *quels que soient leurs objectifs*, s'appliquent à titre principal ou à titre incident aux opérations d'investissement, de production et de commerce, ainsi qu'aux opérations monétaires et financières. Une conception *ouverte* du DIE souligne que celui-ci doit être compris ou construit eu égard (potentiellement) à *toutes* les règles internationales – par exemple à travers la prise en compte de ces règles lors de l'interprétation des énoncés des règles de DIE. L'implication immédiate du choix de définir le DIE à partir d'un critère matériel – le caractère ou plutôt l'aspect économique de la relation régie – et non à partir de critères finalistes – les objectifs du consensus de Washington, ou simplement la croissance économique mondiale – est d'y inclure les aspects et implications économiques du Droit international de la paix et de la sécurité, du Droit international du

42. Voir *mutatis mutandis* G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Sirey, 1932, p. VIII.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 68 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

travail, du Droit international des droits de l'homme ou du Droit international de l'environnement. Son implication médiate est de faire de l'articulation entre ces normes et les normes à visée croissantielle un thème central et non plus subsidiaire.

47 MOTIVATION. — Le choix d'une conception large et ouverte du DIE est justifié par le souci d'éviter de le désigner par référence à un objectif ou un ensemble d'objectifs politiques immuables, ou à partir d'un *corpus* de textes conçu comme essentiellement imperméable aux autres [43]. Il se gare ainsi de l'écueil consistant à présenter comme rationnel, spontané et inévitable le cadre politico-idéologique fixé juridiquement par certains acteurs spécifiques en des moments très particuliers de l'histoire [44], en particulier les États-Unis après la Seconde Guerre mondiale et les États occidentaux après la Guerre froide. À l'inverse, il laisse ouverte la question de savoir ce que seront les préoccupations qui guideront demain la réglementation du commerce et de l'investissement transnationaux, ou la coopération monétaire. En pratique, de nombreuses règles internationales aux objectifs non croissantiels s'appliquent déjà, ou entendent avoir des incidences sur les aspects économiques des relations internationales et transnationales. Certaines de ces règles sont jugées très importantes par les États et/ou ont déjà un impact considérable – que l'on pense par exemple aux mesures prises récemment, pour des raisons « non économiques », par différents États européens contre la Russie ou par les États-Unis contre l'Iran, ou à l'Accord de Paris sur le climat, ou encore aux conventions multilatérales conclues en matière fiscale ou de Droit du travail. Nous ne pensons pas que ces règles ne *devraient* pas être influer sur la vie économique, être sérieusement prises en compte par les personnes qui étudient, édictent, formulent ou appliquent le DIE croissantiel, ou qu'elles ne devraient pas bénéficier d'institutions et juridictions aussi performants que celles établies au profit d'objectifs capitalistes, libéraux ou croissantiels. Nous estimons au contraire dangereusement idéologique de fermer la porte à une évolution du

43. Tenant compte de ce souci, voir A.H. Qureshi, A.R. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, 2007, §1-007 *in fine*.
44. Dans le même sens *mutatis mutandis*, voir la conclusion du monumental ouvrage d'Andreas Lowenfled, préc.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 69 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Droit international qui permettrait, par exemple au Droit international du travail ou au Droit international de l'écologie, de réorganiser complètement les règles applicables aux aspects économiques des relations internationales et transnationales. Pour de nombreux motifs, des ponts entre ces branches et le DIE croissantiel sont en train d'être construits et il est plus que probable que ceux-ci vont se développer dans les années et décennies à venir. Ce serait faire un choix politique contestable que de s'opposer à cette réorganisation et à ces interactions croissantes, et de continuer à n'accepter la réglementation des aspects économiques des relations sociales sur la base d'objectifs conviviaux (sociaux, environnementaux, etc.), qu'à travers les exceptions admises dans le cadre de textes à visée croissantielle (le DIE entendu de manière étroite et fermée).

III | Opposition du Droit convivial et du Droit croissantiel

48 CONTENU DE L'OPPOSITION. — La présentation du DIE dans cet ouvrage est articulée autour de l'opposition et des rapports entre deux grands ensembles institutionnels et normatifs : le DIE traditionnellement entendu d'un côté, et de l'autre les aspects et implications économiques des autres branches du Droit international. Tandis que le premier est caractérisé par une justification ultime, la *croissance économique mondiale* (ou l'expansion de l'économie, le développement économique, etc. ; voir **n° 218**), le second ensemble est tourné vers des objectifs distincts de celui d'une augmentation du PIB, ou d'une production et d'une consommation toujours plus grandes. Ces objectifs sont variés : il s'agit de préserver ou réaliser la paix et la sécurité internationales, la dignité humaine, la justice sociale, le pluralisme politique, la santé du grand nombre, l'environnement, etc. Néanmoins, tous ces Droits visent globalement, officiellement, une *coexistence pacifique et équitable* des hommes et des peuples du monde.

Comme toute représentation d'envergure, celle que nous proposons est une approximation et comporte une part de choix. Elle nous semble cependant la mieux à même d'éclairer, de comprendre et de dénouer les tensions connues par le DIE actuellement, et dont

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 70 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

ce manuel se veut l'écho. D'un point de vue théorique, elle s'appuie sur la dichotomie dégagée notamment par Antoine Bailleux [45], entre Droit *croissantiel* et Droit *convivial*. En pratique, tant le Droit international économique *croissantiel* que le Droit international économique *convivial* ont vocation à encadrer et même à organiser l'économie mondiale ; mais l'opposition des deux est radicale du point de vue des objectifs. Elle l'est aussi du point de vue du rôle qu'un ensemble et l'autre donnent à l'État : le premier a pour épicentre politique la neutralisation du pouvoir normatif de l'État et le démantèlement des législations nationales prises au nom de l'intérêt public lorsque, d'une manière jugée néfaste, celles-ci réduisent les bénéfices de certains investisseurs et les marges de certains commerçants ; le second incite au contraire chaque État – et au-delà chaque acteur politique, jusqu'aux citoyens – à organiser l'économie ou à encadrer les transactions économiques en fonction d'intérêts et de valeurs communs. Enfin, la séparation des deux ensembles est assez marquée du point de vue des institutions compétentes et des instruments pertinents, notamment en raison de la réussite du projet mené dans les années 1990, d'isoler le DIE du reste du Droit international.

