



HAL
open science

Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale

Anaïs Lagelle

► **To cite this version:**

Anaïs Lagelle. Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale. Droit. Université Nice - Sophia-Antipolis, 2012. Français. NNT: . tel-02044096

HAL Id: tel-02044096

<https://hal.science/tel-02044096>

Submitted on 21 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
INSTITUT DU DROIT DE LA PAIX ET DU DEVELOPPEMENT



LES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

Contribution à l'étude de la normativité internationale

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT

**Présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2012 par
Anaïs LAGELLE**

Composition du Jury :

- M. GARCIA Thierry, Maître de Conférences à l'Université Nice Sophia-Antipolis, Habilité à Diriger des Recherches (Directeur de thèse)
- M. BALMOND Louis, Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis
- M. LOUNGNARATH Vilaysoun, Professeur à la Faculté de Droit de Montréal, ancien membre du secrétariat de l'Organe d'Appel de l'OMC (Rapporteur)
- M. SUEUR Jean-Jacques, Professeur à l'Université Toulon-Var, UFR Droit (Rapporteur)

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
I. PRECISIONS TERMINOLOGIQUES SUR LE STANDARD.....	10
A. L'identification du standard au regard des autres notions juridiques	11
B. La notion de standard	30
II. INTERET DE L'ETUDE.....	44
A- L'objet de l'étude	45
B- Le champ de l'étude	54
III. ORIENTATIONS METHODOLOGIQUES	65
A- Le choix d'un courant théorique : l'objectivisme	67
B- Le choix d'une science juridique : la normativité.....	68
IV. PROBLEMATIQUE RETENUE	70
PARTIE 1 : LA PLACE MANIFESTE DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE	73
TITRE 1 : LA PLACE <i>RATIONE PERSONAE</i> DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE ..	77
Chapitre 1 : Les standards, une demande du marché.....	79
Chapitre 2 : Les standards, une réponse des autorités	110
TITRE 2 : LA PLACE <i>RATIONE MATERIAE</i> DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE	157
Chapitre 1 : Les standards à caractère général du droit international économique	158
Chapitre 2 : Les standards à caractère particulier du droit international économique	189
PARTIE 2 : LE ROLE LATENT DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE	247
TITRE 1 : LE ROLE ESSENTIEL DES STANDARDS DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE	251
Chapitre 1 : Le rôle normatif des standards en droit international économique.....	253
Chapitre 2 : Le rôle régulateur des standards en droit international économique	320
TITRE 2 : LE ROLE CONTROVERSE DES STANDARDS DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE.....	349
Chapitre 1 : Les standards, un instrument d'atteinte à la cohérence juridique	350
Chapitre 2 : Les standards, une atteinte à la cohérence juridique à relativiser	375
CONCLUSION GENERALE.....	403
ANNEXES	407
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.....	411
INDEX.....	453
TABLE DES MATIERES	459

TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

A

AAI : Autorités Administratives Indépendantes

Accord MIC : Accord sur les mesures concernant les investissements et liés au commerce

Accord OTC : Accord sur les obstacles techniques au commerce

Accord SMC : Accord sur les subventions et mesures compensatoires

Accord SPS : Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires

ACR : Accords Commerciaux Régionaux

AFDI : Annuaire Français de Droit International

AFNOR : Association Française de Normalisation

AGCS : Accord Général sur le Commerce des Services

AICA : Association Internationale des Contrôleurs d'Assurances

AIMR : Association for Investment Management and Research

AJDA : Actualités Juridiques de Droit Administratif

AJIL : American Journal of International Law

ALENA : Accord de Libre Echange Nord Américain

AMF : Autorité des Marchés Financiers

AMI : Accord Multilatéral sur l'Investissement

ANACT : Accord Nord Américain de Coopération dans le domaine du Travail

ANSI : American National Standards Institute

APEC : Asia Pacific Economic Cooperation

APPI : Accords bilatéraux de Protection et de Promotion des Investissements

ASDI : Annuaire Suisse de Droit International

B

BSWG : Biosafety Working Group

BRI : Banque des Règlements Internationaux

C

CARICOM : Communauté des Caraïbes

CCI : Chambre de Commerce International

CDI : Commission du droit international
CSF : Conseil de Stabilité Financière
CIJ : Cour Internationale de Justice
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
CMR : Contrat de transport international de marchandises
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CoS : Compendium of standards
CPJI : Cour Permanente de Justice Internationale

E

EVA : economic value added

F

FAO : Food and agriculture organization
Fasc. : Fascicule
FMI : Fonds monétaire international
FIAN : Foodfirst Information and Action Network
FSF : Forum de Stabilité Financière

G

GATT : General Agreement on Tariffs and Trade
GAFI : Groupe d'Action Financière

I

IASC : International Accounting Standards Committee
ICLQ : The International and Comparative Law Quarterly
IDI : Institut de Droit International
IFAC : Fédération Internationale des Comptables
ISO : International Organization for Standardization
IUCN : International Union for Conservation of Nature

J

J. Cl : Juris Classeur

J. Cl : Juris Classeur de Droit International

JDI : Journal du Droit International

JO : Journal Officiel

L

LPA : les petites affiches

M

MoU : Memorandum of Understanding

MVA : market value added

N

NSDD : Norme Spéciale de Diffusion des Données

O

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique

OECE : Organisation européenne de coopération économique

OGM : Organismes Génétiquement Modifiés

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

OICV : Organisation Internationale des Commissions de Valeurs Mobilières

OIE : Office International des Epizooties

OIT : Organisation Internationale du Travail

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

OMS : Organisation mondiale de la santé

ONG : Organisation Non Gouvernementale

ONU : Organisation des Nations Unies

ORD : Organe de Règlement des Différends

P

PECO : Pays d'Europe Centrale et Orientale

PNUE : Programme des Nations Unies pour l'Environnement

R

RDP : Revue de droit public

Rec : Recueil

RGDIP : Revue Générale de Droit International Public

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RIDE : Revue internationale de droit économique

RIEJ : Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques

RJT : Revue Juridique Thémis

RONC : Rapport sur l'Observation des Normes et Codes

RRJ : Revue de la recherche juridique

RSA : Recueil des sentences arbitrales

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD Civ : Revue trimestrielle de droit civil

S

SFDI : Société française pour le droit international

T

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

TPI : Tribunaux pénaux internationaux

TWN : Third World Network

U

UCC : Uniform Commercial Code

UE : Union européenne

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

UPU : Union Postale Universelle

INTRODUCTION

Dans le langage juridique, les mots n'ont pas tous la même portée. Certains termes représentent des concepts mûrement réfléchis et font l'objet d'un accord unanime de la part des spécialistes¹. D'autres vocables n'ont pas cette qualité. Ils évoquent des phénomènes aux contours plus flous et au contenu plus incertain.

Le terme de « standard » appartient à la seconde catégorie. En effet, le vocable « standard » a été l'objet de tellement de définitions différentes qu'il paraît difficile d'en saisir tant les contours que le contenu².

Néanmoins, cette imperfection de vocabulaire ne forme pas un couple atypique avec le droit international économique car, de la même manière, les particularités du droit international économique ont fait l'objet de multiples analyses. Ainsi, la doctrine s'est longuement penchée sur le fait de savoir si le droit international économique existait en tant que tel. Ce débat a scindé la doctrine en deux camps. Les tenants du non, à l'instar du professeur Weil, ont affirmé que le droit international économique, bien que mettant « *en œuvre des techniques et des concepts différents de ceux du droit international classique* »³, n'en restait pas moins du droit international étant donné « *que la rencontre du droit et de l'économie n'est pas un phénomène récent* »⁴ et que « *les techniques que l'on se plaît à décrire à propos du droit économique international [...] sont moins spécifiques qu'on ne le pense* »⁵. En d'autres termes, le droit international économique ne serait qu'une commodité de langage.

Les tenants du oui, quant à eux, affirment « *l'autonomie du droit international économique par rapport au droit international* »⁶. Mais pour le professeur Juillard, « *poser l'autonomie du droit international économique par rapport au droit international,*

¹ C'est le cas, par exemple, du terme « Etat » qui revêt, en droit international économique, une importance particulière. Ainsi, le mot « Etat » est porteur d'une signification claire et univoque, même s'il existe des partisans et des adversaires de l'Etat ou encore si l'on peut débattre de la validité de l'application de ce vocable à tel ou tel type de société politique.

² Le professeur Rials a qualifié les standards de « *petits mots trop évidents, trop discrets, pour être vraiment honnêtes* ». RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, p.53.

³ WEIL P., *Le droit international économique, mythe ou réalité ?*, in « Aspects du droit international économique. Elaboration, contrôle, sanction. Colloque d'Orléans pour la SFDI », édition Pédone, Paris 1972, p.3.

⁴ WEIL P., *ibid.*, p.19.

⁵ WEIL P., *ibid.*, p.20.

⁶ JUILLARD P., *Existe-t-il des principes généraux du droit international économique ?*, in « L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey », édition Pédone, Paris 1995, p.243.

c'est, en effet, affirmer, avec d'autres mots, qu'il existe des principes généraux de droit international économique »⁷ autres que ceux du droit international classique.

On le voit bien, tant pour le terme « standard » que pour l'existence du droit international économique, il s'agit d'une question de mot, de langage. Tous deux ont fait l'objet de débats doctrinaux très vifs. Pourtant, une question a été très peu évoquée : c'est la présence de standards en droit international économique.

Dès lors, l'étude des standards en droit international économique s'inscrit dans une logique incertaine mais en même temps dynamique étant donné que le mouvement de globalisation impose de s'interroger sur l'efficacité de la régulation traditionnelle par la voie du droit tout en reconnaissant l'apparition d'un nouveau droit. En effet, les questionnements majeurs qui inquiètent les chercheurs tant juristes, économistes que politistes ont très souvent rapport à la régulation sous ses divers aspects : efficacité de la régulation traditionnelle par la voie du droit, validité d'autres modes de régulation ou encore recherche d'un autre droit susceptible de s'adapter à la mondialisation des rapports sociaux. Ce qui résulte de ces différentes analyses, c'est qu'il existe bel et bien des phénomènes qui affectent les normes traditionnelles de droit. En effet, on note l'apparition d'un nouveau droit « *un droit 'à texture ouverte' par déplacement de ces sources vers les pouvoirs privés économiques, avec une participation accrue des acteurs privés et la prise en compte de 'valeurs' issues des systèmes économiques ou techno-scientifique* »⁸. A côté de ce droit « à texture ouverte », on assiste également à un rôle croissant des sources « molles » du droit qui, prenant force contraignante, en viendraient à se durcir.

L'imperfection du vocabulaire, une fois les équivoques levées, ne fera donc pas obstacle à l'étude des standards en droit international économique.

Mais toute recherche juridique suppose d'en préciser l'objet. Une définition de la notion de standard entre directement dans la problématique de notre étude. La définition du standard n'étant pas spécifique à un ordre juridique mais commune à toutes les branches du droit, nous consacrerons une partie de l'introduction à la définition de la

⁷ JUILLARD P., *ibid.*, p.243.

⁸ ARNAUD A-J, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue droit et société*, n°35, 1997, p.12.

notion de standard afin que soient précisés les critères de définition et d'identification du standard (I). Une fois les précisions terminologiques effectuées, nous pourrions envisager de décrire l'intérêt de l'étude des standards en droit international économique (II). L'énonciation des choix méthodologiques (III) permettra ainsi de fonder, dans notre problématique, l'examen de la particularité des standards en droit international économique (IV).

I. Précisions terminologiques sur le standard

A l'instar de Bentham qui ne cessait de clamer l'importance de la nécessité d'un travail de définition des mots, il est ici important de préciser ce qu'est, épistémologiquement, le standard. En effet, une bonne connaissance des mots est un préalable nécessaire à une perception plus complète du fond. Ceci est d'autant plus pertinent que « *le droit est une construction de l'esprit inscrite, en tant que telle, dans les mots* »⁹.

Pour autant, si « *la notion de 'standards juridiques' a donné lieu à de nombreux écrits savants et intéressants, [...] elle n'est pas facile à définir* »¹⁰. Ainsi, afin d'appréhender la notion de standard, il est nécessaire de l'identifier par rapport aux autres notions juridiques (A). Néanmoins, il existe des critères autonomes qui permettent de définir la notion de standard (B).

⁹ HEUSCHLING L., « 'Effectivité', 'efficacité', 'efficience' et 'qualité' d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, p. 27.

¹⁰ TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, 1970, vol 22 n°2, p.247. A propos des différents écrits sur la notion de standard, voir POUND R., *An introduction to the philosophy of law*, Yale University Press, 1925, 307 pages ; POUND R., *The administrative application of legal standards*, Reports of American Bar Association, vol.44, 1919 ; AL SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Bibliothèque de l'Institut du droit comparé de Lyon, 1925, 361 pages, FREUND, *Standards of american legislation*, University of Chicago Press, 1926, 327 pages ; HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTDciv* 1926, pp.265-312 ; SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques. Contribution à l'étude du standard juridique*, Thèse Nancy 1927, 207 pages ; STATI M.O., *Le standard juridique*, Thèse Paris 1927, 398 pages.

A. L'identification du standard au regard des autres notions juridiques

Les rapports entre les standards et d'autres notions juridiques entraînent des confusions qui doivent être clarifiées en fonction des critères de définition du standard (1) pour enfin préciser la nature de cette notion juridique (2).

1) L'identification du standard « par la négative »

Identifier le standard juridique « par la négative » revient à entreprendre une analyse sur ce que n'est pas le standard au regard, à la fois des critères de sa définition et de ceux des autres notions juridiques. Ainsi, il s'avère que les standards sont différents de la règle de droit (a), des principes généraux de droit (b), de la coutume (c) et des directives (d).

a- Les standards et la règle de droit

Si le standard constitue bien un élément de la règle de droit, il présente des caractéristiques qui permettent de l'en distinguer.

Contrairement à ce qu'une partie de la doctrine a énoncé¹¹, le standard ne s'oppose pas à la règle de droit puisqu'il en est une expression particulière. Les standards sont des notions juridiques incluses dans des règles de droit car ils apparaissent dans l'énoncé juridique normatif même. La formulation des standards dans les règles de droit est effectuée au moyen de termes ou d'expressions tirées du langage courant et auxquels les juristes attachent un sens particulier¹². L'inclusion des standards dans les règles de droit a des conséquences importantes quant à leur nature juridique. En effet, ce n'est pas parce que les standards sont indéterminés qu'ils sont non-impératifs. Par exemple, l'obligation de rouler à une vitesse « raisonnable » n'est pas moins impérative que celle de rouler à

¹¹ Notamment STATI M.O qui distingue ainsi standard et règle de droit : « *souplesse et rigidité, indétermination et précision, liberté d'action pour le juge dans le premier cas et application stricte et obligatoire dans le dernier, voilà ce qui caractérise respectivement et oppose en même temps le standard juridique et la règle de droit* », *Le standard juridique*, p.55.

¹² C'est ce que démontre NAVARRO J.S lorsqu'il énonce le standard de « faute » présent dans l'article 1382 du code civil, de la même manière que le standard de « bonne mœurs » présent à l'article 6 du même

110 km/h. La règle qui contient un standard est toute aussi contraignante que celle contenant une disposition précise. Les standards sont donc, à l'instar de toutes notions juridiques, impératifs.

Néanmoins, les standards et les règles de droit sont par nature des notions distinctes. En effet, la distinction réside dans l'idée de détermination : la règle de droit a un contenu déterminé, contrairement au standard. C'est d'ailleurs à cette différence que fait allusion la doctrine anglo-saxonne pour distinguer la « *rule* » du « *standard* »¹³. Cependant, le seul critère de la détermination ne suffit pas à distinguer la règle de droit du standard car ce critère permet seulement d'opposer la règle de droit aux notions indéterminées. C'est donc aux critères de normalité, d'internormativité et d'intention qu'il faut recourir afin de distinguer le standard des règles de droit. Toute règle, déterminée ou non, nécessite, au stade de son élaboration, le recours à un comportement normal dans une société donnée, à un moment donné. De même, la règle de droit, lorsqu'elle est rédigée, repose sur des éléments extérieurs au droit. Ces références à la normalité et aux éléments extérieurs au droit sont intentionnelles. Apparemment, on retrouve les trois critères ci-dessus pour les règles de droit. Mais ces critères sont seulement présents au moment de l'élaboration de la règle de droit. Pour les standards, ces critères sont nécessairement présents au moment de leur application. Pourtant, la distinction entre règle de droit et standards demeurent incertaine car certaines règles de droit peuvent impliquer le recours à la normalité au moment de leur application. Mais pour les standards, la référence à la normalité peut être de nature descriptive ou dogmatique. S'agissant des règles de droit, l'interprète doit faire une synthèse en tenant compte à la fois de l'idée de normalité et de la volonté de l'auteur de la règle. L'auteur de cette règle n'a pas eu, en effet, l'intention de donner à l'interprète la possibilité de déterminer la règle : sa marge d'interprétation est très étroite¹⁴. C'est donc l'élément intentionnel qui va permettre de distinguer entre une règle de droit et un standard.

code. NAVARRO J.S, « Standards et règle de droit » in *Les standards dans les divers systèmes juridiques, RRJ-Droit prospectif*, p.837.

¹³ Voir par exemple, KOROBKIN R.B, « Behavioral analysis and legal form : rules versus standards revisited », *Oregon Law Review*, 2000. BAIRD D.G et WEISBERG R., « Rules, standards and the battle of the forms », *Virginia law Review*, vol.68, n°6, septembre 1982, pp.1217-1262. BODANSKY D., « Rules and standards in international law », *NYU Law School*, Mars 2003.

¹⁴ Comme le note DELMAS-MARTY M., « Certes, les imperfections de langage sont telles que le législateur ne parvient jamais à éliminer toute imprécision, tandis que le nombre croissant des normes crée des risques d'incohérence, mais l'art du législateur est d'assurer au mieux le respect des conditions de méthode », *Pour un droit commun*, édition du Seuil, 1994, p.142.

Ainsi distingués de la règle de droit, il faut désormais confronter les standards aux principes généraux de droit afin que soit précisée leur nature.

b- Les standards et les principes généraux de droit

Si les standards sont un élément de la règle de droit, ils doivent être totalement différenciés des principes généraux de droit. L'étude des principes généraux de droit représente l'un des thèmes « *les plus anciennement controversés du droit contemporain, au moins dans les pays qui revendiquent la qualité d'Etat de droit* »¹⁵, c'est pourquoi il convient de rappeler brièvement en quoi ils consistent.

Les principes généraux constituent, à l'origine, une source non écrite du droit, dégagée par la jurisprudence, faisant partie intégrante des ordres juridiques au sein desquels ils sont formulés. Ils peuvent également apparaître dans le droit écrit dès lors que le législateur estime nécessaire de les insérer dans les textes. La doctrine diffère en ce qui concerne la définition à donner à ces principes. Leur dénomination même est ambiguë¹⁶ eu égard aux différents sens qui peuvent exister de cette notion. La doctrine française fait, par exemple, référence aux « principes généraux de droit » mais peut tout aussi bien faire mention de « principes directeurs » sans qu'une différence existe entre les deux¹⁷.

Néanmoins, ces variations de vocabulaire n'empêchent pas les principes généraux d'avoir des fonctions identiques d'un système juridique à l'autre. Ils permettent tout d'abord de compléter un ordre juridique. En cas de lacune, en effet, un raisonnement par analogie permettrait d'appliquer, à certains cas d'espèce auxquels aucune règle ne semble pouvoir convenir, un principe général de droit. Ce raisonnement est d'autant plus juste dans l'ordre juridique international qui, du fait de sa nature particulière, est susceptible d'être lacunaire. C'est essentiellement la nécessité de combler ses lacunes qui favorise le

¹⁵ MODERNE F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, n°4, p.722.

¹⁶ C'est ce que le professeur Juillard souligne quand il explique que « *la notion de 'principes généraux' n'est certes pas de celles qui se laissent aisément prendre au piège des définitions, et ce, d'autant que le substantif 'principes' comme le qualificatif 'généraux' sont, l'un et l'autre, susceptibles d'au moins deux acceptions* », JUILLARD P., « Existe-t-il des principes généraux du droit international économique ? », *op.cit.*, p.244.

¹⁷ Ainsi pour le professeur DELMAS-MARTY, les principes généraux de droit seraient les principes non-écrits. Ces principes deviendraient « *directeurs* » lorsque le législateur les insère dans des règles de droit pour donner des prescriptions. Les principes généraux de droit seraient alors « *directeurs* » en ce qu'« *ils dirigent l'interprète en lui indiquant la voie à suivre* ». DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, p.131.

recours aux principes généraux de droit. Les principes généraux permettent aussi la cohérence des ordres juridiques dans lesquels ils s'inscrivent grâce à leur fonction explicative : un principe général peut donner un sens à une règle dont la signification est douteuse.

Une comparaison avec la notion de standard permet de constater que ces deux types de normes présentent des caractéristiques bien distinctes.

Tout d'abord, si les principes généraux de droit nécessitent d'avoir recours à des valeurs diverses, extérieures au droit, ils n'impliquent pas, contrairement aux standards, une réflexion en terme de normalité¹⁸. Pour les standards, l'idée de normalité à laquelle l'interprète doit se référer est liée en fonction du cas d'espèce. Ce n'est que lorsqu'il est confronté à ce cas d'espèce que l'interprète déterminera le contenu du standard en ayant recours à ce qu'il considère comme normal. Au contraire, le contenu d'un principe général de droit ne varie pas en fonction du cas d'espèce et le recours à l'idée de normalité n'est pas nécessaire. C'est ce qu'induisent les propos de Delmas-Marty M., qui fonde la distinction entre standards et principes généraux sur l'idée que les standards sont « *mêlés de fait et de droit* » alors que les principes sont « *mêlés de droit et de valeurs métajuridiques* ».

Ensuite, malgré leur texture souple, les standards n'induisent pas un niveau de généralisation ou d'abstraction contrairement aux principes généraux¹⁹. Les standards n'ayant aucune dimension abstraite se distinguent des principes généraux de droit.

Enfin, les principes généraux, contrairement aux standards, ne traduisent pas une intention particulière de laisser à leur interprète le soin de leur donner un contenu. Leur substance est déterminée par l'organe qui les consacre. Le critère d'intention qui caractérise le standard n'est pas une de leurs particularités.

¹⁸ Ainsi, pour le professeur DELMAS-MARTY, les « principes directeurs » dirigent l'interprète en lui indiquant la voie à suivre, « *une voie qui n'est pas la normalité indiquée par les standards, mais une normativité extra-juridique, c'est-à-dire une normativité définie à partir de valeurs prises à l'extérieur de la sphère juridique. A la différence des standards, mêlés de fait et de droit, les principes directeurs, mêlés de droit et de valeurs métajuridiques, sont porteurs de conflits qui ne tiennent pas à leur caractère faiblement déterminés mais au risque de déterminations divergentes et parfois antagoniques* », *ibid.*, pp.131-132.

¹⁹ Pour STATI M.O., « *le mot 'principe juridique' désigne une idée générale, non pas il est vrai, une idée générale quelconque, mais l'idée générale commune à une certaine catégorie de règles juridiques et dégagée de celle-ci par voie d'induction, en procédant par abstraction logique et en éliminant les particularités de chaque règle* ». S'inspirant de la théorie de Pound, il poursuit en rappelant qu'« *en établissant le standard, le droit ne cherche pas à généraliser, en éliminant les circonstances particulières, pas plus qu'il ne cherche à particulariser en les comprenant* », *Le standard juridique*, p.59.

De plus, les principes et les standards diffèrent par leurs fonctions respectives. Les principes généraux ont pour fonction de compléter un ordre juridique et de favoriser sa cohérence. Les standards, quant à eux, servent à assouplir la rigidité des règles traditionnelles, à les rendre adaptables aux différents lieux dans lesquels elles s'appliquent en fonction des époques et des circonstances ou à emporter l'approbation de tous lors de la formulation de la règle.

Pourtant, si les principes généraux ne sont pas des standards et inversement, certaines notions présentent à la fois les deux caractéristiques. Ceci est possible lorsque la notion a été créée dans l'intention de laisser à l'interprète la possibilité de donner un contenu à la notion en faisant appel à la fois à l'idée de normalité et à des éléments extérieurs au droit.

L'exemple le plus frappant en la matière est le « principe de précaution » qui pourrait en réalité s'appeler « standard de précaution ». Ce principe impose de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels, en faisant prévaloir les exigences liées aux intérêts notamment en matière de santé publique, de sécurité et d'environnement sur des intérêts économiques²⁰. La qualification même de « principe juridique » fait l'objet de vifs débats au sein de la doctrine : pour certains auteurs il s'agit d'un véritable principe juridique alors que pour d'autres il s'agit d'un simple principe à valeur morale et politique. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs qualifié le principe de précaution de standard juridique²¹.

De plus, le principe de précaution constituant « *une notion au contenu substantiel en constante formation, dont la caractéristique essentielle est d'être avant tout une notion*

²⁰ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.865.

²¹ Selon le professeur BOY, le principe de précaution se veut une réponse juridique, un standard, à l'impossibilité de trouver des réponses scientifiques à certaines questions. D'après l'auteur, « *on peut avancer l'hypothèse selon laquelle le principe relève de l'ordre des objectifs, alors que le standard relèverait, lui, de l'ordre des moyens. C'est ainsi qu'en matière d'environnement, la notion de développement durable pourrait constituer un principe au sens où elle viserait un objectif à atteindre. Le principe de précaution relèverait, en revanche, de la catégorie du standard juridique, au sens où nous serions confrontés à un standard juridique permettant d'assurer les objectifs de ce développement, notamment par son ouverture à d'autres savoirs, mais sous la responsabilité du juge* ». BOY L., « La nature juridique du principe de précaution », *revue Natures, Sciences, Sociétés*, 1999, vol.7, n°3, p.7. Pour le professeur JEGOUZO, reprenant la définition du standard donnée par Pound, le principe de précaution est un standard juridique car il indique au juge « *le type moyen de conduite correcte pour la catégorie d'acte qu'il s'agit de juger* », la norme de comportement normal devant être adoptée pour protéger l'environnement. JEGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, mars-avril 1996, p.216.

processuelle »²², il révèle l'intention de son auteur de laisser à son interprète le soin de lui donner un contenu en fonction des faits auxquels il s'applique conformément à ce qui peut être considéré comme une précaution normale. En effet, c'est parce que les connaissances actuelles ne permettent pas de réglementer de façon stricte l'ensemble des situations que le législateur prône la précaution. C'est donc intentionnellement qu'il laisse le soin à l'interprète du principe de précaution de lui donner un contenu en fonction des faits auxquels il sera confronté. On retrouve donc bien les critères de définition du standard.

