

Prosper WEIL

# LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE MYTHE OU RÉALITÉ ?

---

INTRODUCTION.

UN DROIT APPAREMMENT ORIGINAL.

LE FACTEUR ÉCONOMIQUE, SOURCE IRRÉDUCTIBLE DE SPÉCIFICITÉ JURIDIQUE ?

La thèse.

Les doutes.

DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL.

La nature du droit international économique.

Le droit international économique, discipline autonome ou simple commodité de langage ?

## LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

Toute réflexion sur le droit international économique doit partir d'une double constatation.

La première, trop connue pour qu'on y revienne une fois de plus, est l'extension du droit international au domaine de la coopération économique internationale : le droit international n'est plus simplement un « droit de "coexistence" entre Etats, limité à des relations ; il est devenu un droit de finalité, un cadre nécessaire aux politiques économiques de développement et de mise en valeur. Une très importante partie du droit international est aujourd'hui constituée par ce qu'on appelle le droit international économique et technique, qui s'est développé récemment, depuis une impulsion qui date de la fin de la seconde guerre mondiale... » (1). « New dimensions », « expanding scope », « new fields » : voilà quelques expressions glanées chez M. Friedmann — on trouverait autant chez bien d'autres auteurs — pour décrire ce déferlement du droit international par-dessus ses frontières traditionnelles (2).

Cette première constatation s'accompagne d'une seconde : ces nouveaux secteurs du droit international mettent en œuvre des techniques et des concepts différents de ceux du droit international classique ; on ne respire pas tout à fait le même air ici et là. Pour marquer cette originalité on parle volontiers d'*International Economic Law* (3), de *Internationales Wirtschaftsrecht* (4), de *droit international économique* ou de

(1) Colliard, avant-propos de la série « Droit international économique » de la collection U publiée par Armand Colin.

(2) Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, 1964. Un exemple récent permettra de mesurer l'ampleur de cette extension du droit international : la compatibilité des mesures de sauvegarde prises par la France au lendemain de la crise de mai-juin 1968 avec les obligations internationales de la France a dû être examinée au regard de la C.E.E., du G.A.T.T., du F.M.I. et de l'O.C.D.E. (v. à ce sujet *A.F.D.I.*, 1968, p. 569 s.). Pour une étude détaillée du passage d'un régime de souveraineté étatique à un système de coopération internationale en matière monétaire, v. Carreau, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, 1970.

(3) V. notamment Schwarzenberger, « The Province and Standards of International Economic Law », *I.C.L.Q.*, 1948, p. 402 s. ; *The Frontiers of International Law*, Londres, 1962, p. 224 s. ; « The Principles and Standards of International Economic Law », *R.C.A.D.I.*, 1966 - I, t. 117, p. 5 s.

(4) V. notamment Erler, *Grund-problème des internationalen Wirtschaftsrecht*, Göttingen, 1956 ; Langen, *Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht*, Munich-Berlin, 1963. Cf. Strupp und Schlochauer, « Wörterbuch des Völkerrechts », v° *Wirtschaftsrecht*, par Erler, p. 862 s.



*droit économique international* (5) : l'expression a même reçu récemment une consécration judiciaire digne d'être notée (6). Après la publication d'une collection spécialement consacrée au droit international économique (7), le choix du thème retenu par le présent colloque témoigne, s'il en était besoin encore, de l'intérêt porté en France à ces problèmes.

Au-delà de ces constatations commence l'incertitude. Incertitude, d'abord, sur l'explication du phénomène : si le droit international économique infléchit et transforme les techniques juridiques qu'il utilise, s'il baigne dans un climat si particulier, est-ce bien à son caractère économique qu'il le doit, ou à quelque autre facteur qu'il resterait alors à déterminer ? Mais incertitude aussi sur la signification et la portée du phénomène, en d'autres termes sur les rapports que va entretenir avec le droit international classique ce droit international économique nouveau : simple chapitre du droit international, branche particulière de ce dernier, ou bien discipline autonome ? Les questions, on le voit, ne manquent pas, que le constat quelque peu fruste d'une certaine originalité du droit international en matière économique conduit inéluctablement à poser.

Le plan du présent rapport est dès lors tracé d'avance. Après avoir rappelé quelques-unes des principales caractéristiques techniques que l'on s'accorde à reconnaître au droit international économique, on quittera la terre ferme des constatations pour s'interroger sur l'explication de ces particularités : est-il vrai que le facteur économique constitue, comme on le croit souvent, une source irréductible de spécificité juridique ? On pourra ainsi se hasarder à aborder de front la question de la nature exacte du droit international économique et se demander quels sont ses rapports avec le droit international général : droit apparemment original, le droit international économique constitue-t-il pour autant un droit réellement spécifique, une discipline véritablement autonome ?

## I

### UN DROIT APPAREMMENT ORIGINAL

Plus sensibles aux techniques qu'aux finalités — le droit ne se situe-t-il pas davantage sur le plan des moyens que sur celui des fins ? — Les juristes voient essentiellement dans le droit international économique

(5) V. notamment Reuter, *Le droit économique international*, Cours Institut des Hautes Etudes Internationales, 1952-53 ; Vellas, *Droit international économique et social*, t. I, Paris, 1965 ; Vellas, *Caractères et techniques du droit international public économique*, Cours Institut des Hautes Etudes Internationales, 1967-68 ; Blagojevic, « Quelques caractéristiques du droit économique international actuel », *Revue intern. de dr. comparé*, 1968, p. 273 s. On aura à revenir sur la nuance qui sépare les expressions de droit international économique et de droit économique international.

(6) Opinion individuelle du juge Gros dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd, C.I.J., *Recueil*, 1970, p. 279.

(7) Il s'agit de la série « Droit international économique ».

un domaine où les techniques juridiques classiques se trouvent altérées, voire remises en cause dans leur principe même. Le droit international économique, se plaît-on à souligner, est un droit réaliste : le réalisme, voilà en effet le maître-mot, la passion, pourrait-on dire, de cette nouvelle discipline. Et d'opposer, ce droit réaliste, collant aux faits, au droit traditionnel, trop intellectualisé, trop abstrait, trop sophistiqué en un mot pour être adapté aux phénomènes économiques. De ces techniques réalistes les illustrations apparemment abondent, et l'on pourra se contenter ici de quelques exemples prélevés sur le flot de ceux qui viennent à l'esprit.

1) La hantise du fait se reflète déjà dans l'extraordinaire écheveau de consultations qui caractérise le droit international économique à tous ses niveaux. Qu'il s'agisse de l'élaboration des règles de droit, de leur adaptation ou des procédures de règlement des différends, la méthode retenue fait presque toujours appel à ce que l'on a appelé l'« intelligence » (Schachter), c'est-à-dire le renseignement factuel. Les actes proprement juridiques se fondent dans un flux d'informations sur les données économiques des problèmes et sont noyés dans un amas d'avis, de « surveys », de rapports. La consultation devient ainsi la technique essentielle tant pour l'établissement de la règle que pour la solution des conflits : les exemples du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. sont particulièrement connus à cet égard (8).

2) Le principe de l'égalité des Etats, sur lequel reposent tant d'institutions du droit international classique, se révèle-t-il inadapté aux relations économiques internationales ? Qu'à cela ne tienne : le droit international économique le sacrifiera au profit d'une vision reflétant avec plus de fidélité les phénomènes de puissance, c'est-à-dire les situations de fait. Les forts se voient reconnaître leurs privilèges : ainsi du système de la pondération qui a remplacé, dans maintes Organisations internationales de caractère économique, le vieux principe « un Etat, une voix ». Mais les faibles se voient de leur côté attribuer des faveurs : qu'on songe, par exemple, aux préférences qui sont en passe d'être octroyées aux pays en voie de développement et aux préférences encore plus préférentielles, si l'on ose dire, que cherchent à se faire reconnaître actuellement les moins développés des non développés. Si l'on ajoute à cela la tendance à un regroupement des Etats selon leur situation économique réelle au regard du problème traité (répartition des Etats en collèges distincts, selon qu'ils sont exclusivement ou essentiellement producteurs ou consommateurs, exportateurs ou importateurs, par les accords internationaux sur les produits de base ; répartition des Etats en groupes dans le cadre de la C.N.U.C.E.D.), on comprendra comment, sous le couvert du réalisme, le droit international en vient à moduler ses règles selon la situation de chacun.

3) On touche ainsi du doigt la profonde altération que le droit international économique fait subir à la technique classique de la règle de droit.

(8) Cf. Convention instituant l'O.C.D.E., art. 3 : « ...Les Membres conviennent... de se consulter d'une manière continue ».

La norme traditionnelle est par nature même « généralisante » ; sous peine d'aboutir à une règle différente pour chaque situation concrète, elle est condamnée à effacer les particularités individuelles pour se situer à un niveau minimum d'abstraction et de généralité. La règle de droit économique, en revanche, aspire à être « individualisante », afin de toujours coller au fait, au concret.

La règle de droit traditionnelle a des arêtes tranchées, elle est toute rigueur et précision ; la règle de droit économique a des contours brouillés, elle est toute souplesse et ondoie : c'est que celle-là recherche avant tout la sécurité, tandis que celle-ci aspire à épouser la réalité dans ses détours, ses nuances et ses méandres. Il s'agit là d'une véritable constante de la norme économique internationale, qui se vérifie sur le triple plan de son élaboration, de son contenu et de sa sanction.

A) Au stade de son élaboration, la règle de droit international économique échappe largement au formalisme classique et bénéficie d'une étrange liberté. L'une des Organisations économiques internationales les plus efficaces — le G.A.T.T. — est pratiquement née sans texte ; le G.A.T.T. constitue d'ailleurs essentiellement un cadre dans lequel des négociations peuvent être engagées en vue d'abaisser les droits de douane et de réduire les autres obstacles au commerce, les résultats de ces négociations étant ensuite reprises dans un instrument juridique. De simples déclarations d'intention d'acceptation, d'approbation ou de ratification sont assimilées parfois (dans les accords sur certains produits de base, notamment) à des actes juridiques. Des négociations peuvent devenir la source de nouvelles obligations, tant et si bien que la distinction entre consultation et réglementation s'estompe.

B) Alors que droit international classique aspire, comme tout système juridique — et même s'il n'y réussit pas toujours — à énoncer des règles précises et stables, la règle de droit international économique est caractérisée par une très grande malléabilité, tant dans son contenu immédiat que dans sa teneur future : à telle enseigne que l'on parlerait volontiers d'une norme juridique non contraignante.

a) Dès son édicition, le caractère normatif de la règle de droit économique est compromis par un double facteur de flexibilité.

D'une part, en effet, la directive et la recommandation prennent de plus en plus d'ampleur au détriment de la décision — et elles sont elles-mêmes rédigées de manière suffisamment imprécise pour ne pas heurter de front la complexité et la mobilité de la conjoncture économique. C'est ainsi que le rapport transmis en 1969 par l'O.C.D.E. à la C.N.U.C.E.D. prévoit *expressis verbis* que l'octroi de préférences à des pays en voie de développement par des pays industrialisés ne constitue pas un « engagement contraignant » (9). Sans doute les Etats qui ont intérêt à voir énoncer des règles plus contraignantes tentent-ils parfois d'obtenir l'insertion de dispositions moins anodines (10) ; de même tente-t-on parfois

(9) Rapport O.C.D.E., C(69), 142, p. 6 (cf. *A.F.D.I.*, 1969, p. 635).

(10) Tel fut le cas aux deux sessions de la C.N.U.C.E.D. A la seconde session, plusieurs pays « riches » ont fait enregistrer des réserves à la recommandation du 1 %, ce qui peut donner à penser, sinon qu'ils y attachent une



d'instaurer un commencement de mise en œuvre, notamment en posant l'exigence d'informer un organe international de la suite donnée à la recommandation. De tels palliatifs mettent encore mieux en lumière le caractère peu contraignant de telles « règles de droit ».