49 VERS UNE RÉDUCTION DE L'OPPOSITION ? — Même si l'opposition entre DIE croissantiel et DIE convivial est centrale dans le moment présent, un mouvement d'hybridation des deux est sans doute aussi en cours. En effet, les États font de plus en plus régulièrement le choix de mettre les cadres institutionnels, les négociations et les instruments internationaux relatifs à l'économie au service d'une pluralité de finalités. En particulier, les négociations internationales abordent de plus en plus l'investissement, le commerce et surtout l'exploitation des ressources, la production et le destin final des produits à travers les yeux des investisseurs et des

45. Voir A. Bailleux, *Le Droit en transition*, Fac. univ. St-Louis, 2020 ; A. Bailleux, M. Messiaen (dir.), *À qui profite le droit ? Le droit, marchandise et bien commun*, Anthemis, 2020 ; « Penser en juriste la prospérité sans croissance – Les promesses du droit en transition », *in* V. Coq, H. Devillers, M. Chambon (dir.), *Le Paradigme de la croissance en droit public*, LexisNexis, 2022, p. 211-220, et plus anc., « Six hypothèses à l'épreuve du paradigme croissantiel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol. 77, nº 2, p. 27-53. Voir aussi les deux *Manifestes convivialistes*, Le Bord de l'eau, 2013, spéc. p. 33-34, et Actes Sud, 2020, spéc. p. 60-62, 86-90. Sur les présupposés anthropologiques de la pensée de la croissance, on lira avec profit C. Marouby, *L'Économie de la nature. Essai sur Adam Smith et l'anthropologie de la croissance*, Seuil, 2004.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 71 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

ETN, mais également des travailleurs, des citoyens et des personnes soucieuses de fournir un environnement sain à l'ensemble des êtres vivants. En témoignent par exemple le cycle de négociation de l'Uruguay lancé le 28 novembre 2022 à propos du cycle de vie des plastiques, l'accord sur les subventions à la pêche conclu dans le cadre de l'OMC en juin 2022, ou encore l'accord sur la biodiversité marine en haute mer conclu en mars 2023. Par ces initiatives, la prétention du DIE croissantiel à régir seul l'économie mondiale est de plus en plus remise en question, et au plus haut niveau. Même s'il n'a jamais cessé de l'*être*, l'encadrement international de l'économie *apparaît* comme de plus en plus politique, du simple fait que d'autres objectifs politiques que la croissance économique mondiale, ou la réduction des marges de manœuvre des États dans la réglementation de l'économie transnationale, deviennent incontournables. Non seulement « il y a une alternative », mais les États semblent considérer de plus en plus que s'en saisir est la seule option raisonnable.

50 ANNONCE DU PLAN. — Le choix de présenter le DIE de manière dialectique à travers la dichotomie entre DIE convivial et DIE croissantiel implique qu'il ne propose pas un panorama de l'intégralité des règles internationales encadrant l'économie [46]. En revanche, il exige de présenter le *cadre commun* au DIE croissantiel et au DIE convivial, c'est-à-dire leurs sources et les institutions internationales y jouant un rôle. La première partie de ce manuel y est consacrée.

La deuxième partie, relative au *Droit international économique convivial*, présente l'encadrement de l'économie à des fins environnementales, ou Droit international écologique de l'économie, et le

46. Cette approche nous a notamment mené, à regret, à écarter un exposé séparé de pans importants du DIE comme la fiscalité internationale, les aspects économiques du Droit international de la santé, les aspects économiques des règles et décisions relatives à la paix et à la sécurité (commerce des armes et des munitions, lutte contre le financement du terrorisme, aspects économiques de l'occupation militaire, sanctions économiques unilatérales ou concertées, sécurisation des oléoducs, gazoducs, tankers, câbles sous-marins, sécurité de l'aviation civile, du transport maritime…), ou le FMI tant dans sa fonction de prévention des crises monétaires et financière (par l'interdiction des dévaluations compétitives ou l'obligation – devenue toute théorique après 1978 – de maintenir un taux de change stable), que dans sa fonction de soutien des États subissant de telles crises. Nous les évoquerons néanmoins à différents titres.

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - (c) Humensis
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 72 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

Droit international social de l'économie, c'est-à-dire les aspects économiques des Droits internationaux des droits de l'homme et du travail. Objets d'attachement mais également facteurs de production essentiels, la nature et l'homme ont été singulièrement oubliés par l'encadrement international de l'économie des dernières décennies. Les atteintes leur étant causées ont souvent été interprétées comme des « externalités négatives » par les entreprises, et comme des « ajustements » indispensables à la bonne marche de l'économie par les États et les organisations internationales. Par ailleurs, les réglementations étatiques et même internationales visant à garantir que la nature et l'homme soient traités de manière décente ou équitable, n'ont généralement été comprises que comme des exceptions, à interpréter très strictement, au Droit croissantiel. Pourtant, avec des instruments fragmentés et des institutions de suivi à l'efficacité limitée, les États tentent également – et de plus en plus – de réglementer la création et la répartition de la valeur économique, en vue de garantir un minimum de décence, d'équité ou de rationalité dans les rapports de l'homme avec la nature et dans les rapports des travailleurs entre eux.

Dans une troisième partie, le *Droit international économique croissantiel* sera présenté. Nous l'aborderons à travers ses deux branches les plus juridicisées, autrefois les plus dynamiques et désormais les plus en crise, que sont la protection des investisseurs transnationaux et la déréglementation commerciale.