D'autres principes que celui de précaution présentent les caractéristiques du standard. Les principes généraux étant plus fréquemment évoqués que les standards - contrairement aux standards ils sont expressément mentionnés puisqu'ils suscitent un plus grand intérêt -, nous montrerons à plusieurs reprises qu'un principe peut également constituer un standard.

Les standards et les principes généraux de droit, bien qu'entretenant des relations étroites sont bien distincts. On retrouve ce genre de relation ambiguë lorsqu'on confronte les standards à la coutume.

c- Les standards et la coutume

Si la coutume occupe une place de choix dans l'ordre international car « *la coutume est encore plus centrale que le traité* » selon les termes employés par le professeur Reuter²³, la situation n'est pas exactement la même en droit international économique où elle joue « *un moindre rôle* », n'incarnant « *qu'un rôle interstitiel dans les domaines que structure un Traité multilatéral, sorte de constitution internationale* »²⁴. C'est le cas notamment dans le cadre des Accords de Marrakech pour le droit commercial international ou les Accords de Bretton Woods pour le droit monétaire international. Cependant, dans des domaines moins structurés, la coutume « *fait encore preuve d'une certaine vitalité* »²⁵. C'est par exemple le cas du droit des investissements pour lequel des

²² Voir LASCOUMES P., « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, Paris, novembre 1997.

²³ REUTER P., *Introduction au droit des traités*, édition Armand Collin, Paris 1972, p.38.

²⁴ CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, édition Précis Dalloz, 3^e édition, Paris 2007, p.15.

²⁵ CARREAU D., JUILLARD P., *ibid.*, p.15.

principes de droit coutumier ont été extrapolés, à partir de la protection des personnes, pour s'étendre aux biens.

Néanmoins, nous nous proposons ici de tenter une réflexion sur la théorie des actes juridiques, même si elle n'a jamais vraiment connu une grande faveur en droit international public et, *a fortiori*, en droit international économique. « *Pourtant, dans un ordre juridique comme l'ordre international où le rôle de la volonté est prédominant, la réflexion sur l'acte juridique est déterminante puisque l'étude des actes est l'analyse des instruments par lesquels le droit positif permet à la volonté des sujets de droit international d'être créatrice et de produire des effets de droit* »²⁶. Il s'agira donc ici de connaître la place des standards par rapport à la source de droit qu'est la coutume. Cet examen mettra en valeur les traits communs entre les standards et la coutume rendant ainsi compte de la véritable analogie qui existe entre eux.

Si le standard est une notion juridique délibérément indéterminée permettant la mesure des situations en terme de normalité à l'aune de divers critères, la coutume quant à elle est une « *règle issue d'un usage général et prolongé (repetitio) et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage (opinio juris). Elle constitue une source de droit* »²⁷.

La coutume occupant une place privilégiée dans les systèmes de droit, il s'agira ici de connaître la place des standards par rapport à la coutume. Cet examen mettra en valeur l'existence de véritables traits communs entre les standards et la coutume ou, tout du moins, une ressemblance poussée. En effet, ces deux types de normes présentent un certain nombre de caractéristiques communes dans leur mode d'élaboration, sans pour autant être totalement assimilables l'une à l'autre.

Ainsi, la similitude autant que la distinction qui lie ces deux normes s'observe tant lorsqu'on envisage une approche analytique des éléments les composant (α) que lorsqu'on envisage la combinaison des dits éléments (β).

²⁶ JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public*, RCADI 1991-2, vol 227, p.368.

²⁷ *Lexique des termes juridiques*, édition Dalloz, 15^e édition, Paris 2005, p.189.

α- L'approche analytique des éléments composant la norme

Il est admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments. « *Ainsi que la Cour [internationale de justice] l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio juris des Etats* »²⁸. Ainsi, un premier élément consiste dans l'accomplissement répété d'actes dénommés précédents : c'est l'élément matériel. Le second est constitué par le sentiment, la conviction des sujets de droit, que l'accomplissement de tels est obligatoire parce que le droit l'exige : c'est l'élément psychologique.

Au vu de ces considérations, une approche analytique de chacun de ces deux éléments permettra de mettre en évidence les similitudes et les distinctions qui existent entre les standards et la coutume ce quant aux caractéristiques de la pratique ou quant à l'existence de l'*opinio juris*.

Selon le doyen Carbonnier, « *la coutume est une règle de droit qui s'est établie non par une volonté étatique émise en un trait de temps mais par une pratique répétée des intéressés eux-mêmes. C'est du droit qui s'est constitué par habitude* »²⁹. La coutume nécessite l'existence d'un usage, c'est-à-dire une pratique, une habitude collective qui doit réunir plusieurs caractères pour pouvoir accéder au statut de coutume. Ainsi, il doit être ancien, constant, général et notoire³⁰. A l'instar des usages, les standards naissent d'une pratique spontanément suivie par les particuliers puis incorporés dans leurs actes juridiques³¹. Ils permettent de déterminer certaines obligations implicites car il est permis de voir dans la répétition des même formules une présomption d'intention commune, spécialement lorsqu'il est établi que certains textes ont servi de modèle à d'autres. L'élément matériel nécessaire à la définition de la coutume rejoint les caractéristiques du standard juridique. Si bien que l'on peut voir dans l'adoption et l'établissement des

²⁸ Affaire du Plateau Continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), Rec. 1985, p.29, §27.

²⁹ CARBONNIER J., *Droit civil – Introduction*, édition PUF, 27^e édition, Paris 2002, p.152.

³⁰ Pour plus de détail sur les caractéristiques que doit revêtir l'usage précédant la coutume, voir DRUFFIN-BRICCA S. et HENRY L.C, *Introduction générale au droit*, édition Gualino, Paris 2007, p.221.

³¹ En effet, les standards étant du droit négocié dont l'application dépend non plus de la soumission mais de l'adhésion des destinataires, ils nécessitent une concertation pratiquée au niveau de leur élaboration.

standards par les acteurs du droit international économique, un premier pas vers l'établissement d'une coutume au sens juridique du terme.

Cependant, la pratique nécessaire à l'élaboration de la coutume revêt d'autres caractères, qui l'éloignent des standards. Ainsi, d'après le professeur Sur, la pratique « doit être étatique, cohérente, générale et pertinentes »³². Si certains éléments sont également caractéristiques des standards, ils doivent impérativement être cumulatifs pour la coutume. Seul l'élément pertinent de la pratique coutumière s'applique aux standards car la pertinence est fonction du sentiment d'obligation que traduit la pratique. Les standards sont appliqués par tous les acteurs du droit international économiques qui ont alors la sensation de créer, si ce n'est une obligation juridique, du moins une obligation de comportement qu'ils entendent bien pouvoir sanctionner judiciairement en cas de manquement au standard. La similitude entre les deux normes semble donc s'arrêter là. En effet, le caractère étatique de la pratique signifie que les comportements ou actes en cause doivent être imputables aux Etats. D'ailleurs, « on pourrait dire que la Cour ajoute implicitement à l'article 38, paragraphe 1, b, l'adjectif 'étatique' à la formule 'pratique générale' »³³. Or, l'application des standards, n'est pas forcément une application étatique puisque tant la société des marchands que la société civile y ont recours. De la même manière, la coutume n'est constituée que si la pratique revêt un caractère de cohérence, c'est-à-dire les données doivent témoigner d'une constance suffisante dans le temps³⁴. Cette caractéristique n'est pas valable si l'on envisage les standards, puisque les standards juridiques ne sont pas un modèle préétabli mais un modèle supposé, ce qui n'implique pas qu'ils aient été suivis de façon répétée dans le temps. De plus, les standards étant conforme à l'idée de normalité et l'idée de normalité suivant les changements sociaux, rien ne présume que les standards soient la résultante d'une pratique ancestrale. Par ailleurs, l'exigence d'une pratique générale, c'est-à-dire d'une pratique suffisamment large, n'est pas une condition nécessaire à l'établissement d'un standard. En effet, s'il existe des standards à caractère général, qu'ils soient systématiques ou empiriques, il

³² SUR S., « La coutume internationale », *JCP DI*, fasc. 13, 1^e cahier, p.22.

³³ SUR S., *ibid.*, p.23.

³⁴ La doctrine a toujours, dans l'ensemble, considéré que la formation du processus coutumier s'étalait nécessairement sur une très longue période. Cependant, une doctrine minoritaire considère que « dans nos sociétés modernes [...] il devient absurde de considérer que la durée est un élément constitutif de la coutume ». L'auteur donne pour exemple le secteur du commerce électronique « où l'on est pas loin d'assister à l'émergence d'usages à formation quasi instantanée ». MAHMOUD M-S., *Les contradictions du droit mondialisé*, édition PUF, Paris 2002, p.165.

existe également des standards particuliers, utilisés dans des cas très précis et n'étant pas forcément la résultante d'une pratique large.

L'élément matériel nécessaire à l'établissement d'une coutume, c'est-à-dire la répétition d'actes ou en d'autres termes, la pratique, est, par certains endroits, un élément caractéristique des standards. Si la similitude n'est pas complète, les standards et la coutume ont néanmoins des caractéristiques communes. Ce rapprochement est également opéré lorsqu'on envisage l'élément psychologique propre à la définition de la coutume.

Cet élément constitutif de la coutume a donné lieu à diverses contestations doctrinales mettant en cause son existence³⁵, mais au regard du droit positif tel qu'il est reflété par la jurisprudence, on admet en général que la simple répétition de précédents ne suffit pas et qu'une règle coutumière n'existe que si l'acte pris en considération est motivé par la conscience d'une obligation juridique. En d'autres termes, les sujets de droit se conforment à la coutume et lui confèrent un caractère obligatoire de façon spontanée. La coutume est donc du droit spontané³⁶. En effet, le droit spontané nécessite, pour sa formation, un acte originel et une habitude. Il est constitué d'une répétition caractérisée dans le temps et d'une généralisation de cette répétition à l'intérieur d'un groupe³⁷.

Les standards juridiques quant à eux, se rapprochent beaucoup plus d'un droit négocié que d'un droit spontané puisqu'ils reposent sur le libre accord de volontés³⁸ étant donné la nécessaire concertation pratiquée au niveau de leur élaboration qui implique le consentement des destinataires : c'est le cas lorsque, dans le cadre d'une convention

³⁵ La position la plus fermement négative a été exprimée par Kelsen (*Théorie du droit international coutumier*) suivi par Guggenheim (« Les deux éléments de la coutume en droit international », in *Mélanges Scelle*). Ces deux auteurs estiment que l'*opinio juris* n'est qu'un pseudo-élément apprécié de façon totalement discrétionnaire par le juge, sans véritable autre contrainte ou soutien que la pratique. L'élément « subjectif » ne ferait ainsi que refléter la subjectivité du juge lui permettant de qualifier, parmi les pratiques, celles qui demeurent de simples usages, et celles qui se voient reconnaître la dignité de règles coutumières. Néanmoins, ces auteurs ont ultérieurement abandonné cette argumentation (Kelsen, *Principles of I.L* et Guggenheim, *Traité de DIP*).

³⁶ C'est d'ailleurs dans un chapitre intitulé « Les modes de formation 'spontanés' » que Daillier P., Pellet A. et Forteau M. présentent la coutume. DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public*, édition LGDJ, 8^e édition, Paris 2009, p.351.

³⁷ Au sujet du droit spontané, voir l'étude de DEUMIER P., *Le droit spontané*, édition Economica collection recherches juridiques, Paris 2002, 477 pages.

³⁸ En droit international, une partie de la doctrine, n'admettant pas d'autre fondement du droit international que la volonté des Etats, soutient que la force obligatoire de la coutume repose sur un accord tacite entre les Etats. La règle coutumière ne s'appliquerait qu'aux Etats qui ont participé à sa formation. Elle ne serait pas opposable aux Etats tiers sans leur consentement. Cette théorie est cependant difficilement conciliable avec la pratique internationale et avec la logique du processus coutumier. En fait l'accord tacite n'est concevable

internationale, un consensus concernant la formulation d'une disposition est difficile à trouver, c'est également le cas dans le cadre d'une convention internationale impliquant un accord à l'unanimité et c'est aussi le cas lorsqu'il faut intervenir dans un domaine où les connaissances sont limitées.

Néanmoins, lorsqu'on s'attache à l'extériorisation de l'*opinio juris*, la similitude entre la coutume et les standards devient plus évidente. Ainsi, l'*opinio juris* en tant qu'élément de constatation de la coutume ne peut être saisi qu'à travers des manifestations qui renvoient en quelque sorte à une pratique motivée, et cette motivation implique des signes matériels qui peuvent être très divers. Cela peut être une Résolution des Nations Unies ou encore un consensus atteint dans les conférences de codification. Les standards connaissent également cet élément matériel de constatation de leur existence puisqu'ils peuvent être inscrits dans diverses conventions du droit international économique ou encore des codes de bonne conduite issus de l'*opinio juris* de la société des marchands, ou bien encore dans des projets soumis aux acteurs étatiques par la société civile.

L'*opinio juris* propre à la manifestation d'une coutume est nécessairement présente dans la formulation des standards. Ainsi, il existe une réelle similitude, au sens étymologique du terme³⁹, entre les standards et la coutume lorsqu'on évoque les éléments de formation des normes, bien que parfois cette similitude s'estompe. Il en va de même lorsqu'on analyse la réunion de ces deux éléments.

β- La combinaison des deux éléments composant la norme

La coutume internationale est constituée si la réunion de la pratique et de l'*opinio juris* est réelle. S'il est possible de parler de « combinaison », cela signifie que la pratique et l'*opinio juris* demeurent deux éléments distincts mais qu'ils doivent être convergents dans la constitution de la norme. En d'autres termes, ces deux éléments ont pour caractéristique d'être ni identiques et ni interchangeables même si « *par souci intellectuel*

que pour des coutumes bilatérales ou locales, applicables à un nombre restreint d'Etats dont on vérifiera nécessairement le consentement au moins implicite.

³⁹ Le terme « similitude » vient du latin *similitudo*, inis, f. : ressemblance, analogie, rapprochement. *Dictionnaire Gaffiot Latin-Français*, p.530.

d'unité et de simplification, on est légitimement tenté de les fondre l'un dans l'autre »⁴⁰. Il n'existe donc pas de hiérarchie entre ces deux éléments, même s'ils doivent impérativement être réunis. On peut même aller plus loin en constatant qu'ils renvoient l'un à l'autre : la pratique contenant les signes de *l'opinio juris* et *l'opinio juris* donnant un sens à la pratique. Ainsi, les deux éléments constitutifs de la coutume « *ne sont que deux aspects d'un même phénomène : une certaine action qui est subjectivement exécutée ou perçue d'une certaine façon* »⁴¹. Ces deux éléments constitutifs de la norme sont donc de même nature, c'est-à-dire qu'ils sont des modes de preuve.

Si la combinaison des deux éléments permet de prouver l'existence de la coutume, il est indéniable que le processus est le même s'agissant des standards. En effet, il est clair que les standards sont à la fois constitués d'une pratique et d'une *opinio juris*, même si elles revêtent des caractéristiques et des formes parfois différentes de la coutume. Les standards peuvent donc être prouvés par la combinaison de ces deux éléments. Il s'agit réellement d'une méthodologie de la constatation et de la formulation des standards. Ce raisonnement est en quelque sorte le substitut de l'élément formel des standards qui fait défaut. Il n'est pas la raison d'être de leur existence et ne saurait expliquer leur formation mais il suffit aux exigences de leur mise en œuvre. Il s'attache donc aux conditions de leur existence et non pas à la catégorie juridique « coutume » à laquelle ils n'appartiennent pas. En réalité, ce raisonnement, emprunté au raisonnement tenu pour la coutume, constitue l'un des éléments des standards. C'est en ce sens qu'il existe une grande similitude entre la coutume et les standards.

Néanmoins, si la combinaison des deux éléments est nécessaire à la constitution des deux normes, elle est également suffisante pour qualifier une coutume. En effet, dans le cadre de la règle coutumière, la réunion des deux éléments n'a pas à être confortée par le recours à d'autres considérations. On ne requiert pas la référence à des éléments, souvent invoqués ou mis en jeu à propos de la coutume, tels que la répétition, la durée, l'usage immémorial ou encore le consentement. Plus encore, ces éléments renverraient à des conceptions opposées du mode de formation de la coutume : la durée fait procéder le droit de la contrainte du fait, le consentement qui repose sur l'engagement volontaire,

⁴⁰ SUR S., « La coutume internationale », *op.cit.*, p.3.

⁴¹ STERN B., « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, édition Pédone, Paris 1981, p. 482.

devrait quant à lui produire un effet instantané. Or, ces éléments renvoient plutôt au fondement juridique de la coutume qu'à la méthode de sa formation⁴². Ainsi, la coutume ne se forme que par la réunion d'une pratique et d'une *opinio juris* : cette combinaison est nécessaire et suffisante.

Dans le cas des standards, si la combinaison des deux éléments est nécessaire pour prouver leur existence, elle n'est nullement suffisante. Nous ne sommes pas en présence de standards seulement quand une pratique est généralement acceptée comme étant le droit. Nous serions en présence, ni plus ni moins, d'une coutume. Pour qu'un standard soit reconnu comme tel, on doit pouvoir désigner une notion délibérément indéterminée permettant la mesure du comportement en termes de normalité à l'aune de divers critères. La combinaison de la pratique et de l'*opinio juris* est, certes, nécessaire, mais non pas suffisante. Il s'agit là d'une limite à la similitude entre la coutume et les standards.

En s'intéressant aux éléments d'extériorisation de la norme, il est possible de se rendre compte que les standards et la coutume sont très proches quant à leur processus de formation, même s'il est clair qu'il existe des différences du fait de la catégorie juridique à laquelle ils appartiennent. Il existe moins d'ambiguïtés lorsqu'on envisage de comparer les standards aux directives.

d- Les standards et les directives

Une directive, en tant qu' « *ensemble d'indications générales ou ligne de conduite à suivre* », peut-elle être rattaché à la notion de standard ? Les positions de la doctrine sont incertaines à ce sujet puisqu' « *on est tenté de traduire le mot anglo-saxon standard par le mot français directive tout en faisant observer que l'idée de directive n'épuise pas tout le sens du mot standard* »⁴³. De même, s'il a été envisagé que le standard et la directive étaient liés, il a toujours été préféré de les distinguer. Le standard et la directive

⁴² Concernant ces éléments, il existe parfois une incertitude de vocabulaire qui permet de douter si les juridictions parlent du processus de formation de la coutume, ou des critères judiciaires de sa constatation. On trouve alors des références à la durée ou au consentement (ceci en accord avec la conception volontariste de la coutume), la durée étant une composante de la pratique et le consentement l'arrière plan de l'*opinio juris*.

⁴³HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTDciv* 1926, p.269.

sont des procédés du droit faisant parties de l'énoncé de la règle de droit, mais c'est le standard qui permet de trouver la directive, il ne se confond pas avec elle.

Cependant, la directive et le standard ont certains traits caractéristiques communs : tous deux exercent « *une fonction de guidage* », laissent une marge de liberté à leur utilisateur et « *assurent la communication entre deux organes dont l'un [...] peut par son intermédiaire influencer l'attitude de [l'autre]* »⁴⁴.

Il faut, néanmoins, prendre en considération que tout standard peut être qualifié de directive dans la mesure où elle constitue une mesure destinée à orienter l'action de ses destinataires tout en leur laissant la charge et la responsabilité de l'exécution⁴⁵.

En somme, la directive, catégorie tantôt trop étroite, tantôt trop large, ne semble pas offrir une base de travail à même d'apporter un éclairage sur l'identification du standard juridique.

Les rapports entre les standards et les autres notions juridiques ainsi clarifiés, nous pouvons entreprendre de préciser la nature juridique de cette notion.

2) L'identification du standard « par la positive »

A contrario, identifier les standards « par la positive » revient à déterminer ce qu'est le standard, non pas seulement au travers de sa simple définition mais au travers de sa nature juridique. Il est donc primordial de se poser deux sortes de questions qui permettront de déterminer la nature juridique du standard : d'une part, il faudra se demander si les standards relèvent de la *hard law* ou de la *soft law* (**a**) et, d'autre part, s'ils peuvent être apparentés à une source ou à une norme de droit (**b**).

a- Le standard : *hard law* ou *soft law* ?

L'étude des standards en droit international économique, et plus particulièrement leur impact sur la normativité internationale, ne peut s'exonérer d'un élargissement aux

⁴⁴ PAVLOPOULOS P., *La directive en droit administratif*, édition LGDJ, collection Bibliothèque de Droit Public, Paris 1978, p.9.

⁴⁵ DELVOLVE P., « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p.459.

phénomènes de *soft law*. En effet, l'expression de *soft law* est largement employée pour caractériser la nature des standards juridiques. Pour autant, il est absolument nécessaire de préciser, d'une part, la signification et le rôle de la *soft law* au sein du droit international économique et, d'autre part, les liens que peuvent entretenir *soft law* et standards juridiques étant donné que pour beaucoup d'auteurs la *soft law* n'est autre que la manifestation d'un non droit.

Le phénomène de la *soft law*, d'une ampleur croissante et souligné par de nombreux auteurs⁴⁶, est apparu à l'origine en droit international public et se manifeste désormais dans tous les ordres juridiques et dans presque toutes les branches du droit. Une question se pose alors : « *ce phénomène 'terminologique' n'est-il que l'expression formelle d'une mode, voire une euphonie, ou traduit-il une nouvelle construction de la pyramide kelsénienne des normes juridiques ?* »⁴⁷. Certes, aucun système juridique « *ne peut renoncer à utiliser des concepts généraux, sans quoi il ne serait pas en mesure de maîtriser la très grande variété des situations de fait qui peuvent se présenter* »⁴⁸.

Cependant, le terme de *soft law* est employé pour désigner des réalités diverses. Le professeur Chinkin a alors élaboré une classification des différents instruments susceptibles de recevoir cette dénomination. Elle précise ainsi que « *there are various ways of categorizing international soft law. Instruments may be included within this generic term for a number of reasons* :

- (i) *They have been articulated in non-binding form according to traditional modes of law-making ;*
- (ii) *They contain vague and imprecise terms ;*
- (iii) *They emanate from bodies lacking international law-making authority ;*
- (iv) *They are directed at non-state actors whose practice cannot constitute customary international law ;*
- (v) *They lack any corresponding theory of responsibility ;*

⁴⁶ Voir en ce sens, AMSELEK P., *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP 1982, pp.275 à 294. OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, pp.509 à 531. THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, pp.599 à 628.

⁴⁷ OSMAN F., *op.cit.*, 1995, p.509.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu dans l'affaire Hans Vest, 9 novembre 1983, cité par LALIVE P., *Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat*, in « Mélanges offerts à Raymond Vander Elst », édition Nemssis, Bruxelles 1986, t.1, p.436.

(vi) *They are based solely upon voluntary adherence, or rely upon non-judicial means of enforcement* »⁴⁹.

Lors de la réalisation de la présente étude, nous pourrions constater que les standards juridiques répondent aux six points répertoriés par le professeur Chinkin.

Ce phénomène de la *soft law* est une question particulièrement disputée en doctrine et, lié à l'émergence de la technique juridique du standard, certains auteurs ont annoncé que nous sommes entrés dans une ère juridique nouvelle, celle de l'avènement d'un droit dit postmoderne⁵⁰ caractérisé par la complexification croissante des modes de régulation des conduites et d'un droit en voie de mondialisation. Ce changement serait rendu nécessaire par la mutation des rapports économiques et sociaux dans tous les ordres, international, communautaire et interne. C'est pourquoi « *soft law may be increasingly utilized because it responds to the needs of the new international system* »⁵¹.

Il est indéniable que dans cette perspective, les standards sont la formulation contemporaine de la *soft law*. « *Les standards sont ainsi les enfants de ce que les internationalistes qualifient de 'soft law', de ce droit fragile fait d'une langue diplomatique* »⁵².

Intégrer l'approche de la *soft law* à l'étude des standards en droit international économique suppose donc de prendre position sur une certaine conception du droit et du phénomène juridique. Si cette intégration avait été repoussée, on aurait pu faire un amalgame entre juridicité et positivité et nous n'aurions pu qualifier de juridiques que les seules règles arrivées à maturité et ayant reçu l'*imprimatur* officielle d'une des sources du droit. Cela aurait donné une vision très statique de la matière : le droit aurait été considéré comme un produit et non plus comme un processus. Cette vision vise à réduire le droit « *dans sa structure immanente, sans se préoccuper de sa fonction, de sa visée, de sa transcendance par rapport à l'univers juridique dans lequel il prend place* »⁵³.

Or, le droit, le phénomène juridique, est bien plus que cela et les standards s'inscrivent dans une perspective beaucoup plus dynamique du droit. A cet égard, les

⁴⁹ CHINKIN C.M., « Normative development in the international legal system », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, p.30.

⁵⁰ A ce sujet voir CHEVALLIER J, *Vers un droit postmoderne*, in « Les transformations de la régulation juridique », édition LGDJ collection Droit et société, Paris 1998, p.21. D'après cet auteur, le droit postmoderne se caractérise notamment par la flexibilité et la souplesse.

⁵¹ SHELTON D., « Law, Non-Law and the problem of 'Soft Law' », in *Commitment and compliance. The role of non binding norms in the international legal system*, p. 13.

⁵² DELEBECQUE Ph., *Les standards dans les droits romano-germaniques*, in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ-Droit prospectif*, 1988, n°4, p.871.

⁵³ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, édition PUF, collection Les voies du droit, Paris 1997, p.4.

propos du professeur Abi-Saab sont éloquentes et invitent à élargir le champ des études sur les phénomènes juridiques internationaux puisqu'il se demande « *quels sont l'objet et le champ légitime de l'investigation juridique ? Est-ce seulement prendre acte du droit une fois qu'il a atteint pleine maturité, pour l'interpréter en l'état, c'est-à-dire comme une donnée statique ; ou plutôt d'appréhender le phénomène juridique dans sa globalité, dès sa conception, à travers ses différentes phases vers la maturité, et dans ses transformations ultérieures aussi bien que dans ses différentes variétés, qu'elles soient justiciables ou non justiciables ? Et comment peut-on comprendre complètement l'édifice juridique fini sans prendre en considération les différentes pierres de construction et les différentes phases de sa formation qui constituent son parcours et ses origines 'génétiques', quel que soit le nom qu'on leur donne : soft law, hard law, lex lata, lex ferenda ?* »⁵⁴.