D'autre part, et alors même que l'on est en présence non pas de simples recommandations mais d'actes formellement normatifs, tels des traités internationaux, les obligations prévues sont souvent des plus imprécises et se ramènent à de vagues obligations de comportement, elles-mêmes mal définies, voire laissées à la discrétion des Etats auxquels elles incombent. Les Etats s'engagent, par exemple, à « examiner avec compréhension », à « notifier, pour autant que cela sera possible », à « prendre toutes mesures utiles en vue de... », à agir « aussi rapidement que possible », à appliquer une mesure « s'ils considèrent que leur situation économique et financière et la situation du secteur en cause le leur permettent » (11). A côté de ces engagements pratiquement potestatifs, tant ils sont imprécis et subordonnés à une appréciation discrétionnaire des Etats qui les prennent, combien de règles purement déclaratoires, et qui n'ont plus rien de vraiment normatif, par lesquelles les Etats se bornent à « reconnaître » que certaines mesures sont souhaitables et « devraient » dès lors être prises (12). A quoi il convient d'ajouter, bien entendu, la pratique quasi-générale des clauses de sauvegarde et de dérogation — laquelle, on peut le noter en passant, amenuise encore davantage le caractère général de la règle de droit (13) ; le système du G.A.T.T., notamment, comporte une règle truffée de tant d'exceptions et de dérogations que de multiples régimes préférentiels peuvent coexister aujourd'hui avec le principe de non-discrimination. Les clauses de sauvegarde et de dérogation sont d'ailleurs rédigées, dans l'ensemble, de manière tellement vague qu'elles laissent la porte ouverte à une véritable destruction de la règle principale. Et que dire enfin de ces obligations dont l'exécution est conditionnée par des notions économiques elles-

valeur normative, du moins qu'ils la prennent au sérieux (cf. G. de Lacharrière, « La Conférence de New-Delhi sur le commerce et le développement », *Afrique contemporaine*, 1968, n° 38-39, p. 3). La résolution du 24 octobre 1970, intitulée « Stratégie internationale du Développement pour la deuxième décennie des Nations Unies pour le développement » comporte des expressions qui pourraient laisser croire à un engagement précis des Etats (« Les Gouvernements... s'engagent individuellement... Ils souscrivent aux buts et aux objectifs de la décennie et décident de prendre les mesures voulues pour les inscrire dans les faits » : paragr. 12) ; sur cette résolution, v. Virally, « La deuxième décennie des Nations Unies pour le développement - Essai d'interprétation para-juridique », à paraître dans *A.F.D.I.*, 1970.

(11) V. parmi bien d'autres exemples : Convention A.E.L.E., art. 3-4, 5-3, 5-4, 9 ; G.A.T.T., art. VII-1, VIII-2, XIII-2°, XXIII-1 c. Parfois même la règle est rédigée au conditionnel, ce qui lui enlève tout caractère obligatoire (par exemple, art. 2-c du Code de la libération des mouvements de capitaux de l'O.C.D.E. : « Les Membres devraient, dans la mesure où la situation de leur balance de paiements et l'état de leurs réserves monétaires le permettent, accorder les autorisations requises pour... »).

(12) Cf. Convention A.E.L.E., art. 16-1 (« Les Etats reconnaissent que des restrictions... ne devraient pas être appliquées... »), 22-1 («...reconnaissent que leurs politiques en matière d'agriculture visent... ») ; etc.

(13) V. l'étude de Mme Manin, « A propos des clauses de sauvegarde », *Rev. trim. droit européen*, 1970, p. 1 s.

mêmes insusceptibles de toute définition rigoureuse ? L'affaire relative aux Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc a montré les incertitudes qui s'attachent à la notion de « valeur en douane » : est-ce la valeur sur le marché local ou la valeur sur le marché d'origine ? La réponse dépend, comme l'a montré M. Reuter dans sa plaidoirie, de la conjoncture économique : les deux valeurs coïncident en période de marché libre et concurrentiel, elles divergent dans l'hypothèse contraire. Maints autres exemples pourraient être cités. Quelle précision peuvent avoir des normes qui se réfèrent à des notions économiques aussi glissantes et insaisissables que le « détournement de trafic », la « cadence raisonnable d'expansion des échanges », les « bénéfices attendus de l'élimination des droits de douane », l'« augmentation sensible du chômage dans un secteur particulier... provoquée par une diminution appréciable de la demande intérieure d'un droit de douane », le « déséquilibre profond et général (dans) le commerce et les paiements internationaux », etc. ? (14).

b) Imprécision dans le contenu immédiat de la règle économique, certes, mais aussi malléabilité dans le temps : on est véritablement en présence d'une règle de droit fuyante. Comme on l'a dit, il y a « antinomie entre l'exigence de stabilité des notions juridiques et le dynamisme des faits économiques » (15). Cette ductilité apparaît à un double point de vue.

— D'abord parce que les fluctuations inhérentes à la vie économique sont trop rapides et trop amples pour permettre à la règle de durer longtemps ; une longévité trop considérable de la norme entraînerait un divorce avec la réalité économique. De là des accords de courte durée comportant des clauses de renégociation au terme de quelques années. De là encore des procédures d'amendement très souples permettant en quelque sorte la remise à jour périodique de l'accord (16). Ces procédures d'adaptation continue constituent sans doute l'un des aspects les plus marquants du droit international économique. Cette précarité de la règle de droit international économique compromet à la limite le principe *Pacta sunt servanda*, puisque aussi bien elle permet à chaque partie à un traité ou à un contrat de remettre à tout instant en cause les engagements qu'elle a assumés en se fondant simplement sur la clause, considérée comme toujours applicable, *rebus sic stantibus* (17).

(14) V. Convention A.E.L.E., art. 5, 10-3, 13-2, 20-1 ; G.A.T.T., art. XIV-1, etc. Le Traité de Rome fourmille en règles liées à des notions économiques difficiles à définir (taxes d'effet équivalent, mesures affectant le commerce entre les Etats membres, etc.).

(15) Kovar, *Le règlement des différends économiques inter-étatiques dans les Organisations internationales*, Cours Institut des Hautes Etudes Internationales, 1969-70, p. 8.

(16) V. par ex. Convention A.E.L.E., art. 57 (« Le Conseil réexamine périodiquement les dispositions du présent article et peut décider de les amender ») ; part. 15-3 (« En fonction de l'expérience acquise, le Conseil examine... si les dispositions additionnelles ou différentes sont nécessaires... »).

(17) Cf. les récentes déclarations du Président Boumediène : « La situation évolue, et la coopération doit s'attacher à cette évolution... En 1965, nous avons accepté des structures qui correspondaient à notre situation, mais aujourd'hui ces structures sont dépassées » (*Le Monde*, 2 mars 1971).

— Ensuite parce que les concepts utilisés changent de sens et d'impact avec l'évolution des données économiques. Dans l'affaire des Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc, par exemple, le principe de la liberté économique du Maroc, avait une portée toute différente lorsque sont intervenues les mesures litigieuses de contrôle des changes, au lendemain de la seconde guerre mondiale ; M. Kopelmanas a suggéré que, dans ce contexte nouveau, la Cour aurait dû se détacher d'une conception figée pour adapter ce principe à l'évolution économique et affirmer en conséquence la régularité des mesures prises après la guerre : « La modification des idées et des pratiques économiques a été telle que, par la force des choses, les concepts juridiques s'appliquant au phénomène économique en cause subissent une adaptation dans les faits, même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une procédure d'amendement en bonne et due forme » (18).

4) Si la règle de droit économique est glissante, sa sanction est également fugace. Plus que sur la sanction proprement dite, le droit international économique compte sur la pression psychologique et économique : « La sanction du monde des affaires, a dit M. Reuter, est la même que celle de l'Eglise : il peut prononcer une exclusion, un boycottage dont les effets sont redoutables » (19). Cela est vrai dans bien des Organisations internationales : un Etat n'hésitera-t-il pas à violer une recommandation du F.M.I. alors qu'il s'expose ainsi au risque de se priver de son concours ? La véritable sanction de la règle économique réside, ainsi, comme l'a souligné M. Friedmann, dans la non participation (20). Et l'on peut se demander dès lors s'il y a une véritable différence à cet égard entre la simple recommandation et la décision proprement dite : une recommandation exécutée sous la pression psychologique et économique n'est, après tout, pas tellement éloignée d'une véritable décision. D'une manière générale, les sanctions se diluent dans un processus de consultation. Il en est ainsi notamment, du célèbre article XXIII du G.A.T.T., qui permet d'aboutir, dans le cadre des consultations qu'il instaure, à la suspension vis-à-vis de l'Etat en infraction d'obligations ou concessions résultant à son profit de l'Accord (21).

Mais c'est dans son attitude vis-à-vis du règlement judiciaire que l'originalité du droit international économique apparaît le plus clairement.

A) Point n'est besoin d'insister sur la valeur presque mystique que le droit international classique accorde au règlement judiciaire des différends internationaux : s'il admet d'autres modes de règlement, ce n'est guère qu'à titre de pis-aller, et en substitution d'un règlement judiciaire considéré à regret comme impossible dans certaines circonstances. En

(18) Kopelmanas, « La notion de liberté économique devant la justice internationale », *Journal de dr. intern.*, 1954, p. 64 s., not. p. 84.

(19) Reuter, *Cour I.H.E.I.*, précité, p. 26.

(20) Friedmann, *op. cit.*, p. 88 s.

(21) Pour un intéressant exemple du caractère nuancé des sanctions en matière de droit international économique, voir l'affaire du conflit du café entre le Brésil et les U.S.A., in *A.F.D.I.*, 1969, pp. 620-621.



passant du droit international général au droit international économique les valeurs brusquement se renversent : le règlement judiciaire cesse d'être l'idéal auquel on aspire pour devenir l'épouvantail que l'on fuit (22). Manley Hudson le disait déjà : « A conviction seems to be widespread that judicial settlement is not the best way of handling economic disputes » (23). De cette allergie au juge les raisons sont diverses : on en retiendra ici les deux principales.

a) La première tiendrait à l'inadéquation fondamentale et intrinsèque du règlement judiciaire aux différends de nature économique. On invoque à cet égard l'incapacité du juge ayant une formation juridique à manier avec suffisamment de compétence et de souplesse des données économiques complexes et mouvantes. On veut « éviter le recours à un organe judiciaire dont la technique, les procédés légaux paraissent trop automatiques, trop figés pour des conflits nuancés et variables tels les conflits économiques » (24). On craint que la saisine d'organes judiciaires ait pour effet de « cristalliser prématurément le droit à un stade déterminé de son développement » (25). On veut éviter une procédure rigide et formaliste qui laisse un vainqueur et un vaincu : à une sentence qui tranche le débat en donnant raison à l'un et tort à l'autre on préfère en matière économique des solutions d'ajustement et de compromis pour lesquels le juge est mal préparé (26). On pense que le formalisme du règlement judiciaire est source de lenteur, alors que les différends économiques doivent être résolus rapidement. Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici la controverse qui s'est élevée il y a quelques années au sein du Conseil international sur le Blé (27). Le Royaume-Uni ayant demandé l'inclusion dans la convention, lors d'un renouvellement, d'une clause prévoyant un recours à l'arbitrage, les Etats-Unis s'y opposèrent et se prononcèrent en faveur du maintien de la compétence du Conseil. Ils firent valoir notamment qu'un organe extérieur était inapte à trancher des problèmes économiques complexes et qu'il convenait de conserver des techniques souples et empiriques permettant d'aboutir à des solutions transactionnelles : « La principale préoccupation d'une disposition ayant trait au règlement des litiges, déclara le délégué américain, devra toujours être une conciliation des intérêts, un large examen des positions respectives, et l'ajustement des différends de manière à ce que l'Accord puisse s'appliquer à la satisfaction générale de toutes les parties contractantes » (28).