51 PRÉCISION TERMINOLOGIQUE. — Les expressions « Droit international de la protection des investisseurs transnationaux » et « Droit international de la déréglementation commerciale » surprendront ou heurteront peut-être certains. Ces choix se justifient, comme indiqué dans l'avant-propos, par notre souci que ce manuel ne constitue pas le relais de discours officiels sur le Droit en vigueur, visant subrepticement à convaincre de leur vérité ou de leur bien-fondé par la reprise acritique du vocabulaire et des représentations officielles. Dans le cadre de ce manuel, le souci d'éclairer sur le sens politique des pratiques et discours juridiques a notamment impliqué d'éviter de désigner comme « Droit international des investissements » un ensemble de règles entièrement tournées vers la protection des investisseurs transnationaux, et qui exclut

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 73 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

savamment (presque) toutes les règles internationales qui s'appliquent bien aux investissements mais avec d'autres buts. Des règles et instruments internationaux qui visent à détourner les investissements des énergies fossiles pour les rediriger vers d'autres domaines, ou des textes relatifs à la responsabilité sociale des investisseurs ou à leur devoir de vigilance, ou encore des textes de la Banque mondiale sur le développement durable des États d'accueil des investissements relèvent bien du Droit international de l'investissement, mais pas du Droit international de la protection des investisseurs transnationaux. Cette dernière branche a sa logique propre, et s'il existe des points de contact entre celle-ci et les règles que nous venons de mentionner, il nous a paru préférable de souligner par la structure de ce manuel, qu'actuellement les réglementations existantes sont unifiées par leurs finalités politiques (écologiques, capitalistes, croissantielles, etc.) plutôt que par leur objet (les investissements transnationaux).

De même, ce qui est souvent désigné comme « Droit international du commerce » est un Droit qui non seulement ne couvre pas l'ensemble des règles internationales relatives au commerce transnational (voir **n° 208 et s.**) mais encore trouve globalement son unité dans une finalité de suppression ou de réduction maximale de l'encadrement normatif ou tarifaire du commerce, lorsqu'il a pour effet de limiter le volume des échanges marchands, ou de rendre certains d'entre eux moins rentables. Il est donc plus exact – même si une expression ne peut couvrir parfaitement un ensemble composé de dizaines de milliers de pages – de le désigner comme un Droit de la déréglementation commerciale. Par ailleurs, qualifier ce Droit de « Droit du libre-échange » impliquerait de promouvoir sur ce Droit un jugement de valeur trompeur : qui, en effet, est contre la liberté ou les échanges ? En réalité, l'expression « libre-échange » dissimule le fait qu'il n'est pas question des échanges en général, mais des seuls échanges *marchands*. Pour être légitimes, ces transactions commerciales sont loin d'épuiser l'ensemble des échanges entre êtres humains ou entre nations, ou d'en être la forme la plus admirable. De même, l'expression « libre-échange » ne vise la liberté que si l'on considère que celle-ci augmente à mesure que la réglementation nationale ou internationale diminue. Dire « libre-échange », c'est donc déjà retenir cette conception de la liberté qui, de manière

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 74 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

nette, est sociologiquement celle des dirigeants économiques et politiques. Symétriquement en effet, la majorité des travailleurs ou des consommateurs tend plutôt à penser que leur liberté *s'accroît* lorsqu'ils parviennent, par une réglementation façonnée démocratiquement, à décider eux-mêmes de leur destin.

Pour aller plus loin

52 SUR L'HISTOIRE OU LES CARACTÉRISTIQUES DE LA DISCIPLINE DIE. — R.L. Sakr, « Beyond History and Boundaries: Rethinking the Past in the Present of International Economic Law », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2018, vol. 9, disponible sur http://eprints.lse.ac.uk ; R. Howse, « Economics for Progressive International Lawyers: a Review Essay », *London Review of International Law*, 2017, vol. 5, p. 187-196 ; Q. Slobodian, « Ordoglobalism: the Invention of International Economic Law », prepared for the Conference "Scales of Economy", 2016 ; S. Charnovitz, « The Field of International Economic Law », *JIEL*, 2014, vol. 17, n° 3, p. 607-626 ; J. Jackson, « Global Economics and International Economic Law », *JIEL*, 1998, vol. 1, n° 1, p. 1-24 ; K. W. Abbott, « IEL: Implications for Scholarship », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1996, n° 2, p. 505-511. – ***Adde, pour des réflexions d'ordre général :*** M. Cremona, P. Hilpold, N. Lavranos, S. Staiger Schneider, A. R. Ziegler (Eds), *Reflexions on the Constitutionalisation of International Economic Law: liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Nijhoff, 2014 ; T. Weiler, F. Bartens (Eds), *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*, Nijhoff, 2011.

53 SUR LE DROIT ÉCONOMIQUE TRANSNATIONAL. — P. Zumbansen (Ed), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, OUP, 2021 ; G. Lhuilier, « Le droit transnational des affaires », *in* G. Lhuilier, *Le Droit transnational*, Dalloz, 2016, p. 113-182 ; F. Latty, « Le droit transnational économique », *in* P. Daillier *et al.* (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, 2003, p. 109-119. – ***Sur la* lex mercatoria*, un débat qui fut vif et réapparaît parfois*** : R. Michaels, « The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State », *Indiana Journal for Global Legal Studies*, 2007, vol. 14, n° 2, p. 447-468 ; E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria ?* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 23-51 ; A. Pellet, « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Ibid.*, p. 53-74 ; E. Gaillard, « Trente ans de *Lex mercatoria.* Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, vol. 122, n° 1, p. 5-30.

54 SUR LES RAPPORTS ENTRE DIE CROISSANTIEL ET CONSIDÉRATIONS OU RÈGLES « NON ÉCONOMIQUES ». — La littérature sur ce sujet est immense mais concerne généralement *un* seul *corpus*, comme celui de l'OMC ou celui de la protection des investisse-

Pixellence - 21-09-23 10:00:29 - **(c) Humensis**
PU0813 U000 - Oasys 19.00x - Page 75 - E3
Droit international economique - Dynamic layout 0 × 0

ments transnationaux, et *un* seul type de considération ou règle dite « non économique ». Nous renvoyons donc ici aux bibliographies des chap. 1 (sur l'environnement) et 2 (sur le travail et les droits de l'homme), de la deuxième partie, n° 263 et s. et 341 et s. – ***Sur un plan déjà assez général***, voir D. Bethlehem, D. McRae, R. Neufeld, I. Van Damme, *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford UP, 2022, 2e éd., part. IV (qui aborde le développement, le travail, le genre, l'accès aux médicaments, l'environnement, la souveraineté alimentaire, la sécurité nationale et la protection des données personnelles) ; S. Robert-Cuendet (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruylant, 2017 (sur les interactions entre Droit international de la protection des investissements transnationaux et d'autres branches du Droit) ; P.-M. Dupuy, « Relationship of International Economic Law to Other Areas of Public International Law », *in* T. Cottier, K. Nadakavukaren Schefer (Eds), *Elgar Encyclopeadia of IEL*, Elgar, 2017, p. 5-8 ; M. Hirsch, « Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law », in P.T. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (dir.), *Oxford Handbook of International Law on Foreign Investment*, OUP, 2008, chap. 5.

