

Echanges internationaux, ... de quels droits ?

Par Sébastien Manciaux¹

A l'évocation des échanges économiques internationaux, l'image qui vient à l'esprit est souvent celle de ces immenses navires qui sillonnent les mers pour livrer à différents endroits du globe des matières premières produites ou des marchandises fabriquées ailleurs². Les opérations d'import-export ainsi réalisées sont pour beaucoup à la fois le symbole de la mondialisation de l'économie et de la supériorité de la volonté des opérateurs du commerce international sur les régulations mises en place par les Etats (ou qui devraient l'être).

Comme toute caricature, cette représentation a quelque chose de vrai mais est aussi réductrice. Elle conduit à ignorer la diversité et la complexité des opérations économiques constitutives de ces échanges internationaux. Elle conduit à ignorer également la grande variété (peut-être trop grande variété) et la sophistication des règles de droit qui encadrent ces opérations et ne dit rien des enjeux sous-jacents.

« Echanges internationaux, ... de quels droits ? ». Le pluriel s'impose. Et il s'impose à la fois pour décrire le phénomène économique considéré, les échanges internationaux dans leur diversité, et sa régulation par des règles de droit qui sont elles aussi d'une très grande variété. Dans l'immédiat après Seconde Guerre mondiale l'histoire aurait cependant pu s'écrire autrement et mener à un autre scénario que celui que nous ne connaissons actuellement. C'est ainsi qu'avant d'évoquer la mosaïque actuelle des règles de droit applicables aux échanges internationaux (III), il n'est sans doute pas inutile de rappeler la consistance de ceux-ci (I) ainsi que l'évolution de leur régulation depuis la fin du Second Conflit Mondial (II).

I) Echanges internationaux, de quoi parle-t-on ?

On entend déjà par échanges internationaux la vente internationale de biens corporels, matières premières et marchandises. Comme indiqué précédemment, c'est la représentation la plus évidente des échanges internationaux, celle qui parle à tous.

Mais l'on peut aussi céder un bien incorporel tel un brevet ou une marque ou concéder un droit d'exploitation de ce bien (licence de brevet ou d'utilisation d'une marque). On concède de la même façon des droits d'exploitation d'une ressource rare comme un gisement pétrolier ou minier, une fréquence hertzienne, une licence d'opérateur téléphonique ou encore des créneaux d'atterrissage et de décollage d'un

¹Cet article est tiré d'une communication présentée le 20 novembre 2019 lors de la conférence « Chine-Afrique-Europe : quelles normes pour quelle coopération ? ». L'auteur tient à remercier les organisateurs de l'événement pour leur aimable invitation ainsi que pour lui avoir fourni le titre -si bien trouvé- de cette communication.

² En 2017, plus de 80 % des échanges de marchandises, en volume, et plus de 70 % de leur valeur, étaient transportés par mer à bord des navires et traités par les ports maritimes du monde entier (source Le Moniteur du commerce international, <https://www.lemoci.com/actualites/transports-logistique/transport-maritime-international-le-commerce-maritime-connaît-une-embellie-selon-la-cnuccd/>).

aéroport international. Sans doute moins connus parce que moins facilement identifiables, ces échanges internationaux portent pourtant sur des montants très importants.

Les échanges internationaux peuvent aussi consister en la commercialisation de services proposés dans des domaines très diversifiés : organisation d'un voyage touristique ou d'affaire, maintenance d'un système informatique ou d'un avion de ligne, financement d'une opération internationale, consultations ou conseils dans les domaines économiques, financiers, juridiques etc. Les échanges de service portent eux aussi sur des montants très importants³ et de nos jours les entreprises réalisent souvent plus de bénéfices sur les services liés aux biens qu'elles vendent plutôt que sur la vente de ces biens par elle-même⁴.

Enfin les investissements internationaux constituent une modalité des échanges internationaux entendus au sens large. Investir à l'étranger c'est se donner la possibilité de produire ailleurs les biens ou services que l'on propose déjà depuis son pays d'origine. L'investissement international est ainsi la continuation du commerce international sous une autre forme. On relèvera que les investissements internationaux ont connu un développement spectaculaire ces quarante dernières années et ce pour plusieurs raisons⁵.

Investir à l'étranger permet d'abord de produire ailleurs moins cher ce que l'on produisait chez soi. C'est le phénomène de délocalisation qui a frappé les pays les plus industrialisés, notamment depuis les années 90, et qui a profité à un certain nombre d'autres Etats, à commencer par la Chine, et désormais le Vietnam, la Tunisie, le Maroc, l'Ethiopie, etc.