L'inadaptation des mécanismes judiciaires, soutient-on souvent, a du reste été démontrée par la pratique : dans les rares cas où des différends

(22) V. Colliard, « Le règlement des différends dans les Organisations intergouvernementales de caractère non politique », *Mélanges Basdevant*, 1960, p. 152 s. ; Kovar, *op. cit.*

(23) Cité par Kovar, *op. cit.*, p. 27.

(24) Fischer, « Le mode de règlement des différends adopté par l'accord international sur le blé », *A.F.D.I.*, 1955, p. 208.

(25) Jenks, cité par Vellas, *op. cit.*, p. 55.

(26) L'affaire des Zones franches en fournit une bonne illustration.

(27) V. Fischer, *op. cit.* ; cf. Metzger, « Settlement of International Disputes by Judicial Methods », *A.J.I.L.*, 1954, p. 408 s.

(28) Metzger, *op. cit.*, p. 413.

économiques ont été soumis à un juge, celui-ci ne s'est-il pas révélé incapable de les trancher de manière satisfaisante ? Le juge paraît accorder trop de prix à la précision et à la sécurité juridique pour ne pas chercher, par une espèce de déformation professionnelle, à donner de chaque notion une définition nette et tranchée : or il risque ainsi d'appauvrir le dynamisme inhérent à des concepts économiques riches de potentialités : ce danger a été tout spécialement mis en lumière par M. Reuter (29).

La jurisprudence de la Cour de La Haye fournit plusieurs illustrations de la difficulté de l'office du juge en matière économique. Dans l'affaire Oscar Chinn, par exemple, la Cour permanente a refusé de se livrer à un examen approfondi de la vie économique du Congo belge et a préféré s'en tenir à la notion purement juridique de monopole de droit sans s'arrêter à l'existence, difficilement contestable en l'espèce, d'un monopole de fait (30). Dans l'affaire déjà citée des Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc, la Cour internationale a également évité d'entrer dans l'analyse des divers problèmes économiques en cause pour s'en tenir à un raisonnement purement juridique (31). Et tout récemment encore, dans l'arrêt rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction, la Cour a préféré retenir pour la recevabilité de la protection diplomatique des investissements le critère juridique de la nationalité de la société plutôt que le critère économique du rattachement de l'investissement à l'économie du pays réclamant. Comme le dit M. Kopelmanas, « la Cour ne se sent apparemment guère à l'aise lorsque les circonstances d'une affaire l'obligent à descendre des cimes pures du droit pour se plonger dans les réalités de la vie économique » (32).

b) En dehors de cette inaptitude du juge à résoudre les litiges économiques, la fuite du droit international économique devant le règlement judiciaire s'explique également par les particularités qu'offre la notion de différend en matière économique (33). D'une part, en effet, l'interpénétration qui existe ici entre les techniques de négociation et celles de règlement des conflits rend malaisée dans bien des cas la délimitation même du différend : si le différend conduit à la négociation, il advient

(29) Reuter, Cours I.H.E.I., précité, pp. 4-5 ; « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 423s. not. pp. 427-428.

(30) V. les observations de Kopelmanas, *op. cit.*, p. 90 s.

(31) V. Kopelmanas, *op. cit.*, p. 88. La Cour de Justice des Communautés européennes procède également dans certains cas à un « appauvrissement » des notions économiques. Ainsi, pour la notion d'entreprise, la Cour estime que, si la réalité économique a « un caractère multiforme et changeant », il est nécessaire « d'employer des critères clairs et objectifs applicables à une généralité de cas présentant certaines caractéristiques fondamentales communes » ; aussi décide-t-elle de négliger les aspects purement économiques de l'entreprise et de s'attacher à un élément sûr et précis, la personnalité juridique : « une activité économique ne saurait être considérée comme formant une unité sur le plan juridique lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être rattachés séparément à plusieurs sujets de droit distincts » (arrêt 17 et 20-62, *Recueil*, t. VIII, p. 644 s.).

(32) *Ibid.*, p. 85.

(33) V. Kovar, *op. cit.*, p. 9 s.

également que la négociation soit l'occasion de faire apparaître un différend. La notion de différend n'est, d'autre part, pas toujours liée, en matière économique, à une contestation de caractère juridique. L'article 23 du G.A.T.T., par exemple, se réfère à des plaintes élevées contre une annulation d'un avantage alors même que cette annulation ne comporterait aucune illégalité. La distinction du droit et de l'intérêt — à laquelle l'arrêt de la Barcelona Traction vient de donner l'importance que l'on sait — paraît au surplus s'estomper ici : le différend peut porter sur des « avantages », un « bénéfice », bref sur de simples intérêts.

B) Reste alors à savoir quels modes de règlements des conflits le droit international économique choisit à la place de l'instance arbitrale ou judiciaire. Le Comité économique de la Société des Nations s'était déjà préoccupé de ce problème et avait suggéré l'établissement d'une liste de quatorze experts dans laquelle on pourrait puiser dans les diverses occasions (34). Mais c'est surtout dans le cadre des Organisations internationales créées depuis la fin de la guerre que des procédures spécifiques se sont développées. Elles présentent plusieurs caractères originaux.

Le premier, c'est l'importance fondamentale accordée à la négociation directe entre les parties, c'est-à-dire, en pratique, au compromis. On retrouve ici la technique déjà citée des consultations : dans le seul cadre du G.A.T.T., on a pu dénombrer trente procédures de consultations liées au règlement des différends. Une étude très approfondie de cette technique a été faite par M. Kovar, et il n'est pas utile d'y revenir (35).

Il faut souligner, d'autre part, ce que l'on pourrait appeler l'intériorisation de la procédure de règlement : c'est à l'intérieur même du cadre de l'organisation qu'une solution est recherchée, et sans qu'il soit fait appel à un tiers-juge ou arbitre. Les formules concrètes sont extrêmement variées. Dans certains cas c'est un organe de l'organisation qui est appelé à intervenir, soit pour adresser des recommandations aux parties (O.C.D.E., A.E.L.E.), soit même pour prendre une décision définitive dont on peut alors se demander si elle conserve le caractère administratif ou acquiert un caractère judiciaire : tel est le cas, notamment, au F.M.I. et à la B.I.R.D. (36) ainsi qu'au sein du Conseil international du Blé. Dans d'autres cas on recourt à des organes techniques du type des « panels » du G.A.T.T., dont le rôle est surtout d'instruire l'affaire afin de permettre soit à l'organisation de prendre ses recommandations soit aux parties de se livrer à des négociations.

Les palliatifs à l'allergie au juge sont, on le constate, des plus variés. Devant ce désordre apparent, certains ont même cru pouvoir suggérer l'institution d'une espèce de magistrature économique internationale, qui

(34) Sur ce point, v. Kovar, *op. cit.*, pp. 30 et 37.

(35) *Ibid.*, p. 39 s.

(36) Sur le pouvoir des Organisations financières internationales d'assurer elles-mêmes l'interprétation de leurs statuts, v. notamment Mann, « The " Interpretation " of the Constitutions of International Financial Organizations », *B.Y.I.L.*, 1968-69, p. 1 s.

pallierait les inconvénients de la technique judiciaire tout en offrant les mêmes avantages (37).

Tels sont quelques-uns des éléments de ce climat si particulier dans lequel baigne le droit international économique. Comme on le voit, celui-ci n'est pas disposé à payer le prix que le droit traditionnel consent pour ce bienfait essentiel que l'on attend de lui, la sécurité : le formalisme dans l'élaboration de la règle a été jeté par-dessus bord, la précision et la stabilité de la norme ont été laissées au bord de la route, la sanction judiciaire n'accompagne plus la règle comme son ombre. Tout ce à quoi le juriste est accoutumé et attaché s'évanouit pour faire place, au nom du sacro-saint réalisme, au flou, à l'imprécis, au fuyant. Droit du réalisme fluctuant et du « hauening », le droit international économique exalte la spontanéité et préfère le fondu-enchaîné à la catégorisation rigoureuse. Quoi d'étonnant à ce que, devant ces techniques déconcertantes d'un droit non conceptuel et non contraignant, déjuridisé et déjurisdictionnalisé, le juriste se sente quelque peu dépaycé ?

## II

### LE FACTEUR ÉCONOMIQUE, SOURCE IRRÉDUCTIBLE DE SPÉCIFICITÉ JURIDIQUE ?

Ainsi se trouve-t-on conduit à s'interroger sur les raisons de ce particularisme. Une explication vient immédiatement à l'esprit : c'est parce qu'il est économique que le droit international économique présenterait les caractéristiques techniques que l'on a vues, c'est dans son objet économique que se situerait la cause fondamentale de son originalité. Largement majoritaire à l'heure actuelle, cette thèse, quelque séduisante qu'elle soit, doit néanmoins être accueillie avec réserve.

#### 1) La thèse

A) Avant d'examiner pour quels motifs la rencontre avec l'économie altérerait ainsi la technique juridique, il faut relever qu'un élément de poids paraît d'emblée faire pencher la balance en faveur d'une conception faisant du phénomène économique la raison déterminante des particularités techniques du droit international économique : c'est que, dans tous les systèmes juridiques traditionnels et constituer un puissant agent de renouvellement du droit.

(37) Sur les diverses propositions faites à ce sens, v. Fischer, *op. cit.*, p. 209, note 12 ; Kopelmanas, *op. cit.*, p. 102 s.



La démonstration de l'influence novatrice des facteurs économiques sur l'évolution des systèmes juridiques dépasserait évidemment le cadre du présent rapport. Elle serait particulièrement intéressante pour ce qui est du droit des Communautés européennes : la question est cependant trop vaste et trop connue pour qu'on l'aborde ici (38). Aussi se bornera-t-on à quelques indications relatives à l'influence des données économiques sur les droits nationaux.

La reconnaissance d'une certaine spécificité aux branches économiques des divers droits nationaux paraît en effet constituer une tendance quasi-universelle (39). Or — c'est là le point le plus frappant — partout les particularités qui retiennent l'attention sont exactement les mêmes que celles qui ont conduit les spécialistes du droit international à évoquer le concept d'un droit international économique.

Pour nous en tenir à la France, il est courant aujourd'hui de parler d'un droit administratif économique, profondément original par rapport au droit administratif classique (40). Construit autour de la notion de

(38) Cf. notamment Champaud, « L'apport du droit communautaire au droit économique », *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 557 s. et surtout p. 564 s.

(39) Cette tendance est particulièrement accentuée en Allemagne, où la notion de « *Wirtschaftsrecht* » a acquis droit de cité depuis longtemps, et en Italie, où une revue spécialisée est consacrée à ces problèmes sous le nom de *Il Diritto dell' Economica*. En France la question a d'abord retenu l'attention des spécialistes de droit privé, et notamment de droit commercial ; depuis quelques années elle intéresse également ceux de droit public, en particulier sous l'angle du contrôle juridictionnel de l'action économique de l'Etat. On trouvera des indications sur les divers droits nationaux, ainsi qu'une bibliographie les concernant, dans le récent ouvrage de Jacquemin et Schrans, *Le droit économique*, coll. Que sais-je ?, 1970, ainsi que dans celui de Farjat, *Droit économique*, coll. Thémis, 1971 (cf. notamment l'étude des caractères techniques du droit économique interne faite par ce dernier ouvrage, p. 385 s. : ce sont exactement les mêmes que ceux que relèvent les internationalistes pour le droit économique international). On se reportera également avec profit aux travaux du colloque de droit économique organisé par l'Institut de Droit comparé de Paris en novembre 1966 (publiés dans la revue *Il Diritto dell' Economica*, 1966 et 1967) et à ceux du symposium tenu à Göttingen en mai 1970 sur « La nature et les principes du droit économique » (« *Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts* », *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, vol. 51, Francfort, 1971. Le rapport de M. Savy sur « La notion de droit économique en droit français » a été publié également in *A.J.D.A.*, 1971, p. 132 s.).