La transition écologique et l'enseignement de nouvelles disciplines juridiques écologico-économiques

Florian Couveinhes Matsumoto

Dans Revue internationale de droit économique 2023/2 (t.XXXVII), pages 87 à 97
Éditions Association internationale de droit économique

ISSN 1010-8831
ISBN 9782931194096
DOI 10.3917/ride.372.0087

Article disponible en ligne à l'adresse
https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2023-2-page-87.htm

CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.

Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.
La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET L'ENSEIGNEMENT DE NOUVELLES DISCIPLINES JURIDIQUES ÉCOLOGICO-ÉCONOMIQUES

Florian COUVEINHES MATSUMOTO
Maître de conférences et directeur des études du parcours droit.
École normale supérieure – Université Paris Sciences et Lettres
florian.couveinhes@ens.psl.eu

Résumé *: Le sujet de la transition écologique remet en cause les catégories disciplinaires établies. Dans le domaine du droit, c'est particulièrement le cas de la division entre droit de l'environnement et droit économique, ou entre le premier et les différentes branches du second. Du point de vue de l'enseignement, répondre à cette remise en cause impose d'élaborer des cours et manuels nouveaux, dépassant le dogme du « soutien mutuel » et faisant face au problème fondamental qui est que les règles du droit économique sont susceptibles d'empêcher le droit de l'environnement d'atteindre ses objectifs, et vice-versa.*

1 Introduction
2 La remise en cause de la dichotomie droit économique / droit de l'environnement
- 2.1 Les dichotomies universitaires
- 2.2 Les dichotomies officielles
- 2.3 Ce que change l'intégration de finalités environnementales au droit économique
- 2.4 Redéfinir les corpus, réinterpréter les principes et énoncés au droit économique
- 2.5 La spécificité des défis de l'enseignement du droit

3 Répondre à la remise en cause : des cours et manuels nouveaux
- 3.1 Une proposition
- 3.2 Options alternatives
- 3.3 S'inspirer des limites des approches officielles : l'écueil de la juxtaposition

Revue Internationale de Droit Économique – 2023 – pp. 87- 98 – DOI : 10.3917/ride.372.087

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

3.4 S'inspirer des limites des approches officielles : l'écueil du saupoudrage
3.5 Repenser les matières des cours et manuels : en finir avec le « soutien mutuel », faire face aux lacunes et aux contradictions
3.6 Repenser les cours et manuels : tenter l'approche inductive
3.7 Repenser les cours et manuels : combiner approche par objet et approche par finalité

1. INTRODUCTION

Le sujet de la transition écologique remet fondamentalement en cause les catégories disciplinaires établies. Dans le domaine du droit, c'est particulièrement le cas de la division entre droit de l'environnement et droit économique, ou entre le premier et les différentes branches du second (2). Du point de vue de l'enseignement, répondre à cette remise en cause impose d'élaborer des cours et manuels nouveaux, dépassant le dogme du « soutien mutuel » et faisant face au problème fondamental qui est que les règles du droit économique sont susceptibles d'empêcher le droit de l'environnement d'atteindre ses objectifs, et vice-versa (3).

2. LA REMISE EN CAUSE DE LA DICHOTOMIE DROIT ÉCONOMIQUE/ DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

2.1 Les dichotomies universitaires

Depuis qu'existent le droit de l'environnement, le droit économique et – bien avant – les différentes branches de ce dernier, les clivages ont été la norme. Tel a été particulièrement le cas chez les universitaires (manuels, cours et masters différenciés, centres de recherche, revues et communautés épistémiques distincts). Les concours et les sections du CNU, marqués par la division du droit public et du droit privé, ont renforcé cette tendance alors qu'il va presque de soi que le droit de l'environnement ne relève pas uniquement du droit public[1], et le droit économique pas uniquement du droit privé[2].

1. Voy. not. G. J. Martin, « L'enseignement et la pratique d'une "matière" émergente : l'exemple du droit économique de l'environnement », in S. Farhi et J.-J. Sueur (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit – L'épreuve du réel*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 121-124. Il est néanmoins problématique de considérer le droit de l'environnement comme une simple boîte à outils, qui seraient tantôt publics, tantôt privés. Si l'on admet que la vie commune et durable des êtres humains dans un environnement sain est un intérêt public essentiel, mais sur lequel il n'existe pas spontanément de consensus (il n'en existe notamment pas sur ce que cela implique de renoncements ou d'engagements), alors son contenu est à débattre démocratiquement et non à déterminer de manière fragmentée par des rapports inégaux entre personnes privées. Pour cette raison, le cadre général du droit de l'environnement doit appartenir au droit public. Voy. E. Fisher *et al.*, « Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship », *Journal of Environmental Law*, vol. 21, 2009/2, pp. 213-250.

2. Voy. not. G. J. Martin, « Le droit économique de l'environnement, une nouvelle frontière pour la doctrine et l'enseignement du droit de l'environnement ? », *Revue juridique de*

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

2.2 Les dichotomies officielles

Cette dichotomie académique n'est pas sans rapport avec l'approche en silos souvent retenue par le législateur aux plans national et européen, ou par le négociateur au plan international. En ce qui concerne ce dernier, les accords de commerce et d'investissement d'un côté et les accords environnementaux de l'autre sont généralement négociés dans des enceintes différentes par des négociateurs·trices différent·e·s – les négociateurs·trices des accords économiques étant très peu sensibles aux objectifs ou exigences des accords environnementaux. Par ailleurs, en droit français comme en droit européen (de la concurrence par exemple), en droit international (du commerce et de l'investissement par exemple) ou en droit transnational (financier et comptable par exemple), les réglementations environnementales ne modifient pas les principes officiels et les institutions principales du droit économique, et les pratiques économiques qu'ils façonnent. Que ces principes et institutions juridiques, et donc la pratique économique, ne tarderont pas à connaître des mutations radicales liées à la transition écologique et au droit qui l'organisera, c'est notre conviction. Mais tel n'est pas encore le cas aujourd'hui et l'enseignement du droit en silos peut en un sens se réclamer de textes officiels eux-mêmes conçus comme des bulles plus ou moins hermétiques.