Investir à l'étranger permet ensuite de vendre sur de nouveaux marchés sans avoir à supporter les droits de douanes qui frappent les importations. Cela permet également de donner une coloration locale à ses produits, qu'elle soit souhaitée par les clients (tel Airbus qui a ouvert une ligne de production à Mobile dans l'Alabama notamment pour fournir les compagnies aériennes américaines⁶), ou imposée par certains Etats, telle la politique du « *make in India* » imposée par les gouvernements indiens successifs depuis quelques années.

Investir à l'étranger est encore indispensable pour y développer toute une série de prestations de services qui nécessitent la proximité avec le client⁷. Enfin, de nombreux

³ En 2014, les exportations internationales de services ont représenté 21 % (un peu plus de 5 000 milliards de dollars) du total des exportations mondiales, soit une hausse de près de 5 % par rapport à l'année précédente, cependant que les exportations de marchandises (19 000 milliards de dollars) n'ont augmenté que de 0,3 % en prix courants, indique le Manuel de statistiques 2015 de la CNUCED. Pour l'année, la valeur totale des exportations mondiales s'est donc montée à 24 000 milliards de dollars, en hausse de 1,2 % par rapport à l'année précédente.

⁴ L'édition 2019 du Rapport sur le commerce mondial de l'OMC souligne que les services sont devenus la composante la plus dynamique du commerce international et que leur rôle continuera d'augmenter au cours des prochaines décennies (https://www.wto.org/french/news_f/news19_f/wtr_09oct19_f.htm).

⁵ Il y a eu en 2018 1.297 milliards de dollars d'investissements directs réalisés à l'étranger. Cette année là, les filiales à l'étranger des entreprises multinationales employaient plus de 75 millions de salariés et commercialisaient pour plus de 27.000 milliards de dollars de biens et services (sources, *World Investment Report 2019*, UNCTAD/WIR/2019, United Nations publication No. E.19.II.D.12).

⁶ Mais aussi pour avoir ainsi une partie de sa production libellée en dollars et ainsi échapper aux fluctuations de l'euro par rapport à la monnaie américaine.

⁷ Par exemple développer une activité de maintenance aéronautique au niveau mondial suppose de disposer d'ateliers d'entretien-réparation installés à des endroits stratégiques. Et il faut également

Etats imposent que dans certains domaines d'activité, comme le secteur bancaire, les prestations proposées ne puissent l'être que par une entreprise locale. Si une entreprise veut développer sa clientèle et son chiffre d'affaire dans ces pays, il lui faut donc y investir en créant une filiale -parfois détenue majoritairement par un partenaire local-ou racheter sur place une entreprise déjà existante par l'intermédiaire de laquelle elle réalisera son activité.

Sur le plan historique, ces différentes facettes des échanges internationaux se sont développées à des rythmes différents, le commerce des biens incorporels, celui des services et le développement des investissements internationaux prenant progressivement de l'importance par rapport au commerce des marchandises. Cette évolution progressive n'a pas été sans conséquence sur l'évolution du cadre juridique de ces échanges, même si elle n'explique pas tout.

II) La régulation des échanges internationaux depuis la seconde guerre mondiale

Les échanges internationaux ont atteint au XXIème siècle un degré de sophistication jamais atteint jusqu'à présent avec le commerce en ligne, la dématérialisation des moyens de paiement et, de plus en plus, l'utilisation de « block chains » pour la conclusion de contrats et la préservation de leur intégrité. Ce n'est pas à dire pour autant que la matière était simple au sortir de la deuxième guerre mondiale. La nécessité de distinguer le commerce des produits de base de celui des produits manufacturés était déjà d'actualité. Et la question de l'investissement à l'étranger, porté par le développement des premières multinationales, américaines, commençait à poindre. Ces différentes facettes des échanges internationaux ont pourtant bien failli être régulées par un même texte et une même organisation (A) avant que ne se produise une dislocation qui continue à produire ses effets 70 ans après (B) même si l'heure est à une certaine réunification des règles (C).

A) Une tentative d'approche unitaire dans l'immédiat après-guerre

Le plus extraordinaire est certainement que dès la fin de la seconde guerre mondiale, à la suite des accords de Bretton Woods ait été envisagée une Organisation internationale du commerce (OIC) qui devait gérer l'ensemble des échanges internationaux connus à cette époque. L'OIC était conçue comme le troisième pilier d'un ensemble destiné avec la Banque Mondiale (BIRD à l'époque) et le Fonds Monétaire International (FMI) à réguler les échanges économiques internationaux (fonction de l'OIC), à favoriser le développement par le biais de grands projets financés internationalement (fonction de la BM), le tout dans un environnement monétaire stabilisé (fonction du FMI).