Les instruments de *soft law*, tels que les standards, doivent être considérés comme des instruments complémentaires aux instruments classiques, preuve que l'ordre juridique international est capable de s'adapter à des réalités nouvelles⁵⁵.

Néanmoins, l'expression de *soft law* pour désigner les standards en droit international économique n'est pas entièrement satisfaisante. Cette expression n'a, en effet, qu'une dimension descriptive si on ne cherche pas à montrer comment les standards sont susceptibles de s'intégrer à l'ordre juridique international. Pour cela, il est indispensable de définir la nature juridique des standards : source ou norme ?

b- Le standard : source ou norme ?

Le standard juridique, en tant que notion juridique applicable en droit international économique, peut influencer le juriste dans deux directions différentes. Ainsi, il est naturel de se demander si le standard est une source du droit international économique ou s'il s'agit d'une norme du droit international économique.

⁵⁴ ABI-SAAB G., « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, p.63.

⁵⁵ Certains auteurs pensent, au contraire, que ces instruments peuvent être perçus comme une menace à l'encontre de l'ordre juridique international. Voir à ce sujet, KOLB R., *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, édition Bruylant, Bruxelles 2003, spéc. pp.59-60.

Il existe indéniablement « *un mystère de la source. Seul le géologue a quelque idée sur les phénomènes qui font surgir les unes ou tarir les autres, mais le sourcier n'en livre pas le secret. Ni géologues ni sourciers, les juristes emploient volontiers l'expression, éclairante par la représentation dynamique qu'elle donne du droit, imaginé comme un flux ou un fleuve [...]* »⁵⁶.

Pour autant, une source de droit peut se définir comme étant le phénomène d'émergence du droit lui-même ou d'une règle particulière à l'intérieur d'un ordre juridique donné⁵⁷. C'est ainsi que Kelsen, insistant sur l'ambiguïté du terme « source du droit », préfère parler de « *méthode de création du droit* »⁵⁸, confirmant ainsi l'idée selon laquelle une source du droit décrit le phénomène d'apparition du droit. Plus encore, une source du droit est le support de création du droit. Le terme « source » désigne, en définitive, les fondements du droit en général. Il est difficile de définir ce que sont les fondements du droit car ils se situent, par définition, en amont du droit⁵⁹.

Au vu de ces considérations, il est impossible d'affirmer qu'un standard est une source du droit international économique, en ce sens, que le standard ne peut être considéré comme constituant le support de création du droit étant donné que le standard reste un terme juridique accompagnant la règle de droit. Néanmoins, si l'on considère la dichotomie classique source formelle/source matérielle, le standard juridique pourrait appartenir à la deuxième catégorie. En effet, la notion de source matérielle comprend l'ensemble des facteurs sociaux pouvant inspirer le contenu d'une règle juridique donnée. Cependant, le standard ne fait pas qu'inspirer la règle de droit, le standard est compris dans l'énoncé de la règle de droit. Là encore, on ne peut qualifier le standard de source de droit.

⁵⁶ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, édition Seuil, Paris 2004, p. 171.

⁵⁷ Certains auteurs, à l'instar de Gionata Buzzini, rappelle que le terme « source » renvoie au verbe « sourdre », qui signifie « sortir de la terre » en parlant de l'eau. La même métaphore se retrouve dans le terme allemand « Quelle » et dans le terme italien « Fonte ». BUZZINI G.P., « La théorie des sources face au droit international général. Réflexion sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2002, n°3, pp.581-615.

⁵⁸ KELSEN H., « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1939, vol.1, spéc. pp.253-254. L'auteur a également eu l'occasion d'écrire que l'« on peut désigner par ce mot [source] toutes les méthodes de création du droit, ou bien toute norme supérieure dans son rapport avec la norme juridique inférieure dont elle règle la création », KELSEN H., *Théorie pure du droit*, p.313.

⁵⁹ Voir en ce sens, SUR S., « La coutume internationale. Sa vie, son œuvre », *Droits*, 1985, vol.3, spéc. p.120. Plusieurs idées ont émergé de la doctrine pour présenter des réalités comme constituant les fondements du droit tels que la nature des choses, la volonté divine, la rationalité de l'homme ou encore le pouvoir de l'Etat.

Une norme juridique, quant à elle, peut se définir comme étant un « *modèle de direction des comportements des sujets de droit. Elle contient un jugement de valeur à partir duquel seront appréciés les comportements des sujets de droit afin d'en déterminer leur licéité ou leur illicéité* »⁶⁰. Cette définition de la norme fournie par le professeur Jacqué ne manque pas de nous rapprocher de la définition même du standard. L'auteur continue sa définition en précisant qu'une norme impose une règle de conduite à ses destinataires qui décideront de la suivre ou non malgré la volonté de l'auteur de la norme qui a estimé qu'ils devaient la suivre. Ainsi, le comportement des destinataires va s'apprécier en fonction des valeurs que véhicule la norme. « *La spécificité de la norme réside donc bien dans son caractère de modèle de conduite* »⁶¹. Les standards semblent bien répondre à la définition de la norme juridique. En effet, la norme juridique fournit un étalon de mesure permettant de comparer les comportements et de les mesurer en termes d'écart plus ou moins grand par rapport au comportement dit normal. En fait, derrière l'idée de norme, il y a l'idée d'ordonner la vie de la société en fonction des normes qui y prévalent, c'est-à-dire que l'objectif est d'homogénéiser les comportements par réduction des écarts à la norme. Derrière l'idée du standard, il y a bel et bien cette d'idée d'étalon de mesure des comportements dits normaux et d'homogénéisation des actes des sujets de droit. D'ailleurs, Gregory Raymond définit la norme comme des standards de conduite généralisés qui délimitent l'étendue des droits et des obligations des Etats⁶². De même, concernant la norme, Stephen D. Krasner aborde les standards de comportements définis en termes d'obligations et de droits⁶³. Enfin, Janice E. Thomson évoque des pratiques normales des Etats⁶⁴.

Ainsi, si les mots changent, le sens donné aux mots est très largement équivalent.

Les standards sont donc une nouvelle norme de droit international : il ne s'agit plus d'une forme traditionnelle de la règle de droit obligatoire et extérieure aux parties mais d'une nouvelle approche où le critère de l'obligation n'est plus le respect d'un principe antérieurement édicté mais un résultat escompté⁶⁵.

⁶⁰ JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public*, RCADI 1991-2, vol 227, p.385.

⁶¹ JACQUE J-P., *ibid.*

⁶² Voir RAYMOND G., « Problems and prospects in the study of international norms », *Mershon International Studies Review*, vol.41, n°2, novembre 1997, spéc. p.217.

⁶³ Voir KRASNER D.S., « Structural causes and regime consequences : regimes as intervening variables », *International Organization*, vol.36, n°2, 1982, pp.185-203.

⁶⁴ THOMSON E.J., « Norms in international relations : a conceptual analysis », *International Journal of Group Tensions*, vol.23, n°1, 1993, p.81.

⁶⁵ En droit international économique, ce résultat escompté peut prendre la forme de la libéralisation efficace des marchés.

Cette nouvelle norme de droit international se définit par son objectif et son respect s'évalue par les résultats obtenus. En effet, la légitimité de ce nouveau droit dépend de son aptitude à produire certains effets économiques et sociaux ; il s'agit d'une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises.

Si les standards revêtent une forme souple, il n'est pas nécessaire de les respecter tous à la fois. Il suffit que le faisceau de droits que l'on accepte de mettre en œuvre produise le résultat global recherché qui est celui de créer un environnement social, juridique et économique propice. Les standards sont réellement une norme *lato sensu*⁶⁶, mais à la différence des normes traditionnelles, les standards sont une norme qui est désormais passée au crible de l'efficacité qui devient la condition et la caution de sa légitimité. Cette préoccupation d'efficacité modifie la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité.

Les standards sont une norme dont son application dépend non plus de la soumission mais de l'adhésion des destinataires. L'avènement de ce type de normes est indissociable de ce que l'on appelle le « droit négocié » : la concertation pratiquée au niveau de l'élaboration implique le consentement des destinataires. Les standards sont donc un droit qui repose sur le libre accord de volontés tel celui que l'on rencontre lors de la formation de contrats. Avec les standards, il y a donc, en apparence au moins, engagements réciproques et prestations équilibrées de deux ou plusieurs partenaires.

Au vu des définitions de source du droit et de norme juridique confrontées à la définition du standard, on peut alors préciser que le standard est une norme du droit international économique. Plus précisément, le standard est un qualificatif de la norme du droit international économique : s'il existe une pluralité de normes, certaines, de par leurs caractéristiques, peuvent être qualifiées de standard.

B. La notion de standard

La définition étant « *l'énonciation des caractères essentiels, des qualités propres à une chose* »⁶⁷, une analyse tant sémantique (1) qu'historique (2) permettra de rendre plus claire la notion de standard et son contenu moins incertain.

⁶⁶ BOISSON DE CHAZOURNES L., *Normes, standards et règle en droit international*, in « Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international », sous la direction de Estelle BROSSET et Eve TRUILHE-MARENGO, édition La documentation française, Paris 2006, p. 43.

⁶⁷ Dictionnaire Larousse Poche 2009, p.217.

1) Approche sémantique

S'il est possible de tenter une définition du terme « standard » (**a**), il n'en demeure pas moins que des difficultés quant à sa définition apparaissent très vite (**b**). Néanmoins, un certain nombre de critères vont permettre d'en donner une définition plus précise (**c**).

a- Essai de définition du standard

De manière générale, le terme « standard » est défini comme un « *type* », une « *norme de fabrication* », un fait « *conforme à un type ou à un modèle courant* »⁶⁸. Si l'idée de modèle est sous-jacente dans la notion de standard juridique, il existe une grande différence entre le standard tel qu'envisagé dans le langage courant et le standard juridique.

Dans le langage courant, le modèle auquel fait référence le standard est un modèle préétabli. Par exemple, il est fréquent d'évoquer une « taille standard » ou un « produit standard » : il a été convenu au préalable qu'ils seraient la référence en la matière. Le mot « standard » a été utilisé en premier lieu dans le monde industriel, lorsqu'il fut constaté qu'une trop grande variété de critères pour un même produit faisait obstacle à la production en série, plus rentable. On a alors réduit les différents critères jusqu'à obtenir un produit modèle, un produit standard. Dans le domaine industriel, le standard est alors le produit moyen unique que l'on a substitué aux anciens produits, multiples et variés.

Dans le langage juridique, au contraire, l'application du standard mène à l'individualisation et non à l'uniformisation des solutions⁶⁹. C'est en fonction des faits auxquels le standard juridique doit s'appliquer et de leur appréciation que sera déterminé son contenu. Le standard juridique n'est donc pas un modèle préétabli mais un modèle supposé qui reste à construire par l'entité chargée de mettre en œuvre le standard.

⁶⁸ ORIANNE P., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, édition LGDJ, 2^e édition, Paris, 1993.

⁶⁹ C'est l'idée que fait remarquer Stati quand il écrit : « *si le résultat de l'introduction de ce procédé dans le droit devait signifier une solution uniforme pour toutes les personnes et pour toutes les circonstances, la standardisation du droit serait déjà réalisée par la règle de droit simple, générale et uniforme, susceptible d'une application presque mécanique et sévèrement critiquée, justement parce que la justice ne se prête pas à une production en série* », STATI M.O., *Le standard juridique*, Thèse Paris 1927, p.47.

Alors que le standard évoque, dans le langage courant, une norme fixe, une telle connotation ne peut prévaloir en droit.

Ainsi, la définition donnée par le dictionnaire « *Vocabulaire juridique* » de G. Cornu reflète cette analyse, puisque la définition proposée dispose que, selon une théorie générale, le terme standard est utilisé « *pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* ». Il s'agirait en quelque sorte d'une « *notion cadre* »⁷⁰.

Le standard juridique fait également l'objet d'une définition plus spécifique à la matière du droit international. Ainsi, le dictionnaire « *Vocabulaire juridique* » de G. Cornu dispose que le terme de standard désigne, pour des organisations économiques telles que le Fonds Monétaire International (FMI), « *certaines règles qui, sans avoir la force d'une véritable norme juridique, ne sont pas dépourvues de tout caractère obligatoire* ». Il précise que le terme de standard est aussi utilisé « *pour désigner le comportement normal et moyen des Etats civilisés dans les relations internationales, ce comportement servant de référence pour apprécier la conduite d'un Etat dans un domaine donné* ».

D'après le professeur Salmon, le mot « standard » renvoie tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisant pour répondre à la définition de norme⁷¹. Autrement dit, un standard peut être une norme d'un haut niveau d'abstraction et de généralité, et dont le contenu doit être concrétisé pour son application, mais dont la juridicité est incontestée. Un standard peut également être une norme impliquant l'idée d'un « niveau » à atteindre ou d'un « modèle » auquel il faut se conformer, permettant l'évaluation d'un comportement ou d'une situation.

Le professeur Juillard, quant à lui, utilise le texte du deuxième *Restatement* américain pour définir ce que sont les standards. Ce texte dispose qu'un standard est exigé « *... par a) les principes applicables du droit international, par les décisions des tribunaux judiciaires ou arbitraux, et par les autres sources reconnues du droit international ; ou, en l'absence de tels principes, par b) les principes analogues de justice*

⁷⁰ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, édition PUF, 8^e édition, Paris 2007, p.750.

⁷¹ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.1049.

généralement reconnus par les Etats qui possèdent des systèmes de droit raisonnablement développés »⁷².

Néanmoins, il est rare que, dans un ordre juridique, le législateur ou le juge emploie le terme de « standard ». Il est donc difficile d'établir une définition cohérente de cette notion, plus fréquemment utilisée en théorie du droit que dans la pratique.

b- Les difficultés liées à la définition du standard

Si les éléments sur lesquels s'accorde la doctrine pour définir les standards sont rares, il en est un qui fait l'unanimité : la difficulté de donner une définition matérielle, un contenu précis à cette notion. Cette difficulté d'établir une définition purement matérielle du standard juridique enjoint de recourir à des critères fonctionnels. Nous rejeterons en effet tant les définitions organique que formelle du standard juridique.

La définition organique qui permet d'identifier un standard en fonction de l'organe dont il émane n'est pas pertinente car beaucoup d'auteurs, en recourant à cette définition, ont établi que le standard juridique n'était autre chose qu'une norme jurisprudentielle⁷³. Or, le juge n'est pas le seul auteur de ce type de norme. Les standards juridiques peuvent être insérés dans les lois, les constitutions, les règlements ou autres actes juridiques. Etant donné qu'il est impossible d'identifier avec précision l'auteur des standards, une définition organique du standard juridique est sans fondement.

La définition formelle, quant à elle, uniquement basée sur une énumération de termes qui constitueraient des standards, n'est pertinente que si elle est accessoire⁷⁴ car il

⁷² Voir le §165 du *Restatement on foreign relations law of the United States (2nd)*, Edition de l'American law institute, 1965, p.501.

⁷³ Voir HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *op.cit.*, p.311. Le doyen Hauriou présente ainsi l'architecture du système juridique : « au bas du système se trouve la couche des standards et des directives qui constituent la création primaire de l'autolimitation du pouvoir des autorités sociales diverses, administrant le droit dans les opérations de la pratique et dans le règlement des litiges. Au-dessus de cette première couche, apparaît celle des règles de droit écrites, ou des lois, qui permettent de contrôler le pouvoir discrétionnaire des jurisprudences avec leurs standards et directives, mais aussi de procurer aux sociétés des règles plus générales, mieux connues et plus stables. Enfin, trône au-dessus de ces deux couches du droit, le double magistère des principes juridiques et de la doctrine ». Souligné par nos soins.

⁷⁴ Voir RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op.cit.*, p.45 : « pour la doctrine contemporaine (...) il ne fait pas de doute, à juste titre d'ailleurs le plus souvent, que l'apparition de termes comme normal ou immoral, manifeste ou sérieux,

est impossible de dresser une liste de tous les mots ou de toutes les formes grammaticales susceptibles de constituer un standard.

Ainsi, une approche à la fois matérielle et fonctionnelle peut être retenue : c'est en effet par son rôle et par sa contribution à la fonction sociale du droit que le standard se caractérise le mieux⁷⁵.

Malgré les difficultés rencontrées pour donner une définition claire et précise du standard, il est possible de déterminer un certain nombre de critères permettant de définir le standard.

c- Les critères de définition du standard

De manière traditionnelle, on donne trois critères définissant le standard. Il s'agit, en premier lieu, de l'indétermination (α), en second lieu de la référence à la normalité (β) et, en troisième lieu, du recours à des domaines extérieurs au droit (γ).

α - L'indétermination comme critère de définition du standard

Le premier critère pour définir le standard juridique est l'indétermination. Tous les auteurs, à l'instar du professeur Rials⁷⁶, s'accordent sur ce premier critère de définition⁷⁷. Cette indétermination favorise la variabilité du contenu du standard en fonction de l'époque, du lieu, des circonstances et des faits de l'espèce. M. Stati donne une bonne illustration de ce que signifie l'indétermination : il prend l'exemple d'une norme énonçant

raisonnable ou exceptionnel, abusif ou notable, prévisible ou exorbitant, et la liste pourrait être allongée, est le signe de la présence d'un standard ».

⁷⁵ Approche également retenue par M.O Stati qui débute sa thèse par « *La fonction sociale du droit et l'intervention du standard juridique* », p.11.

⁷⁶ Rials note que « *le standard constitue une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci* », *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op.cit., p. 120.

⁷⁷ Voir ORIANNE P. qui qualifie le standard de « *notion du langage juridique à contenu indéterminé ou variable* », Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. Pour BERGEL J-L les standards sont des « *notions qui échappent à une définition abstraite précise, qui se réfèrent à des comportements humains* », *Théorie générale du droit*, édition Dalloz, 3^e édition, Paris 1999, p.200.

qu'une jeune fille est en droit de se marier lorsqu'elle est « mature ». Afin d'attribuer une substance au standard de « mature », il s'agira de prendre en considération la jeune fille concernée, son âge, son mode de vie, ses mœurs et d'autres facteurs auxquels l'interprète de cette norme estimera devoir avoir recours. Tant que les faits ne sont pas survenus et qu'il n'y a pas eu d'application de la norme, elle reste indéterminée. C'est pour cette raison que l'on évoque le caractère indéterminé du standard. Il faut cependant nuancer ce caractère car indéterminé ne veut pas dire indéterminable : pour être une norme juridique insérée dans le système juridique, le standard dit indéterminé doit rester déterminable⁷⁸. La différence entre une règle précise et un standard réside dans le fait que la détermination du sens de la norme n'est pas insérée dans le texte juridique mais renvoie au contexte.

La conséquence directe de cette indétermination est que les standards, quelle que soit leur origine, laissent une marge de manœuvre plus importante à l'interprète que s'il était en présence d'une règle de droit directement opérationnelle (pour reprendre l'exemple cité, une règle directement opérationnelle pourrait être « une jeune fille est en droit de se marier à l'âge de quinze ans »).

Néanmoins, et comme l'a fait remarquer le professeur Delmas Marty, toutes les notions indéterminées ne sont pas des standards⁷⁹, ce qui signifie que ce critère n'est pas suffisant pour définir le standard juridique. Si l'on ne prenait en compte le seul critère de l'indétermination, le standard n'aurait d'autres particularités que d'être une notion vague. Il faut donc préciser que l'indétermination provient de l'intention de l'auteur du standard de donner, à la norme qui le contient, un contenu indéterminé. L'intention est fondamentale pour définir le standard. En effet, le standard est employé avec la conscience de laisser au destinataire du texte le soin de l'interpréter car le standard joue un rôle particulier dans un système juridique : le standard non seulement favorise l'application du droit au fait⁸⁰ mais permet aussi une transition vers un droit plus strict⁸¹.

DELMAS-MARTY M. qualifie également le standard de notion indéterminée, tout en observant que « *toute notion indéterminée n'est pas un standard* », *Pour un droit commun, op.cit.*, p.123.

⁷⁸ Voir à ce sujet, DELMAS-MARTY M., *ibid.*, p.122.

⁷⁹ DELMAS-MARTY M., *ibid.*, p.123.

⁸⁰ Au sujet de l'application du droit au fait, voir l'étude de VIRALLY M., *La pensée juridique*, édition LGDJ collection théorie générale du droit, Paris 1998, spéc. pp.11-23.

⁸¹ Cette perspective est également le cas en droit international. Voir REINICKE W.H et Martin WITTE J., *Interdependance, globalization and sovereignty: the role of non-binding international legal accords* : « *NBILAs may well represent a first step on the path to legally binding agreements* ». Les auteurs font remarquer également : « *the use of such agreements whether termed, for example, recommendations, guidelines, codes of practice or standards, are significant in signaling the evolution and establishment of guidelines, which ultimately may be converted into legally binding rules* », p.95. In SHELTON D. (dir),

C'est donc par volonté, voire même par nécessité que l'auteur de la norme y introduit un standard⁸².

L'auteur de la norme a donc pu y introduire un standard de façon volontaire afin d'octroyer une marge d'appréciation suffisante à son destinataire afin qu'il lui donne un contenu en fonction de ce qu'il considère comme étant normal. C'est le cas lorsque, dans le cadre d'une convention internationale, un consensus concernant la formulation d'une disposition est difficile à trouver. Plutôt que de renoncer à cette réglementation ou de l'imposer, les parties peuvent choisir d'y insérer un standard. C'est également le cas lorsque l'auteur de la norme souhaite voir perdurer une norme dans le temps malgré les évolutions sociales ou économiques (c'est l'exemple de la notion de « bon père de famille » qui a évolué depuis 1804).

Mais l'auteur de la norme a pu également être guidé par la nécessité d'introduire un standard. Par exemple, dans le cadre d'une convention internationale impliquant un accord à l'unanimité, il est impossible d'imposer aux parties la formulation d'une règle de droit qu'elles ne désirent pas se voir appliquer. C'est aussi le cas lorsqu'il faut intervenir dans un domaine où les connaissances sont limitées : le recours à un standard s'avère nécessaire faute de pouvoir donner un contenu précis aux règles que l'on souhaite créer⁸³. C'est ici que l'on voit une des fonctions du standard : il s'agit d'un instrument de transition vers un droit plus strict.

Afin de compléter cette définition du standard, il est nécessaire d'envisager le deuxième critère de sa définition.

Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.75 à 100. Souligné par nos soins.

⁸² Voir SIMON D., « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco : Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration*, p.714.

⁸³ C'est le cas du principe de précaution qui constitue une réponse juridique sous la formulation d'un standard.

β- La référence à la normalité comme critère de définition du standard

Le standard nécessite également une appréciation des situations et des comportements en termes de normalité⁸⁴ : c'est le deuxième critère de définition du standard. Le concept de normalité revêt plusieurs acceptions et a pu être défini comme étant « *ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée* »⁸⁵. En d'autres termes, la normalité procéderait d'une moyenne dont on peut en découvrir la substance en observant les pratiques sociales. C'est ainsi que la sociologie qualifie de normal tout phénomène dont la manifestation, à l'intérieur d'un groupe social déterminé, est constante. Néanmoins, la normalité ne s'attache pas seulement à l'ordre du fait. En effet, certains auteurs, à l'instar de Canguilhem, constatent que le normal ne se réduit pas à une moyenne objective. Cet auteur précise alors qu' « *en matière de normalité, les faits bruts n'existent pas parce qu'il n'y a pas d'objets ou de situations intrinsèquement normaux* »⁸⁶. Ainsi, « *la normalité se construit à partir des pratiques sociales mais elle s'en détache pour recouvrer une portée normative. Le normal formule une valeur* »⁸⁷. D'ailleurs Canguilhem a précisé que « *définir l'anormal par le trop ou le trop peu, c'est reconnaître le caractère normatif de l'état dit normal. Cet état normal ou physiologique, ce n'est pas seulement une disposition décelable et explicable comme un fait, c'est une manifestation d'un attachement à quelque valeur* »⁸⁸. La fréquence d'une conduite révèle en fait la présence d'une norme préexistante. La normalité va alors exprimer une conformité à réaliser et le normal va agir comme un principe coercitif⁸⁹. Les conduites individuelles vont être jugées au regard du modèle d'action prescrit par la collectivité. « *La normalité apparaît donc comme le point d'équilibre, de pérennité, de stabilité du corps social. Elle se place, de ce fait, au centre de tout processus de régulation* »⁹⁰. Ainsi, normalité et droit entretiennent un rapport d'interaction puisqu'ils concourent à la même

⁸⁴ RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op.cit.

⁸⁵ LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, édition PUF, 10^e édition, Paris 2010. Voir le sens « n°C » du terme « normalité ».

⁸⁶ CANGUILHEM G., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNAUD A.J (dir.), édition LGDJ, 2^e édition, Paris 1993.

⁸⁷ CHASSAGNARD-PINET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative. Naissance d'un concept*, édition LGDJ-Bruylant, Paris 2009, p.154.

⁸⁸ CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, édition PUF, 8^e édition, Paris 1999, p.25.

⁸⁹ A ce propos, voir FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, édition Gallimard, Paris 1993, 360 p.

finalité – l'équilibre social – selon un même processus – le contrôle de la conformité d'une conduite à une norme. Le droit se base alors sur des critères de normalité⁹¹ en contribuant à la mise en œuvre d'une normativité, c'est-à-dire d'un système de normes permettant d'établir la limite entre les situations acceptables et celles qui ne le sont pas. En d'autres termes, le droit contribue à la normalisation des comportements. Mais si la normativité trouve ses sources dans la conception qu'a la société, à un moment donné, de ce qui est normal, il apparaît que la normalité est rarement retenue en tant que telle par le droit. En effet, toute légitimité à interférer dans le processus normatif est déniée à la normalité. Les standards permettent cette prise en compte puisque leur contenu juridique n'est déterminé que lorsque l'interprète les applique aux faits de l'espèce en fonction de l'idée contemporaine de ce qui est normal ou pas. La normalité devient alors une force inspiratrice⁹² qui revient à admettre que le choix normatif est influencé par les valeurs sociales dominantes qu'elle exprime. Plus encore, la normalité peut être une véritable force légitimante⁹³, c'est-à-dire qu'elle peut également être exhibée comme un outil de légitimation de la norme juridique. Afin d'entraîner l'adhésion à une règle de droit, l'argumentation s'appuiera sur les opinions tirées du sens commun. La normalité constitue ce lieu commun, cette valeur partagée par tous. Enfin, la normalité est une véritable force interprétative⁹⁴ : elle va donner du sens à la prescription juridique et en combler les éventuelles lacunes. Tel est le cas lorsque le juge doit donner corps à une règle de droit comportant des standards juridiques. En effet, par l'utilisation des standards, le législateur aménage la variabilité de la prescription juridique. Les standards vont permettre une interprétation en fonction de l'évolution de l'état social. Les standards juridiques donnent l'impression qu'« *un étrange miroir avait été encastré dans le texte* »⁹⁵. En d'autres termes, « *c'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et*

⁹⁰ CHASSAGNARD-PINET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », *op.cit.*, p.156.