Dans *l'affichage* toutefois, la loi Climat et résilience au plan français, le Pacte vert au plan européen, et au plan international l'Accord de Paris et de nombreux accords économiques méga-régionaux se présentent à différents égards, non comme purement économiques ou écologiques, mais comme des instruments d'encadrement ou d'organisation de l'économie à différentes fins, dont l'écologie. Dans le même ordre d'idées, les *codes*, qui, en France ont beaucoup structuré l'enseignement, comptent certes d'un côté des codes du commerce et des assurances, ou un code monétaire et financier, et d'un autre côté un code de l'environnement ; mais il y a aussi un code forestier, un code rural et de la pêche maritime et beaucoup d'autres codes dont les premiers articles décrivent un objet et des finalités économico-écologiques plutôt que strictement économiques ou strictement environnementaux[3]. Surtout, les *contentieux* sont de plus en plus, d'un côté des contestations des législations environnementales ou de transition écologique par de grandes entreprises (au regard du droit constitutionnel, du droit européen de la concurrence, du droit international des investissements…) ou par des États relayant leurs revendications (contentieux de l'OMC notamment), et d'un autre côté des contestations de la conduite économique de

l'environnement, numéro spécial, 2016, *La doctrine en droit de l'environnement*, pp. 73, 77.

3. Voy. art. L.1 du Code forestier (« La mise en valeur et la protection des forêts sont reconnues d'intérêt général. La politique forestière prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale des forêts et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable ») et art. L.111-1 du Code rural et de la pêche maritime (« L'aménagement et le développement durable de l'espace rural constituent une priorité essentielle de l'aménagement du territoire. La mise en valeur et la protection de l'espace agricole et forestier prennent en compte ses fonctions économique, environnementale et sociale »).

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

l'État ou des entreprises par des organisations non gouvernementales (contentieux climatique, des pesticides, des mesures de compensation…) ou par des victimes demandant réparation (marée noire, pesticides…).

2.3 Ce que change l'intégration de finalités environnementales au droit économique

Ces évolutions normatives et contentieuses, et par ailleurs les impératifs mêmes de la transition écologique remettent en cause l'enseignement séparé du droit de l'environnement et du droit économique. Ils bouleversent les chapitres traditionnels du droit des sociétés, du droit foncier, du droit des investissements, etc., et/ou la manière d'envisager chacun d'entre eux. C'est en particulier le cas parce que les *finalités* ordinairement assignées par la doctrine ou par les législateurs et les tribunaux aux branches du droit portant directement sur l'économie (la concurrence, la croissance, la protection des patrimoines privés et de leur fructification, etc.), ainsi que les *fonctions* effectivement remplies par ces branches du droit (par exemple régler les litiges entre ceux qui font valoir des intérêts économiques privés et ceux qui poursuivent l'intérêt général, en particulier le législateur national) ont généralement servi de critères de *délimitation des disciplines universitaires* correspondantes, de *justifications à leurs principes*, et ont été *les raisons véritables et/ou les motifs avancés* au soutien *des interprétations habituelles* des textes. Qu'on ajoute à ces branches du droit économique un objectif écologique, et ce sont ces délimitations, ces principes et ces interprétations qui sont remis en question ou au moins nuancés.

2.4 Redéfinir les *corpus*, réinterpréter les principes et énoncés du droit économique

Pour ces raisons, assumer pleinement la transition sociale et écologique du droit économique mène à revoir bien des délimitations disciplinaires. Par exemple, est-il toujours pertinent de dissocier l'étude du traité sur la Charte de l'énergie, relatif à la protection des investissements transnationaux dans l'énergie, et l'étude des directives et règlements européens sur les énergies renouvelables ? Le premier instrument est d'ordinaire étudié au titre du droit international économique (DIE), et les seconds au titre du droit européen matériel (quand il ne se réduit pas au droit de la concurrence, ce qui est trop souvent le cas) ou du droit de l'environnement. Toutefois, les instruments énergico-environnementaux *européens* portent inévitablement aussi sur les approvisionnements *étrangers* de l'UE en sources d'énergie – on pense par exemple au plan REPowerEU

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

– et doivent être cohérents avec la politique énergétique *extérieure* de l'Union. Symétriquement, la mise en œuvre du traité sur la Charte de l'énergie *par l'UE* doit nécessairement être cohérente avec sa législation *environnementale interne*.

L'évolution des réglementations invite à les examiner de concert, et cet examen comparé mène tout droit à réinterpréter les principes et énoncés normatifs du droit économique, ici du droit de l'énergie, à la lueur du droit de l'environnement. Il incite même à rechercher l'interprétation conforme de manière beaucoup plus rapide et audacieuse que ce n'était le cas jusqu'ici, où le conformisme et l'habitude tenaient souvent lieu de recherche de cohérence et de sécurité juridique. En effet, l'inadaptation du droit économique aux objectifs fondamentaux du droit de l'environnement n'entrave plus seulement les progrès vers les objectifs du second (le maintien d'une température supportable ou celui de la biodiversité) mais également et de plus en plus les progrès vers les objectifs du droit économique et des acteurs économiques eux-mêmes. Une crise comme celle de la Covid-19, qui a pour origine des comportements économiques (déforestation, trafic d'animaux sauvages) contraires à des impératifs environnementaux de base, a entraîné une chute (presque) sans précédent des investissements, du commerce et de la production. Par ailleurs et de manière autrement structurelle, l'économie mondiale doit désormais faire face à des catastrophes « naturelles » dont le coût a été estimé à 275 milliards de dollars en 2022 (dont 115 milliards étaient assurés)[4], et à 250 milliards en 2023[5], l'augmentation moyenne chaque année étant globalement de 5 à 7 %[6].