L'OIC et les règles qu'elle devait porter ont été discutées lors d'une conférence tenue à la Havane de novembre 1947 à mars 1948 intitulée « Conférence des Nations

s'implanter à l'étranger si l'on veut y gérer des ports, des aéroports, des autoroutes, des réseaux de distribution d'eau, d'électricité, de collectes et de retraitement des déchets, etc.

Unies sur le commerce et l'emploi »⁸. Cet intitulé et les règles proposées constituaient une approche très différente des conceptions actuelles du commerce international. Il était notamment prévu que le développement de chaque pays devait être fondé sur la coopération et non sur la concurrence portée par le libre échange de notre monde actuel. Après un chapitre premier exposant dans un article unique le but général et les objectifs de l'OIC, le deuxième Chapitre (articles 2 à 7) était intitulé « Emploi et activité économique », le troisième intitulé « Développement économique et reconstruction » contenait notamment un long article 12 dédié aux investissements internationaux et le Chapitre VI était entièrement consacré aux « Accords intergouvernementaux sur les produits de base ». A la fin des années 40, cette approche avait tout son sens : il s'agissait à la fois de remédier aux conséquences de la Seconde Guerre Mondiale- en reconstruisant - et de prévenir un troisième conflit mondial en s'attaquant aux facteurs qui avaient mené à la montée des fascismes en Europe à un conflit généralisé, la crise économique de 1929 et le chômage de masse qui s'en était suivi notamment.

Mais, signée le 24 mars 1948, la Charte de la Havane n'a pas été ratifiée, l'OIC n'a pas vu le jour et c'est la fragmentation des règles qui s'est substituée à la vision systémique proposée.

B) Une régulation fragmentée

De la Charte de la Havane, seul a été mis en œuvre sous la forme d'un accord remanié son chapitre IV consacré aux Politiques commerciales. Cet accord sur les tarifs douaniers et le commerce est plus connu sous son acronyme anglais de GATT (pour *General Agreement on Tariffs and Trade*).

C'est à partir de ce moment que l'on a assisté à un développement séparé des règles applicables au commerce des biens, de celles applicables au commerce des services et de celles applicables aux investissements internationaux.

La régulation du commerce des biens est devenue l'apanage du GATT. Simple accord relatif au commerce des biens et au droit de douane, le GATT s'est progressivement développé tout azimute. Tout d'abord le nombre des pays membres du GATT a beaucoup augmenté : de 23 au départ ils étaient déjà 99 lors du Tokyo Round (1973-1979) représentant plus des 9/10^e du commerce mondial. Le GATT s'est ensuite doté d'un secrétariat alors même qu'il n'a jamais été une organisation internationale dotée de la personnalité morale. Enfin le GATT a progressivement étendu son champ d'intervention.

Les premiers cycles ou rounds du GATT n'avaient en effet porté que sur l'abaissement des droits de douane applicables aux marchandises. Mais à partir du Kennedy round (1963-1967), le GATT s'est intéressé aux problèmes de dumping et à un traitement différencié des Etats en voie de développement par le biais de l'adoption de mécanismes préférentiels.

Le commerce des services pour sa part n'a été abordé qu'il y a un peu plus de trente ans, à compter de l'Uruguay Round (1986-1994), à la demande de la délégation

⁸ Il est résulté de cette conférence une Charte qui peut être utilement obtenue à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf. Sur les négociations de cette Charte et le projet qu'elle portait, v. par exemple F. Collart Dutilleul, *La Charte de la Havane, pour une autre mondialisation*, Dalloz, 2018, coll. Tiré à part.

américaine. Il a alors été décidé d'élaborer l'accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS en anglais), c'est à dire un accord propre au commerce des services, distinct du GATT.

La volonté de relancer le mode de règlement des différends du GATT ainsi que d'autres considérations ont mené, à la fin du cycle de l'Uruguay, à la conclusion en 1994 de l'Accord de Marrakech créant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). L'OMC est, à la différence du GATT, une organisation internationale mais avec une place à part dans le système des Nations Unies. L'OMC gère désormais et depuis 25 ans de nombreux accords dont le GATT et le GATS, les règles du GATS étant donc distinctes des règles du GATT. L'OMC est également dotée d'un mécanisme de règlement des différends qui traverse quelques remous actuellement.