⁹¹ Voir SIMON D., *L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ?*, in *Dérives et Déviations*, édition Le Publieur, Paris, 2005, p.43.

⁹² Voir l'étude de CHASSAGNARD-PINET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », *op.cit.*, pp.153-163.

⁹³ Voir l'étude de CHASSAGNARD-PINET S., *ibid.*, pp.153-163.

⁹⁴ Voir l'étude de CHASSAGNARD-PINET S., *ibid.*, pp.153-163.

⁹⁵ CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, p.105.

guident le juge dans l'application empirique du 'standard'. L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique »⁹⁶.

La conséquence de ce deuxième critère est donc la marge d'appréciation laissée à l'interprète du standard. Le type de normalité auquel il va se référer va conditionner son travail d'interprétation. Ainsi, s'il se réfère à une normalité descriptive, il doit avoir recours à des éléments concrets afin de déterminer de façon objective ce que l'opinion publique considère comme normal ou pas. Sa marge d'interprétation est donc réduite et l'on peut se demander si le standard, dans ce cas, ne contraint pas autant l'interprète qu'une règle précise directement opérationnelle. Au contraire, s'il se réfère à une normalité dogmatique, sa marge d'interprétation sera plus importante car elle ne sera limitée ni par l'auteur du standard ni par la société.

Le jugement en termes de normalité implique le recours à des domaines extérieurs au droit lors de l'application du standard : c'est le troisième critère de définition du standard.

γ- Le recours à des domaines extérieurs au droit comme critère de définition du standard

Les standards relient la normativité juridique à une normalité technique ou sociale. Le standard, en tant que notion indéterminée, évite la clôture des systèmes de droit sur eux-mêmes et participe d'une internormativité qui permet d'intégrer d'autres normes sociales au droit positif⁹⁷.

L'application d'un standard juridique nécessite donc de faire référence à des critères qui ne sont pas fixés par le droit⁹⁸ : cela peut concerner tout autant les domaines

⁹⁶ AL SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Tome II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, édition Duchemin, Paris 1977, p.146.

⁹⁷ D'après le professeur TUNC, « Les standards juridiques réalisent cette tentative pour faire du droit autre chose que l'objet d'une science qui soit une science exacte. On réintroduit la vie, on réintroduit la morale dans un droit qui, autrement, risquerait d'être desséché ». TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *op.cit.*, p.135.

⁹⁸ Voir TARUFFO M., *La justification des décisions fondées sur les standards*, in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ-Droit prospectif*, 1988, p.1123.

sociaux, culturels ou psychologiques. En effet, les domaines auxquels l'interprète du standard peut se référer sont extrêmement variés. Par exemple, pour de nombreux standards, il aura recours aux valeurs morales (c'est le cas des notions de « bonnes mœurs » ou encore de « bon père de famille »). Pour d'autres, il aura recours à des disciplines touchant aux sciences humaines ou techniques (c'est le cas de « l'exploitation abusive d'une position dominante », de la référence à un « niveau de protection élevé » ou encore du « *standard of commercial truthfulness* »⁹⁹).

Cependant, il existe d'autres normes qui impliquent le recours à divers domaines autre que le droit sans pour autant constituer des standards. En effet, le droit s'inspire des différents domaines de la vie pour établir les règles juridiques. Mais ces règles juridiques justifient souvent leur formulation en termes précis sans que l'interprète n'ait à procéder à une analyse en termes de normalité. Sans ce critère de normalité, les règles de droit faisant référence à des domaines extérieurs au droit ne sont pas des standards.

Au terme de cette analyse sur les caractéristiques intrinsèques du standard juridique, on peut ainsi résumer que les standards sont caractérisés par un certain degré d'indétermination octroyé de façon délibérée, qu'ils nécessitent de faire référence à un critère de normalité avec ce que ça implique en terme de marge d'appréciation de l'interprète et qu'ils renvoient à un facteur exogène, c'est-à-dire « *l'existence d'un référent extrajuridique, qui apparaît comme le 'marqueur' essentiel du standard* »¹⁰⁰.

Nous pouvons alors avancer la définition suivante du standard juridique : il s'agit d'une norme juridique délibérément indéterminée jouant le rôle d'instrument de mesure des comportant au travers du prisme de la normalité et en référence à des critères extérieurs au droit.

Néanmoins, pendant de nombreuses années la notion de standard a posé de multiples problèmes à la doctrine, quant à sa définition. Retracer l'histoire de la notion de standard nous semble essentiel afin que l'étude de la notion soit la plus exhaustive possible.

⁹⁹ Ce standard correspond, en droit américain, au standard de loyauté commerciale.

¹⁰⁰ SIMON D., « Préface », in *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, édition Bruylant, Bruxelles 2010, 643 p.

2) Approche historique

Une partie de l'histoire du « standard » est liée à un débat théorique portant sur la place et la spécificité de la règle dans le système juridique. La question se posait en ces termes : peut-on considérer que le standard est une norme juridique ?

Cette question, d'abord soulevée dans les pays de *Common Law*, a été importée par la doctrine française notamment grâce au « mouvement du standard » et de ses recherches comparatistes au sein de l'Ecole de Lyon sous la direction d'Edouard Lambert. Dans son ouvrage, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, paru en 1921, il introduit en France la théorie alors assez récente du doyen d'Harvard, Roscoe Pound. Cette théorie visait à rendre compte de l'utilisation de plus en plus fréquente de notions vagues et mal définies dans le champ du droit. Pour Pound, le rôle du juge est de confronter la technique juridique aux intérêts sociaux dont il est l'interprète. Dès lors, la notion de standard a pour but d'aider à la manifestation de ces intérêts sociaux. En d'autres termes, le standard, étant une notion souple, permet la prise en compte de valeurs non proprement juridiques. D'ailleurs, Pound définit le standard comme étant « *une mesure moyenne de conduite sociale correcte* »¹⁰¹. Les caractéristiques du standard sont alors au nombre de trois. Tout d'abord, le standard implique un certain jugement moral sur les conditions humaines. Ensuite, il n'exige pas une connaissance juridique profonde mais plutôt un bon sens pour ce qui est des choses de la vie courante. Enfin, le standard varie avec le temps, le lieu et les circonstances, il n'est pas formulé avec précision ni par le législateur ni par le juge. Le standard implique donc un marge de discrétion pour celui qui l'applique mais il doit être conçu en conformité avec l'idéal en vigueur à un moment donné.

Ce sujet intéressa fortement Edouard Lambert qui encouragea ses étudiants à se pencher sur cette nouvelle notion. Ainsi, la thèse d'Al Sanhoury¹⁰² est la première d'une série d'études dont le thème était le standard¹⁰³. Le terme de standard entrainait donc dans le

¹⁰¹ POUND R., « The administrative application of legal standards », *Reports of American Bar Association*, vol.44, 1919.

¹⁰² AL SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Bibliothèque de l'Institut du droit comparé de Lyon, 1925, 361 pages.

¹⁰³ SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques. Contribution à l'étude du standard juridique*, Thèse Nancy 1927, 207 pages ; STATI M.O., *Le standard juridique*, Thèse Paris 1927, 398 pages.

vocabulaire juridique usuel. Les plus grands auteurs de l'époque, même s'ils n'emploient pas l'expression exacte de standard, s'interrogent sur la problématique qu'elle suppose¹⁰⁴. Cependant, le travail de la doctrine française n'a pas contribué à éclaircir la notion. Le débat de la doctrine s'est en effet arrêté sur la distinction entre règle et standard : les disciples de Lambert se sont attardés à remettre en question le caractère juridique du standard. Pour reprendre la terminologie d'Hauriou, ils se sont demandé si le standard était un « *instrument d'administration du droit* » ou bien s'il était un mode de qualification floue, outil certes mal déterminé mais relevant peut être alors du « *fond du droit* »¹⁰⁵.

Les œuvres de cette période ont fait du standard tantôt un outil consistant à rechercher une solution raisonnable, normale, morale pour le juge, tantôt un outil consistant à prescrire un comportement raisonnable, normal, moral aux sujets de droit. Dans ces deux hypothèses, le caractère juridique était contesté.

Certains auteurs, à l'inverse de la doctrine du « mouvement du standard », ont démontré que les standards étaient caractéristiques du système juridique. Les recherches en ce sens ont pris deux directions. D'une part, les juristes ont vu dans le standard la marque d'une caractéristique du mode de rédaction et du mode de raisonnement juridiques. D'autre part, ils y ont vu l'indice d'une répartition du pouvoir d'interprétation de la norme entre plusieurs autorités.

On peut citer à titre d'exemple Chaïm Perelman. Cet auteur a montré comment le seul raisonnement dialectique est susceptible de prendre en compte les « *lieux communs* », c'est-à-dire les standards. Il a fait de la présence des standards, « *notions confuses* » ou « *notions à contenu variable* »¹⁰⁶, le fondement de sa nouvelle théorie. Perelman s'est posé la question suivante : pourquoi le droit ne peut-il atteindre l'idéal scientifique de la non-contradiction ? D'après l'auteur, la raison en est que le raisonnement juridique inclut le « *raisonnable* » issu d'une appréciation non de la conformité à un système de règles mais de l'accord avec la finalité des règles. L'appréciation du raisonnable se fait alors grâce à des « *prénotions* ». Il serait donc nécessaire d'inscrire dans les textes des « *notions*

¹⁰⁴ Notamment Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925.

¹⁰⁵ HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *op.cit.*, pp.265-312.

¹⁰⁶ PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, édition LGDJ, Paris 1984, p.128. Voir également PERELMAN C. et VANDER ELST R. (sous la direction), *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984, 377 pages.

confuses » sur lesquelles les sujets de droit pourront s'accorder et de laisser au juge le soin de « *décider ce qui est ou non conforme à l'équité ou aux bonnes mœurs* »¹⁰⁷.

Toujours dans ce même élan de la doctrine, on peut citer H.L.A Hart. Cet auteur, quant à lui, voit dans l'impossibilité de décrire le réel dans sa totalité, c'est-à-dire tous les cas d'application d'un modèle de conduite, la caractéristique du langage ainsi que la particularité de l'expression de la norme. Le langage naturel a pour caractéristique intrinsèque d'être à « *texture ouverte* » ce qui rend possible toute forme de communication relative à des questions de faits. Les hommes étant incapables d'anticiper l'avenir, les systèmes juridiques pour Hart parent à cette incapacité par des techniques diverses dont celle des standards¹⁰⁸.

Il estime également que le standard est un procédé de délégation du pouvoir et définit le procédé de la manière suivante : « *la texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe en effet des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points en établissant une balance à la lumière des circonstances entre des critères concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre* »¹⁰⁹. La conséquence est que le standard est un procédé particulièrement utile lorsqu'il s'agit de laisser une certaine marge d'appréciation à l'interprète de la norme.

En revanche, Hauriou estime que le standard est, au contraire, une technique d'autolimitation de pouvoir. Par exemple, pour les standards jurisprudentiels, le juge créé des standards pour autolimiter son pouvoir. Les standards jurisprudentiels permettraient au juge de spécifier une règle générale et d'édicter une directive d'orientation pour encadrer sa jurisprudence et définir la portée de sa décision.

Ainsi, la formulation de standards apparaît, pour certains auteurs, comme inhérente à la nature même du langage et particulièrement à celle du discours fixant des conduites complexes à suivre comme le discours juridique. Pour d'autres, le standard est une pure technique constituant un indice de répartition des pouvoirs de décision.

Si le standard a intéressé, dans un premier temps, la doctrine privatiste, certaines études françaises ont démontré la possibilité d'intégrer un instrument comme le standard en droit public. Il convient donc de citer l'œuvre du professeur Rials et l'apport de sa

¹⁰⁷ PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *ibid.*, p.160.

¹⁰⁸ HART H.L.A., *Le concept de droit*, PU des faculté de Saint Louis, Bruxelles, 1980.

¹⁰⁹ HART H.L.A., *ibid.*, p.168.

thèse au droit administratif français. En effet, le professeur Rials est le premier auteur à systématiser la technique du standard en droit administratif français¹¹⁰. Dans un premier temps, il démontre que l'opposition entre standard et règle de droit n'a pas de sens car le standard est simplement une technique particulière de la règle de droit. Il dégage l'unité conceptuelle de la notion autour de l'idée de normalité. Le standard étant à la fois une technique au service du travail du juge et un élément de formulation de la règle de droit, le recours à cet instrument n'est absent d'aucun contentieux. Cet auteur rompt également avec une idée reçue concernant les notions imprécises en affirmant que le standard n'est pas nécessairement source de pouvoir discrétionnaire. Les notions imprécises sont généralement conçues par les juristes comme conférant une marge d'appréciation à l'interprète de la norme.

Les analyses de Rials mettent en relief la richesse des standards mais aussi, et de manière moins directe, leur appartenance à tous les systèmes de droit.

L'approche historique de la notion permet d'entrevoir, à travers l'intérêt qu'elle a suscité, tout le potentiel du standard dans le cadre d'une analyse juridique. Les études théoriques ont confirmé cette idée en considérant le standard comme une caractéristique du langage juridique. Néanmoins, une simple définition, si elle est nécessaire n'est pas suffisante.

La notion de standard ainsi précisée, les enjeux d'une étude des standards en droit international économique peuvent être énoncés.

II. Intérêt de l'étude

La difficulté d'une étude reposant sur le standard réside donc dans l'absence de définition univoque de cette notion. Cette caractéristique du standard a pour conséquence de rendre incertaine l'étude des standards en droit international économique. Mais cette analyse se révèle être également d'une grande utilité pour comprendre l'évolution de la normativité du droit international économique.

¹¹⁰ RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op.cit.*

L'originalité de l'étude des standards en droit international économique ne peut s'apprécier qu'une fois l'objet de l'étude (A) et le champ de l'étude (B) parfaitement déterminés.

A- L'objet de l'étude

L'étude des standards en droit international économique impose de déterminer sous quel angle la problématique sera dégagée. Ainsi, on pourrait envisager d'orienter la problématique sous un angle uniquement économique bien que ce choix soit rejeté (1). De la même manière, on pourrait inclure dans cette étude les standards techniques mais cette solution sera également rejetée, au regard de la définition du standard juridique (2).

1) Le rejet de la seule analyse économique du droit

Le droit pourrait se limiter à la codification des règles en matière économique afin de permettre la consolidation mais aussi l'homogénéisation des règles applicables. Mais le droit peut faire bien plus en ce domaine puisqu'il peut servir à l'évolution et à la transformation des économies en mettant en place des règles, des principes que les Etats et les acteurs du droit international économique s'engagent à mettre en œuvre. Le droit devient alors un instrument au service des politiques économiques. C'est ce qu'il ressort des études du mouvement appelé *Law and Economics*¹¹¹.

Les relations entre le droit et l'économie subissent une certaine évolution qui peut être expliquée par trois facteurs, selon Benoît Frydman¹¹². Il cite d'abord la prééminence de plus en plus accrue de la logique économique dans nos sociétés contemporaines. Il fait ensuite l'observation qu'il existe une perte d'influence de l'autorité politique « *ou du moins d'une incapacité relative des institutions étatiques à peser, de manière durable et efficace, sur le cours de la production, des échanges et de la répartition des biens et des richesses* ». Enfin, il explique l'évolution des rapports entre droit et économie par le phénomène de la mondialisation. En effet, ce concept a mis en relief l'étroite relation

¹¹¹ Ce mouvement a été popularisé aux Etats-Unis à partir d'un ouvrage du juge Posner paru en 1973 et intitulé *Economic analysis of law* (POSNER R., *Economic analysis of law*, édition Little Brown, Boston 1973, 415 p.).

entre les activités économiques qui se développent à l'échelle internationale et la réglementation juridique qui reste attachée au national.

Les travaux d'analyse économique du droit appliquent des concepts issus de la science économique à des phénomènes juridiques, le but étant de mesurer l'efficacité économique des diverses règles de droit. En effet, en analysant la norme juridique au moyen d'une grille de lecture économique on s'oriente inévitablement vers une évaluation de la règle juridique par rapport aux performances économiques. En l'occurrence, la question qui se pose ici est de savoir si l'instauration de standards - notion juridique - permet ou non l'efficacité économique ? Ou en d'autres termes les standards favorisent-ils le développement économique - par la mise en place de « bonnes pratiques » - , ou, au contraire, en négligeant les spécificités économiques, voire socio-économiques ou historiques, ne conduisent-ils pas à une sous-performance des économies ? En pratique, cette approche a la faveur de la plupart des organisations économiques internationales : la légitimité des règles de droit se retrouve mesurée à l'aune de ses performances économiques. Les règles juridiques sont alors attaquées, annulées ou abolies tout simplement parce qu'elles sont considérées comme ayant une action défavorable sur le développement des échanges mondiaux.

Nous ne répondrons pas à cette question dans cette étude, même si elle reste en filigrane de notre démarche. En effet, en adoptant cette démarche nous serions amenés à réduire l'ensemble des phénomènes juridiques à des facteurs économiques. On en viendrait à occulter toute forme d'autonomie du droit. La dimension normative de la règle de droit serait perdue et substituée à une approche purement factuelle. Le juriste ne peut pas se contenter d'envisager la norme juridique comme un simple instrument au service de concepts purement économiques tels la maximisation des richesses ou l'allocation optimale des ressources¹¹³. C'est alors l'ordre juridique dans son entier qui serait placé sous la dépendance du système économique.

Il convient alors d'envisager succinctement l'analyse économique du droit car l'étude des standards en droit international économique appelle à cette démarche, bien que l'objet de la thèse sera d'envisager les standards en droit international économique non pas seulement à travers le prisme de l'économie mais également à travers ceux de la

¹¹² FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans la mondialisation*, pp.57 à 75.

¹¹³ L'analyse économique du droit partage cette conception avec la théorie de l'utilitarisme.

sociologie et de la théorie du droit. En effet, l'efficacité économique de la norme que sont les standards ne constitue qu'un aspect de leur contribution à l'efficacité du droit international économique car si la notion d'efficacité permet d'évaluer l'adéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats potentiels, cela ne suffit pas à apprécier la pertinence de la norme utilisée.

De la même manière que nous rejetons une analyse purement économique, nous excluons de notre étude les standards techniques.

2) L'exclusion des standards techniques

Par standards techniques, nous entendons ici les normes techniques qui se définissent comme étant « *une sélection de données techniques qui méritent d'être érigées au rang de références pour l'homme de l'art* »¹¹⁴. En d'autres termes, la normalisation technique a pour objet d'apporter des documents de référence contenant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les marchandises ou les services qui se posent de façon récurrente dans les relations entre partenaires économiques.

Selon un rapport établi par le CNRS le standard technique peut être soit un standard officiel, soit un standard de fait. Ainsi, « *les standards officiels sont établis par des organismes nationaux et internationaux. Les standards de fait ne sont pas définis par les institutions mais par le marché, c'est-à-dire par les agents économiques* »¹¹⁵.

Mais parmi les nombreuses définitions de la norme technique, la plus couramment retenue est la définition de l'ISO : « *spécification technique ou autre document accessible au public, établi avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble et approuvé par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international* »¹¹⁶.

¹¹⁴ GAMBELLI F., « Définitions et typologies des normes techniques », *Les petites affiches*, 11 février 1998, n°18, p.5.

¹¹⁵ BOURCIER D. et TAUZIAC V., *Du standard technique à la norme juridique. Impacts et enjeux*, Rapport final, CNRS et Université de Paris I, Ministère de la Justice, Mission de recherche droit et justice, 1995, p.8.

¹¹⁶ Définition délivrée par l'ISO et disponible sur son site : www.iso.org

Dans le domaine de la régulation du droit international économique, les normes internationales se réfèrent très souvent aux spécifications techniques intervenant dans l'organisation de la production et des échanges internationaux¹¹⁷.

Bien que les standards techniques possèdent une place indéniable dans la globalisation de l'économie, la présente étude n'aura pas pour objet d'étudier leur implication dans le droit international économique.

Il est indéniable que la présence de standards techniques dans le système de globalisation de l'économie est de plus en plus grandissante. En effet, « *standards generate a strong element of global order in the modern world, such as would be impossible without them. People and organizations all over the world follow the same standards.[...] Standardization is a form of regulation just as crucial as hierarchies and markets, and relative to which it can be said to be more or less beneficial* »¹¹⁸.

Ainsi, bien que le public n'ait guère conscience de la présence de standards techniques, il est impossible aujourd'hui d'en faire abstraction, ni d'en ignorer les incidences juridiques car le standard technique « *évolue dans le sillage de la règle de droit* »¹¹⁹.

Il est vrai que l'utilisation de plus en plus systématique des standards techniques pour élaborer ou compléter des règles juridiques interroge. A l'instar du professeur Frison-Roche, certains auteurs se demandent si l'on assiste « *à une montée du juridique [...] ou si s'opère au contraire celle de l'a-juridique, notamment des normes techniques [...] ne prenant à travers des règlements, des protocoles, etc. la forme du droit que pour mieux prendre la place de celui-ci* »¹²⁰.

Si les standards techniques envahissent la société, par différents mécanismes, les acteurs du droit international économique leur confèrent également une place de plus en plus importante.

Ainsi, les organisations internationales sont les premières à user du procédé du standard technique. La participation des organisations internationales économiques au

¹¹⁷ Voir GRAZ J.-C., « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », in *Etudes Internationales*, vol.35 n°2, juin 2004, pp.233 à 260.

¹¹⁸ BRUNSSON N. et JACOBSON B., « The contemporary expansion of standardization », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, p.1.

¹¹⁹ VIOLET F., *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, édition Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 533 pages.

¹²⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD Civ.*, 1998, p.43.

processus d'élaboration des standards techniques internationaux est rendue possible grâce à leur degré de technicité. Si bien que l'on peut se poser la question suivante : « *est-on entré dans l'ère du déterminisme technique ?* »¹²¹. En effet, « *there are plenty of people in the modern world who know what is the best for everyone else. Self-appointed experts and pressure groups abound, all with their own good causes and all trying to convince states, corporations, and individuals how much better off they would be, if only they would follow certain specific rules of behavior. There is hardly a field of human activity, from the management of companies to the management of our own health, that does not have its experts and its pressure groups* »¹²².

On peut répartir en deux catégories les organisations internationales qui participent à l'élaboration des standards techniques : celles qui y participent directement et celles qui y participent indirectement.

Concernant les organisations internationales qui participent directement à l'élaboration des standards techniques, nous pouvons donner l'exemple de l'ISO¹²³. L'ISO¹²⁴ est un organisme de normalisation international composé de représentants d'organisations nationales de normalisation de 162 pays. Cette organisation créée en 1947 a pour but de produire des normes internationales dans les domaines industriels et commerciaux appelées « normes ISO ». Cette organisation participe à l'élaboration des standards techniques de façon directe car les normes qui en sont issues peuvent être qualifiées « d'autonomes », c'est-à-dire que leur application est entièrement facultative puisqu'elles ne sont liées à aucune contrainte réglementaire. L'application de ces standards techniques est donc une démarche volontaire spontanée.

Les standards ISO ont une particularité : « *created through a process involving both state agencies and private entities, they are intended for use by private actors in the*

¹²¹ BROSSET E. et TRUILHE-MARENGO E., « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, p. 13.

¹²² BRUNSSON N., et JACOBSSON B., « The contemporary expansion of standardization », *op.cit.*, p.1.

¹²³ Nous incluons l'ISO dans les organisations internationales car, si elle est une organisation non gouvernementale dont les membres ne sont pas des délégations des gouvernements nationaux, elle compte néanmoins parmi ses membres des instituts faisant partie de la structure gouvernementale de leur pays mandatés par leur gouvernement.

¹²⁴ Parce que le nom « Organisation internationale de normalisation » aurait donné lieu à des abréviations différentes selon les langues (« IOS » en anglais et « OIN » en français), ses fondateurs ont opté pour un nom court, universel: « ISO ». Ce nom est dérivé du grec *isos*, signifiant « égal ». Quel que soit le pays, quelle que soit la langue, la forme abrégée du nom de l'organisation est par conséquent toujours ISO.

market place »¹²⁵. En d'autres termes, les standards techniques formulés par l'ISO ont des implications pour tous les acteurs du droit international économique et non pas seulement pour les Etats.

Concernant les internationales qui participent indirectement à l'élaboration des standards techniques, nous pouvons donner l'exemple de l'OMC. En effet, il existe, dans le droit de l'OMC, un accord régissant la possibilité de mettre en place des normes techniques : il s'agit de l'Accord OTC¹²⁶. Cet accord régleme l'élaboration, l'adoption ou l'application de règlements et normes techniques par les Etats. Il accepte que des obstacles au commerce puissent résulter de normes techniques sur les produits. Cependant, les normes techniques doivent poursuivre un objectif non-commercial légitime. C'est ainsi que cet accord encourage l'adoption de normes internationales, considérées comme étant les plus aptes à maîtriser l'effet négatif sur le commerce des normes techniques nationales¹²⁷.

La place des standards techniques dans la globalisation de l'économie dépend donc, pour une large part, de la participation active des organisations internationales à leur élaboration. Les Etats eux-mêmes y participent largement à travers leur système de normalisation. On peut ainsi s'atteler à comparer le système français et le système américain de normalisation. En France, la normalisation est organisée autour de l'Association Française de Normalisation (AFNOR)¹²⁸ et des bureaux de normalisation¹²⁹ alors que le système américain, contrairement au système français, n'est pas fondé sur une association de standardisation publique. En effet, « *decentralized and characterized by a high degree of competition among many SDOs, it operates with little government*

¹²⁵ ROTH-ARRIAZA N., « Soft law in a hybrid organization : the international organization for standardization », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, p. 263.

¹²⁶ Dans le vocabulaire de l'OMC, cet accord est également dénommé « TBT » d'après sa dénomination anglaise : « Agreement on Technical Barriers to Trade ».

¹²⁷ Voir les articles 2.4, 2.5, 2.6, 3.1, 5.5, 6.3 et 9 de l'Accord OTC.