Par conséquent, l'alignement des textes de droit économique et de leur interprétation sur les objectifs et impératifs du droit de l'environnement n'est plus seulement nécessaire au regard d'une sécurité juridique qui consisterait à appliquer *hic et nunc*, dans des contentieux économiques isolés, les règles particulières dont l'application est attendue par un ou quelques acteurs impliqués. Il constitue de plus en plus, en droit français comme en droit européen[7] ou international[8], une exigence de *résilience juridique* traduisant l'impératif

4. Voy. Ch. Banerjee, L. Bevere, Th. Corti et J. Finucane, « A perfect storm – Natural catastrophes and inflation in 2022 », *Swiss Re Group*, 22 mars 2023, disponible sur https://www.swissre.com/institute/research/.

5. Voy. M. Angrand, « 250 milliards de dollars de dégâts : la "nouvelle normalité" du coût des catastrophes naturelles pour les assureurs », *Le Monde*, 9 janvier 2024.

6. Voy. « Naturkatastrophen richteten Schäden in Höhe von 275 Milliarden Dollar an », *Der Spiegel*, 23 mars 2023, disponible sur https://www.spiegel.de/.

7. Ce souci de cohérence est une constante du TUE (art. 11.3, 13.1, 16.6, 17.6.b, 18.4, 21.3 et 26.2) et du TFUE (dans de nombreux articles mais avant tout dans l'article 7). Une telle cohérence doit exister à la fois entre les différentes politiques et règles internes de l'UE, entre ses différentes politiques et règles externes, et entre politiques et règles internes et externes.

8. Sur un plan général, voy. TA CIRDI (traité sur la Charte de l'énergie), 6 juin 2016, *RREEF Infrastructure c. Espagne*, décision sur la compétence, ARB/13/30, § 76. Plus spécialement, une tendance importante consiste à interpréter les traités de commerce ou d'investissement, et

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

de préserver *sur le long terme* le bon fonctionnement de l'économie, celui des *institutions* qui se prononcent sur elle, et la crédibilité des *règles de droit économique* que ces institutions appliquent.

Du point de vue de la recherche comme de l'enseignement, cette remarque pragmatique et réaliste invite à cesser de considérer les contentieux écologiques et économiques comme des contentieux distincts, et à tous les considérer comme écologico-économiques. Elle pousse également à mettre ceux qui le sont explicitement (contentieux climatique, contentieux des grands projets, contestation des politiques de transition énergétique sur la base du droit de l'OMC ou des investissements, contestation des politiques de préservation des forêts sur la base d'accords de « libre échange », contentieux de droit de la concurrence visant des ententes conclues à des fins environnementales, etc.) au centre de la discussion.

Tenir compte, dans la détermination des règles organisant l'économie, des impératifs sociaux et objectifs écologiques officiellement reconnus dans des textes juridiques, ce n'est pas s'éloigner de la réalité politique, des contentieux réels ou des textes officiels. C'est au contraire faire l'effort de se confronter à eux, même lorsqu'ils font ressortir l'obsolescence des vues d'hier, donc la nécessité de renouveler nos catégories, techniques et représentations, voire plus concrètement nos manuels, les axes de nos centres de recherche ou les thématiques des collections d'ouvrages. Le souci du réalisme mène à, ou concorde avec la conscience politique de la nécessité d'élaborer des appareils conceptuels et des discours universitaires nouveaux.

3. RÉPONDRE À LA REMISE EN CAUSE : DES COURS ET MANUELS NOUVEAUX

3.1 Une proposition

Du point de vue de l'enseignement, le défi est de taille : il s'agit de reconstruire des enseignements, de réimaginer la structure de manuels, d'amener les

le droit international économique en général, au regard du droit international de l'environnement. Voy. TA CIRDI, 20 mai 1992, *SPP c. Égypte*, n° ARB/84/3, § 191 ; CIJ, 25 septembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, pp. 67-68, § 112 ; Organe d'appel (OMC), 12 octobre 1998, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, §§ 130-132 ; TA CPA, 24 mai 2005, *Rhin de fer (« Ijzeren Rijn ») (Belgique c. Pays-Bas)*, §§ 57-60, §§ 70-84 ; TA CIRDI, 16 mai 2012, *Unglaube c. Costa Rica*, n° ARB/08/1, § 309. Sur un plan également général, les tribunaux de chaque État considèrent que chaque engagement international ou européen de l'État (par exemple dans le domaine économique) doit, autant que possible, être interprété de manière conforme aux autres engagements internationaux ou européens (par exemple dans le domaine environnemental). En France, voy. not. CE, 21 avril 2000, *Zaïdi*, n° 206902 ; CE ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678 et plus récemment CE ass., 19 juillet 2019*, Association des Américains accidentels*, n° 424216, § 17.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

étudiant·e·s à mobiliser plusieurs *corpus* – appris préalablement dans plusieurs cours – pour analyser des textes de loi, des arrêts ou pour façonner une stratégie juridictionnelle. Ayant rédigé un manuel de *Droit international économique* se voulant en rupture avec l'approche habituelle de la discipline depuis trente ans[9], j'ai eu la chance de connaître les difficultés concrètes d'une telle entreprise. Par exemple, jusqu'à quel point faut-il maintenir l'enseignement de *corpus* officiels paraissant dépassés par l'impératif socio-écologique et donc en crise (le droit de l'OMC, le droit de la protection des investissements), mais fondamentalement associés à une matière comme le droit international économique ? Jusqu'où peut-on modifier le contenu habituel des manuels de la matière, et sa structuration en un certain nombre de chapitres, motif pris de l'influence de règles et d'objectifs environnementaux ? Faut-il assumer le risque que des enseignant·e·s plus traditionnel·le·s refusent de recommander sa lecture, pour la raison compréhensible qu'il ne correspond pas à l'objet de leur cours ? Plus généralement, comment combiner ambition intellectuelle, reconfiguration de la matière, continuité avec une tradition disciplinaire, et nécessité pédagogique d'un ouvrage clair qui aide les étudiant·e·s à acquérir les connaissances et compétences qui sont attendues d'eux ?