Les règles destinées à réguler les investissements internationaux se sont développées parallèlement mais séparément. On a d'abord assisté à l'émergence puis à la multiplication de Traités bilatéraux sur les investissements (TBI). Le premier d'entre eux a été conclu en 1959 entre l'Allemagne (la RFA de l'époque) et le Pakistan. La CNUCED dénombre fin 2018 2932 TBI conclus, parmi lesquels plus de 2400 sont en vigueur⁹. Sont ensuite apparus des Traités multilatéraux spécialisés : d'abord la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), c'est à dire un mécanisme de règlement des différends propres aux investissements, ensuite la Convention de Séoul de 1988 créant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) chargée de mettre en œuvre un mécanisme d'assurance des investissements internationaux.

Et il a fallu les années 90 pour que l'on tente à nouveau d'englober dans la même réflexion les questions de commerce international et d'investissements internationaux.

C) Une nouvelle approche « unificatrice »

Cette nouvelle approche résulte d'abord de la conclusion d'Accords de libre échange (ALE ou FTA pour *Free Trade Agreements*).

Les ALE sont des accords régissant à la fois le commerce des biens, le commerce des services et la protection des droits de propriété industrielle. Mais les ALE réglementent aussi et généralement les investissements internationaux, les aides d'Etat et les marchés publics. Le premier ALE a été conclu au début des années 90 par les Etats-Unis avec le Canada avant de parvenir à un accord à 3 avec le Mexique par le biais de l'Accord de libre échange nord américain (ALENA), en 1994. Les Accords de libre échange se sont ensuite multipliés, Accords bilatéraux ou projets d'Accords multilatéraux qui n'ont pas tous connus le même sort : certains ont abouti tel le fameux CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) conclu entre l'Union européenne et le Canada, ou le CPTPP (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership*) conclu entre 11 Etats de la zone Pacifique, quand d'autres sont dans l'impasse comme le TIPP (*Trade and Investment Partnership*) envisagé entre l'Union européenne et les USA à l'époque de l'administration Obama. L'approche « globale » des ALE initiée par les USA a donc été reprise par d'autres, notamment par l'Union européenne (UE), mais il s'agit d'approches « unificatrices » bilatérales ou régionales et non pas à vocation universelle.

⁹ « Taking Stock of IIA Reform :Recent Developments », *IIA Issues Note*, UNCTAD, June 2019, Issue 3.

L'approche universelle devrait être logiquement portée par l'OMC. Et de fait, à côté du GATT et du GATS ont été conclus d'autres accords généraux, également gérés par l'OMC, dont certains établissent des ponts entre commerce et investissement ou entre propriété industrielle et investissement. Il s'agit de l'accord TRIM (*Trade Related Investment Measures*) et de l'accord ADPIC (*Accord sur les Droits de Propriété Industriels liés au Commerce*). Mais ces accords n'abordent qu'à la marge la problématique « investissement ».

Il avait donc été décidé à la conférence de Doha (2001) que l'OMC devait prendre en charge et à bras le corps la problématique investissement au niveau multilatéral, reprenant notamment le flambeau d'un Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI) qui n'avait pas pu voir le jour sous les auspices de l'OCDE. Mais depuis cette décision, aucune avancée notable n'a été enregistrée au sein de l'OMC, et aucun progrès n'est attendu à court et moyen terme.

C'est donc toujours l'éparpillement et la diversité des règles qui prévalent.

III) L'éparpillement actuel des règles régulant les échanges internationaux

L'éparpillement actuel des règles régulant les échanges internationaux s'explique par un facteur apparent (A) et d'autres plus cachés (B).

A) Le facteur apparent : la diversité des faiseurs de règles

Une des spécificités du droit du commerce international réside dans la diversité des faiseurs de règles (« *rules makers* » en anglais), entreprises et Etats notamment.

1) De nombreuses règles créées par les entreprises

Les entreprises, actrices principales du commerce international, sont en effet et également des créatrices de règles de droit, soit dans leurs relations particulières, soit par le biais des associations et entités dans lesquelles elles interviennent.

On constate d'abord des tentatives de création unilatérale de règles par le biais de contrats modèles, de conditions générales d'achat ou de vente que les entreprises les plus puissantes essayent d'imposer à leurs fournisseurs ou à leurs clients. Mais les entreprises créent surtout des règles indirectement, par le biais des organisations professionnelles auxquelles elles participent. Il s'agit d'une part d'associations professionnelles telle la *Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils* (FIDIC¹⁰), la *Grain And Feed Trade Association* (GAFTA¹¹), la *Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés* (FIATA¹²), etc., d'autre part de chambres de commerce à vocation internationale telle la *Chambre de commerce internationale* (CCI) basée à Paris et qui se présente comme

¹⁰ <http://fidic.org>.