¹²⁸ Le rôle de l'AFNOR est essentiel puisqu'il consiste en le recensement des besoins en normalisation, en l'élaboration de stratégies normatives, en la coordination et l'orientation de l'activité des bureaux de normalisation. Elle veille également à ce que toutes les parties intéressées soient représentées dans les commissions de normalisation. Enfin, elle organise les enquêtes publiques et homologues les normes françaises. Voir l'article 5 du décret du 26 janvier 1984.

¹²⁹ Selon l'article 8 du décret du 26 janvier 1984 : « *Tout organisme, doté ou non de la personnalité juridique, justifiant de sa capacité technique à animer les travaux de commissions de normalisation dans un secteur donné peut être agréé comme bureau de normalisation par décision conjointe du ministre chargé de l'industrie et des autres ministres intéressés, prise après avis du Conseil d'administration de l'Association française de normalisation* ». Actuellement, il existe 25 bureaux de normalisation.

oversight and no public financial support »¹³⁰. Il s'agit d'un secteur privé qui ne compte pas une seule et unique association mais « *the US private sector standards community comprises some 300 trade associations, 130 professional and scientific societies, 40 general membership organizations, and approximately 150 consortia* »¹³¹. Cependant, les Etats-Unis, pour plus de cohérence, ont créé l'American National Standards Institute (ANSI)¹³².

Pour autant, la procédure de normalisation technique connaît quelques similitudes. Le processus de normalisation français est le suivant : après inscription d'un sujet au programme¹³³, un texte est établi à la suite de réunion où les points de vue des divers partenaires s'expriment pour aboutir par consensus à une version adoptée par la commission de normalisation. Ce projet est alors soumis à une enquête publique lancée par l'AFNOR. L'annonce en est faite dans diverses publications et obligatoirement dans la revue de la normalisation française « Enjeux » ainsi qu'au Journal Officiel (JO)¹³⁴. Les observations reçues lors de l'enquête sont examinées au cours d'une réunion de dépouillement regroupant leurs auteurs et les membres de la commission de normalisation. Le texte corrigé est transmis à l'AFNOR pour homologation par son directeur général avant publication¹³⁵. Une fois adopté, le standard technique est inscrit dans le catalogue de l'AFNOR¹³⁶.

Aux Etats-Unis, le rôle de l'ANSI est de recueillir le consensus d'un groupe ouvert à tous les représentants des tiers intéressés. S'ensuit une large diffusion auprès du public pour validation et commentaires des versions préliminaires. Les commentaires et les réponses du public sont alors pris en compte. Les standards techniques sont insérés dans un

¹³⁰ MATTLI W. et BÜTHE T., « Setting international standards. Technological rationality or primacy power ? », *World Politics*, vol.56, n°1, octobre 2003, p.23.

¹³¹ MATTLI W. et BÜTHE T., *ibid.*, p.23.

¹³² L'ANSI a été créée en 1918 par cinq sociétés d'ingénierie et trois organismes gouvernementaux qui ont fondé la American Engineering Standards Committee (AESC). L'AESC devint l'American Standards Association (ASA) en 1928. En 1966, l'ASA fut réorganisée pour devenir la United States of America Standards Institute (USASI). Le nom actuel (ANSI) a été adopté en 1969.

¹³³ L'AFNOR conduit les travaux techniques au sein de Grands Programmes de Normalisation (GPN). Chaque programme réunit les principaux décideurs du secteur économique concerné. Leur responsabilité est de définir les priorités.

¹³⁴ Article 10 du décret du 26 janvier 1984. On peut cependant noter une absence de publicité adéquate des standards techniques puisque seules leurs références sont publiées au JO. Ils apparaissent alors inopposables à l'égard des tiers, selon une jurisprudence constante (CE, sect., 4 oct. 1978, Cavallès, req. n°10701, Dr. Adm., nov. 1978, n°326).

¹³⁵ Article 11 du décret du 26 janvier 1984.

¹³⁶ Le catalogue de l'AFNOR classe les normes en 21 catégories : métallurgie, matériaux, électricité, domestique, mécanique, ferroviaire, textile, distribution, construction navale, banque, aéronautique, combustible, bâtiments et travaux publics, papiers, automobiles, chimie, agriculture, alimentaire, généralités, administration, divers.

document prenant en compte les modifications apportées. Enfin, il existe une possibilité, pour chaque participant, de faire appel si les modifications au projet initial n'ont pas été respectées.

Au vu de ces considérations, il ressort clairement que les standards techniques ont une place très importante dans la globalisation de l'économie si bien qu'il existe une imbrication des standards techniques dans les règles juridiques du droit international économique. Cependant, en référence à la définition du standard juridique, il est nécessaire d'exclure de l'étude les standards techniques.

Il résulte de la définition du standard technique donnée par l'ISO que la norme serait avant tout un document technique n'ayant aucune valeur juridique. C'est la position de la doctrine positiviste qui dénie tout caractère juridique à la standardisation technique. En effet, « *les normes techniques sont toujours présentées par la grande majorité des juristes comme radicalement différentes des normes juridiques* »¹³⁷. Ainsi, les standards techniques ne seraient pas du droit. Cette réflexion provient de la vision qu'a donnée Kelsen du système juridique se réduisant au droit issu principalement du législateur étatique. Mais le système juridique repose désormais sur ce qui convient d'appeler la « *corégulation* » qui se définit comme l'association de mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés, en mettant à leur profit leur expérience pratique¹³⁸. La normalisation technique participe alors à la construction des espaces juridiques publics. Comme le fait remarquer Laurence Boy, « *si l'on s'attache aux modes de réception des normes techniques dans l'ordre juridique [...] il semble que l'on puisse affirmer que la normalisation est bien une source de droit. Elle participe de ce mouvement contemporain d'élaboration complexe du droit et de déplacement des sources du droit vers les pouvoirs privés économiques* »¹³⁹.

Ainsi, selon une étude de Franck Violet¹⁴⁰, la norme technique est un instrument d'application de la règle de droit. Le droit fait alors du standard technique un instrument incontournable. Si, traditionnellement, la normalisation repose sur une pratique volontaire

¹³⁷ BOY L., « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Etudes et doctrines, édition spéciale : La normativité.

¹³⁸ Voir à ce sujet, VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 2002, p.120.

¹³⁹ BOY L., « Normes », *RIDE*, n°2, 1998, p.127.

elle peut devenir obligatoire soit qu'elle entre dans le champ contractuel, acquérant ainsi le caractère impératif de toute obligation contractuelle, soit qu'une réglementation exige son respect, comme c'est très souvent le cas dans le cadre des marchés publics. « *La norme, simple donnée technique, devient une règle impérative de jure* »¹⁴¹.

En définitive, les standards techniques favorisent l'adaptation du droit aux mutations de la société. En cela, ils sont devenus un véritable instrument du droit et tendent à emprunter son autorité. Le professeur Frison-Roche considère même qu'ils prennent la forme du droit pour mieux prendre sa place¹⁴². Les standards techniques ainsi juridicisés deviennent alors des règles de droit. C'est en ce sens que nous devons exclure les standards techniques d'une étude sur les standards juridiques car, une fois acceptés par la Communauté internationale, les standards techniques deviennent une véritable règle juridique obligatoire et contraignante, se différenciant ainsi du standard juridique.

Pour considérer que le standard technique devienne un standard juridique, il faudrait prendre pour postulat que le standard technique appartient au devoir-être (*sollen*), c'est-à-dire élaboré par l'homme. Or, dans la doctrine dominante, on ne considère pas le standard technique comme faisant parti du *sollen* mais du *sein*, c'est-à-dire provenant de la nature. Denis Voinot estime ainsi que « *les normes techniques contiendraient une vérité extérieure à celle énoncée par la norme elle-même* »¹⁴³. De même, Carlos Cossio souligne que « *l'expression d'une norme technique correcte empêche toute possibilité logique d'exprimer une autre norme technique dont le contenu serait rigoureusement contraire, parce que, la première dépendant d'une vérité placée sur un autre plan, l'identité de la vérité avec elle-même exclut sa négation* », faisant transparaître ainsi l'application des lois naturelles à l'égard de la norme technique¹⁴⁴. Franck Gambelli va totalement dans ce sens puisque pour cet auteur la norme technique constitue une « *obligation naturelle* »¹⁴⁵.

En d'autres termes, le standard technique, adopté puis inséré dans l'énoncé d'une norme juridique, ne devient pas un standard juridique mais une règle de droit obligatoire.

¹⁴⁰ VIOLET F., *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, édition Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 533 pages.

¹⁴¹ VIOLET F., *ibid.*, p.275.

¹⁴² Voir en ce sens, FRISON-ROCHE M-A, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD Civ*, 1998, p.44.

¹⁴³ VOINOT D., *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, Thèse Grenoble, 1993.

¹⁴⁴ COSSIO C., « La norme et l'impératif chez Hursell », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier, Tome 1*, édition Dalloz, Paris 1961.

¹⁴⁵ GAMBELLI F., « Définitions et typologies des normes techniques », *op.cit.*

Il est donc tout naturel de ne pas envisager, dans la présente étude, les standards techniques.

L'objet de l'étude ainsi déterminé, il reste à définir le champ de l'étude.

B- Le champ de l'étude

La notion de standard intéresse tous les systèmes juridiques et dépasse le droit national. Le droit international public n'échappe pas à cette tendance générale car le standard y trouve de très intéressants prolongements à travers le concept de *soft law*.

Ainsi, on retrouve la présence de standards dans divers branches du droit international public (1), mais l'étude portera sur le droit international économique (2).

1) L'existence des standards en droit international

En tant que normes *soft* du droit et, *a fortiori* du droit international, les standards sont présents dans toutes ses ramifications. Il convient ici d'en donner quelques exemples, notamment en droit international des droits de l'Homme (a), en droit international de l'environnement (b) et en droit international de la mer (c).

a- Les standards en droit international des droits de l'Homme

Le noyau central du droit international des droits de l'Homme est composé de la Charte internationale des droits de l'Homme constituée par la Déclaration universelle, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

La valeur juridique de la Déclaration universelle, en dépit de son importance historique et politique, n'est pas différente de celles des autres résolutions déclaratives de principes adoptées par l'Assemblée générale. Ainsi, elle n'est pas, en tant que recommandation, source d'obligations pour les Etats¹⁴⁶. En revanche, les principes qu'elle

¹⁴⁶ Par exemple, le Conseil d'Etat français a été saisi d'un recours dans lequel, afin d'obtenir l'annulation d'une élection, le requérant avait invoqué la violation de la Déclaration universelle par l'ordonnance du 21 avril 1944 qui avait déclaré inéligibles certains individus en raison des actes de collaboration avec l'enemi pendant la guerre. La Haute juridiction a cependant confirmé que cette Déclaration est dépourvue de

proclame ont valeur de standards juridiques. En effet, le texte de cette déclaration établit un certain nombre de standards internationaux relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Les rédacteurs, ne pouvant trouver des règles juridiques qui soient en vigueur dans tous les pays ou qui soient acceptés par tous, sont allés à l'essentiel, c'est-à-dire aux sentiments plus profonds des hommes les plus simples¹⁴⁷. Ils firent donc l'effort de rechercher ce qui était commun aux gens les plus simples de tous les pays et, à partir de ces conceptions essentiellement morales, au sens strict du terme, ils rédigèrent les dispositions comme s'ils imposaient une obligation de résultat. D'ailleurs, lorsque la Déclaration fut adoptée par l'Assemblée générale, celle-ci précisa dans le préambule qu'elle était « *l'idéal commun à atteindre* »¹⁴⁸ par tous les peuples et toutes les nations. Ainsi, par exemple, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la CIJ a estimé que « *le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre, dans des conditions pénibles, à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme* »¹⁴⁹. La prise en compte d'un standard minimal de protection des droits de l'Homme lors du jugement des crimes de droit international est en définitive extrêmement contemporaine¹⁵⁰.

De nombreuses ramifications du droit international des droits de l'Homme usent de la technique des standards. A ce propos, nous pouvons citer le droit international du travail qui a recours à la technique du standard pour élaborer ses normes. Ainsi, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a mis en place ce que l'on appelle les standards internationaux du travail. Ces standards sont des instruments juridiques élaborés par les mandants de l'OIT (gouvernements, employeurs et travailleurs) qui définissent les principes et les droits minimums au travail. Il s'agit de recommandations qui servent de principes directeurs ayant un caractère non contraignant. Les standards sont adoptés à la

caractère juridiquement obligatoire parce qu'elle ne constitue pas un traité international (*C.E., 18 avril 1951, Election de Nolay*).

¹⁴⁷ Voir dans ce sens, TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *op.cit.*, pp.12-13.

¹⁴⁸ L'expression anglaise est : « a common standard of achievement ».

¹⁴⁹ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Iran c/ Etats-Unis, 24 mai 1980, Rec. 1980, p.42.

¹⁵⁰ Voir LAMBERT-ABDELGAWAD E., « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la CPI*, édition Société de législation comparée, Paris 2004, p.98.

majorité des deux tiers des voix des mandants de l'OIT et reflètent donc des principes universellement reconnus. La plupart des standards ont été formulés de façon à être suffisamment souples pour être traduits dans les lois et les pratiques nationales¹⁵¹. D'autres normes contiennent des « clauses de souplesse » qui permettent aux pays de fixer provisoirement des standards moins contraignants que ceux normalement prévus, d'exclure certaines catégories de travailleurs de l'application d'une convention ou de ne mettre en œuvre que certaines parties d'un instrument. Les standards internationaux du travail sont avant tout des outils d'harmonisation car les gouvernements élaborent une législation du travail et une politique sociale dans le respect de normes convenues à l'échelle internationale. Les standards internationaux du travail constituent donc les normes sociales fondamentales minimums convenues par tous les acteurs de l'économie mondiale.

Ainsi, le droit international des droits de l'Homme use fréquemment du recours aux standards comme solution juridique, si bien que cette branche du droit s'est vu reconnaître le qualificatif de « flou »¹⁵². Le recours aux standards dans cette branche du droit s'explique notamment par le fait qu'il repose sur l'existence de peu d'antécédents quant à la répression des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocides, à l'exception des crimes de guerre nazis juste après la deuxième guerre mondiale¹⁵³. Ainsi, une pratique requise pour le droit coutumier n'a pu que difficilement se former. L'autre explication du recours aux standards est l'absence de système cohérent organisant l'ensemble du droit international des droits de l'Homme : les instruments existants sont incomplets¹⁵⁴ et se contredisent¹⁵⁵. A ce titre, on comprend pourquoi le recours aux standards s'avère indispensable.

¹⁵¹ Par exemple, les standards relatifs au salaire minimum n'obligent pas les États Membres à fixer un salaire minimum spécifique mais à mettre en place un système et des procédures permettant de fixer des niveaux de salaire minimum adaptés à leur développement économique.

¹⁵² Voir l'ouvrage de DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, édition PUF, collection essais-débats, Paris 2004, 388 pages.

¹⁵³ Voir SIMMA B. et PAULUS A., « Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit) », in *Droit international pénal*, édition Pédone, Paris 2000, p.57 et s.

¹⁵⁴ Par exemple l'article VI de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'a pas créé une véritable juridiction universelle et se contente, à la place, de la juridiction territoriale et de la compétence d'un tribunal pénal international qui n'existait pas encore.

¹⁵⁵ Par exemple, l'article III de la Convention sur le crime de génocide régit la participation à un crime autrement que l'article 1 de la Convention contre la torture ou que les statuts des TPI.

Les droits de l'Homme occupant une place essentielle en droit international, l'usage des standards juridiques s'avère être indispensable. Il en va de même en droit international de l'environnement qui est un droit en pleine expansion nécessitant des normes à même de répondre à ses caractéristiques particulières.

b- Les standards en droit international de l'environnement

« Il n'est pas douteux que le droit international de l'environnement présente des traits spécifiques qui tiennent à son objet même et qui se traduisent par un recours statistiquement plus fréquent à des techniques juridiques particulières »¹⁵⁶. Cependant, le droit international de l'environnement ne diffère pas dans son élaboration et sa mise en œuvre des autres corps de normes et règles de droit international. Simplement, dans le domaine de la protection de l'environnement, le droit international peut apparaître mou et peu contraignant. Ainsi, cette branche du droit a recours à des stratégies normatives particulières¹⁵⁷ aussi dénommées *soft law*, droit souple. On comprend l'importance du recours à cette forme particulière de droit car il s'agit d'un domaine où le droit doit se plaquer sur la réalité et doit pouvoir évoluer et s'adapter en même temps. Les résolutions, les recommandations, les codes de conduite adoptés dans le cadre d'organisations internationales, les communiqués et déclarations adoptés à l'issue de conférences internationales et les conventions-cadres¹⁵⁸ sont autant de manifestation de l'utilisation d'un droit souple. On a même pu dire que « *la soft law ou 'droit programmatoire' constitue le réceptacle par excellence de l'éthique environnementale et le canal par lequel cette dernière se structure et se consolide progressivement* »¹⁵⁹. Cette pratique normative est, en réalité, le reflet des exigences de flexibilité et de souplesse de cette branche du

¹⁵⁶ DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public, op.cit.*, p.1271.

¹⁵⁷ Voir à ce sujet BOISSON DE CHAZOURNES L., « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, édition Dalloz, Paris 2007, pp.41 à 57.

¹⁵⁸ Ces conventions posent les bases de systèmes qui sont ensuite consolidés par des protocoles, des annexes ainsi que par des décisions adoptées par les réunions ou les conférences des parties contractantes. On peut citer à titre d'exemple le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques de 1977 (disponible sur le site <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>) ou encore le protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique de 2000 (disponible sur le site www.biodiv.org/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf).

¹⁵⁹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », *op. cit.*, p.44.

droit international. Ainsi, une partie de la doctrine estime que les principes du droit de l'environnement font figure de standards juridiques en raison de leur portée diffuse¹⁶⁰. En effet, le droit international de l'environnement comporte un grand nombre de règles incluant des standards juridiques¹⁶¹. Lorsque des dispositions prévoient l'évaluation « *de manière appropriée* » des effets directs et indirects d'un projet sur l'environnement¹⁶², l'absence de « *solutions satisfaisantes* » pour accorder des dérogations aux dispositions protégeant les oiseaux sauvages¹⁶³ ou encore l'obligation de ne pas porter atteinte aux intérêts d'un autre Etat par le fait d'activités conduites sur son propre territoire, elles comprennent bel et bien, en tant que normes juridiques, des standards. Ainsi, le premier standard cité à titre d'exemple renvoie à ce qui est normalement attendu de la part d'un auteur d'études d'incidences, c'est-à-dire une analyse appropriée, objective et un niveau scientifique sur les effets directs et indirects que peut avoir un projet sur l'environnement. Or, on ne saurait définir clairement ce qui est « approprié » : l'interprète devra donc préciser la portée du standard au moyen d'un critère de normalité et à l'aune d'éléments extérieurs au droit.

Ainsi, une des techniques les plus caractéristiques de la réglementation tendant à protéger l'environnement est l'adoption de standards¹⁶⁴. A ce propos, un document de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) concernant la protection de l'environnement a dressé une typologie faisant une distinction entre quatre sortes de standards¹⁶⁵.

Tout d'abord, il distingue les standards de qualité qui fixent les niveaux maximaux admissibles de pollution dans les milieux récepteurs (air, eau, sol). Il s'agit des standards d'émission qui ont pour objet de spécifier la quantité de polluants ou leur concentration dans les effluents, pouvant être rejetée par une source donnée. Les standards d'émission

¹⁶⁰ Voir par exemple, JEGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », *op.cit.*

¹⁶¹ Voir à ce sujet, DE SADELEER N., *Les principes pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, édition Bruylant, Bruxelles 1999, spéc. p.264, « Chapitre IV : Pertinence de la qualification de 'standards juridiques' ».

¹⁶² Article 3 de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

¹⁶³ Article 9 de la directive 79/409/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages.

¹⁶⁴ A ce sujet, voir KISS A. et BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, édition Pédone, 3^e édition, Paris 2004, « Chapitre VI : Techniques juridiques spéciales du droit de l'environnement », p.137.

¹⁶⁵ Ce document est disponible sur le portail « environnement » du site Internet de l'OCDE à l'adresse suivante : www.oecd.org

établissent des obligations de résultat, laissant au pollueur le libre choix des moyens pour se conformer au standard.

Ensuite, il distingue les standards de procédé qui ont pour objet de définir un certain nombre de spécifications auxquelles doivent répondre les installations fixes. Ainsi, peut être imposé à une usine un certain procédé de production en fonction des objectifs de protection de l'environnement. Contrairement au standard d'émission, le standard de procédé est une obligation de moyen et ne laisse pas au pollueur le libre choix des techniques par lesquelles il entend réduire ses émissions.

Enfin, il distingue les standards de produit qui tendent à fixer soit les propriétés physiques ou chimiques d'un produit, soit les règles concernant le conditionnement, l'emballage ou la présentation d'un produit, soit les limites aux émissions polluantes que ce produit est susceptible de dégager au cours de son utilisation.

En réalité, ces standards correspondent souvent à la normalisation des produits, fréquemment utilisée en matière industrielle dans des buts économiques. Ces standards peuvent être préconisés par des codes de bonne conduite établis par des organismes professionnels en dehors même des règles obligatoires imposées par les autorités. Ainsi, au plan international, l'ISO (International Organization for Standardization) a élaboré des standards qui touchent à l'environnement. En particulier, c'est la série de normes 14 000 qui concerne la gestion de l'environnement et prévoit l'audit environnemental, le suivi des produits pendant toute leur existence et l'octroi d'un label environnemental.

D'autres standards ont fait leur apparition au cours du développement du droit international de l'environnement. Par exemple, d'inspiration britannique, le standard de la « meilleure technologie disponible » a été adopté notamment par la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux. Il vise à prendre des mesures pratiques adaptées à une situation donnée en vue de limiter les déversements, les émissions et les déchets¹⁶⁶. Le texte reconnaît que pour un procédé particulier la meilleure technologie disponible évoluera dans le temps.

¹⁶⁶ L'annexe I à la convention définit la meilleure technologie disponible comme étant le dernier stade de développement des procédés, équipements ou méthodes d'exploitation indiquant qu'une mesure donnée est applicable dans la pratique. Elle doit prendre en compte les récents procédés, équipements ou méthodes d'exploitation comparables, les progrès technologiques et l'évolution des connaissances et de la compréhension scientifique, leur applicabilité du point de vue économique, les délais nécessaires pour leur

Ainsi, dans le domaine de la protection de l'environnement, le droit participe à l'élaboration d'un langage juridique commun pour l'ensemble de la communauté internationale grâce à la formulation de standards. Cette tendance se vérifie également en droit international de la mer.

c- Les standards en droit international de la mer

Les standards sont également très présents dans cette branche du droit international, et plus particulièrement dans l'opération de délimitation maritime¹⁶⁷. En effet, le vocable utilisé dans les affaires relatives aux opérations de délimitation maritime est souvent équivoque et peut même prêter à confusion. Ainsi, le droit de la délimitation maritime utilise généralement des mots qui n'ont pas une signification propre, mais « *seulement la signification qui leur est attribuée par l'usage* »¹⁶⁸. Il est alors fréquent d'employer indistinctement des principes, des règles, des normes, des critères, des facteurs, des méthodes, des concepts ou des idées¹⁶⁹. Leur emploi semble exprimer une hiérarchie théorique au profit des règles et des principes de droit international. Il y aurait donc, au sommet de cette hiérarchie, un premier groupe dans lequel on trouverait des expressions ayant un caractère juridique déterminé : les règles et les principes. En revanche, à la base, il y aurait des termes qui n'expriment pas clairement des catégories normatives : des facteurs, des méthodes, des critères. Ceux-ci, même s'ils n'ont pas de signification particulière, ne sont pourtant pas neutres. En ce domaine, le juge ou l'arbitre confond souvent, volontairement, les termes qu'il emploie utilisant fréquemment, dans l'opération de délimitation maritime, la technique du standard. Ce dernier est généralement prescrit, sous divers vocables, par la règle de droit que le juge ou l'arbitre doit interpréter et appliquer. Les standards que l'on retrouve dans le contentieux de la délimitation maritime correspondent parfaitement à la définition que l'on a donnée du

mise en œuvre, la nature et le volume des rejets et l'existence de technologies peu polluantes ou sans déchets.

¹⁶⁷ Voir à ce sujet, FAVRE J-M., *Essai sur la notion de standard dans la jurisprudence internationale*, Thèse 1994, Paris I, 719 pages, spéc. p.589 et s.

¹⁶⁸ AGO R., « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p.15.

standard. Ils se trouvent dans la règle de droit et présentent, contrairement à celle-ci, une grande souplesse et une meilleure adaptabilité aux circonstances. Leur but est de permettre au juge d'aboutir à une solution équitable.

Les standards sont très usités en droit international et se révèlent être un véritable instrument de régulation. La quasi-totalité des branches du droit international y ont recours. Mais notre attention se portera sur le droit international économique.

2) Le choix du droit international économique

De façon classique, le droit international économique peut se définir comme étant l'ensemble des règles régissant les opérations économiques de toute nature dans un contexte étatique.

Le choix de placer l'étude dans le contexte du droit international économique s'explique par le fait qu'il s'agit d'une branche du droit international qui revêt une coloration particulière puisqu'elle est reliée aux notions de bien-être et de progrès de l'humanité étant donné que les relations économiques sont l'élément essentiel de la consolidation et de la préservation de la paix internationale. En témoignent le préambule¹⁷⁰, l'article 1^{e171} mais surtout les articles 55 et suivants¹⁷² de la Charte des

¹⁶⁹ Voir à ce sujet, COLLIARD A-C., « Principes et règles de droit international applicables en matière de délimitation maritime. Analyse de la jurisprudence de la CIJ », in *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol.II, pp.87-105.

¹⁷⁰ « *Nous peuple des Nations Unies, résolu à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international, à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande, et à ces fins à pratiquer la tolérance, à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage, à unir nos forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales, à accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun, à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples, avons décidé d'associer nos efforts pour réaliser ces desseins* ». Souligné par nos soins.

¹⁷¹ « *Les buts des Nations Unies sont les suivants :[...] réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion* ». Souligné par nos soins.

¹⁷² Il s'agit du Chapitre IX de la Charte, intitulé « Coopération économique et sociale internationale ».

Nations Unies qui évoquent le lien entre les relations pacifiques entre Etats et la coopération économique entre ces mêmes Etats.