(40) On pourra consulter entre autres : A. Hauriou, « Le droit administratif de l'État », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 197 s. ; Sfez, *L'Administration prospective*, Colin, 1970, not. p. 162 s. ; Chapal, « Recherches sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif », *A.J.D.A.*, 1968, p. 323 s. ; de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. III, 1966, p. 431 s. ; Farjat, *op. cit.*, p. 32 s. ; « La planification comme processus de décision », *Cahiers de la Fondation nationale des Sciences politiques*, n° 140, 1965 ; Mazères, « De quelques problèmes dominants de la planification française », *A.J.D.A.*, 1968, p. 203 s. ; Batailler, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les quasi-contrats pour l'exécution du plan », *Rev. sc. fin.*, 1964, p. 365 s. ; Dutheil de La Rochère, « Le régime conventionnel des prix : engagements de stabilité et contrats de programme », *A.J.D.A.*, 1967, p. 579 s. ; Tournié, *Les agréments fiscaux*, 1970. Une illustration remarquable des techniques de droit économique est fournie par le contrat de programme d'Electricité de France signé le 23 décembre 1970 (v. Lescuyer, « Le contrat de programme d'Electricité de France », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1971, doctrine p. 31 s., également reproduit in *A.J.D.A.*, 1971, n° 4, doctrine, p. 219).

légalité, celui-ci suppose des normes préétablies, précises et durables. Son élaboration est soumise à des formes rigides, ses règles, nettement définies, sont dotées d'une force contraignante qui ne laisse place à aucune souplesse, et c'est au juge qu'il appartient d'en sanctionner l'application. Le droit administratif économique, quant à lui, est tout différent. « La raison d'être de l'administration économique, a-t-on écrit, c'est la transformation de l'ordre existant ; le programme remplace la règle » (41). La norme devient en effet glissante : au lieu de dicter des conduites, elle se contente d'énoncer de vagues obligations de comportement : ses destinataires doivent « mettre en œuvre de la façon la plus efficace », agir au mieux pour », etc. Aussi le caractère contraignant de la règle s'amenuise-t-il : la prescription et la prohibition impératives cèdent la place à la simple « incitation », qui se moule elle-même dans des techniques prenant l'apparence de la concertation et de la contractualisation. Il n'y a plus de règle élaborée par l'un pour s'imposer à l'autre, mais acte collectif, action-union, manifestation de la concertation (en droit international on dirait : de la coopération) entre sujets de droit dont « les volontés convergent au lieu de se croiser » (42). Essentiellement « prospective » (43), la règle de droit est appelée à se moduler selon l'évolution de la conjoncture économique ; elle comporte réserves et échappatoires, sœurs jumelles des clauses de sauvegarde du droit international économique : les engagements des contrats de programme, par exemple, sont pris « dans la mesure du possible », ou « sous réserve de l'incidence des facteurs économiques échappant au contrôle de la profession ». Des procédures d'adaptation continue sont prévues et mises en œuvre : les contrats d'exécution du plan sont passés pour une durée relativement brève, la technique des « rendez-vous » périodiques devient courante, les « indicateurs d'alerte » et autres « clignotants » permettent une révision fréquente des arrangements pris et des mesures arrêtées : on parlera à cet égard d'« horizons mobiles » ou de « plans glissants ». La norme cesse d'être générale et impersonnelle, car la sélectivité systématique des incitations relègue le vieux principe de l'égalité devant le service public au musée des classiques. Si la norme et le contrat sont exécutés, ce n'est plus tant parce qu'ils sont obligatoires ou que leur inexécution serait sanctionnée judiciairement : on s'accorde bien au contraire à reconnaître un pouvoir largement discrétionnaire à l'administration et à admettre qu'aucun juge ne pourra sans doute sanctionner les quasi-contrats ou les contrats de programme ; la véritable sanction résidera, dit-on, dans la pression sociale et psychologique, dans le poids de l'opinion publique, dans les risques de publicité. D'aucuns en viennent à se demander si la sanction constitue véritablement un élément de la règle de droit ; M. de Laubadère, par exemple, écrit qu'« en matière économique les effets d'entraînement provoqués par des attitudes, des incitations, peuvent être aussi positifs (et parfois plus) que ceux des prescriptions normatives ; il n'est pas exclu qu'en une telle matière l'in-

(41) Debbasch, « Déclin du contentieux administratif ? », *D.*, 1967, Chron., p. 99.

(42) A. Hauriou, *op. cit.*

(43) Cf. les études précitées de Chapal et Sfez.



dicatif se rapproche du prescriptif et que le juridique puisse être compris en un sens adapté et élargi » (44). D'une manière générale on relève que la matière économique est dans son ensemble mal adaptée au contentieux : les consultations doivent prendre le pas sur la sentence qui tranche, les ajustements doivent l'emporter sur les confrontations du prétoire. Le juge administratif paraît mal à l'aise dans les conflits économiques, car il craint de trancher dans le vif, de jouer l'apprenti sorcier, de porter des appréciations sur des questions dont il discerne mal les tenants et les aboutissants ; les notions dont il doit faire application sont au demeurant trop plastiques pour se prêter à un contrôle contentieux rigoureux. Aussi bien l'un des problèmes majeurs du droit administratif consiste-t-il aujourd'hui à mettre au point une technique de contrôle contentieux de l'administration économique qui permette, par-delà le contrôle de la seule légalité externe, d'entrer dans le cœur de la matière grâce à un véritable contrôle des motifs et des buts (45). Certains en viennent même à se demander s'il n'existe pas une espèce d'incapacité innée du juge à traiter de problèmes économiques, non point tant parce que le juge serait atteint d'incapacité intellectuelle à comprendre les données économiques que parce que la technique judiciaire serait, en raison de son formalisme et de sa rigidité, fondamentalement inappropriée au caractère fluctuant de la réalité économique : l'idée d'une magistrature a été, on le sait, avancée plus d'une fois (46). Elevant le débat, certains s'interrogent sur les rapports de ce droit administratif nouveau avec le droit administratif classique, voire avec le droit tout court : la règle cède la place devant la recommandation et la concertation ; la contradiction éclate entre le concept de loi et celui de plan ; la théorie traditionnelle du contrat administratif apparaît inadéquate aux contrats fiscaux et aux contrats de programme, du fait notamment que les mécanismes automatiques destinés à faire face à la survenance de faits nouveaux (imprévision, fait du prince) font place ici à des mécanismes d'information et d'adaptation organisés à l'avance (technique des « rendez-vous », par exemple).

Le droit administratif n'est d'ailleurs pas le seul à se prolonger ainsi dans un droit économique. Le droit privé, lui aussi, s'est mis de la partie, et cet aspect mérite également d'être souligné. En 1961 déjà, le doyen Savatier avait consacré une chronique remarquable à « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique » (47), qui joindrait à des élé-

(44) *Op. cit.*, p. 507.

(45) Sur ce problème : de Soto, « Recours pour excès de pouvoir et interventionisme économique », *Et. et Doc. du Conseil d'Etat*, 1952, p. 64 s. ; Delmas-Marsalet, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », *Et. et Doc. du Conseil d'Etat*, 1969, p. 133 s. ; H.T.C. de l'arrêté Société « Maison Genestal » à l'arrêt Crédit Foncier de France, la jurisprudence des interventions économiques de l'Etat, *A.J.D.A.*, 1971, n° 4, doctrine, p. 196.

(46) V. notamment Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, 1963, p. 147 s. ; Jacquemin et Schrans, *op. cit.*, p. 112 s.

(47) *D.*, 1961, Chron., p. 117 s. V. également Jeantet, « Aspects du droit économique », *Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, 1961, p. 33 s. ; Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, Chron., p. 215 s. ; Jacquemin et Schrans, *op. cit.*, p. 52 s. ; Farjat, *op. cit.*, not. p. 34 s.

ments de droit public (services publics économiques, planification, etc.) la théorie de l'entreprise ou celle des ententes. Mais c'est surtout dans son étude consacrée à « L'ordre public économique » (48) que M. Savatier a donné du droit économique une description que les tenants du droit international économique ne renieraient sans doute pas. « Il se veut mouvant, écrit-il, au lieu de reposer sur une permanence humaine... La politique économique doit continuellement s'adapter à la « conjoncture »... L'ordre public économique, c'est la « conjoncture »... L'ordre public économique, c'est le traitement qu'il faut appliquer à un organisme capricieux, au fur et à mesure de ses réactions vitales ». Aussi le droit économique est-il « plastique » et empirique ; il traduit davantage une discipline expérimentale qu'une discipline rationnelle » ; pour arriver à ses fins, il use d'une « politique de persuasion contraignante ». Tous ces traits expliquent que le droit économique « garde, dans le corps de notre droit, quelque chose, non seulement d'original, mais d'incomplètement intégré. Il y conserve sa technique propre, différente de la technique juridique générale » (99).

B) Il reste alors à déterminer pourquoi le phénomène économique traumatise à ce point le droit, qu'il soit interne ou international, public ou privé.

C'est que deux notions interviennent ici, inconnues du droit traditionnel : celle de conjoncture et celle de prospective. Selon le « petit Robert » la conjoncture est une « situation qui résulte d'une rencontre de circonstances et qui est considérée comme le point de départ d'une évolution, d'une action » ; or, à cette matière déjà en elle-même essentiellement fluctuante le droit économique applique des méthodes relevant davantage de la prospective que la normativité : il ne dicte pas de conduites, il cherche à les infléchir grâce à des éléments de prévision qu'il est appelée à corriger au fil de l'expérience. M. Sfez évoque à cet égard l'image de « ce général dont l'armée est disloquée par le choc ennemi, qui a vu détruits certains bataillons, qui ne retrouve pas les

(48) *D.*, 1965, Chron., p. 37 s. Cf. Farjat, *L'ordre public économique*, 1963, et *Droit économique*, précité.

(49) Un intéressant exemple des difficultés suscitées par les techniques du droit économique est fourni par la controverse sur la portée juridique des accords dits de Grenelle de mai 1968 : ces accords, qui constituent en réalité des constats de discussions, s'imposent-ils aux employeurs et salariés non rattachés à des professions représentées à ces discussions ? S'en tenant à une analyse contractuelle classique, la Cour de Paris a répondu par la négative (Paris, 13 avril 1970, *J.C.*, 1970.II.16471, note Lyon-Caen). Les commentateurs ont mal accueilli cette solution. Pour M. Lyon-Caen (note précitée) il s'agit-là d'un « acte juridique innommé », appliqué en fait et auquel cette « application généralisée donne une valeur contraignante qui n'est pas celle d'une loi ou d'un règlement mais qui est sociologiquement bien supérieure ». Pour M. Starck (« A propos des « accords de Grenelle » : Réflexions sur une source informelle du droit », *J.C.P.*, 1970.I.2363), l'application effective des accords de Grenelle a créé une « coutume de formation rapide, quasi-instantanée », de sorte que le caractère obligatoire des accords résulte non pas des accords eux-mêmes mais de la coutume qui s'est créée après leur élaboration. Un récent jugement considère que les participants aux discussions de Grenelle ont entendu gérer l'affaire de l'ensemble des employeurs et salariés, syndiqués ou non (Cons. prud'hommes Rouen, 16 décembre 1970, *J.C.P.*, 1971.II.16623).

autres, tandis que le temps est au brouillard et à la pluie. Tout commandement apparaît alors dérisoire. Et le général se transforme en explorateur à la recherche de ce qui lui reste au juste » (50). Quoi d'étonnant dès lors que la technique juridique classique, faite d'un « mouvement lent et indéfini de normes impératives et figées se corrigeant les unes les autres » ne suffise plus et que, « pour s'adapter à ce monde économique foisonnant, enchevêtré et aléatoire, chaque norme devra désormais porter en elle-même son propre mouvement, ne jamais épuiser son avenir et l'avenir de ses destinataires (51).