¹¹ <https://www.gafta.com>.

¹² <https://fiata.com/home.html>. La FIATA par exemple représente 40.000 entreprises de transport et de logistique à travers le monde.

l'organisation mondiale des entreprises¹³, la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC¹⁴) ou encore la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC¹⁵) pour n'en citer que trois parmi les plus connues.

Pour mesurer l'importance et l'influence de ces organisations professionnelles en termes de production de normes, il suffira de rappeler ici que la GAFTA propose plus de deux cents contrats types à ces adhérents utilisés dans 80% des contrats de transport international de céréales dans le monde, ou que la CCI remet à jour régulièrement et depuis 1936 ses Incoterms qui sont utilisés dans le monde entier¹⁶ et qu'elle propose des règles uniformes pour le crédit documentaire¹⁷ et les garanties autonomes¹⁸ qui sont autant de mécanismes clés des échanges internationaux.

2) Les règles créées par les Etats

Les Etats sont également et évidemment des créateurs de règles, chacun pour ce qui le concerne ou ensemble par le biais des Traités qu'ils concluent et/ou des organisations internationales auxquelles ils participent.

S'agissant de la création de règles internationales par le biais de traités, le constat qui peut être fait est celui de la fragmentation.

D'abord parce que la plupart des Traités conclus sont sectoriels ou ne s'appliquent qu'à une opération donnée, tel le Traité sur la Charte de l'Energie limitée - comme son nom l'indique- au secteur de l'énergie, ou telle encore la Convention sur la vente Internationale de Marchandise (CVIM) qui ne régit -que partiellement- certains aspects d'une seule opération (la vente) portant sur une seule catégorie de biens (les biens corporels). C'est également le cas des différents corpus de règles et conventions internationales en matière de transport qui ne régissent chacun ou chacune qu'un mode de transport : *Règles dites de La Haye-Visby* (protocoles de 1978 et 1979 modifiant la Convention de Bruxelles de 1924) et *Règles de Hambourg* (1978) pour le transport maritime, *Convention de Montréal* (1999) pour le transport aérien, *Règles de Vilnius* (1999) pour le transport par fer, *Convention de Genève* (1956) pour le transport par route, *Convention de Budapest* (2001) pour le transport fluvial. Alors que le dernier quart du XXème siècle a vu la consécration du transport par containers facilitant le transport multimodal (transport de marchandises effectué par au moins deux modes différents), la *Convention de Genève* (1980) sur les transports multimodaux internationaux qui aurait pu unifier la matière n'est jamais entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes.

Ensuite, dans de nombreux domaines, aucun accord n'a pu être trouvé sur un Traité multilatéral unique, tel l'échec du projet de l'Accord Multilatéral sur les Investissements, de sorte que, au lieu d'avoir un texte, existent des centaines et parfois des milliers Traités bilatéraux ou régionaux. On recense ainsi plus de 2400 TBI et ALE en vigueur pour régir les investissements internationaux et il existe plus de 3000 Traités bilatéraux en matière fiscale afin d'éviter la double imposition. Il est évident qu'avoir des centaines -voire des

¹³ <http://www.icc-france.fr>

¹⁴ <https://english.chamber.se>

¹⁵ <http://www.cietac.org/?l=en>

¹⁶ Une nouvelle version des Incoterms (les Incoterms 2020) est entrée en vigueur au premier janvier de cette année.

¹⁷ Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600, dernière révision en 2007).

¹⁸ Règles et usances sur les garanties sur demande (RUGD 758, dernière révision en 2010).

milliers- de Traités là où l'on pourrait n'en avoir qu'un seul est un facteur de complexité et de fragmentation des règles applicables aux échanges internationaux. Et l'on ajoutera enfin que l'hostilité au multilatéralisme développée à l'heure actuelle par quelques grands Etats -tels les USA et le Royaume-Uni- ne permet pas d'envisager une amélioration en ce domaine à court terme.