La réponse qui m'a paru la meilleure a consisté à organiser mon manuel autour de la tension dialectique entre droit international économique convivial (aspects et implications économiques du droit international social, du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement) et droit international économique croissantiel (droit de la déréglementation du commerce et droit de la protection des investisseurs). Inscrire dans le plan même du livre la tension à l'origine de mes questionnements, de ceux de beaucoup de collègues mais aussi des États et de nombreux tribunaux dans le monde, m'a paru la voie à suivre. Elle me semble conférer à l'ouvrage un dynamisme adapté à la compréhension de la conjoncture actuelle. Tout spécialement, ce choix me paraît convenir à la formation d'étudiant·e·s pour lesquel·le·s la question de l'articulation entre un droit économique à visée croissantielle, capitaliste, libérale, etc., et un droit économique à visée écologique, sanitaire, sécuritaire, sociale ou tourné vers les recettes de l'État, est pour longtemps à la fois absolument centrale et extrêmement complexe, tant politiquement que juridiquement.

3.2 Options alternatives

Méthodologiquement, cette option se veut alternative à celle qui consiste simplement à adjoindre un bref chapitre « Commerce et environnement » à

9. F. Couveinhes Matsumoto, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2023.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

un cours ou manuel globalement inchangé de droit international économique, et à celle qui se contente de recenser et présenter les dispositions à finalité environnementale se trouvant dans les *corpus* traditionnels du droit international économique. Même si ajouter un nouveau chapitre à un manuel, ou une nouvelle séance à un cours est l'option qui vient le plus à l'esprit, elle est problématique : l'écologie a une dimension transversale qui doit pousser à repenser tous les chapitres de toutes les branches du droit et spécialement du droit économique. Néanmoins, donner quelques exemples « environnementaux » dans des chapitres ordinaires, ou souligner comment la problématique environnementale a été « saupoudrée » ici et là, dans toutes les matières juridiques, pose également un risque très sérieux : celui de noyer cette problématique dans un ensemble inerte, et perdre de vue les changements majeurs auxquels elle invite.

3.3 Repenser les matières des cours et manuels : en finir avec le « soutien mutuel », faire face aux lacunes et aux contradictions

À côté de l'indifférence et de la fermeture, c'est la méthode de la juxtaposition qui prévaut dans la presque totalité des manuels : les plus ouverts des manuels de droit de l'environnement consacrent des passages aux normes à finalité environnementale des *corpus* de droit économique[10] ; et les plus ouverts des manuels de droit économique et de leurs branches se contentent généralement d'aborder les mêmes normes, c'est-à-dire les exceptions et dérogations « environnementales » admises en droit économique, sans s'intéresser aux aspects et implications pour leur matière des objectifs et principes du droit de l'environnement. Très récente pour l'essentiel, cette tendance est bien entendu un progrès par rapport à l'attitude antérieure d'ignorance ou de fermeture.

Toutefois, selon nous, elle ne permet pas d'aborder le point clé. Le point clé, ce sont *les aspects du droit économique à l'origine du problème écologique*. Or, dans l'ensemble, tous ces ouvrages n'en disent rien : les manuels de droit de l'environnement excluent de leur champ ces règles économiques « négatives » pour l'environnement, tandis que les manuels de droit économique ne les mettent pas en rapport avec les catastrophes écologiques actuelles ; ils se contentent – au mieux – de mentionner les dispositions de droit économique qui ont une finalité environnementale, ou parfois d'évoquer la « neutralité » du droit économique (du commerce par exemple), ou ce qu'il peut en principe avoir de

10. Voy. de manière exemplaire : M. Prieur *et al.*, *Droit de l'environnement*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. « Précis », 9e éd., 2023, qui comporte une partie (sur huit) relative aux activités économiques. Cette partie porte essentiellement sur les dispositions du droit des sociétés et du droit financier relatives à la protection de l'environnement.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

« positif » pour l'environnement. Le respect du dogme du « soutien mutuel » de chaque *corpus* à l'autre fait que les manuels de droit de l'environnement comme ceux de droit économique abordent le problème écologico-économique – désormais à la fois la question économique centrale et la question écologique centrale – de manière hémiplégique. En un sens, *ils ne l'abordent pas du tout*. Ils présentent des règles économiques comme des solutions au problème environnemental, ou comme n'empêchant pas de le résoudre, et des règles environnementales comme des solutions à des problèmes comme la pauvreté, le chômage, la juste répartition des richesses ou à l'empêchement des rentes, ou comme n'empêchant aucunement de les résoudre. Or ce qu'il importe le plus d'aborder, ce sont les impératifs et objectifs environnementaux en tant qu'ils peuvent poser des difficultés économiques, et les principes et institutions de droit économique en tant qu'ils précipitent les hommes dans des modes de production, d'échanges marchands ou de consommation suicidaires d'un point de vue écologique.

Très concrètement, à des manuels souvent longs consacrés à l'intégralité du droit de l'environnement ou – par exemple – à l'ensemble du droit international économique, il faut sans doute substituer ou ajouter d'autres types de manuels. Ces manuels, dans leur titre, pourraient se référer à des objets traditionnels du droit économique (droits des sociétés, foncier, du commerce) ou de l'environnement (droit de la biodiversité, droit du climat), ou à des objets plus transversaux (droits de l'énergie, des mines, de l'agriculture, de l'alimentation). Mais quel que soit le choix opéré, ils devraient être centrés sur des corps de règles *aux finalités différentes, voire opposées* : des finalités « purement » environnementales et des finalités croissantielles ou libérales, et également d'autres finalités comme la santé publique, la souveraineté énergétique, la sécurité ou un accès équitable aux ressources. L'essentiel, c'est qu'ils soient largement consacrés à comprendre comment *l'ensemble* de ces règles se contredisent explicitement ou – plus souvent – se heurtent en pratique, comment elles se rencontrent, convergent ou peuvent être harmonisées ou équilibrées. Cela implique concrètement que les auteurs·trices de manuels fassent un travail d'analyse comparée et de combinaison des *corpus*, puis un travail de construction de matières nouvelles : une véritable œuvre de recherche.