C'est à ce propos que M. André Hauriou a lancé l'expression — appelée sans doute à faire fortune — de droit de l'aléatoire (52). Empruntant leur langage aux mathématiciens, M. Hauriou montre comment le droit administratif français, après s'être pendant longtemps borné à régir des situations relevant du « déterminé » — quitte à prévoir parfois, comme en matière d'imprévision, le passage « d'un palier du déterminé à un autre palier du déterminé » — se lance aujourd'hui, avec la planification notamment, dans « l'encadrement juridique de l'aléatoire ». Ainsi naît un droit administratif nouveau, qui diffère de l'ancien par plusieurs traits : il n'est plus un « droit du commandement » — car l'aléatoire exclut les certitudes du commandement — mais de la persuasion ; il donne naissance à des obligations de comportement, « technique juridique parfaitement adaptée à la prospective de l'aléatoire » ; il exige une « possibilité d'adaptation continue » ; il comporte des sanctions non juridictionnelles, car, pour l'essentiel, « les obligations de comportement sont encore hors contentieux ».

Conjoncture, prospective, aléatoire : voilà les idées-force qui expliqueraient pourquoi l'économique transformerait, dénaturerait, contaminerait tout système juridique qu'elle rencontre. Du mariage du droit et de l'économie naîtrait ainsi un droit différent de l'ancien. Après le nouveau roman et la nouvelle société, voici donc le nouveau droit : droit « instrumentaliste », car mis au service de l'économie ; droit de l'« anti-hasard », car prospectif et destiné à l'encadrement de l'« aléatoire » ; droit réaliste, car plus sensible à l'efficacité qu'à la cohérence intellectuelle ou à la sécurité juridique ; droit évolutif, car plus soucieux d'épouser les fluctuations de la conjoncture que de stabilité et de permanence.

Si cette sublimation des facteurs économiques s'avérait fondée, nul doute qu'il ne faille en tirer les conséquences. Au bout du chemin apparaîtrait alors le concept d'un droit économique autonome, dont les traits seraient identiques qu'il s'agisse de tel ou droit national, du droit des Communautés européennes ou du droit international, et ces traits, on pourrait les suivre à travers ces diverses disciplines « comme on suit

(50) Sfez, *op. cit.*, p. 169.

(51) *Ibid.*, p. 168.

(52) A. Hauriou, *Le droit administratif de l'aléatoire*, précité. Cette étude s'attache exclusivement au droit administratif français ; ses analyses peuvent néanmoins être étendues, *mutatis mutandis*, aux autres secteurs du droit économique, et notamment au droit international économique.



dans les océans les ramifications des grands courants marins » (53) : le droit international économique deviendrait alors une sous-rubrique du droit communautaire — mieux vaudrait d'ailleurs parler alors de droit économique international que de droit international économique — et de ce vaste regroupement autour du pôle économique naîtrait une nouvelle *summa divisio* qui piétinerait les frontières séparant actuellement le droit public du droit privé, le droit international du droit interne, et qui opposerait dorénavant le droit économique à celui qui ne le serait pas.

Cette conception d'un droit économique sans rivages est à coup sûr « dans le vent » : transcendant les distinctions traditionnelles, opposant les valeurs de spontanéité et de réalisme du droit économique au rigorisme quelque peu étriqué et poussiéreux du droit classique, elle conduit, ce qui est toujours plein de séduction, à mettre en question les concepts anciens et les techniques traditionnelles et à « repenser » les notions de règle de droit et même de droit. Chanter les louanges du droit économique est une valeur sûre dans le monde d'aujourd'hui.

Le problème se pose dès lors dans toute son ampleur : est-il exact que le facteur économique soit une source irréductible de spécificité juridique ? Dans l'affirmative, le concept de droit économique devrait se voir reconnaître définitivement droit de cité, en même temps que celui de droit économique international. Dans le cas contraire, on aurait à se demander si le droit économique en général, et le droit économique international en particulier, ne ressemblerait pas quelque peu à la jument de Roland, qui avait, on le sait, toutes les qualités sauf celle d'exister. Or, sur ce point, les doutes les plus sérieux sont permis.

## 2) Les doutes

Une réflexion même superficielle permet en effet de démontrer l'exagération, pour ne pas dire l'erreur, de la conception qui impute au caractère économique de la matière régie les particularités de la technique juridique rappelées plus haut.

A) On peut relever, en premier lieu, que la rencontre du droit et de l'économie n'est pas, autant qu'on le dit, un phénomène récent : il a de tout temps existé un droit à objet économique, fruit de la tentation des hommes de régir les phénomènes économiques par le droit. Dans l'ordre interne, il suffit de songer au droit des contrats, aussi bien privés qu'administratifs, au droit des biens, au droit des sociétés et même, à certains égards, au droit de la famille dont les préoccupations patrimoniales n'ont jamais été absentes. Dans l'ordre international, M. Erler a pu, dans la rubrique *Wirtschaftsrecht* du *Wörterbuch des Völkerrechts* de Strupp et Schlochauer, retracer la longue histoire des normes de droit économique international depuis la constitution de l'Etat moderne

(53) Jeantet, *op. cit.*

jusqu'à nos jours : traités de commerce, protectionnisme ou libre échange, droit du pavillon, principe de la porte ouverte, zones franches, droit des communications et télécommunications internationales, accords internationaux de clearing, autant de questions de pur droit économique nées avant même que les accords de prêt-bail, ceux de Bretton Woods, la Charte de La Havane, le G.A.T.T., l'O.C.D.E., le F.M.I., etc. ne servent d'aliment à la vogue contemporaine du droit international économique (54). Tout se passe ainsi comme s'il existait depuis longtemps, à l'insu de tous, un droit international économique : on faisait du droit international économique comme Monsieur Jourdain faisait de la prose, sans le savoir.

Or, — et c'est là le point remarquable — les matières que nous venons de citer n'ont pas donné lieu aux considérations dans lesquelles on se complaît aujourd'hui sur la nécessité d'assouplir la règle de droit pour la faire coller aux réalités économiques ou sur la difficulté pour le juge d'apprécier des notions économiques : cela ne tiendrait-il pas à prouver que l'allergie de l'économie à la règle de droit normative classique et au non moins classique règlement judiciaire n'est pas une donnée immédiate et inéluctable mais un aspect contingent dont il faudra chercher l'explication ailleurs que dans la prétendue incompatibilité intrinsèque entre le droit traditionnel et l'économie ?

La présence déjà ancienne de matières économiques dans le droit international explique la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, dans laquelle se trouvent les partisans du droit économique international de dresser une liste même approximative des chapitres de cette prétendue nouvelle discipline. Autour d'un « noyau dur » constitué par les problèmes récents liés aux Organisations économiques internationales créées depuis 1945 et aux questions des investissements et du développement, se trouve en effet une « nébuleuse de matière des plus diverses dans laquelle on peut puiser plus ou moins abondamment. Le droit de la mer (et notamment celui de l'exploitation des ressources marines), le régime des fleuves internationaux, les accords de pêche, les traités de commerce, les conventions portant sur la main-d'œuvre, les problèmes de communication et de télécommunication, la protection de la propriété industrielle : ces matières peuvent indifféremment être inclus dans le droit international économique ou en être exclues. Si c'est le facteur économique qui sert de critère, elles devraient y être comprises ; l'impression prévaut que les partisans du droit international économique penchent vers l'étude de ce qui est non classique plutôt que vers celle de ce qui est économique : ce point appellera quelque approfondissement plus loin.

B) Seconde observation : les techniques que l'on se plaît à décrire à propos du droit économique international, comme d'ailleurs de l'ensemble du droit économique sont moins spécifiques qu'on ne le pense.

(54) Pour une autre illustration de la présence déjà ancienne du fait économique dans le droit international, v. le récent arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction (p. 33, § 37 et p. 34, § 39).

a) En premier lieu, en effet, certaines matières économiques sont régies par un droit très classique. Cette proposition n'appelle pas de longs développements. Les exemples donnés plus haut de matières économiques intégrées depuis longtemps dans le droit suffisent à en établir l'exactitude.

On voudrait seulement ajouter un mot pour souligner que l'incapacité prêtée au juge en tant que tel pour porter des appréciations économiques et trancher des litiges d'ordre économique est manifestement exagérée : l'expérience du Conseil d'Etat français (55), et, surtout, celle de la Cour de Justice des Communautés européennes sont là pour montrer que le juge peut parfaitement maîtriser certaines notions économiques. Comme l'a relevé M. Reuter, la Cour de Luxembourg « a souligné chaque fois qu'elle l'a pu que des analyses économiques nuancées commandaient le sens de bien des dispositions essentielles du traité (56) : sa jurisprudence sur l'application de l'article 85 du Traité de Rome (incidence des accords litigieux sur le courant d'échanges entre Etats membres) (57) ou celle sur la notion de « taxe d'effet équivalent » sont particulièrement caractéristiques à cet égard (58). L'exemple de la Convention de Yaoundé du 29 juillet 1969, qui institue un règlement arbitral des plus classiques, alors pourtant que la convention met en œuvre des notions purement économiques, témoigne également de la possibilité de recourir en matière économique à des techniques juridiques classiques. La difficulté du règlement judiciaire est imputable non pas à des attributs propres au

(55) C'est ainsi que le Conseil d'Etat a relevé « une erreur matérielle commise par l'Administration dans l'appréciation des conditions du marché » (C.E., 11 juillet 1960, Société des phosphates tunisiens, *Rec.*, 466), analysé les répercussions économiques de la crise mondiale du marché du pétrole sur les diverses catégories d'importateurs (C.E., 30 octobre 1960, Société auxiliaire française des pétroles, *Rec.*, 557), recherché si les importations d'un produit frappé d'un droit anti-dumping sont de nature à causer un préjudice important à la branche industrielle intéressée, compte tenu de la faible importance de ce produit dans l'ensemble des fabrications de cette branche (C.E., 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournon, *Rec.*, 174), examiné si les besoins de la population exigent l'ouverture d'une nouvelle pharmacie (jurisprudence constante), etc. A relever aussi la jurisprudence qui permet aux administrés d'exiger la modification d'un règlement administratif lorsque les circonstances économiques dans lesquelles il est intervenu ont subi un profond bouleversement (C.E., 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c. Simonnet, *Rec.*, 19).

(56) Reuter, article précité des *Mélanges Trotabas*, p. 428.

(57) V. par exemple arrêt 5-65 du 30 juin 1966, *Recueil*, 1966, p. 137 s.

(58) Après avoir reconnu comme taxes d'effet équivalent les seules taxes ayant un effet discriminatoire ou protecteur frappant des produits se trouvant en concurrence avec une production nationale, la Cour considère à présent comme telles toutes les charges pécuniaires frappant des marchandises du fait qu'elles franchissent la frontière alors même qu'elles n'auraient aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale la Cour entend ainsi donner à l'élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent une portée générale en vue d'assurer la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (v. arrêts 24-68 et 2 et 3-69 du 1<sup>er</sup> juillet 1969, *Recueil*, 1969, pp. 193 s. et 211 s. Sur l'évolution de la jurisprudence relative à la notion de taxe d'effet équivalent, v. 3<sup>e</sup> rapport général sur l'activité des Communautés, 1969 ;, p. 496 s.



phénomène économique, mais tout simplement au caractère technique de la matière : le problème est de la même nature que lorsqu'il s'agit pour un juge national d'apprécier une responsabilité médicale, la résistance des matériaux, un vice de construction ou la situation financière d'une société ; il s'agit là d'un problème d'aménagement des structures judiciaires et non point d'une difficulté due à l'on ne sait quelles mystérieuses vertus du fait économique.

b) On en vient ainsi à constater que, si certaines matières économiques sont régies par des techniques classiques, des matières non économiques sont, à l'inverse, soumises à un droit comportant les mêmes caractéristiques que celles que l'on prête d'ordinaire au droit économique. Le prétexte de la technicité sert dans plus d'un domaine à fuir le juge et le règlement judiciaire : certains milieux médicaux ne demandent-ils pas, par exemple, à voir des problèmes de responsabilité médicale soustraits aux tribunaux pour être soumis à des instances purement professionnelles ? On peut même penser que la tendance à l'intériorisation des procédures de règlement des conflits est commune à toutes les institutions : la différence n'est pas très grande à cet égard entre la vieille doctrine française du ministre-juge et les procédures de règlement des conflits dans mainte Organisation internationale ou les dispositions des statuts du F.M.I. et de la B.I.R.D. réservant aux organes de l'organisation la compétence d'interprétation des statuts. Dans tous ces cas on se trouve en présence de la tentation qu'a toute organisation humaine à vouloir « laver son linge sale en famille » et à se soustraire à l'indiscrétion de juridictions « neutres » : loin d'être « progressiste » et signe d'évolution, comme on le croit trop souvent, l'intériorisation des procédures de règlement des différends économiques constitue une démarche de type corporatif, c'est-à-dire sans doute antidémocratique et régressiste. La difficulté d'isoler le différend se rencontre elle aussi dans des domaines qui n'ont rien d'économique, de même que la double nature de la négociation, à la fois préalable du règlement judiciaire et en elle-même mode de règlement du différend (59). Ce qui est vrai du règlement judiciaire l'est tout autant de la règle de droit. Clauses de sauvegarde et « soupapes de sûreté » se rencontrent dans les matières non économiques plus fréquemment qu'on le croit (60). La règle de droit non contraignante et non sanctionnée, à la limite de l'obligation juridique et de l'obligation morale ou politique, n'est pas davantage l'apanage du droit international économique : le problème du caractère non

(59) Cf. l'affaire du Cameroun septentrional devant la Cour internationale de Justice.