Les règles de droit interne créées par chaque Etat peuvent également régir les échanges internationaux, et certaines sont d'ailleurs destinées à cette seule fin. Parmi ces règles internes, certaines sont d'application impératives (lois de police) et parmi elles il en est d'application extraterritoriale. Ces dernières méritent que l'on s'y arrête car elles constituent une exception au principe qui veut que, par sa législation interne, chaque Etat ne régule que ce qui se passe sur son territoire ou que ce qui concerne ses propres ressortissants. Certaines de ces règles s'appliquent à des relations ou opérations économiques menées hors du territoire de l'Etat légiférant par des opérateurs étrangers à cet Etat. Elles traduisent une volonté hégémonique de leurs auteurs au premier rang desquels on trouve les USA. Ces règles sont généralement des règles de contrôle des exportations ou de prohibition des échanges, soit à des fins de sécurité nationale, soit à des fins de rétorsion économique et elles s'accompagnent de sanctions sévères pour ceux qui les enfreindraient.

Les règles américaines organisant le boycott de Cuba, de l'Iran, du Soudan et de la Lybie sont sans doute les plus connues et résultent d'une série de lois adoptées par le Congrès américain depuis plus d'un siècle. Le *Trading with the Enemy Act* de 1917 est ainsi encore en vigueur en 2020 même si seul Cuba reste sur la liste des Etats visés par cette loi. Plus près de nous on citera l'*Helms-Burton Act*, loi de 1996 qui prolonge et renforce l'embargo contre Cuba, ou encore l'*Iran and Libya Sanctions Act* (ILSA), de 1996 également, plus connu sous l'appellation du *D'Amato Kennedy Act*. Ces règles s'appliquent d'abord aux entreprises américaines mais pas seulement : BNP Paribas et de nombreuses autres entreprises européennes l'ont appris à leurs dépens depuis quelques années pour avoir fait des affaires avec des entreprises situées dans des Etats placés sous embargo par les autorités américaines¹⁹.

Les règles d'application extraterritoriale concernent également la lutte contre la corruption, l'exemple le plus fameux étant sans doute le *UK Bribery Act* de 2010 qui s'applique aux entreprises britanniques mais aussi, selon les infractions prévues, aux entreprises ayant une « proche connexion » avec le Royaume-Uni ou à celles réalisant une activité -même partielle- sur le territoire britannique²⁰.

¹⁹ Une interview donnée à l'été 2018 par le directeur général d'ATR (constructeur franco-italien d'avions régionaux) à propos du fait que sa société ne pouvait plus livrer les avions commandés par Iran est très éclairante à cet égard (<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/la-situation-iranienne-a-impact-negatif-tres-tres-fort-sur-atr-christian-scherer-atr-782575.html>) :

« Les Iraniens souhaitent prendre livraison de leurs avions mais ATR ne prendra aucun risque de se mettre en porte-à-faux vis-à-vis des autorités américaines et d'exposer nos actionnaires Leonardo et Airbus aux sanctions américaines. Nous sommes en discussion avec les Etats-Unis. Ainsi nous avons dû resoumettre nos licences, qui ont été annulées, pour pouvoir livrer les deux avions terminés et ceux qui sont dans le tuyau industriel. Les deux appareils terminés ont été techniquement acceptés par les Iraniens mais ne peuvent pas être livrés. (...) C'est juste impossible techniquement de livrer à l'Iran. Nous avons trop de fournisseurs américains, trop de contenus américains dans nos appareils. Nous sommes au-delà de 10%. Donc la loi américaine prévaut... ».

²⁰ Le texte de cette loi est consultable en ligne : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

On observera que la multiplication de ces législations -couplée à l'importance des normes techniques- a conduit au développement dans les entreprises internationales de la fonction de « *compliance officer* » destinée à vérifier que l'entreprise se conforme bien à ces prescriptions impératives dont le non-respect est souvent sanctionné pénalement. A tous ces facteurs bien visibles de diversité, que n'estompe donc pas la compétence universelle que s'octroient certains législateurs, s'ajoutent des facteurs cachés qui apparaissent dès lors que l'on scrute de plus près les règles et les politiques qui les sous-tendent.

B) Les facteurs cachés

Les apparences peuvent être trompeuses, on le sait. Des règles qui semblent similaires peuvent receler des dispositions très différentes et/ou poursuivre des objectifs distincts. Par ailleurs, on relève des différences dans la conception que l'on peut avoir de la création et de l'application de la règle de droit dans les échanges économiques internationaux.