De plus, les relations économiques sont de plus en plus nombreuses : on ne compte plus les accords dans ce domaine tant ils sont nombreux, qu'il s'agisse d'accords bilatéraux ou multilatéraux. De même, les opérations économiques quotidiennes (échange de biens et de services, opérations financières, investissements, circulation et établissement des agents économiques...) entre les différents opérateurs économiques sont de plus en plus importantes¹⁷³.

L'économie occupe donc incontestablement une place centrale surtout à l'heure de la mondialisation. En effet, le droit international économique rassemble les règles juridiques de la mondialisation économique qui s'avère être multidimensionnelle : elle n'est plus seulement un objectif mais elle est aussi une composante de la vie économique internationale¹⁷⁴. C'est également une notion complexe, tout autant que les règles juridiques qui la régissent et dont le juriste tente de tenir compte. La tâche du juriste n'est cependant pas simple car l'économie est une matière évolutive et habituée aux bouleversements rapides que le droit doit cerner sous peine d'être décalé avec la réalité et de favoriser la naissance de situations conflictuelles faute de normes adaptées.

Mais le phénomène de plus en plus accru de la mondialisation révèle les limites atteintes par le droit international économique. En effet, la globalisation invite le droit international économique à renouveler ses normes juridiques : c'est l'appel à un « *droit mondialisé* »¹⁷⁵.

La mondialisation de l'économie aboutit, à n'en pas douter, à une harmonisation des législations nationales. Mais cette simple harmonisation n'est pas suffisante pour permettre une régulation des relations économiques dans un monde où les frontières nationales ne font plus barrière. Les acteurs du droit international économique ont compris la nécessité de développer un ensemble de normes plus uniformes qui serait mieux à même de réguler leurs relations. Des normes mondialisées apparaissent comme une

¹⁷³ DAILLIER P., LA PRADELLE G. et GHERARI H. (dir), *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004.

¹⁷⁴ BELANGER M., *Institutions économiques et internationales. La mondialisation économique et ses limites*, édition economica, collection droit international, 6^e édition refondue, Paris 1997, p.6.

¹⁷⁵ CHEMAIN R., *L'ordre économique international à l'heure de la mondialisation*, in « Droit de l'économie internationale ».

condition d'efficacité des règles qui encadrent l'ordre économique international. Les standards sont disposés à répondre à cette problématique.

La mondialisation justifiant un renouvellement des normes afin de mieux ordonner l'ordre économique international, qu'en est-il alors de la « hiérarchie des sources » du droit international économique ? Le renouvellement du système normatif du droit international économique donne une impression de désordre : la production normative est placée sous le signe d'une prolifération anarchique¹⁷⁶. Les sources du droit international économique jaillissent de façon dispersées et imprévues, sans qu'on puisse les rattacher à un ordre juridique unique¹⁷⁷.

Montesquieu écrivait que les lois « *doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celle d'une nation peut convenir à une autre* »¹⁷⁸. Si l'affirmation de Montesquieu était exacte lorsque les normes et les structures juridiques étaient appliquées à un droit national, elle ne l'est plus de nos jours du fait de la mondialisation de l'économie. En effet, avec l'accroissement de ce phénomène la diversification des systèmes s'estompe et « *la connaissance des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation* »¹⁷⁹. Ainsi, les instruments juridiques subissent ce qu'il convient de qualifier une standardisation, c'est-à-dire une sorte de sélection des instruments juridiques les plus performants.

La mondialisation de l'économie met donc les instruments juridiques en concurrence à l'échelle mondiale, en fonction de leur efficacité. Si un marché veut être le plus concurrentiel possible, il doit l'être autant en économie qu'en droit : il doit créer un environnement juridique propice afin d'attirer sur son territoire des investisseurs étrangers ou de favoriser certaines opérations économiques. Les lois deviennent alors des instruments concurrentiels ou anticoncurrentiels.

Ainsi, la standardisation est devenue une force créatrice de droit : la mondialisation se traduit par une accélération du rythme de l'évolution sociale, qui appelle des modes de création du droit à même d'intégrer rapidement les changements¹⁸⁰.

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, édition du seuil, Paris 1998, p.76.

¹⁷⁷ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, op.cit., p.173.

¹⁷⁸ Extrait de L'Esprit des lois de Montesquieu, Première partie, Livre 1, Chapitre 3.

¹⁷⁹ MARTIN-SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, pp. 179 à 205.

¹⁸⁰ MAHMOUD M- S., op.cit., p.162.

Ce droit nouvellement créé a donné naissance à des formes souples, regroupées communément sous le qualificatif de *soft law*. La *soft law* semble être une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international. Pourtant, comme le souligne le professeur Seidl-Hohenveldern, « *the effects of soft law tend to be underestimated* »¹⁸¹. Elle bénéficie cependant d'un mode d'ajustement propre au système juridique lui permettant de tenir compte des modifications entraînées par la complexité croissante de l'ordre international dans un contexte décentralisé, c'est-à-dire dépourvu d'une autorité exclusive qui donne, interprète et garantit l'application de la loi au moyen de la force si nécessaire¹⁸².

Le principal avantage de la *soft law* est de fournir aux acteurs du droit international économique une plus grande flexibilité par rapport aux sources traditionnelles du droit comme la source conventionnelle ou la coutume.

Ainsi, et d'après Jacques Chevallier, les multiples et diverses inflexions du droit rangées sous des vocables divers (droit mou, *soft law*...) sont liées entre elles et forment une « configuration », c'est-à-dire un ensemble organisé et hiérarchisé d'éléments unis par des relations d'interdépendance¹⁸³. De cette « configuration » naissent les standards en droit international économique.

Il n'existe pas une explication univoque du recours aux standards en droit international économique. L'explication principale est la poursuite des impératifs d'efficacité, de rapidité et de technicité propres aux solutions à apporter aux problèmes économiques. Mais on peut avancer d'autres raisons du recours intensif aux standards.

Ainsi par exemple, l'adoption de standards est parfois le banc d'essai d'une future convention internationale¹⁸⁴. De la même manière, les standards permettent de ne pas cristalliser des désaccords : ils permettent la recherche du consensus. Les standards permettent aussi d'impliquer les acteurs non étatiques des relations économiques internationales en conciliant droit international public et droit transnational privé (celui des banques, des multinationales...). Enfin, les standards permettent de contourner les inconvénients de la solution conventionnelle : face à un accord universel impossible,

¹⁸¹ SEIDL-HOHENVELDERN I., *International economic soft law*, RCADI 1979, vol. II, p.194.

¹⁸² DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, Hors série 2007, pp. 245-268.

¹⁸³ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », *op.cit.*, p.21.

¹⁸⁴ Comme par exemple pour la Convention de Rotterdam de 1998 sur la procédure de consentement préalable dans le commerce de certains produits chimiques dangereux.

l'adoption de standards sous forme de lignes directrices par exemple peut constituer une solution d'attente ou de transition créant ainsi un nouvel équilibre entre des préoccupations contradictoires.

S'il existe des difficultés conceptuelles entourant la définition des standards, il n'en demeure pas moins qu'un consensus existe sur l'utilité des standards en droit international économique. Les standards revêtent deux fonctions particulières : une fonction technique dans le sens où ils permettent l'adaptation du droit à l'évolution de la société internationale et une fonction idéologique dans le sens où ils assurent la légitimation des solutions juridiques retenues¹⁸⁵.

La fonction technique est celle de la régulation : face à une société internationale complexe, les standards qui renvoient à un ensemble de normes extérieures, constituent une technique juridique évolutive. En effet, leur contenu varie suivant le contexte et les idées dominantes en la matière.

La fonction idéologique est celle qui donne une légitimité à l'intervention du juge international ou des arbitres. En effet, les standards s'appuient sur des valeurs censées être communes à la société internationale. A partir de ce constat, deux fonctions idéologiques peuvent être dégagées, qui semblent indispensables en droit international économique. La première fonction est celle de rhétorique : le choix des standards facilite le rapprochement des Etats qui ont souvent des idées politiques et économiques différentes en vue de la conclusion d'un accord. La deuxième fonction est celle d'unification : les standards sont censés arrondir la norme qui les contient, coordonner l'ensemble des règles de droit qui s'y réfèrent et opérer un rapprochement des différents droits nationaux.

L'objet et le champ de l'étude ainsi déterminés permettent d'énoncer les choix méthodologiques retenus pour analyser la particularité des standards en droit international économique.

III. Orientations méthodologiques

Si la méthodologie peut se définir comme étant « *l'étude des méthodes propres à une science* » ou plus précisément « *la manière de faire* »¹⁸⁶, il est, à ce stade de l'étude¹⁸⁷,

¹⁸⁵ ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, édition PUF Lamy, Paris 2003.

¹⁸⁶ Dictionnaire Larousse de Poche, 2009, p. 512.

tout à fait utile de préciser la démarche suivie pour traiter des standards en droit international économique et plus précisément de leur contribution à la normativité en ce domaine.

Enoncer ses choix méthodologiques présuppose d'identifier les méthodes d'analyse du droit international qui seront utilisés. Ainsi, une thèse ayant trait à la contribution des standards à la normativité du droit international économique suppose d'étudier la technique juridique puisqu'un des buts affichés est de déterminer le contenu des standards à partir de la prise en compte des sources formelles du droit international économique positif. Pour autant, une telle étude ne peut se passer du regard de la sociologie du droit car il sera déterminant de savoir pourquoi les standards connaissent une telle émergence à cette époque donnée du droit international économique.

Ces deux méthodes d'analyse de la contribution des standards à la normativité du droit international économique seront néanmoins transcendées par « *la discipline maîtresse* »¹⁸⁸ qui irriguera la présente thèse, c'est-à-dire la théorie du droit. En effet, au-delà de savoir pourquoi les standards sont utilisées et quel est leur contenu, il est particulièrement important de s'attacher à souligner la manière dont les standards vont fonctionner au sein du droit international économique.

Il s'agit véritablement d'une étude interdisciplinaire en ce sens qu'on envisagera les standards sous des angles différents mais dans une perspective unique qui se veut cohérente.

La thèse que nous entendons défendre se situe alors à la fois à l'intérieur du droit international économique lorsqu'on entreprendra de déterminer le contenu des standards, mais également à l'extérieur de ce droit lorsqu'on entreprendra d'expliquer la création, l'évolution et l'application des standards. On se situera alors dans le contexte social et politique du droit international économique.

Afin de préciser plus encore la méthodologie adoptée, il est nécessaire de décrire le courant théorique (**A**) et la science juridique (**B**) qui encadrent la recherche.

¹⁸⁷ Le professeur Corten précise que l'énoncé de la méthode suivie « *n'a en effet de sens que si l'on dispose déjà de certains acquis sur le fond d'une matière donnée* », CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2009, p.12.

¹⁸⁸ Terme utilisée par le professeur Corten, *ibid.*, spéc. pp. 39 et s.

A- Le choix d'un courant théorique : l'objectivisme

Selon le professeur Salmon, l'objectivisme est une « *doctrine juridique selon laquelle le droit international est le produit des solidarités sociales découlant des nécessités de la communauté internationale et de son évolution* »¹⁸⁹. Le juge Bedjaoui lui-même a expliqué l'objectivisme comme étant « *le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté* »¹⁹⁰.

Transposé à l'étude de la contribution des standards à la normativité du droit international économique, ce courant de pensée juridique implique que les standards que l'on retrouve dans le droit international économique ne sont pas seulement présents par la simple volonté des Etats, mais reflètent une nécessité de la communauté internationale. En d'autres termes, l'objectif des standards est d'établir des normes du droit international économique qui répondent aux besoins de la communauté internationale prise dans son ensemble.

La conséquence du choix de l'objectivisme fera que la validité de l'énoncé théorique s'appuiera nécessairement sur les méthodes du positivisme juridique mais également d'autres méthodes comme l'analyse sociologique ou encore la philosophie du droit¹⁹¹. En effet, il sera nécessaire de prendre en compte la volonté des Etats mais en allant au-delà, c'est-à-dire en s'interrogeant sur les nécessités sociales qui peuvent déterminer la norme juridique.

Ainsi, en partant du courant objectiviste, on se rend compte que l'étude de la contribution des standards à la normativité du droit international économique peut aller plus loin que l'objectivisme et s'inscrire dans le courant qu'on appelle le constructivisme¹⁹². Ce courant s'appuie sur l'idée wébérienne selon laquelle les êtres humains sont des êtres culturels ayant la capacité et la volonté de donner du sens au monde. A la différence des faits naturels, comme l'eau, les montagnes ou encore la population, qui existent indépendamment du sens qu'on leur donne, les faits sociaux eux, comme l'argent, la propriété ou encore la souveraineté, n'existent que par rapport au sens

¹⁸⁹ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.764.

¹⁹⁰ CIJ, affaire de la *Menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, Rec. 1996, pp.270-271.

¹⁹¹ Conformément à la méthodologie applicable au droit international public préconisée par le professeur Corten. CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, *op.cit.*, p.51.

¹⁹² Voir à ce sujet, TEUBNER G. et BOUCQUEY N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47e année, n° 6, 1992. pp. 1149-1169.

qu'on leur confère, aux significations sociales partagées autour de ces faits. Ces significations sont, par définition, construites et non pas données par la nature. Il y a derrière ces faits une sorte d'intentionnalité collective.

Appliquée aux standards du droit international économique, le constructivisme conduit à penser que les standards sont construits autour de valeurs traduisant une intentionnalité collective. Dès lors, l'objet de l'étude consiste, dans une perspective constructiviste, à problématiser les intérêts de la communauté internationale en essayant de voir comment ces intérêts sont construits et plus particulièrement autour de quel type de norme ils sont construits. De ce fait, le constructivisme en vient naturellement à attacher une importance particulière aux institutions, étatiques ou non, dans lesquelles les standards sont élaborés. Par le jeu de la concertation et de la négociation, ces institutions vont produire des normes – les standards – qui vont orienter les Etats et les faire converger¹⁹³. Nous adoptons ainsi une vision constructiviste de l'ordre mondial, un ordre où le processus de création de la norme est tout aussi important que les structures permettant la création de cette norme¹⁹⁴.

Le courant théorique dans lequel s'inscrit cette thèse ainsi déterminé, il est désormais nécessaire de décrire la science juridique qui encadrera la recherche.

B- Le choix d'une science juridique : la normativité

Indifféremment appelée « valeur normative » ou encore « force normative »¹⁹⁵, la normativité est pourtant « *un véritable paradigme [...] formé de ce faisceau de concepts que les juristes ont reçu de la tradition et de ceux qu'ils sont amenés à réinventer au fil des grandes transformations opérées par la multiplication récente des sources du droit* ». Le professeur Arnaud ajoute alors qu' « *il nous fallait bien un nouveau paradigme pour*

¹⁹³ En somme, constructivisme et institutionnalisme se rejoignent assez logiquement, et c'est pourquoi une grande partie de l'étude sera consacrée à la place *ratione personae* des standards en droit international économique. Voir *infra*, p.77.

¹⁹⁴ Ajoutons que derrière l'idée de « processus », il y a nécessairement une association étroite entre les normes et les institutions. En effet, les institutions sont les espaces dans lesquels les normes vont être créées et s'imposer aux acteurs. En d'autres termes, ces institutions « *déboucheront sur des normes que l'on définira ici comme au fond des standards de comportement admis par les acteurs d'un jeu* », LAIDI Z., *La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, édition Les Presses de Science-Po, 2^e édition, Paris 2008, p.68.

¹⁹⁵ Voir THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, 891 pages.

comprendre et intégrer les normes issues des nouvelles régulations [ainsi que] ces acteurs insolites que sont la société civile ou le secteur privé »¹⁹⁶.

En réalité, identifier ce qui fait en droit la force d'une norme n'est pas aisé car il y a autant de définitions possibles que de branches du droit existantes. Ainsi, quand le professeur Thibierge pose la question suivante : « *qu'est-ce qui, en droit, fait la force d'une norme ?* », plusieurs réponses lui ont été données car « *à cette question, le pénaliste ne répond pas comme l'internationaliste qui lui-même a d'autres réponses que le constitutionnaliste ou le civiliste* »¹⁹⁷. Néanmoins, l'étude collective dirigée par le professeur Thibierge, permet de donner, si ce n'est une définition de la normativité, du moins des angles d'approche permettant de la mesurer.

Ainsi, il est possible de s'attacher à la valeur normative d'une norme qui se mesure grâce à la source porteuse de la norme, à sa portée normative qui se mesure grâce aux effets que produits la norme et enfin à sa garantie normative, c'est-à-dire « *la garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique* »¹⁹⁸. En d'autres termes, la normativité d'une norme revêt trois dimensions auxquelles il faut porter une attention particulière afin de tenter une mesure de la force normative d'une norme.

L'étude de la force normative et, *a fortiori*, l'étude de la force normative des standards, révèle une approche nouvelle du droit qui oblige le juriste à sortir des carcans juridiques traditionnels. En effet, « *ce n'est qu'en sortant d'une approche épistémologique positiviste – sur laquelle repose le droit de facture traditionnelle – qu'on entrera dans l'ère où, le chemin se construisant en marchant, il est possible de penser autrement le droit* »¹⁹⁹.

C'est ce que se propose de tenter cette thèse qui s'inscrit dans une période de transformation du droit international économique où les structures de base traditionnelles, les postulats traditionnels sont remis en cause. Cependant, l'ordre « ancien » est plutôt mis au défi que vaincu, et les standards sont la conséquence de ce défi. En effet, le droit international économique « *rend remarquablement compte des évolutions juridiques à l'échelon mondial, notamment quant aux sources du droit* »²⁰⁰. La raison en est qu'il y a une harmonisation considérable de l'économie mondiale : les juristes de tous les pays sont

¹⁹⁶ ARNAUD A-J, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, p.15.

¹⁹⁷ THIBIERGE C., « Conclusion », in *La force normative. Naissance d'un concept*, p. 816.

¹⁹⁸ THIBIERGE C., *ibid.*, p. 823.

¹⁹⁹ ARNAUD A-J, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », *op.cit.*, p.14.

confrontés aux mêmes données de l'économie, aux mêmes analyses scientifiques et pour cela ils ont dû adopter un « langage commun », les standards.

De ces choix méthodologiques naît la formulation d'une problématique.

IV. Problématique retenue

Une étude portant sur la contribution des standards à la normativité du droit international économique se place sous l'angle du « *changement du droit* »²⁰¹, changement qui « *a trait à la rupture épistémologique qui caractérise les modes et les processus de production de la normativité internationale* »²⁰². En effet, « *l'émergence d'un droit mondial oblige à s'interroger sur les sources de ce droit mondial et sur le contenu d'un nouvel ordre public économique mondial. Il s'agit là d'un immense chantier auquel doivent s'atteler les juristes s'ils veulent contribuer à donner du sens à la mondialisation* »²⁰³.

Si donner du sens à la mondialisation semble un objectif démesuré, cette thèse entend cependant déterminer l'impact des standards sur le droit international économique.

Il est clair que la question de savoir si l'on est en présence de quelque chose qui n'est pas encore juridique ou qui est déjà une forme de droit ne peut être occultée mais elle ne doit pas faire obstacle à la recherche de la particularité des standards en droit international économique. Les standards sont un concept à géométrie variable et ne sauraient faire l'objet d'une systématisation absolue. Il s'agit d'un « phénomène » qui interpelle en lui-même de nombreuses façons de « voir » le droit. Entre le non-droit et le droit, entre ces deux extrêmes, les standards peuvent présenter des particularités quant à leur nature, leur rôle et les domaines dans lesquels ils interviennent.

²⁰⁰ FARJAT G., *Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation*, RIDE, 2003, p.515.

²⁰¹ WEIL P., *Le droit international en quête de son identité*, RCADI 1992, n°6, vol 237.

²⁰² BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, p. 19.

²⁰³ BOY L., «Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », RIDE 2003, p.483.

La question sous jacente à l'étude est donc de savoir si les standards sont la norme juridique la plus adaptée au droit international économique et la plus efficace pour contribuer à la normativité du droit international économique. On démontrera à travers le prisme de la normativité, le contenu, le caractère, la mise en œuvre et l'instauration des standards qui contribuent au maintien de l'équilibre du droit international économique et des institutions constitutives d'un marché mondial tout en répondant à la question de savoir si les standards sont la norme juridique la plus efficace pour maintenir une normativité du droit international économique.

Cette problématique peut trouver une résolution dans le choix d'un plan particulier.

Dès lors, l'étude se propose, dans un premier temps, de situer les standards en droit international économique. Il s'agira de répondre à la question suivante : quelle est la place des standards en droit international économique ? La réponse à cette question nous éclairera sur la manière dont les standards vont contribuer à la normativité et à l'efficacité du droit international économique car de la position qu'occupent les standards découlent les conséquences de la présence des standards en droit international économique. Les conséquences de leur présence permettront de vérifier la validité de la thèse de la contribution des standards à la normativité du droit international économique, qu'il s'agisse de démontrer qu'ils permettent l'harmonie des intérêts en associant au processus de création du droit tous les acteurs du droit international économique concernés ou qu'ils occupent une réelle place de norme du droit international économique.

Une réflexion sur la place des standards au sein du droit international économique mènera à constater que les standards sont une norme évidente du droit international économique. Il est, en effet, flagrant que les divers acteurs du droit international économique y ont recours. Leur poids y est donc incontestable, si bien que l'on peut affirmer que les standards détiennent une place manifeste en droit international économique (**Partie 1**).

Dans un deuxième temps, si la détermination de la place des standards en droit international économique est une exploration essentielle à l'analyse de leur particularité dans cette branche du droit, l'étude ne serait pas complète si l'on occultait l'analyse de leur rôle en droit international économique. En effet, affirmer que les standards ont une place manifeste en droit international économique doit s'accompagner d'une étude sur le rôle effectif joué par ceux-ci. En d'autres termes, il est nécessaire après avoir étudié la force normative des standards d'étudier la mesure de cette force normative. Il s'agira donc

de démontrer que les doutes entourant le rôle des standards en droit international économique n'empêchent pas de constater un rôle indiscutable des standards. C'est là tout le paradoxe de l'étude de cette norme caractéristique du droit international économique : pour autant qu'elle occupe une place manifeste en droit international économique, il n'en demeure pas moins que son rôle reste, pour l'instant, latent (**Partie 2**).

Partie 1 : La place manifeste des standards en droit international économique

Partie 2 : Le rôle latent des standards en droit international économique

PARTIE 1 :
LA PLACE MANIFESTE DES
STANDARDS EN DROIT
INTERNATIONAL ECONOMIQUE

La richesse de la réglementation internationale en matière économique est impressionnante. Il existe, en effet, « *toute une superstructure de droit économique international* »²⁰⁴ qui ne se réduit pas seulement à un droit international du commerce mais qui constitue un véritable droit international du marché. Cette réglementation s'appuie sur les formes traditionnelles du droit international et répond à une approche classique de celui-ci. Ainsi, la communauté à laquelle s'appliquent ces règles est considérée comme étant la communauté des Etats. Il s'agit donc d'un ensemble de règles fait par les Etats pour les Etats. Les autres personnes juridiques internationales sont traitées comme marginales juridiquement. « *Le droit international traditionnel est ainsi minimaliste* »²⁰⁵.

Cependant, il apparaît clairement que l'intensification des rapports internationaux dans le domaine commercial et économique ne peut plus transiter par des traités en bonne et due forme. En effet, « *les canaux traditionnels de production de la règle de droit international obéissent à une logique ratione temporis qui s'accommode mal avec les besoins des divers acteurs sur la scène internationale* »²⁰⁶. Un droit international différent est en train de s'imposer du fait de l'émergence de nouveaux intérêts et de nouvelles relations, de même que vers de nouveaux acteurs. Ainsi, « *les interactions planétaires conduisent donc à penser à un cadre international qui ne soit pas seulement interétatique mais cosmopolite* »²⁰⁷ et où la réglementation correspond à des principes nouveaux de régulation internationale fondés sur une légitimité supranationale²⁰⁸.

Si la mondialisation a vu éclore de nouveaux domaines et de nouvelles relations, les standards en sont le parfait instrument. En effet, ils permettent, d'une part, à tous les acteurs de participer au processus normatif du droit international économique, soit en formulant une demande sur un certain type de norme, soit en acceptant cette demande. D'autre part, les standards juridiques s'insèrent parfaitement dans tous les domaines du droit international économique.

²⁰⁴ ULLRICH H., « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE* 2003, p.294.

²⁰⁵ SANDS P., *Vers une transformation du droit international*, in *Droit international n°4*, Institut des Hautes Etudes International de Paris, édition Pédone, Paris 2000, p.190.

²⁰⁶ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.24.

²⁰⁷ SEVE R., « La mondialisation entre illusion et utopie », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, 2003, p.12.

Au vu de ces considérations, il s'agira de mettre en relief le fait que les standards traduisent une intentionnalité collective, en ce sens qu'ils ne sont pas seulement présents par la simple volonté des États mais qu'ils reflètent une nécessité de la communauté internationale.

On s'aperçoit alors que les standards ont une place manifeste en droit international économique, c'est-à-dire que les standards sont une norme à part entière et visible du droit international économique. Ceci se vérifie tant d'un point de vue *ratione personae*, c'est-à-dire en fonction de la place que les acteurs du droit international économique font aux standards (**Titre 1**) et d'un point de vue *ratione materiae*, c'est-à-dire que l'on retrouve deux grandes catégories de standards dans tous les domaines du droit international économique (**Titre 2**).

Titre 1 : La place *ratione personae* des standards en droit international économique

Titre 2 : La place *ratione materiae* des standards en droit international économique

²⁰⁸ Voir en ce sens, THOYER S. et TUBIANA L., *Les légitimités de la régulation internationale : États, acteurs et institutions dans l'économie politique des échanges*, Revue Economies et Sociétés n°4, 1998, p.151.

Titre 1 : La place *ratione personae* des standards en droit international économique

L'étude la place *ratione personae* des standards revient à étudier le comportement des acteurs du droit international économique face à la technique juridique du standard et notamment la place qu'ils octroient à ces standards. En filigrane, se profile la problématique de savoir si la vision selon laquelle la communauté internationale consiste en un ensemble d'Etats correspond toujours à la réalité en matière économique.

Dans le cadre de la mondialisation, est-il encore vrai que les autres membres de la communauté internationale – organisations non-gouvernementales, entreprises – sont privés d'un rôle normatif effectif ? Il faut tenir compte, par réalisme, qu'en matière économique la concurrence des autres acteurs y est très marquée. Affirmer aujourd'hui que l'Etat est le seul sujet de droit international et l'unique source d'élaboration du droit, c'est affirmer que toutes les normes appartiennent à l'espace étatique, à l'exclusion de tout autre espace normatif. Cette affirmation est démentie par la remise en cause du monopole de l'Etat. En effet, « *non seulement l'Etat n'est plus l'acteur exclusif de la politique extérieure, mais il n'est même plus la seule source d'élaboration du droit international* »²⁰⁹. Ainsi, « *practise has abandoned the doctrine that states are the exclusive subjects of international rights and duties* »²¹⁰.