(60) La Déclaration des droits de l'honneur de 1789 en fournit une illustration chaque fois qu'elle subordonne les libertés proclamées à des restrictions législatives indéterminées. Il en va de même des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ; l'article 4 du Pacte relatif aux droits civils et politiques comporte même une clause de sauvegarde générale de pur style « droit économique » (« Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte... »).

impératif — mais néanmoins plus qu'indicatif — des recommandations des Organisations internationales n'est pas propre aux Organisations économiques. Il n'est sans doute pas non plus besoin de chercher bien loin pour trouver des traités internationaux purement politiques qui définissent les obligations des parties de manière imprécise, avec des restrictions et des nuances, et sans qu'aucune sanction juridique ne soit prévue ou même concevable. Les techniques prêtées au droit international économique ne sont-elles pas bien souvent celles du droit international général lui-même ?

Sans doute pourrait-on invoquer un phénomène de plus grande fréquence : les traits relevés à propos du droit international économique, sans pour autant être inconnus du droit international général, seraient plus fréquents, plus accentués dans celui-là que dans celui-ci. A la supposer exacte, cette constatation n'entraînerait cependant pas une spécificité intrinsèque du droit international économique par rapport au reste du droit international, mais seulement une différence de degré — difficilement mesurable au demeurant — dépourvue de toute signification réelle.

C) Des doutes sont, au surplus, permis sur le principe même de la distinction entre un droit économique et un droit qui ne le serait pas (et que l'on pourrait appeler un droit politique).

L'idée n'est certes pas neuve, encore qu'elle ait profondément changé de sens : naguère on opposait volontiers une zone « noble » du droit à une zone seconde composée de matières « techniques » (61) ; aujourd'hui la mode — le droit n'y échappe pas plus que toute autre activité humaine — serait plutôt au renversement de cette échelle de valeurs. Est-elle pour autant fondée ? Peut-on valablement parler d'une zone économique à laquelle les techniques et procédures du droit politique seraient fondamentalement inadaptées ? Une telle distinction « fait bon marché des exigences de la réalité... (et) oublie... les accords internationaux, prétendument techniques, présupposant eux-mêmes des options politiques » (62). L'expérience européenne, par exemple, montre qu'il est bien difficile d'unifier des économies sans aborder des choix politiques. Les décisions politiques ont des répercussions économiques, et les décisions économiques des colorations politiques : on hésite presque à rappeler de telles banalités (63).

D) Mais il faut aller plus loin : c'est l'affirmation même d'une spécificité du phénomène juridique dans ses rapports avec l'économie qui paraît sujette à caution ; c'est l'opposition même entre un droit nor-

(61) M. Charles De Visscher oppose encore aux « solidarités suprêmes » qui mettent en cause les intérêts vitaux des membres de la Communauté internationale les « solidarités mineures » qu'il situe dans l'ordre économique ou technique (*Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Pedone, 1970, p. 112).

(62) Coret, *Le droit des ententes internationales relatives aux produits de base*, Cours Institut des Hautes Etudes internationales, 1969-70, p. 46.

(63) On pense aux tentatives mille fois répétées en droit public français de distinguer une fonction administrative, faite de gestion quotidienne, d'une fonction gouvernementale, faite de décisions « politiques ».



matif — entaché d'irréalisme et un droit prospectif — épousant les faits économiques — qui semble contestable.

Tout droit est prospectif et, partant, aléatoire. Opposer, comme on le fait trop souvent, un droit économique, ouvert sur l'avenir et ses incertitudes, à un droit traditionnel, tourné vers le passé et ses rigidités, constitue une description caricaturale de la technique juridique classique : il est par trop aisé de dénigrer le droit traditionnel si l'on a pris la précaution de lui prêter au préalable les traits négatifs que l'on s'apprête à lui reprocher. Les juristes ont de toute éternité su que le temps n'est pas neutre et que les conditions de fait dans lesquelles la règle de droit est élaborée ne resteront pas figées : ni les législateurs nationaux ni les parties à un contrat ni les Etats signataires d'un traité n'ignorent l'altération que le temps va inéluctablement apporter à l'environnement et au contenu même des rapports juridiques qu'ils instituent. S'ils créent néanmoins du droit, c'est précisément pour maîtriser cette altération, pour lutter contre le temps, pour dominer les fluctuations de fait. Loin d'être un facteur de conservatisme, voire de réaction, le droit constitue ainsi un instrument d'action et de progrès, tourné sur l'avenir, et par là même un témoignage de la volonté et de la liberté humaines.

Cette constatation permet de régler du même coup le sort de ce « réalisme » que l'on attribue en propre au droit économique. Aucun droit ne peut à vrai dire jamais, sous peine de cesser d'être lui-même, épouser entièrement la réalité. La suivre dans ses détours présents le conduirait à prévoir autant de règles qu'il y a de situations concrètes : or la règle de droit se situe par nature même à un niveau minimum d'abstraction et donc de fiction. Une règle qui éclaterait en autant de nuances que la réalité en présente cesserait d'être une règle de droit. Les fluctuations d'avenir ne peuvent pas davantage être toutes reflétées dans la norme juridique, faute de quoi celle-ci changerait chaque jour et la maîtrise du temps serait compromise. La règle de droit doit précéder la réalité et la modeler, non la suivre et la copier. Le « suivisme » économique, s'il est poussé trop loin, conduit à la négation même du droit : si tel fervent du droit économique a pu écrire que ce dernier doit être « la servante de l'économie et non sa maîtresse » (64), d'autres concèdent en revanche qu'« il n'est pas question de transformer les juristes en greffiers des analyses des économistes » (65), car « la règle juridique exprime certaines exigences normatives auxquelles l'économie est appelée à se soumettre » (66). Tout droit est à vrai dire « artificiel », en ce sens qu'« il implique une intention, un projet de l'homme sur la réalité brute » (67). Aussi le droit se construit-il à l'aide de concepts abstraits qui constituent autant de fictions. Ce sont ces fictions qui permettent à l'homme d'exercer son empire sur les données naturelles et d'imprimer ainsi un

(64) Champaud, *op. cit.*, p. 219.

(65) Farjat, *op. cit.*, p. 380.

(66) Jacquemin et Schrans, *op. cit.*, p. 9.

(67) Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 21 s.

certain sens à la réalité au lieu de s'y conformer servilement. « Je suis leur chef, donc je les suis », n'est pas une maxime juridique.

Aussi bien n'y a-t-il pas lieu de se scandaliser de la « juridisation » de certaines notions économiques par le juge. Fût-ce au prix d'un appauvrissement de la réalité, la règle de droit doit être claire et précise ; elle doit assurer stabilité et sécurité. C'est donc volontairement et en toute connaissance de cause qu'elle conduit à « gommer » les aspérités de la « réalité » pour manier des concepts plus généraux et abstraits. Ce n'est pas là un vice rédhibitoire de la norme juridique : c'est sa raison d'être même. Il est normal, par exemple, que le droit fiscal ait retenu une notion du revenu plus étroite et rigoureuse que la notion purement économique (68) ; il est normal aussi que la Cour de Luxembourg ait abandonné les nuances trop particularisantes et renoncé à des analyses économiques qui, à force de fluidité, auraient conduit à l'impossibilité de saisir des droits et obligations nettement définis, notamment en matière d'entreprise ; il est normal enfin que la Cour internationale de Justice s'en soit tenue, dans l'affaire de la Barcelona Traction, à des analyses essentiellement juridiques et ait rejeté le critère purement économique de l'appartenance de l'investissement à une économie donnée (69).

Au réalisme quelque peu étriqué et pessimiste, fait d'une fidélité inconditionnelle aux faits, le droit oppose ainsi, au prix certes de quelques constructions « artificielles », un réalisme d'un niveau plus élevé, fait d'optimisme et d'imagination créatrice. Le véritable réalisme n'est pas là où on le situe trop souvent aujourd'hui : dans un droit qui démissionnerait devant le fait. La formule de Gény demeure exacte : le droit, c'est du construit sur du donné. Le droit doit intégrer le fait, non cependant pour s'y coller, mais pour le dépasser.

Aussi n'est-il pas étonnant que certaines institutions du droit international économique s'avèrent, à force de « réalisme », présenter des inconvénients que le droit traditionnel, dans son artificialité et sa rigidité, aurait sans doute permis d'éviter (70). Les brillantes approxima-

(68) Cf. les remarques de M. Reuter *in* Cours I.H.E.I., précité, p. 5.

(69) Cette dernière conception a été, on le sait, défendue dans son opinion individuelle par le juge Gros. Pour ce dernier « le fondement d'une règle de droit international économique doit s'attacher aux réalités économiques » : le critère juridique de la nationalité de la société doit dès lors être écarté au profit de celui qui « fait coïncider le droit et le fait », de sorte que « c'est à l'Etat dont l'économie nationale est atteinte en fait qu'appartient le droit d'agir en justice » (C.I.J., *Recueil*, 1970, p. 279). La Cour a écarté cette manière de voir, en raison notamment de ce que le critère tiré de l'appartenance de fait de l'investissement à une économie nationale donnée est susceptible de « créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales » (*ibid.*, p. 46, § 87 et p. 49, § 96). De la même manière la Cour a donné tous ses effets au principe qu'une société possède en droit une existence indépendante de celle de ses actionnaires, alors pourtant qu'elle n'ignorait nullement « qu'en substance, c'est-à-dire du point de vue économique, il y a identité entre eux » (*ibid.*, p. 36, § 45).

(70) Les systèmes souples de consultation font ressortir par contraste les vertus des méthodes traditionnelles de règlement judiciaire : v. Figgures, « Legal Aspects of the E.F.T.A. », *I.C.L.Q.*, 1965, p. 1085, et Kovar, *op. cit.*, pp. 72-73.



tions de la règle non contraignante et de la sanction psychologique ne permettent guère de résoudre les problèmes concrets, ainsi que l'affaire de la force obligatoire des accords de Grenelle l'a montré sur le plan français. Le clair-obscur sied mal au droit. Aussi bien un auteur comme M. Farjat est-il conduit à reconnaître que l'image présentée par le droit économique « n'est pas nécessairement rassurante » (71), et MM. Jacquemin et Schrans se demandent-ils de leur côté « si le prix payé pour servir efficacement le système économique n'est pas souvent trop élevé » (72). Il est de fait, on ne saurait le dissimuler, que des conquêtes aussi précieuses de la civilisation que le principe *Pacta sunt servanda* ou l'exigence de la sécurité juridique risquent de sombrer demain avec la vague du droit économique : de proche en proche, c'est tout l'environnement éthique de notre droit qui peut être emporté dans le courant de la mobilité, du réalisme et du concret à tout prix. Mais c'est là une autre histoire.