1) De la fausse similitude de certains ensembles normatifs

Les Traités bilatéraux en matière d'investissement constituent une bonne illustration de ce phénomène : ils sont souvent perçus comme étant très semblables les uns des autres. En avoir parcouru un reviendrait à les avoir tous parcourus. Rien n'est plus faux. Ils adoptent certes tous une structure semblable en commençant par un article de définitions, continuant par des dispositions matérielles en faveur des investisseurs étrangers avant d'arriver à la clause de règlement des différends pour finir par les dispositions interétatiques et celles relatives à leur entrée en vigueur et conditions de dénonciation. Mais derrière un squelette commun se cachent bien des différences. Les opérations d'investissement auxquels ils s'appliquent sont plus ou moins largement définies ; les binationaux bénéficient parfois des dispositions de ces Traités, parfois en sont exclus ; la matière fiscale est parfois dans le champ d'application du traité, parfois non ; la clause de règlement des différends s'applique parfois à tous les différends relatifs à un investissement, parfois aux seuls différends relatifs à l'application du Traité en cause ; le recours à l'arbitrage est parfois possible pour tous les types de litige, parfois seulement en cas d'expropriation ; etc²¹. Seule une lecture fine et attentive permet de déceler le potentiel et les limites de chaque Traité.

Par ailleurs, une similitude apparente dans les objectifs poursuivis par certains corps de règles peut cacher des divergences importantes dans les buts ultimes recherchés. Un bon exemple est fourni par l'objectif de liberté des échanges partagé par l'OMC et l'Union européenne. L'OMC promeut à cette fin la baisse des droits de douane et la facilitation des échanges internationaux pour une concurrence libre et transparente entre les entreprises de ses Etats membres. L'Union européenne promeut également la libéralisation des échanges internationaux et notamment intra-UE pour le développement d'un marché commun, mais au profit ultime des consommateurs. Il en

²¹ Pour une illustration de la diversité de ces traités tirée de l'examen des dispositions en matière d'arbitrage des traités chinois, v. W. Ben Hamida, « L'arbitrage dans le nouveau droit chinois des investissements », *RDAI* 2019, n°2, pp. 155 et s.

résulte que l'aspect concurrence entre les entreprises est plus développé dans l'ordre juridique de l'UE que dans celui de l'OMC, avec notamment dans le premier nommé une réglementation forte destinée à combattre, ou au moins à réguler, positions dominantes et concentration des entreprises considérées l'une et l'autre comme des menaces sur l'offre faite aux consommateurs.

2) Des divergences sur la conception de la règle de droit

Il y a plusieurs façons de concevoir le rôle de la règle de droit. La règle de droit peut être vue comme l'instrument de l'organisation des échanges internationaux, l'intermédiaire nécessaire du vivre ensemble. Il s'agit d'une approche neutre, idéalisée, voire naïve. Parce qu'en effet, la règle de droit est souvent utilisée pour réaliser ou aider à la réalisation d'un objectif politique. Pour la problématique qui nous concerne, la règle de droit peut être conçue comme un levier de puissance économique et/ou politique dans les rapports internationaux permettant à un Etat ou à un ensemble d'Etats d'améliorer ou de maintenir sa position.

Que cette approche soit celle des Etats-Unis résulte clairement des développements qui précèdent : il s'agit pour les USA de maintenir leur position dominante. La création de l'Union européenne et de ses règles ne poursuit pas un objectif très différent : il s'est agi pour les Etats européens -et il s'agit toujours- de s'unir pour conserver ensemble un poids économique suffisant, en réaction à leur déclassement individuel commencé après la première guerre mondiale et accentué par la seconde. La création de l'OHADA dans l'Afrique de l'Ouest francophone procède du même raisonnement : seul le regroupement de ces Etats et l'élaboration de règles de droit des affaires communes leur permet de leur donner une certaine visibilité sur la scène internationale.

Par ailleurs une même fin peut être poursuivie par des moyens différents. Appuyés sur leur puissance économique, les Etats-Unis adoptent et appliquent au grand jour règles et politiques qui sont destinées à contrôler voire à affaiblir les échanges internationaux réalisés par les entreprises non américaines, que celles-ci soient originaires d'Etats considérés comme alliés ou comme ennemis. On utilise parfois à ce sujet le concept de « *lawfare* », compris ici comme étant l'utilisation stratégique de la règle de droit pour nuire à un adversaire, l'empêcher de se développer économiquement afin de réduire la menace économique qu'il pourrait représenter²². La manière dont les différentes administrations américaines, qu'elles soient démocrates ou républicaines, appliquent les règles ITAR (« *International Traffic in Arms Regulations* ») créées à cette fin en est la parfaite illustration ; exporter du matériel militaire ou à utilisation duale dès lors qu'il contient des composants américains est soumis à des autorisations difficiles à obtenir quand elles ne sont pas refusées, alors qu'elles auraient pu être plus facilement obtenues si l'acheteur étranger avait préféré le produit concurrent proposé par une entreprise américaine... La politique américaine développée au sein -et à l'encontre- de l'OMC, ou la volonté de l'administration Obama de conclure un Accord de libre échange (le CPTTP

²² Le concept de « *lawfare* » résultant de l'amalgame des termes « *law* » and « *warfare* » (guerre ou art de la guerre) connaît en effet depuis son apparition il y a une vingtaine d'année des acceptions différentes.