3.4 Repenser les cours et manuels : tenter l'approche inductive

Afin d'explorer ces contradictions entre *corpus* normatifs, les lacunes manifestes de l'un ou de l'autre, ou les questions posées par leur articulation, il peut être utile, dans le cadre de cours, de remplacer une approche consistant à

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

partir des textes et à décrire leurs cas d'application, par une approche consistant à partir de cas dans leur concrétude la plus grande, par exemple en partant d'une espèce menacée particulière, ou d'un cas de conflit autour de la gestion de l'eau[11]. Une telle approche a de nombreux intérêts pédagogiques : obliger les étudiant·e·s à se renseigner sur les différents droits en vigueur, les inviter à explorer des situations de fait complexes, les pousser à imaginer des solutions juridiques aux contradictions. Elle permet finalement de former des praticien·ne·s moins enclin·e·s à justifier des réglementations inadéquates, et plus capables de résoudre par le droit les problèmes réels qui se posent. Elle demande, il est vrai, un travail considérable aux enseignant·e·s…

3.5 Repenser les cours et manuels : combiner approche par objet et approche par finalité

La bonne nouvelle, c'est que les manuels et cours que la transition écologique incite à édifier constituent un défi intellectuel passionnant, et en même temps très concret – un défi en particulier pour les plus jeunes enseignant·e·s-chercheurs·euses. L'autre bonne nouvelle, pour les étudiant·e·s cette fois, c'est que les manuels et les cours seront plus dynamiques[12], plus en prise avec le réel et donc les préparant mieux au monde du travail, tout en les formant mieux à la transition écologique – des demandes fortes des étudiantes et étudiants français[13].

Sans doute, les cours et manuels correspondant à des matières organisées autour de leur(s) finalité(s) et donc de leur cohérence idéologique (droits de la concurrence, de l'environnement, de la protection des investisseurs) persisteront, mais d'autres s'organiseront autour d'un objet réel et pratique, dans sa séduisante complexité factuelle et normative : le commerce des espèces en voie de disparition, le commerce des déchets toxiques, les actifs échoués, le dérèglement climatique[14], les communautés autochtones[15], l'énergie[16]. Par ailleurs, des

11. Voy. spéc. J. Ebbesson, « Lex Pernis Apivorus: An Experiment of Environmental Law Methodology », *Journal of Environmental Law*, vol. 15, 2003/2, pp. 153-174.

12. Pour un exemple, voy. S. Waller, « Teaching linkages », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, 1998/2, pp. 697-708, spéc. p. 707.

13. Voy. 6e consultation nationale étudiante (CNE), *Écologies, solidarités : l'enseignement supérieur face aux attentes étudiantes*, Rapport d'enquête 2023, pp. 39, 42-43.

14. L'Université Jean Moulin, de Lyon 3, propose désormais un master de droit du changement climatique, où l'on trouve des cours comme « Collectivités publiques et changement climatique », « Droit du développement durable », « Droit européen de l'énergie » ou « Droit et contentieux du changement climatique ».

15. Voy. spéc. S. Puig, « International Indigenous Economic Law », *U.C. Davis Law Review*, vol. 52, 2019/3, pp. 1243-1316.

16. Les formations en « Droit de l'énergie » ou « des énergies renouvelables » ont fleuri ces dernières années dans de nombreux États. Voy. par ex. les LLM proposés par les universités de Tulsa (États-Unis), Swansea (Pays de Galles), Édinbourg (Écosse), Stirling (Écosse),

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)

approches mixtes, définissant une matière à la fois par son objet (l'économie ou l'un de ses acteurs ou l'une de ses opérations) et par une ou des finalités écologiques, vont certainement apparaître tant en droit national qu'en droit régional et en droit international. Pour en rester à ce dernier, la rédaction d'un manuel qui traiterait en profondeur des règles internationales organisant l'économie à des fins environnementales serait une entreprise ambitieuse et passionnante. Sa publication pourrait jeter les bases d'une matière pleine d'avenir : le droit international écologique de l'économie.

SUMMARY: THE ECOLOGICAL TRANSITION AND THE TEACHING OF NEW ECOLOGICAL-ECONOMIC DISCIPLINES

Ecological transition calls into question well-established disciplinary boundaries. More particularly, it challenges the division between environmental law and economic law, or between the former and the various branches of the latter. Law teachers must address this challenge, and this means developing new courses and textbooks. These courses and textbooks need to go beyond the dogma of 'mutual support' and face up to the key problem that the rules of economic law are likely to prevent environmental law from achieving its objectives, and vice versa.

Mots-clés : clivage disciplinaire, innovation pédagogique, sécurité et résilience juridiques, formation à la transition écologique, manuels

Keywords: disciplinary boundaries, pedagogical innovation, legal certainty and legal resilience, teaching of the ecological transition, handbooks

Groningen (Pays-Bas), par la George Washington University dans la ville du même nom (États-Unis), l'Université de Hartford (États-Unis) ou celle de Birmingham (Angleterre), et de très nombreux programmes en ligne. En France, on trouve au moins 9 masters (M2 mais parfois aussi M1) de droit de l'énergie ou des énergies renouvelables et 3 diplômes universitaires (DU). Dans la grande majorité de ces formations, les enseignements sont en réalité très peu hybrides : on y trouve seulement un ou deux cours de droit de l'environnement ou de droit « mixte » (« droit de l'environnement industriel » par exemple) et parfois même… aucun cours de ce type. Plus grave, la structure générale des enseignements ne semble pas affectée par la problématique environnementale. De ce point de vue, ces masters sont en décalage radical avec les exigences actuelles de la pratique. Tous ne le sont pas cependant et certains, comme le master droit et gestion des énergies et du développement durable de l'Université de Strasbourg, proposent un parcours assez largement mixte. D'autres formations, comme le DU de Paris Nanterre, qui s'appelait encore « Droit de l'énergie, de l'investissement et de l'arbitrage international » en 2021, s'appelle désormais « Droit des énergies *en transition*, de l'investissement et de l'arbitrage international ». Il assume son tournant écologique et le verdissement de sa maquette : alors qu'elle était à peine teintée de préoccupations de ce type, elle associe désormais aux enseignements sur l'arbitrage, la protection des investisseurs, ou le droit des infrastructures énergétiques, des enseignements en droit des énergies renouvelables ou en droit des changements climatiques. Il propose aussi un cours où la fiscalité de l'énergie est envisagée dans son rapport avec la transition écologique.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 09/04/2024 sur www.cairn.info (IP: 91.171.16.52)