A la question posée en tête de ces développements — le facteur économique est-il une source irréductible de spécificité juridique ? — une réponse négative paraît en tout cas s'imposer. Aussi n'est-il pas justifié de séparer du droit international général certains chapitres en raison de leur objet économique : faute de quoi on affirmerait, sans aucune raison, que, des deux caractères du droit international économique ; c'est le caractère économique qui est dominant, et l'on minoriserait du même coup la spécificité due à la présence de la souveraineté externe de l'Etat au bénéfice de celle que l'on prêterait au facteur économique.

La réflexion ne peut cependant s'arrêter là. Les particularités techniques relevées n'en existent pas moins, et le fait qu'elles ne soient pas dues spécifiquement au facteur économique ne les fait pas disparaître pour autant. Une autre explication doit dès lors être cherchée afin de déterminer la nature exacte du droit international économique et de définir les rapports de ce dernier avec le droit international général.

### III

## DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

### 1) La nature du droit international économique

Contrairement à ce que pensent les « inflationnistes du droit » (Carbonnier), la plupart des relations humaines se situent en dehors du droit et relèvent soit de rapports de domination (force, prestige, influence)

(71) *Op. cit.*, p. 392.

(72) *Op. cit.*, p. 98.

soit de règles morales non transposées en obligations juridiques : comme l'a brillamment montré M. Carbonnier, « le non-droit est quantitativement plus important que le droit » (73).

Aussi le problème se pose-t-il dans toutes les disciplines des limites entre le droit et le non-droit : en droit public, par exemple, la question des frontières entre le droit et la politique (qui n'est autre que le non-droit) est des plus classiques (théories des actes de gouvernement en droit interne, distinction des différends juridiques et non juridiques en droit international). Sans aller au fond des choses, on peut relever que ces limites varient essentiellement selon trois facteurs. Selon le degré de cohésion du milieu social intéressé, tout d'abord : un milieu structuré comme la société étatique manifeste plus de réceptivité au droit, et accepte donc plus volontiers les servitudes de la norme juridique et de sa sanction, que la société internationale, encore relativement peu cohérente. Selon la matière ensuite : un domaine sur lequel la volonté humaine a peu de prise sera fatalement moins « juridisé » qu'un secteur facilement maîtrisé par l'homme : la maladie et la santé échappent largement au droit, les mutations de propriété en relèvent presque entièrement. La délimitation entre droit et non-droit varie enfin, pour un milieu social et une matière donnés, selon le temps : lorsque le droit pénètre dans un domaine qui ne relevait pas de lui précédemment, lorsqu'il effectue une nouvelle progression, il revêt d'abord des aspects frustes et rudimentaires, et ce n'est qu'au fur et à mesure de son « développement » qu'il se perfectionne et se raffine. Ce phénomène est dû non pas à une croissance organique du droit, qui serait imputable à des facteurs intrinsèques à ce dernier, mais à la réceptivité juridique du milieu ou de la matière qu'il est en train de conquérir : un secteur habitué au non-droit s'accoutume mal aux techniques quelque peu sévères d'un droit déjà élaboré et ce n'est qu'au prix d'une évolution que cette accoutumance peut se réaliser ; c'est ainsi que le droit international public, droit de la souveraineté externe, est moins « développé » que le droit administratif, droit de la souveraineté interne. De ce moindre développement deux symptômes sont particulièrement révélateurs : d'une part, le caractère plus fruste de la règle de droit, qui se réduit à des directives relativement peu contraignantes ; d'autre part, un mécanisme de sanction absent ou rudimentaire, éloigné en tous cas du mécanisme judiciaire, considéré comme l'idéal en la matière (74).

(73) Carbonnier, « L'hypothèse de non-droit », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 553. L'auteur cite notamment un exemple donné par Pothier et qui pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* au droit économique : c'est celui des promesses que l'on fait de bonne foie, avec l'intention de les tenir mais sans l'intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement (« lorsqu'un père promet à son fils qui étudie en droit de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit »).

(74) Les auteurs se plaisent ainsi à souligner le caractère « jeune » du droit du travail, droit « ineffectif et inappliqué » et dans l'application duquel l'opinion publique joue en tous cas un rôle important (v. Rivero et Savatier, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> éd., 1970, p. 18 ; Camerlynck et Lyon-Caen, *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., 1970, pp. 35-36).



Dans le cas des relations économiques internationales les trois facteurs que l'on vient de relever se conjuguent pour faire échapper assez largement cette matière aux techniques juridiques classiques.

La faible cohésion du milieu social intéressé, tout d'abord : à l'exception de quelques secteurs où, précisément, les techniques classiques s'appliquent normalement, on ne peut pas dire que les Etats aient une volonté réelle d'assujettir leurs relations économiques à des normes juridiques précises, contraignantes et sanctionnées. C'est dans la volonté des Etats de conserver leurs rapports économiques dans la zone de la politique, où la rigueur dans celle d'un droit encore embryonnaire, que se trouve l'une des explications des particularités relevées à propos du droit international économique.

Les caractères propres de la matière économique, ensuite. Non pas certes parce qu'il s'agirait d'une matière complexe, que des hommes possédant les connaissances nécessaires pourraient seuls maîtriser (car le problème ne serait alors pas différent de celui que pose l'intervention du droit et du juge dans n'importe quel domaine technique et le droit international économique ne présenterait alors aucune spécificité), mais parce que les phénomènes économiques échappent encore, dans une large mesure, à l'emprise de la volonté humaine. Le droit n'est concevable que s'il repose sur un minimum de connaissance des phénomènes qu'il veut réagir et dominer ; la navigation dans le brouillard suppose à tout le moins des instruments. Or il n'est pas certain que la connaissance des mécanismes économiques soit aujourd'hui suffisamment avancée pour que l'emprise de normes et de sanctions juridiques soit possible dans tous les cas ; peut-être l'économie n'est-elle pas encore assez scientifique pour accepter vraiment le droit.

Enfin intervient le facteur temps : dans les secteurs économiques où la présence du droit est récente, il est normal que ce dernier use de techniques relativement peu sophistiquées ; en gagnant les relations économiques internationales, le droit est condamné à demeurer, un certain temps du moins, assez rudimentaire.

On tient ainsi, pensons-nous, l'explication des caractéristiques techniques du droit international économique : il s'agit, soit de droit à l'état naissant, soit même, dans certains cas, de non-droit affublé du nom de droit (75). Ainsi apparaît la véritable nature du droit international économique en même temps d'ailleurs que celle du droit économique en général. Loin de constituer une forme supérieure et nouvelle du droit, le droit économique se situe dans une zone où le droit n'a pas, ou n'a que peu, pénétré, dans cette frange marginale qui sépare le domaine du non-droit de celui où commence un début de juridisation. Loin d'être un droit plus que parfait, le droit économique est un droit imparfait. Loin de se situer au-delà du droit, il se trouve en-deçà de ce dernier. La tendance si répandue aujourd'hui à chanter les louanges de ce droit spontané, prospectif, tellement apte à épouser les fluctuations

(75) Cf. les observations de M. Virally sur la nature des obligations assumées par les Etats à l'occasion de la seconde décennie du développement (article précité, à paraître in *A.F.D.I.*, 1970).

de la réalité — et à vilipender par voie de corollaire le droit classique trop rigide, trop formaliste, trop « passéiste » — procède, on le constate, d'une singulière méconnaissance de la réalité.

Faut-il préciser que cette analyse ne comporte aucun jugement de valeur ? Il faut se méfier de l'impérialisme pan-juridique qui voudrait que n'importe quelle relation humaine gagnerait à être soumise au droit, et au droit le plus élaboré possible. A chaque milieu social, à chaque matière, à chaque moment son droit. Le degré plus ou moins grand de juridisation ne permet pas plus d'établir une hiérarchie entre le droit économique et le droit politique qu'entre le droit international et le droit interne. Seule est possible ici la pure et simple constatation.

## 2) Le droit international économique, discipline autonome ou simple commodité de langage ?

L'analyse que l'on vient de proposer permet une première constatation : le droit international économique étant dans son ensemble un droit peu développé régissant une société peu structurée, le droit international économique présente incontestablement plus de traits communs avec le droit international général que n'en offre le droit économique interne avec le droit interne traditionnel ; la révision qu'appelle l'apparition d'un droit économique est à coup sûr plus déchirante pour les spécialistes de droit interne que pour ceux de droit international. Cette constatation n'épuise toutefois pas le problème des rapports entre le droit international économique et le droit international général, et force est de se demander dans quelle mesure le droit international économique se rattache encore au droit international général.

Chaque fois que certains chapitres d'une discipline juridique se trouvent présenter des traits nouveaux s'ouvre un processus intellectuel dont le déroulement est bien connu : on commence par minimiser la nouveauté en essayant de faire entrer les innovations dans le cadre des catégories anciennes, puis on parle de phénomène *sui generis*, pour aboutir enfin à se demander si l'ensemble de ces éléments nouveaux ne devrait pas faire l'objet d'un encadrement spécifique à l'intérieur d'une nouvelle branche du droit. Les exemples se pressent à l'esprit : autonomie du droit administratif, du droit fiscal, du droit commercial, du droit du travail, du droit maritime, etc. La tentation de concevoir une discipline autonome nouvelle se trouve encore renforcée lorsque la branche nouvelle fait appel à des éléments empruntés à plusieurs disciplines existantes. Les auteurs qui envisagent la création d'un droit économique transcendant les distinctions actuelles entre droit privé et droit public, d'une part, entre droit interne et droit international, d'autre part, se situent ainsi dans le droit fil de ceux qui ont poussé naguère à la reconnaissance d'un droit fiscal ou d'un droit du travail autonomes.

La notion de discipline juridique est à vrai dire l'une des plus difficiles à saisir qui soit ? Deux conceptions différentes peuvent, à titre de première approximation, être distinguées.



Dans une première conception on qualifie de discipline juridique un ensemble de matières que l'on isole en vue d'un examen particulier ou d'un enseignement distinct ; tous les découpages et tous les regroupements sont alors légitimes. Pour s'en tenir au droit international économique, il est tout aussi légitime d'isoler un droit des contrats entre personnes privées de nationalités différentes qu'un droit des contrats entre Etats et étrangers ou un droit couvrant l'ensemble de ces divers aspects ; de même rien n'interdit de regrouper l'étude des législations nationales en matière de commerce extérieur et de change, ou bien des règles internationales sur ces questions, ou bien de l'ensemble des règles nationales et internationales. Dans cette optique, encore une fois, tout est possible, tout est permis.

Mais à côté de cette conception purement pragmatique on peut songer à une conception plus scientifique : il s'agit de savoir si un ensemble de règles présente les traits qui permettent d'y voir un corps de droit distinct des autres. Apparemment on se trouve en présence d'un problème de spécificité, donc de ressemblance-différence : cet ensemble de règles possède-t-il des caractères qui lui soient propres et le distinguent de tout autre ensemble de règles ? Il n'est pas difficile pourtant de se rendre compte que toute recherche dans cette direction est condamnée à demeurer stérile. La notion de ressemblance-différence n'a en effet aucun contenu précis. A un niveau de comparaison globale tous les hommes se ressemblent ; au niveau des empreintes digitales plus personne ne ressemble à personne ; à un niveau de comparaison moyen chaque homme ressemble à d'autres à certains points de vue et s'en distingue à d'autres. Il n'en va pas autrement ici. A un niveau de comparaison très élevé la notion d'autonomie d'une discipline juridique n'a plus aucun sens : du seul fait que toutes les branches juridiques font partie d'un même ensemble. Le droit, elles présentent toutes certaines caractéristiques communes, qui font précisément qu'elles sont juridiques, et non pas mathématiques ou médicales. C'est parce qu'il se plaçait à ce niveau-là que Gény a, dans la célèbre controverse qui l'opposait à M. Troabas, considéré comme « inacceptable » l'idée même d'une autonomie du droit fiscal et exalté « la maîtrise suprême du même et unique Droit » (76). A l'autre extrémité de l'éventail, c'est-à-dire à un niveau de comparaison très bas la notion d'autonomie perd également toute signification, car chaque branche du droit se distingue par certains côtés de toute autre branche, et chaque chapitre de tout autre chapitre : le droit international est spécifique par rapport au droit interne, mais le droit international de la mer l'est par rapport à celui des fleuves, et celui de la haute mer par rapport à celui de la mer territoriale ; « dans tous les compartiments juridique apparaît une spécification qu'individualise chaque cas en lui assignant une physionomie originale » (77).