évoqué précédemment²³) avec les Etats bordant l'Océan Pacifique pour isoler la Chine en sont d'autres illustrations.

La Chine justement adopte une politique qui, pour être plus subtile, n'en est pas moins efficace. Alors qu'elle s'appuie, elle aussi, sur une puissance économique formidable -et grandissante- la Chine pour l'heure a moins recours au levier que constitue la règle de droit. Son projet de route de la soie destiné à lui redonner l'importance qui était la sienne depuis des siècles -et qui n'a été occulté qu'au XIX^e et XX^e siècles- est très intéressant à cet égard²⁴. Ce projet s'appuie essentiellement sur la puissance économique de la Chine, sa capacité unique à financer de nombreux et projets d'infrastructures qui faciliteront ses échanges commerciaux. Les aspects géopolitiques et culturels du projet sont également indéniables alors même qu'il ne s'accompagne pas, du moins pour l'heure, d'une production de normes internationales spécifiques destinées à l'encadrer²⁵. Ce n'est pas à dire que la Chine se désintéresse de la production de normes destinées au commerce international : son implication discrète mais importante dans les organismes internationaux de certification en est la preuve. Celui qui crée la norme donne à ses entreprises un avantage concurrentiel certain sur les marchés internationaux...

En la matière et par comparaison, on a longtemps pu reprocher à l'Union européenne et à la France une forme de naïveté. Il semblerait que les choses commencent à changer, comme l'illustre l'entrée en vigueur le 10 avril 2019 du Règlement UE sur le filtrage des investissements étrangers²⁶ ou la prise de position de l'Union européenne le 21 janvier 2020 en faveur de la taxation des GAFAs. Mais il reste du chemin à faire notamment côté français, car la loi *Sapin 2* de 2016 dans son volet de lutte contre la corruption reste très en deçà de ses homologues britannique et américaine et la France reste l'une des rares puissances économiques à ne pas protéger la confidentialité des avis juridiques en entreprises, sources de fragilité de ces dernières²⁷.

Tel est l'état actuel de la régulation par le droit des échanges économiques. Après ce constat de la complexité des règles et de l'importance des enjeux qui les sous-tendent, est-il possible de conclure sur une note un peu plus optimiste ? On relève en effet le développement ces dernières années du concept de droit global, c'est à dire d'un droit à visée universelle qui serait apte à appréhender et réguler les phénomènes globaux tels le développement du numérique, le changement climatique ou les menaces sur la biodiversité²⁸. Mais si les meilleures illustrations du phénomène se trouvent pour l'heure dans la sphère du droit du commerce international, avec le droit transnational d'une part

²³ Et dont se sont retirés les USA de Donald Trump en conséquence de l'aversion de ce dernier pour l'approche multilatérale des relations internationales, y compris économiques. Les onze Etats membres du CPTPP sont donc l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam.

²⁴ Ce projet d'abord baptisé *One Belt, One Road* en 2013, lors du discours du président Xi Jinping à Astana, au Kazakhstan, est désormais connu sous l'acronyme BRI (*Belt and Road Initiative*).

²⁵ Sur la question, v. par exemple R. Guillaumond, « Les enjeux juridiques des nouvelles routes de la soie : une introduction », *RDAI* 2019, n°2, pp. 123 et s.

²⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_2088

²⁷ Dans le cadre d'actions en justice extraterritoriales, les entreprises françaises sont donc dans l'obligation de révéler les communications de leurs juristes d'entreprise, alors que les entreprises étrangères jouissent pour la plupart du privilège de confidentialité (<https://www.affiches-parisiennes.com/l-acc-soutient-la-mise-en-place-du-secret-professionnel-pour-les-juristes-d-entreprise-9177.html>).

²⁸ Sur ce phénomène, v. par exemple J.-B. Racine, « Approches de droit global », *JDI* 2019, pp. 665 et s.

et l'arbitrage commercial international d'autre part, une régulation globale des échanges économiques internationaux semble encore une perspective bien lointaine.