On assiste en réalité à l'apparition d'une société internationale sensiblement plus sophistiquée que lorsqu'elle se présentait uniquement comme interétatique en raison d'une « *émergence aux côtés des Etats et des organisations internationales classiques d'acteurs aussi nombreux et puissants (le monde des affaires) que parfois bruyants* »²¹¹.

La CIJ elle-même a constaté que « *les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté* »²¹².

Les standards permettent à cette nouvelle société internationale d'exister puisqu'ils incitent tous les acteurs à y participer en termes de pouvoir normatif.

²⁰⁹ BEN ACHOUR Y., « Etat, cultures et mondialisation », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, p.116.

²¹⁰ LAUTERPACHT H., « International law », in *Being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, Vol.I, Cambridge University Press, 1970-1978, pp.469-471.

²¹¹ MEHDI R., « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, p.7.

²¹² CIJ, affaire sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949. CIJ Recueil 1949, p.178.

Deux problématiques se croisent alors dans l'étude de la place *ratione personae* des standards comme norme la plus adaptée et la plus efficace pour contribuer à la normativité du droit international économique : celle, d'une part, des relations entre acteurs étatiques et non-étatiques et celle, d'autre part, du défi lancé à la souveraineté des Etats et à leur capacité à écrire la loi dans un espace donné. La place des standards est réelle puisqu'on assiste à une éclosion progressive mais encore incertaine, d'un nouveau modèle de gouvernance se concrétisant par l'apparition de formes d'actions publiques inédites aussi bien que par l'intégration d'acteurs non-étatiques dans le processus d'élaboration normative.

Ainsi, on se rend compte que les standards sont une demande réelle du marché (**Chapitre 1**). Les acteurs non-étatiques sont donc parties prenantes dans le processus d'élaboration normative. Les standards deviennent alors une réponse des autorités à cette demande (**Chapitre 2**), favorisant ainsi l'éclosion des nouvelles formes d'actions publiques.

Chapitre 1 : Les standards, une demande du marché

Chapitre 2 : Les standards, une réponse des autorités

Chapitre 1 : Les standards, une demande du marché

Le terme « marché » est ici pris en compte comme résultant d'un ordre spontané régissant le fonctionnement de la société en vue de l'équilibre général et de l'efficacité économique.

Il existe ainsi une réelle influence des acteurs non étatiques dans l'élaboration des standards. En effet, à l'heure actuelle, « *la mondialisation [...] paraît signifier que, progressivement, l'Etat se fait transparent et que la société internationale devient la société formée par tous les êtres humains* »²¹³. Désormais le constat est clair : le droit international n'est plus exclusivement le droit des Etats et la souveraineté ne constitue plus une barrière infranchissable à la vision communautaire du droit.

Si les Etats ne peuvent plus prétendre au monopole de la personnalité juridique internationale²¹⁴ c'est que « *dans le monde tel qu'il est, il est utile que les pouvoirs des Etats, concurrents entre eux, soient aussi concurrencés et contestés par d'autres pouvoirs, de nature non étatique* »²¹⁵.

Ces « contre pouvoirs » existent : il s'agit tant de la société des marchands que de la société civile. Cette multiplication d'acteurs à l'échelle mondiale génère « *des dispositifs d'incitation, de négociation, de flexibilité qui appellent des normes temporaires, évolutives, réversibles* »²¹⁶. En effet, le droit international ne connaît pas d'instruments normatifs adaptés à ces nouvelles catégories d'acteurs, qui de ce fait peuvent se retrouver « hors la loi ». Il est donc nécessaire pour ces nouveaux acteurs du droit international économique d'œuvrer « *pour protéger leurs intérêts dans une ambiance de normativité modérée* »²¹⁷. Cette « normativité modérée » va prendre la forme de standards juridiques. Ainsi, les standards traduisent une réelle intentionnalité collective et s'avèrent être les normes juridiques les plus adaptées et les plus efficaces à la contribution de la normativité du droit international économique. Ainsi, la société des marchands

²¹³ PELLET A., « Vers une mondialisation du droit international ? », in *Mondialisation au-delà des mythes*, édition La découverte, collection Les dossiers de l'état du monde, Paris 1997, p.93.

²¹⁴ La personnalité juridique internationale peut être définie comme la capacité d'être titulaire et d'exercer des droits et des obligations en droit international. A ce sujet, dans sa célèbre sentence arbitrale « Texaco », le professeur Dupuy avait déduit du fait que le droit international public est un droit applicable aux contrats d'Etat que l'entreprise ayant conclu un tel contrat avait acquis la qualité de sujet de droit international. Une vive querelle doctrinale s'en était suivie pour savoir quelle serait l'étendue de cette personnalité juridique internationale. Voir *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. c/ République Arabe de Libye, sentence du 19 janvier 1977* (reproduite au JDI 1977, pp.350-389).

²¹⁵ PELLET A., « Vers une mondialisation du droit international ? », *op.cit.*, p.98.

²¹⁶ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 2 : le relatif et l'universel, op.cit.*, p.80.

(Section 1) et la société civile (Section 2) vont toutes deux, dans leur force de proposition, offrir aux standards une place légitimée par la nécessité.

Section 1 : La force de proposition de la société des marchands dans l'élaboration des standards

La société des marchands, encore dénommée « *pouvoirs privés économiques* » par le professeur Farjat²¹⁸, regroupe l'ensemble des entreprises multinationales, ou transnationales²¹⁹ dans le vocabulaire de l'Organisation des Nations Unies (ONU)²²⁰ dont le Conseil économique et social donne la définition suivante : « *sociétés dont le siège social est dans un pays déterminé et qui exercent leurs activités dans un ou plusieurs autres pays, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales qu'elles coordonnent* ».

Cette notion d'économie multinationale a émergé au début des années soixante, privilégiant « *les flux d'investissements directs à l'étranger et la mobilité des activités productrices des firmes d'un territoire à l'autre* »²²¹. Mais c'est avec la fin de la guerre froide que ce type d'économie a connu une expansion sans précédent, si bien qu'« *à l'économie internationale, qui relevait du champ politique et diplomatique, va se substituer une économie multinationale, car le rôle des entreprises multinationales est de plus en plus déterminant dans les transformations de la mondialisation, à tel point qu'elles tendent à supplanter les Etats* »²²².

Ce bouleversement n'a pas seulement des répercussions dans l'ordre économique, il en a également dans l'ordre juridique. Certains auteurs ont parlé de « *brouillage des*

²¹⁷ ROUCOUNAS E., *Facteurs privés et droit international public*, RCADI 2002, vol 299, p.94.

²¹⁸ FARJAT G., « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, édition Litec, Dijon 2000, p.613.

²¹⁹ « Transnational » est le terme employé aux Etats-Unis pour désigner le cadre juridique des activités économiques et commerciales des grandes entreprises américaines dans le monde. Pour le professeur Jessup, le droit transnational devrait comprendre un ensemble de règles juridiques destinées aux relations infra-étatiques dans le domaine économique et commercial, qui se situeraient dans la constellation de la flexibilité, à un niveau inférieur à celui du droit international.

²²⁰ Voir par exemple la Résolution 3202 du 1^{er} mai 1974. Dans sa section V, ce texte annonce que « *tous les efforts devraient être faits pour formuler, adopter et appliquer un code international de conduite pour les sociétés transnationales afin [de] les empêcher de s'ingérer dans les affaires intérieures des pays où elles opèrent* ». Souligné par nos soins.

²²¹ MICHALET C-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p.22.

²²² DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 3 : la refondation des pouvoirs*, édition du Seuil, Paris 2007, p.142.

catégories juridiques »²²³ puisque le droit international public et le droit international privé se retrouvent confondus. En tout cas, la notion de pouvoirs privés économiques « met peut-être mal à l'aise les juristes. Ils doivent sortir parfois franchement de leur cadre de réflexion : la notion de pouvoir n'est pas familière aux juristes de droit privé, la nature privée des pouvoirs heurte sans doute les juristes de droit public »²²⁴. Toujours est-il que la question principale que posent les pouvoirs privés économiques aux juristes est une question de régulation : ces pouvoirs privés économiques doivent être régulés. Nous savons qu'il existe une autre régulation que la régulation étatique, c'est l'autorégulation. En effet, la régulation juridique n'est pas nécessairement liée à l'Etat.

La technique d'autorégulation de la société des marchands passe par l'élaboration de « codes de conduite » dans lesquels on retrouve les standards suivis par ces nouveaux acteurs du droit international économique. Ce « *nouveau mode de production du droit* »²²⁵ appelle à s'interroger, d'une part, sur la nature juridique des standards élaborés par la société des marchands (§1) et, d'autre part, sur leur régime juridique (§2).

§1 : La nature juridique des standards élaborés par la société des marchands

Il existe, à l'heure actuelle, une véritable explosion des codes de conduite élaborés par les sociétés transnationales. Et ces codes de conduite jouent un rôle important dans la gouvernance mondiale. En effet, les firmes multinationales n'étant pas assujetties au droit international comme le sont les Etats, il est important de pouvoir s'appuyer sur la bonne volonté des entreprises dans le cadre de leur responsabilité sociale et économique²²⁶ afin de réduire leur insaisissabilité. Les codes de conduite recèlent donc les standards auxquels la société des marchands est prête à se soumettre.

Un code de conduite est d'abord « *un recueil de règles sur une matière donnée* » mais il présente également une « *connotation morale* » car il désigne globalement des

²²³ DELMAS-MARTY M., *ibid.*, p.143. Le professeur Delmas-Marty souligne à ce sujet un paradoxe fort et va plus loin dans la démonstration : « *Un droit privé qui se politise et se publicise, un droit public qui se privatise : la globalisation économique et financière ne perturbe pas seulement les catégories juridiques, elle affecte aussi la répartition des pouvoirs* », p.145.

²²⁴ FARJAT G., *op.cit.*, p.615.

²²⁵ FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privées », in *Les transformations de la régulation juridique*, p.153.

²²⁶ Sur la responsabilité sociale et économique des sociétés transnationales, voir la thèse de MORIN P-F., *La régulation sociale des sociétés transnationales*, Thèse 2007, Aix-Marseille III, 526 pages.

règles de comportement correspondant à des préoccupations sociales²²⁷. Selon une étude réalisée par le groupe de travail du Comité d'échange de l'OCDE, on peut également définir un code de bonne conduite comme l'énoncé par l'entreprise « *des normes et des principes régissant la manière de conduire son activité* »²²⁸.

Les codes de bonne conduite constituent donc véritablement un nouveau droit même si « *le droit a horreur du multiple [puisque] sa vocation, c'est l'ordre unifié et hiérarchisé* »²²⁹, mais les mécanismes traditionnels du droit international ne semblent pas apporter de solutions adaptées en la matière. Ainsi, « *le juriste, sauf à être aveugle, se doit de prendre acte des phénomènes de pluralisme juridique et ne pas ramener le droit aux seules règles de conduite édictées par les instances publiques* »²³⁰. En d'autres termes, il apparaît très clairement que les standards, en tant qu'ils sont la résultante d'une nécessité pour la communauté internationale, se révèlent être une norme efficace, contribuant à la normativité du droit international économique.

C'est donc tout naturellement que les standards de la société des marchands répondent à un processus d'élaboration particulier (A) et que leur contenu diffère quelque peu des règles traditionnelles (B).

A- Le processus d'élaboration des standards issus de la société des marchands

La contribution des standards issus de la société des marchands à la normativité du droit international économique se situe au niveau du processus d'élaboration.

Ainsi, le processus d'élaboration des standards issus de la pratique des sociétés transnationales recouvre deux aspects. D'une part, les codes de conduite relèvent d'un processus spontané (1) et d'autre part, ils relèvent d'un processus volontaire (2).

²²⁷ MERCIAI P., *Les entreprises multinationales en droit international*, édition Bruylant, Bruxelles 1993, p.88.

²²⁸ *Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique*. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, Juin 2000, document n°TD/TC/WP(99)56/FINAL.

²²⁹ DELMAS MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, op.cit., p.104.

²³⁰ BOY L., *Droit économique*, édition L'Hermès, Lyon 2002, p.73.

1) Un processus spontané

Les codes de conduite trouvent leur origine lorsque « le besoin s'en fait sentir », c'est-à-dire lorsque le droit issu des acteurs étatiques ne répond pas aux besoins des milieux professionnels. Il s'agit donc d'un droit destiné à pallier l'absence ou le déficit des règles juridiques internationales en la matière. En d'autres termes, il s'agit d'une privatisation de la régulation juridique à l'initiative de la société des marchands, « *située en dehors de toute hiérarchie de normes juridiques et qui renvoie par conséquent aux mécanismes les plus informels* »²³¹.

Ainsi, les standards insérés dans ces codes de conduite résultent du concept d'ordre spontané²³², défini comme suit par le professeur Hayek : « *structures ordonnées, qui sont le résultat de l'action d'hommes nombreux mais ne sont pas le résultat d'un dessein humain* »²³³.

La particularité des ordres spontanés est qu'ils sont évolutifs : ils évoluent en fonction des besoins de la société qui les fonde. Par analogie, les codes de conduites sont évolutifs. Cependant, le fait qu'« *ils peuvent être révisés lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient [...] n'est pas incompatible avec la normalisation ou la régulation même juridique* »²³⁴.

Cette mutabilité s'explique par le fait que les sociétés contemporaines sont des sociétés en constante mutation. Les repères traditionnels du droit vont être modifiés en fonction du temps et de l'espace. La régulation juridique peut alors « *amener un développement sérieux des codes de conduite en complément des moyens traditionnels du système juridique* »²³⁵ et on peut concevoir que les standards juridiques vont pouvoir évoluer grâce aux codes de conduite.

²³¹ MORIN P-F., *La régulation sociale des sociétés transnationales*, Thèse 2007, Aix-Marseille III, p.242.

²³² Sur le droit spontané, voir DEUMIER P., *Le droit spontané*, *op.cit.*.

²³³ HAYEK F., *Droit, législation et liberté. Tome 1*, édition PUF, p.43. Dans cet ouvrage, Friedrich Hayek présente deux visions de la société, l'une fondée sur l'« ordre fabriqué », l'autre sur l'« ordre mûri ».

²³⁴ FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privées », *op.cit.*, p.157.

²³⁵ FARJAT G., *ibid.*, p.163.

La spontanéité du processus d'élaboration des standards incorporés dans ce que l'on dénomme des codes de conduite va de paire avec le volontarisme affiché par les sociétés transnationales.

2) Un processus volontaire

Le caractère volontaire des codes de conduite signifie que chaque entreprise, de par un pouvoir discrétionnaire, adopte ou non un code de conduite et lui donne le contenu qu'elle veut. En effet, d'un point de vue juridique, le volontariat signifie qu'il n'existe pas, pour les entreprises, d'obligation internationale, régionale ou nationale d'adopter un code de conduite. En effet, ces codes sont présentés comme un recueil contenant des standards originaux élaborés unilatéralement par l'entreprise.

Cependant, cela ne signifie pas pour autant que les sociétés transnationales ayant rédigé un code de conduite l'ont adopté en dehors de toute contrainte extérieure. La contrainte économique engendrée par la pression croissante de la société civile pèse lourdement sur les choix stratégiques des entreprises²³⁶. Ainsi, par exemple, avec l'ouverture des marchés étrangers, certaines entreprises ont délocalisé leurs activités et se sont livrées à des pratiques déplorables comme l'emploi de très jeunes enfants. La divulgation de ces pratiques a conduit certains consommateurs à boycotter les produits de ces groupes et les directions d'entreprises durent élaborer des stratégies de communication afin de redorer leur image de marque. L'élaboration de code de bonne conduite en est l'exemple le plus frappant : en rédigeant de tels documents, ces sociétés prouvaient au public qu'elles s'engageaient volontairement à respecter certains standards.

Ainsi, ces codes volontaires apparaissent comme éminemment utilitaristes. Pour les sociétés transnationales l'approche volontaire basée sur une logique « *dialogique* »²³⁷ permet d'instaurer un lien de confiance et d'ouvrir un espace de négociation entre l'ensemble des acteurs du marché : société civile, gouvernements et parties prenantes de

²³⁶ Voir le document de l'OCDE, *Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p.9. Le document explique que « *Même si les initiatives sont souvent qualifiées de « volontaires », certaines entreprises subissent tout aussi souvent de fortes pressions les poussant à les adopter. Ces pressions émanent des structures juridiques et réglementaires, des salariés, de la nécessité de protéger la marque ou la réputation ainsi que de la société civile. Pour d'autres entreprises, en revanche, ces pressions peuvent être faibles (par exemple, pour celles qui sont peu connues du public) ».*

l'entreprise (dirigeants, employés, actionnaires, fournisseurs et concurrents). A l'origine, outils de communication défensive des entreprises, ces codes privés sont devenus un outil de marketing offensif. En effet, seule une démarche volontaire, et donc par nature flexible dans la fixation des objectifs, permet la coopération et l'adaptation à l'évolution de la réglementation²³⁸.

Le processus d'élaboration des standards adoptés par la société des marchands est ainsi très particulier puisque ces standards résultent à la fois d'un processus spontané et volontaire. Le contenu de ces standards est tout aussi caractéristique, au confluent de divers domaines.

B- Le contenu des standards issus de la société des marchands

Le contenu des standards émanant de la société des marchands, c'est-à-dire leur champ d'application se situerait « *au-delà de la loi* »²³⁹. En effet, l'autonomie normative des entreprises transnationales voit éclore le risque d'une préférence pour les comportements éthiques plutôt que pour les normes juridiques.

Cependant, concernant le contenu des codes de bonne conduite, des difficultés d'ordre méthodologique apparaissent. En effet, une étude sur le contenu des codes de bonne conduite ne peut être constituée que sur la base des documents fournis volontairement par les entreprises²⁴⁰.

²³⁷ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.28.

²³⁸ Voir à ce sujet, CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », *op.cit.*, p.37 et s.

²³⁹ MORIN P-F., *La régulation sociale des sociétés transnationales*, *op.cit.*, p.260.

²⁴⁰ C'est pourquoi notre brève étude sur le contenu des codes de bonne conduite va se réaliser essentiellement sur la base de trois rapports distincts. Tout d'abord, le code de l'OCDE élaboré en 2001 portant sur 246 codes de conduite, *Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics*. Ensuite, le code de l'OIT élaboré en 1998 par le Groupe de travail sur la dimension sociale de la libéralisation du commerce international, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite* (ce rapport est régulièrement remis à jour par l'intermédiaire de notes d'information en fonction de l'évolution de la base de données du BIT « entreprises et initiatives sociales » (BASI) qui référence plus de 300 initiatives aujourd'hui contre 215 en 1998, www.ilo.org/basi). Enfin, le rapport privé de mars 2004 du Centre d'études économiques et sociales du Groupe ALPHA portant sur le contenu de 40 codes d'entreprises françaises, *Charte éthique et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social*.

Ainsi, les standards issus du processus « normatif » de la société des marchands relèvent nettement d'une pratique éthique en lien avec le droit international économique (1) alors que la référence aux standards du droit international économique n'est qu'implicite (2).

1) Les standards relevant d'une pratique éthique en lien avec le droit international économique

Etant donné que « le droit international connaît d'étroits rapports aussi avec l'éthique »²⁴¹, il n'est pas anodin de rencontrer une majorité de standards contenus dans les codes de conduite prônant un comportement éthique. L'objectif premier de ces standards éthiques, à l'instar des standards juridiques, est de créer une politique commune basée sur des valeurs fédérant la société des marchands. Il s'agit donc d'une harmonisation réalisée par la prise d'engagements éthiques. Ces standards revêtent essentiellement deux fonctions : ils s'appliquent envers les fournisseurs de l'entreprise émettrice mais également s'imposent à ces fournisseurs.

Nous pouvons prendre l'exemple de la société Carrefour car elle fait partie des grandes multinationales françaises de la distribution qui diffuse le plus ses standards éthiques²⁴². Ainsi, trois textes principaux fondent le socle des standards éthiques de Carrefour : les « Sept valeurs fortes »²⁴³, le « Code éthique »²⁴⁴ et les « Politiques de Carrefour »²⁴⁵. Le standard éthique principal qui ressort de ces documents est le standard éthique de loyauté. En effet, dans les « Sept valeurs fortes », le groupe s'engage à « respecter [...] nos fournisseurs. Etre à leur écoute et admettre leurs différences. Comprendre et respecter les modes de vie, les habitudes, les cultures, les intérêts de chacun, partout où nous sommes présents » et à « respecter les engagements et la parole donnée et agir honnêtement vis-à-vis [...] des fournisseurs ». Le « Code éthique » contient

²⁴¹ KOLB R., *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, op.cit., p.99.

²⁴² Pour une étude complète des instruments éthiques de Carrefour, voir ETRE C., *Valeur juridique des codes de conduite d'entreprises et étude de leur portée au sein de la distribution*, Colloque d'Avignon de mars 2007 sur les relations entre industrie et grande distribution alimentaire, 19 pages.

²⁴³ Visible à l'adresse suivante : www.carrefour.com/carrefour_rdd_2005_fra/pdf/Carrefour_rdd_2005_fra.pdf

²⁴⁴ Le Code éthique n'est pas disponible pour le public.

également quelques dispositions concernant le standard de loyauté accompagnées de dispositions concernant le standard de transparence. Ainsi, il est écrit que « *les fournisseurs et prestataires de services du groupe doivent être traités avec loyauté dans le cadre de pratiques commerciales transparentes* ».

De la même manière l'entreprise Thalès prône également « *une démarche éthique qui s'appuie sur des standards internationaux rigoureux* »²⁴⁶.

Ce glissement sémantique du droit et de la morale²⁴⁷ vers l'éthique n'est cependant pas anodin. Il préfigure la volonté de la société des marchands de limiter la portée de ses codes de bonne conduite. En effet, la volonté des entreprises est de revendiquer un comportement éthique plutôt que de se placer sous une « morale » susceptible d'être sanctionnée.

Toujours est-il que vouloir codifier des standards éthiques dans un code de conduite fait naître un paradoxe entre la volonté de s'écarter du droit tout en le prenant comme base de référence. En réalité, la recherche de ces standards éthiques ne reflète pas nécessairement le droit positif et « *évacue la question de la contextualisation, notamment territoriale, des référentiels normatifs auxquels elle se rapporte* »²⁴⁸.

De cette première caractéristique sur le contenu des standards, on ne peut cependant pas en déduire catégoriquement qu'il n'existe aucune référence aux standards du droit international économique.

²⁴⁵ Ce document n'est également pas disponible pour le public mais dans un rapport écrit en 2001, *Rapport de développement durable. Carrefour s'engage pour un commerce responsable* (www.carrefour.com/docs/carrefour_rapport_fr.pdf), Carrefour en cite quelques extraits aux pages 46-47.

²⁴⁶ Groupe Thalès, *Guide de référence. Ethique du commerce. Prévention de la corruption*, 2002, 25 pages. Ce document n'est pas disponible pour le public.

²⁴⁷ Bien que les relations entre le droit et la morale fassent l'objet de très nombreuses controverses doctrinales, nous considérons ici ces deux notions comme adjacentes afin de pouvoir les opposer à l'éthique. Nous soutenons cette problématique en nous appuyant sur l'étude de François Terré pour qui de très nombreuses règles de droit étant empruntées à la morale, il est possible de considérer que le droit n'est autre chose que la morale relayée et sanctionnée par le groupe social. Voir TERRE F., *Introduction générale au droit*, édition Dalloz, 8^e édition, Paris 2009, p.11.

²⁴⁸ Voir PAILLOT P., « La protection des normes sociales fondamentales dans les relations inter-organisationnelles : les exemples de l'autoréglementation et de la régulation unilatérale », XV^{ème} Conférence Internationale de Management Stratégique, Annecy/Genève, 13-16 juin 2006. www.strategie-aims.com/conf06.html

2) Les standards relevant du droit international économique

Les codes de bonne conduite privilégient une approche négative des standards relevant du droit international économique, ce qui implique, par exemple, une obligation morale de « ne pas faire » ou de ne pas causer un dommage à autrui, ce qui est sensiblement différent de l'obligation juridique de réparer le dommage.

La lecture de la majorité des codes de bonne conduite nous enseigne que les standards juridiques qui y sont inscrits relèvent essentiellement des standards du droit international du travail. Certaines entreprises multinationales s'engagent, par exemple, à ce qu'il ne « *soit pas recouru au travail forcé* »²⁴⁹ ou qu'il « *ne doit pas être recouru à de la main d'œuvre enfantine* »²⁵⁰. Le standard de « travail infantile » est présent dans la quasi-totalité des codes de bonne conduite qui inscrivent l'interdiction pour l'entreprise et ses partenaires économiques de faire travailler des enfants en dessous d'un certain âge. Ce standard est parfois défini très précisément comme c'est le cas, par exemple, dans le code de conduite de la société Alain Manoukian qui prévoit que « *les fabricants, fournisseurs, intervenants et prestataires n'utiliseront pas le travail infantile. Infantile fait référence à toute personne de moins de 15 ans ou, si plus, à l'âge minimum légal d'embauche ou à l'âge d'achèvement de la scolarité obligatoire* ».

Ainsi, les standards relevant des conditions de travail sont les plus abordés dans les codes de conduite²⁵¹, certains codes de conduite n'étant consacrés qu'à ce domaine. L'OCDE a qualifié ces codes de « *monothème* » et précise qu'ils « *présentent l'avantage d'offrir un niveau de protection généralement plus élevé que les codes pluridisciplinaires, même si les aspects particuliers de l'engagement sont très variables* »²⁵².

Le standard de « conditions de travail équitables » est très souvent inscrit dans les codes de bonne conduite. Ce standard se décline en une multitude d'autres standards comme la rémunération équitable ou encore le cadre de travail raisonnable. Ce standard de « conditions de travail équitables » s'accompagne presque toujours du standard de non-discrimination qui figure dans les deux tiers des codes.

²⁴⁹ Voir le code de conduite de la société Ikéa, *The Ikea way on purchasing home furnishing products (IWAY)*, www.ikea-group.ikea.com/repository/documents/1293.pdf

²⁵⁰ Voir le code de conduite de la société Ikéa, *The Ikea way on preventing child labour*, www.ikea-group.ikea.com/repository/documents/1292.pdf

²⁵¹ OCDE, *Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics*. Selon l'OCDE, sur les 246 codes analysés 148 ont trait aux conditions de travail.