(76) Gény, « Le particularisme du droit fiscal », *Rev. trim. dr. civil*, 1931, p. 797 s., not. pp. 799 et 831. Cf. les remarques de MM. Rivero et Savatier à propos du droit du travail : « aucune branche du droit n'est en un sens complètement autonome : dans chaque pays, à chaque époque de l'histoire, toutes font partie d'un même système de civilisation et obéissent aux mêmes principes fondamentaux » (*op. cit.*, p. 15).

(77) Gény, *op. cit.*, p. 800.



Entre ces deux extrêmes, où la notion d'autonomie n'a pas de sens, se situe toute la gamme des niveaux et critères de comparaison concevables. Le critère de la spécificité ne permet donc pas, à lui seul, de résoudre le problème de l'autonomie d'une discipline juridique ; de ce point de vue là le débat est sans issue. L'autonomie d'une discipline ne peut à vrai s'apprécier *in globo* ; mais seulement sur des points particuliers. Si l'on peut affirmer que le droit administratif est autonome par rapport au droit civil, ce n'est pas parce que le contrat administratif, par exemple, ne « ressemblerait » pas au contrat de droit privé, mais tout simplement parce qu'il n'est pas lié par le Code civil. Si l'on peut dire que le droit fiscal est autonome par rapport au droit civil, au droit commercial ou au droit administratif, c'est parce qu'il n'apprécie pas les situations qu'il prend en considération de la même manière que ne le font ces disciplines (78). Or aucune particularité concrète de cet ordre ne peut être relevée pour ce qui est du droit international économique : seules peuvent être constatées des caractéristiques techniques dues à l'état embryonnaire de la juridisation des relations économiques internationales, caractéristiques qui se retrouvent ailleurs qu'en droit international économique et qui n'intéressent au demeurant qu'une partie de ce dernier.

Ainsi donc il n'existe pas de droit international économique autonome, au sens scientifique du terme : le droit international économique fait partie intégrante du droit international au même titre que le droit des traités ou celui de la neutralité. Présenter le droit international économique comme une discipline autonome, comme un corps de droit séparé, c'est — pour reprendre des expressions de Gény à propos de l'autonomie du droit fiscal — recourir à « une expression de combat, excessive, de parti pris », c'est succomber au « chatoisement des concepts » et au « cliquetis des mots » (79).

Est-ce à dire pour autant que l'expression même de droit international économique devrait être bannie de notre vocabulaire ? Ce serait assurément aller trop loin. Comme nous l'avons souligné, rien n'interdit de s'attacher plus particulièrement à tel ou tel secteur d'une discipline ou de regrouper autour d'un pôle d'intérêt déterminé des éléments empruntés à plusieurs disciplines. Ainsi naissent des « disciplines » comme le droit monétaire international ou le droit maritime international, et, par-dessus la distinction entre droit interne et droit international, des « disciplines » comme le droit de l'arbitrage international ou de droit des transports internationaux ; le déjà célèbre « droit international du développement » est du même ordre.

Ce n'est que sous cette forme modeste et pragmatique, dépourvue de toute ambition scientifique, que le vocable de droit international économique ou de droit économique international peut être reçu. Il ne s'agit pas d'un concept, mais d'un terme-résumé : on ne définit pas le droit international économique, on le décrit. Aussi le problème de son contenu

(78) V. Trotabas, « Essai sur le droit fiscal », *Rev. sc. et législ. financières*, 1928, p. 201 s., not, p. 204 ; *Finances publiques*, 5<sup>e</sup> éd., 1970, n° 275.

(79) *Ibid.*, p. 799.

et de sa délimitation par rapport à d'autres branches du droit n'a-t-il ni signification ni portée : le droit international économique peut être délimité de mille manières différentes, et toutes sont aussi valables les unes les autres.

Pour les uns, il se limite qu'aux problèmes de pur droit international public : relations économiques de caractère étatique et activités des Organisations internationales économiques (80). L'étendue précise du domaine ainsi couvert ne laisse pas d'ailleurs de demeurer sujette à controverse, car tel exclura de son étude le droit international du travail, le droit social international ou le droit international des transports (81), alors que tel autre y inclura tous les « grands secteurs de l'activité économique et sociale auxquels s'appliquent des systèmes juridiques distincts, tels que droit international agricole, droit international de l'énergie, des transports et des communications, des relations monétaires et financières, des matières premières industrielles du commerce, ou droit international social, de la santé, de la prévoyance et de la sécurité sociale, des migrations, etc. » (82).

Pour d'autres auteurs, le droit international économique devra déborder le cadre des relations interétatiques et des activités des Organisations internationales à caractère économique pour englober toutes les règles, même d'origine nationale et même de pur droit privé, régissant les relations économiques traversant les frontières. C'est ainsi que M. Erler, dans son article déjà cité du *Dictionnaire* de Strupp et Schlochauer, n'hésite pas à définir le droit économique international comme « la somme des normes qui déterminent la conduite des sujets de droit participant au mouvement économique traversant des frontières » (83), et de préciser que cette discipline ne consiste pas « dans le droit international de la réglementation de l'économie, mais dans le droit de la réglementation de l'économie internationale » (84) ; aussi y inclut-il non seulement le droit international économique entendu au sens du droit international public mais le droit national régissant le commerce extérieur et les douanes. Allant plus loin encore, certains auteurs incluent dans le droit international économique des règles de droit international privé relatives aux rapports économiques ou même des relations commerciales de droit privé mettant en cause plusieurs pays (vente internationale de biens, crédits bancaires, assurances, arbitrage commercial, etc.).

Bien d'autres conceptions et délimitations ont été proposées : certains préfèrent parler de *Völkerhandelsrecht* ou de *commercial law of*

(80) Ainsi Schwarzenberger (« The principles and Standards of International Economic Law », *R.C.A.D.I.*, 1966 - I, t. 117, p. 7 ; *The Frontiers of International Law*, Londres, 1962, p. 213) ; Colliard (*op. cit.*, p. 5) ; Kovar (*op. cit.*, p. 1) ; Jacquemin et Schrans (*op. cit.*, p. 79) ; Coret (*op. cit.*, p. 45) ; etc.

(81) Schwarzenberger, *loc. cit.*

(82) Vellas, *op. cit.*, p. 73.

(83) « Die Summe der Normen, die das Verhalten der an grenzüberschreitender Wirtschaftsverkehr beteiligten Rechtssubjekte... bestimmen ».

(84) « Es handelt sich... nicht um das internationale Recht der Regelung der Wirtschaft, sondern um das Recht der Regelung der internationalen Wirtschaft. »



nations (85) ; d'autres distinguent le droit commercial international du droit international économique ; M. Friedman se réfère au international economic development law, dans lequel il inclut surtout le problème des accords de développement économique entre Etat et investisseurs privés étrangers (86) ; M. Vellas emploie le terme de droit international économique et social ; pour M. Blagojevic, le droit international économique a pour objet d'éliminer les séquelles de l'époque coloniale et les inégalités dans le développement des divers pays (87).

Ces conceptions ont toutes exactement la même valeur : ce sont des regroupements commodes, sans plus. La même observation peut être faite pour le droit économique interne ; là encore on trouve autant de manières de le composer qu'il y a d'auteurs à s'en occuper (88), et là encore il n'y a pas de raison scientifique pour opter entre ces diverses conceptions, lesquelles ne constituent guère plus que des modalités de présentation. Tout aussi légitimes sont, sous cet angle, la tentative faite par M. Farjat de regrouper en un droit économique français les aspects économiques des diverses branches du droit français (public, privé, pénal) (81), ou celle faite par MM. Jacquemin et Schrans de regrouper en un droit économique général les divers droits économiques nationaux, le droit des Communautés européennes et le droit économique international (90). Ces présentations sont toutes parfaitement acceptables dès lors qu'on n'y voit pas davantage que des commodités de langage et qu'on ne prétend pas à la constitution d'une discipline autonome nouvelle (91).

(85) Mann, « Reflections on a Commercial Law of Nations », *B.Y.B.I.L.*, 1957.

(86) *Op. cit.*, p. 176.

(87) Blagojevic, *op. cit.*

(88) En France par exemple, s'opposent essentiellement une conception étroite, pour laquelle le droit économique réunit les règles permettant à l'Etat d'agir sur l'économie, et une conception large, pour laquelle le droit économique est « le droit de l'organisation et du développement économiques, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre » (Champaud, *D.*, 1967, Chron., p. 215). Sur ces deux conceptions v. Jacquemin et Schrans, *op. cit.*, p. 52 s.). Pour M. Savy, le droit économique est l'« ensemble des règles tendant à assurer un équilibre... entre les intérêts particuliers des agents économiques publics ou privés et un intérêt économique général » (*op. cit.*). Pour M. Farjat, le droit économique est « le droit de la concertation ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par des pouvoirs privés ou publics » (*op. cit.*, pp. 14 et 425). Sur l'absence d'homogénéité et de cohérence de la notion de droit administratif économique, et sur l'impossibilité d'y voir une discipline unifiée, v. les observations de M. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. III, pp. 431-432.

(89) Farjat, *Le droit économique*, précité.

(90) Jacquemin et Schrans, *Le droit économique*, précité.

(91) Telle est l'attitude de MM. Jacquemin et Schrans, qui ne voient dans le droit économique qu'une « méthode d'approche », une nouvelle optique vis-à-vis des matières traditionnelles », du « droit envisagé dans ses conséquences économiques » (pp. 87 et 90). M. Farjat, au contraire, y voit une « nouvelle discipline », une « nouvelle branche du système juridique » (v. notamment pp. 379 s. et 414 s.) ; mais s'il proclame son autonomie par rapport à d'autres branches du droit et sa cohésion interne, il ne paraît pas se faire trop d'illusion sur cette dernière (p. 428). Affirmer, comme il le fait, que « l'économisme » donne au droit économique une cohérence idéologique, com-



Les analyses qui précèdent paraissent conduire aux conclusions suivantes :

1° Le droit international présente, dans certaines de ses parties économiques, des traits techniques apparemment originaux.

2° Cette originalité n'est toutefois pas imputable au caractère économique des matières concernées, mais à la circonstance qu'il s'agit de domaines relevant de situations de non-droit ou tout au moins de situations de droit à l'état naissant.

3° Le caractère économique des matières en cause ne constitue guère plus qu'un simple coefficient inapte à donner naissance à une discipline autonome, à un corps de droit distinct. Les termes de droit international économique ou de droit économique international ne peuvent être employés que pour désigner d'un vocable commode un ensemble de règles et d'institutions regroupées pour les besoins de l'exposition, autour d'un centre d'intérêt tiré de l'objet économique de la matière. Sur le plan scientifique, le droit international économique ne constitue qu'un chapitre parmi d'autres du droit international général.

me le principe de l'autonomie de la volonté la donnait au droit classique » (p. 385) constitue au surplus une pétition de principe, tout le problème étant précisément de savoir si l'« économisme » donne au droit des caractères spécifiques — ce qui est, on l'a vu, plus que douteux (cf. la remarque de M. de Laubadère à propos du droit administratif économique : « l'idée commune à toutes ces manifestations semble être seulement l'imprégnation des règles de ce droit par des données économiques et des besoins de la vie économique », *loc. cit.*).