²⁵² OCDE, *Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics*, p.52.

Les standards du droit international du travail ne sont pas les seuls inscrits dans les codes de bonne conduite. En effet, selon l'OCDE, dans son rapport sur la « Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics », la corruption intervient en bonne place dans les domaines contenus dans ces codes. Ainsi, le Groupe Thalès a fait de la corruption « *un impératif permanent* » et précise, dans son code, que « *Thales pratique un commerce loyal et respectueux des législations et des pratiques en vigueur. Le Groupe s'interdit absolument d'accorder directement ou indirectement, à quelque agent public que ce soit ou à un collaborateur de ses clients, tout avantage indû afin que, dans l'exercice de ses fonctions, il favorise Thales par ses actions ou ses comportements* »²⁵³. Si le standard de « commerce loyal » n'est pas précisé dans le code, le Groupe Thalès fait, en revanche, référence aux travaux de l'OCDE et plus particulièrement à la « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales »²⁵⁴.

L'insertion de ces différents standards, qu'ils soient éthiques ou qu'ils relèvent du droit international économique semble dessiner la volonté de la société des marchands de créer une politique commune constituée sur la base des valeurs fédérant le réseau²⁵⁵. Pour réaliser cette harmonisation, la société des marchands a donc utilisé la technique de la convergence, c'est-à-dire une technique adaptée « *à la création du droit tendre par l'autorégulation, par les standards* »²⁵⁶. L'intentionnalité collective qui sous-tend la création des standards est ainsi favorisée par une norme juridique, les standards, qui s'avère être adaptée aux besoins de la communauté internationale et, de ce fait, efficace dans sa contribution à la normativité du droit international économique.

Pour autant, le régime juridique des standards élaborés par la société des marchands, s'il est un droit tendre, génère quelques difficultés.

²⁵³ Groupe Thalès, *Guide de référence. Ethique du commerce. Prévention de la corruption*, 2002, p.9.

²⁵⁴ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 29 pages. Disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf

²⁵⁵ Pour certains auteurs, à l'instar du professeur Martin-Serf, les codes d'éthique d'entreprise « *proposent des valeurs qui [...] sont d'une extrême généralité* » et « *sont d'une grande banalité* », ce qui serait peut être la raison de leur succès. MARTIN-SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », *op.cit.*, p. 192.

§2 : Les ambiguïtés quant au régime juridique des standards élaborés par la société des marchands

De par leur mode d'élaboration et leur contenu, l'une des caractéristiques principales des standards élaborés par les sociétés transnationales est certainement leur absence de caractère obligatoire et contraignant. On est donc en présence de règles *soft*, de *soft law*. Ainsi, ces standards sont le plus souvent appréhendés comme « *des éléments d'appréciation pour interpréter les règles de droit ou pour construire, dans le silence ou l'insuffisance de ces règles, la solution d'une difficulté [...] autorité de facto et non de jure, morales et non juridiques* »²⁵⁷.

L'analyse des codes de bonne conduite contenant les standards élaborés par les entreprises multinationales fait ressortir l'ambiguïté de la démarche. En effet, si ces codes laissent à penser que tant le contenant que le contenu relèvent du « droit dur » (A), ils relèvent en fait du « droit mou » (B).

A- Les apparences d'un droit dur

Avant tout, cette apparence de création d'un droit dur est due au support juridique employé. En effet, les standards adoptés par les sociétés transnationales sont regroupés dans un recueil qui porte systématiquement le nom de « code »²⁵⁸. L'utilisation de ce terme n'est certainement pas anodine. Traditionnellement, on définit un code comme étant « *un corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs [...], soit d'une élaboration réglementaire [...], soit d'une codification formelle de textes préexistants [...] et reclassés selon leur origine* »²⁵⁹. Ce terme a donc une connotation juridique très forte qui suggère l'existence d'un écrit solennel émanant d'une autorité titulaire d'un pouvoir normatif et consacrant solennellement des règles contraignantes. Ainsi, l'emploi de ce support laisse à

²⁵⁶ Sur la notion de convergence, voir les développements de KESSEDJIAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, RCADI 2002, tome 300, pp.142-143.

²⁵⁷ CARBONNIER J., *Droit Civil*, cité par FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privées », *op.cit.*, p.160.

²⁵⁸ Parmi les appellations les plus courantes, on peut retenir « code de conduite », « code de bonne conduite des affaires », « code d'éthique des affaires » ou encore « code d'éthique ».

²⁵⁹ Dictionnaire de vocabulaire juridique Cornu, pp.154-155.

penser que les sociétés transnationales disposent d'un véritable pouvoir normatif, ce qui crée une impression de proximité avec la codification publique.

S'agissant du contenu, les codes de bonne conduite donnent souvent l'illusion d'un véritable engagement obligatoire²⁶⁰. En effet, ils portent sur des questions qui sont déjà traitées par le droit dur. C'est par exemple le cas des questions afférant aux Droits de l'Homme en abordant des thèmes tels que les discriminations, la dignité, l'égalité ou encore la sécurité²⁶¹. Ainsi, bien que formulé de façon imprécise, le contenu des codes se situe dans les registres habituels du droit dur.

Ainsi, la frontière entre la *hard law* et la *soft law* est très floue car les standards insérés dans les codes de bonne conduite sont souvent utilisés pour compléter des normes juridiques. Un entremêlement entre les normes dites « juridiques » et celles dites « non juridiques » crée une assimilation des premières par les secondes, voire une confusion entre les deux.

Pour autant, si, en apparence, les standards insérés dans les codes de bonne conduite relèvent du droit dur, il n'en demeure pas moins que leur caractère obligatoire est tout à fait absent.

B- L'absence de tout caractère obligatoire

C'est au niveau du contenu que le leurre d'un droit dur est le plus frappant. En effet, au travers des standards présents dans ces codes il n'est pas toujours aisé de déceler une véritable obligation juridique. Par exemple, dans les « Politiques de Carrefour », la société s'engage à coopérer avec les fournisseurs « *dans le respect d'une démarche éthique* ». Ce standard nécessite donc de faire appel à une analyse en terme de normalité à l'aune de divers critères afin de définir quand, comment et par quels moyens la

²⁶⁰ Voir à ce sujet BRAC M., *Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, www.glose.org/CEDCACE3.pdf

²⁶¹ A titre d'exemple, nous pouvons citer un extrait du code de bonne conduite de la société Electrolux qui dispose : « *Toutes les activités du Groupe Electrolux doivent être réalisées avec le respect des droits de l'homme, de la santé et de la sécurité des employés, et le bien-être des communautés locales dans lesquelles le Groupe opère* ». Cet extrait est cité par le Centre d'études économiques et sociales du groupe ALPHA dans sa publication *Chartes éthiques et codes de conduite : états des lieux d'un nouvel enjeu social*.

multinationale compte s'engager. Ainsi, avec l'utilisation de la technique du standard dans ce domaine, on ne sait, à la simple lecture du texte, quelle est la volonté réelle de l'auteur car elle ne se dévoile pas avec évidence. En effet, la technique du standard laisse une marge de manœuvre importante à l'interprète du standard.

Fidèles à la technique du standard, les entreprises usent de termes flous, mal définis, juxtaposant des formulations à la fois mi-prescriptives, mi-déclaratives²⁶². Ainsi, ces standards peuvent être qualifiés de « soft » en raison d'obligations imprécises et de devoirs minimes assortis de restrictions ou de réserves. « *L'ensemble des textes écrits forment alors un 'matériau' disparate, incertain, ambigu ou encore équivoque à la lecture des intitulés et des 'engagements' »*²⁶³.

A ce titre, on ne saurait assimiler ces standards à du droit obligatoires car les codes de bonne conduite ne sont pas *a priori* obligatoires. En effet, à l'heure actuelle, seuls les pouvoirs publics ont la capacité de produire des normes juridiques contraignantes. S'ils délèguent à des organismes privés leur capacité d'édiction des normes, ils ne délèguent pas leur pouvoir juridique²⁶⁴. D'ailleurs, D. de Béchillon rappelle que « *c'est l'Etat, et lui seul, qui continue de maîtriser souverainement toute la détermination du caractère juridique* » de la norme et par conséquent, sa capacité à être sanctionnée par le juge²⁶⁵.

L'influence de la société des marchands dans l'élaboration des standards est bien réelle même si, dans un premier temps, ces standards relèvent de la *soft law* et n'ont pas, ou quasiment pas, de force contraignante. En effet, à l'heure de la mondialisation, où les Etats n'ont plus le monopole de l'édiction des normes juridiques, les ordres étatiques ne peuvent se passer d'un tel corpus de normes. En effet, les standards, en contribuant à la normativité du droit international économique, révèle que le processus de création de la norme est tout aussi important que les structures permettant la création de cette norme.

²⁶² Cependant, dans son étude portant sur la « Valeur juridique des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution », Céline Etre remarque que « *l'emploi du conditionnel est rare dans les textes éthiques. Généralement, ils sont au présent de l'indicatif, parfois à l'infinitif et au futur simple* ». ETRE C., *Valeur juridique des codes de conduite d'entreprises et étude de leur portée au sein de la distribution, op.cit.*, p.7.

²⁶³ ETRE C., *ibid.*, p. 7.

²⁶⁴ LANORD-FARINELLI M., « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* n°2, 2005, p.740.

²⁶⁵ DE BECHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *RIEJ*, 1999 n°43, p.73.

La société des marchands n'est pas la seule société qui tente d'édicter des normes à valeur juridique. En effet, la société civile, exerce une grande influence dans l'élaboration des standards.

Section 2 : La force de proposition de la société civile dans l'élaboration des standards

A côté de la société des marchands, dont l'influence dans l'élaboration des standards du droit international économique est indéniable, se trouve une autre sorte de « contre-pouvoir », la société civile. En effet, « *l'émergence d'un marché globalisé confronte les individus à une nouvelle réalité où leur sort devient plus que jamais une question d'intérêts communs, se décide à une autre échelle où ils ne peuvent être entendus que s'ils organisent largement leur représentation* »²⁶⁶.

Au-delà de l'organisation des individus pour être entendus, qu'est-ce que la société civile²⁶⁷ ? L'expression « société civile » est déjà utilisée par Aristote pour désigner la communauté supérieure qui achève l'ordonnance hiérarchisée des communautés naturelles²⁶⁸. La société civile s'identifie alors à la cité organisée entre les hommes libres qui participent à la gestion des affaires publiques en qualité de citoyens, par opposition à tous ceux qui, à des titres divers, sont incapables de liberté²⁶⁹.

La conception moderne de la société civile et son application en droit international posent certaines difficultés en raison de la diversité que recouvre cette notion. Ainsi, « *il est difficile de trouver une définition positive de ce qu'il convient d'inclure dans la société civile* »²⁷⁰.

La notion retenue par l'Europe, généralement visée par l'expression « société civile organisée » comprend « *notamment, les organisations syndicales et patronales (les*

²⁶⁶ CHEMAIN R., « L'ordre économique international à l'heure de la mondialisation », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, p.24.

²⁶⁷ Pour une définition très complète de la société civile, voir POMADE A., *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, édition LGDJ, Paris 2010, spéc. pp.41 et s.

²⁶⁸ COLLIOT-THELENE C., « Etat et société civile », in *Dictionnaire de philosophie politique*, édition PUF, Paris 1996, p. 95.

²⁶⁹ Sur l'évolution historique de la notion de « société civile », voir KESSEDJIAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, op.cit., spéc. pp. 143-145 et voir également AUDEOUD O., « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les ONG ? », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, spéc. pp.24-25.

« partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et des communautés religieuses »²⁷¹.

Pour autant, ces difficultés sémantiques ne doivent pas faire obstacle à l'étude de la place accordée aux standards par la société civile étant donné que « *public participation is not only a goal but a reality in the development and implementation of international norms* »²⁷².

Pour étudier l'influence de la société civile dans l'élaboration des standards en droit international économique, nous retiendrons une acception étroite du terme « société civile » puisque nous nous limiterons à envisager l'influence des Organisations Non Gouvernementales (ONG) dans l'élaboration des standards. Cette délimitation a été choisie car « *les ONG sont l'un des acteurs principaux de ce que l'on appelle aujourd'hui la société civile* »²⁷³. Leur influence s'exerce tant en amont (§1) qu'en aval (§2) de l'élaboration des standards en droit international économique.

§1 : L'influence de la société civile en amont de l'élaboration des standards

En amont, l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards consiste en un rôle d'influence, une « *diplomatie de catalyse* »²⁷⁴ permettant la prise en compte de l'opinion publique dans l'élaboration des futures normes du droit international économique. En effet, le débat international et même l'action internationale font participer à côté des Etats et des organisations internationales de nouveaux interlocuteurs que sont les ONG. Et ce rôle d'influence pose la « *question essentielle de la place de la société civile dans la production du droit économique international. Certaines normes [...]*

²⁷⁰ KESSEDJIAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, op.cit., p. 145.

²⁷¹ Définition introduite dans la communication de la commission européenne sur « La gouvernance européenne », COM (2001) 428 final, du 25 juillet 2001, p.17.

²⁷² SHELTON D., « Law, Non-Law and the problem of 'Soft Law' », op.cit., p. 13.

²⁷³ BOY L., « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue internationale de droit économique*, 2003, p.480.

²⁷⁴ RAMEL F., *Diplomatie de catalyse et création normative. Le rôle des ONG dans l'émergence de la Cour Pénale Internationale*, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/AFRI%2046.pdf>

souvent adoptées sous la pression des ONG pourraient enrichir l'ordre public de référence du droit économique de la mondialisation »²⁷⁵.

Les standards issus de la société civile permettent donc de contribuer à la normativité du droit international économique. Cependant, si les moyens d'influence des ONG sont multiples (**B**), leur statut juridique encore imprécis les empêche parfois d'agir plus profondément (**A**).

A- Le statut juridique de la société civile, élément clé de son influence dans l'élaboration des standards

Dans le contexte de la mondialisation du droit économique, l'interrogation sur le statut juridique de la société civile demeure une interrogation essentielle. En effet, « *équivalent international de certains 'lobbies' ou groupes de pression exerçant leur influence dans les corridors des parlements nationaux, les ONG sont désormais soit conviées, soit présentes sans qu'on les ait invitées, lors de chacune des grandes conférences à enjeux économiques, sociaux, écologiques ou humanitaires convoquées aux quatre coins du monde »²⁷⁶.*

L'ampleur actuelle du rôle d'influence des ONG dans l'élaboration des standards du droit international économique est bien réelle puisque « *it is today beyond doubt that Non-Governmental Organizations (NGOs) play a prominent role in international law-relevant fields, from treaty making to rule implementation ; from support to courts to aid delivery »²⁷⁷, si bien que d'un défaut de statut juridique international (1), elles passent à une véritable reconnaissance internationale de leur influence (2) leur permettant de peser plus lourd dans l'élaboration des standards du droit international économique.*

²⁷⁵ BOY L., « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *op.cit.*, p.480.

²⁷⁶ DUPUY P.-M., « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, p.16.

²⁷⁷ BAKKER C. et VIERUCCI L., « A normative or pragmatic definition of NGOs ? », in *NGOs in international law. Efficiency in flexibility ?*, p.1.

1) Le défaut de statut juridique international, frein à l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards

Si ce statut juridique fait défaut, c'est sans nul doute en raison du manque de lisibilité dans la définition même des ONG. En effet, s'il n'existe pas une définition universellement reconnue des ONG en raison de leur diversité, certains auteurs ont pu donner des caractéristiques permettant de les identifier²⁷⁸. C'est ainsi qu'il est possible de définir une ONG autour de trois critères principaux : sa composition internationale, sa constitution de nature privée et son but d'intérêt général non lucratif. C'est sur la base de ces trois critères d'identification que Gaëlle Breton-Le Goff a pu donner sa propre définition de l'ONG : « *l'organisation non gouvernementale internationale est une structure privée de droit interne regroupant des personnes privées ou publiques originaires de plusieurs pays, et qui œuvrent sans esprit de lucre à la réalisation d'un but d'intérêt général international dans des pays autres que celui de sa fondation* »²⁷⁹.

Si cette définition nous éclaire sur les caractères des ONG, leur statut international est pour le moins ambigu. En effet, il n'existe pas de régime juridique véritablement international pour les ONG si ce n'est une convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations non gouvernementales du 24 avril 1986 du Conseil de l'Europe²⁸⁰. Deux projets de conventions de l'Institut de Droit International (IDI) ont bien tenté de donner un statut juridique aux ONG mais ils ne sont restés qu'au stade de projets²⁸¹ si bien que les ONG en sont réduites à la condition de « *contre-pouvoir sans statut juridique bien défini* »²⁸². D'ailleurs, pour Marcel Merle, l'absence de « *statut approprié pour les OING* » est une « *lacune du droit* » car « *d'un côté, on observe une accumulation de phénomènes ; de l'autre, on ne trouve dans le droit positif que des*

²⁷⁸ Voir BRETON-LE GOFF G., *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, spéc. pp.13 à 19.

²⁷⁹ BRETON-LE GOFF G., *ibid.*, p.14.

²⁸⁰ A ce sujet, voir AUDEOUD O., « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les ONG », *op.cit.*, spéc. pp.30-31.

²⁸¹ Il s'agit du projet de convention relatif à la condition juridique des associations internationales sous la direction de N. Politis en 1923 et du projet de convention relatif aux conditions d'attribution d'un statut international à des associations sous la direction de S. Bastid en 1950.

²⁸² DUPUY P-M., « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », *op.cit.*, p.16.

éléments de réponse partiels inadaptés aux questions soulevées par la vitalité du mouvement associatif »²⁸³.

Cependant, la définition d'un cadre juridique international permettant un statut juridique international n'est pas aisée puisque les ONG elles-mêmes ne relèvent pas d'un statut type défini par le droit international. En effet, chaque ONG a un statut spécifique et une personnalité juridique relative à son objet et aux Etats et organisations qui en sont membres. La pratique tend plutôt vers un principe de reconnaissance des ONG, leur permettant ainsi de peser dans l'élaboration des standards du droit international économique puisque « *les organisations non gouvernementales revendiquent leur droit non seulement à la parole mais à la promotion des certaines normes qu'elles fondent autant sinon même davantage en équité qu'en droit* »²⁸⁴. Les ONG sont, à l'heure actuelle, acteurs mais non sujets du droit international économique.

Pour autant, parler d'acteur du droit international pour désigner une entité non étatique invoquant l'existence et l'application de standards internationaux contourne en réalité un problème juridique majeur, « *celui posé par la distorsion actuelle entre l'accroissement du rôle des ONG pour la formation, l'invocation ou le contrôle de l'application de certaines normes juridiques internationales et le constat persistant de leur absence de personnalité juridique internationale véritable* »²⁸⁵.

Pourtant, malgré le fait qu'aucun des acteurs étatiques, les Etats jaloux de leurs prérogatives et les OI attachées à leur liberté d'action, ne cherche à clarifier trop rigoureusement la situation juridique des ONG, il est possible de voir un glissement vers une reconnaissance internationale de leur influence leur permettant de peser plus lourd dans l'élaboration des standards du droit international économique.

²⁸³ MERLE M., « Un imbroglio juridique : le 'statut' des OING entre le droit international et les droits nationaux », in *Internationalité dans les institutions et le droit ; convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, édition Pédone, Paris 1995, p.351.

²⁸⁴ DUPUY P-M., « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », *op.cit.*, p.17.

²⁸⁵ DUPUY P-M., *ibid.*

2) La reconnaissance internationale, moteur de l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards

La principale reconnaissance internationale des ONG vient des organisations internationales. Ainsi, par exemple, la Charte des Nations Unies, à l'article 71 énonce que « *le conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence* ».

De la même manière l'OMC, organisation internationale emblématique du droit international économique, offre une reconnaissance aux ONG. Ces dispositions, parfois qualifiées de « *rudimentaires* »²⁸⁶ sont cependant présentes et permettent aux ONG d'exercer leur influence. Ainsi, l'article V du GATT intitulé « Relations avec d'autres organisations » dispose d'un alinéa 2 qui énonce que « *le conseil général pourra conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite* ». Ce texte a été complété par des lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les ONG du 18 juillet 1996, lesquelles visent essentiellement la communication avec les ONG. Il y est néanmoins affirmé que « *à la suite de longues discussions, il apparaît que, de l'avis général, il ne sera pas possible de faire participer directement les ONG aux travaux de l'OMC ni à ses réunions* ». On peut y voir une négation radicale des ONG à être sujets de droit international. Mais des assouplissements ont été adoptés pour permettre aux ONG de s'inscrire aux conférences ministérielles²⁸⁷. Grâce à ces dispositions, les ONG ont réussi à influencer les positions de certains pays du sud, ayant par conséquent un impact sur les résultats des négociations.

La Banque mondiale a également favorisé l'insertion des ONG, qui exercent à présent une influence sur la prise de décision au sein de cette organisation internationale. En effet, la Banque mondiale a créé un Panel d'inspection qui répond aux critiques

²⁸⁶ BOY L., « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *op.cit.*, p.481.

²⁸⁷ C'est ainsi que le 10 février 2003, les membres de l'OMC ont adopté les procédures concernant la présentation des demandes d'inscription par les ONG souhaitant assister à la 5^{ème} conférence ministérielle organisée à Cancun du 10 au 14 septembre 2003.

virulentes des ONG à l'encontre des dommages économiques engendrés par certaines réalisations financées par cette institution²⁸⁸.

A l'instar des Nations Unies, de l'OMC ou de la Banque mondiale, la plupart des organisations internationales ont établi des relations contractuelles ou statutaires avec les ONG. Il a ainsi été déterminé des quasi statuts soumis à des critères d'admission. Les Nations Unies ont défini trois types de statut pour les ONG : le statut consultatif général, le statut consultatif spécial et l'inscription sur la liste des ONG pouvant être consultées. C'est une véritable reconnaissance fonctionnelle qui est ainsi établie, reconnaissance qui permet aux ONG d'influencer la prise de décision et notamment l'élaboration des standards.

La reconnaissance des ONG n'est pas le seul fait des organisations internationales. En effet, les Etats comprenant que les ONG pouvaient être de véritables outils stratégiques dans les relations interétatiques, tirent profit de la relation entre les ONG et la population. Ainsi, « *les ONG peuvent, pour les Etats, être non seulement le capteur du niveau de satisfaction de l'opinion publique sur leurs politiques internationales, mais aussi un formidable moyen de communication pour informer la société civile quant à leurs initiatives auprès des organisations internationales* »²⁸⁹. Cette reconnaissance étatique leur permet d'être véritablement influentes dans l'élaboration des standards internationaux.

Bien que le statut des ONG demeure encore incertain, la reconnaissance dont elles font l'objet leur permet d'être influentes sur l'élaboration des standards du droit international économique. Elles disposent ainsi de moyens d'influence importants.

²⁸⁸ Voir à ce sujet, BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale, à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP* 2001/1, pp.145 et s.

²⁸⁹ VITRAL L., *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, édition L'Harmattan, Paris 2008, p.26.

B- Les moyens d'influence de la société civile dans l'élaboration des standards

L'influence, qui est le processus par lequel une personne fait adopter un point de vue par une autre, a pour objectif de propager une information ou des normes de comportement et d'interprétation favorisant une certaine stratégie.

Les moyens dont dispose la société civile pour atteindre cet objectif sont multiples et elle « *semble tenir ici la plume des Etats, [...], si bien qu'on peut se demander si l'élaboration du droit international, ce monopole étatique, n'est pas passée en d'autres mains* »²⁹⁰. Les standards deviennent donc cette norme issue d'une intentionnalité collective, adaptée à la société internationale actuelle et efficace pour contribuer à la normativité du droit international économique.

On peut alors délimiter les moyens d'influence de la société civile sur l'élaboration des standards : elle dispose, en premier lieu, d'une faculté d'empêcher (1) mais également d'une faculté de proposer (2).

1) Une faculté d'empêcher

La société civile a également montré sa capacité à bloquer des négociations telles celles ayant trait à l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI) préparé sous les auspices de l'OCDE²⁹¹. Mais les actions les plus spectaculaires de la société civile en matière de blocage des négociations ont été celles qui ont engendré l'échec de la réunion de l'OMC à Seattle en novembre 1999²⁹². De même, on peut rappeler l'échec de l'adoption du Code des sociétés transnationales préparé sous l'égide des Nations Unies. Ainsi, « *les ONG de stature internationale ont aujourd'hui, à l'instar des Etats, une politique juridique extérieure en vue de peser sur l'élaboration des règles internationales* »²⁹³.

Cette politique juridique extérieure a pour but d'inciter certains Etats à ôter leur soutien à des projets qu'ils avaient eux-mêmes pu susciter. En effet, « *la connaissance des*

²⁹⁰ SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, p. 49.

²⁹¹ Voir à ce sujet, BONUCCI N., « L'accord multilatéral sur l'investissement », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, pp. 242 à 247.

²⁹² Voir à ce propos, RUIZ-FABRI H., « Seattle, bogue de l'an 2000 pour l'OMC ? », *Forum du droit international*, 2000, pp.3-9.

dossiers, l'unilatéralité de leurs conceptions, l'étendue de leurs moyens documentaires et techniques en font des interlocuteurs redoutables des autorités nationales ou internationales qui élaborent les normes »²⁹⁴. Si bien que certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que « leur participation aux conférences est devenue nécessaire aux gouvernements mêmes en raison de la maîtrise des sujets d'ordre international relevant de leur domaine d'intervention. Une maîtrise reconnue par tous »²⁹⁵.

Ainsi, au cours des négociations, la société civile n'hésite pas à faire blocage pour des textes qui lui sont défavorables en soumettant les délégations ayant pouvoir de décision à un flot incessant d'arguments. En effet, des arguments de droit international sont souvent mis en avant dans le but de convaincre les institutions d'adopter certains standards. La force de blocage des ONG repose sur la recherche d'avis juridiques indépendants qui indiqueront en quoi la norme en cours de négociation est incompatible avec les obligations juridiques internationales. Le plus souvent, cet avis est rendu public par la voie médiatique ayant pour effet un engouement de la population provoquant alors un blocage par la rue.

Si la faculté d'empêcher dont dispose la société civile est un préalable à son influence en amont de l'élaboration des standards, cette influence est d'autant plus efficace qu'elle dispose également d'une faculté de proposer, à l'adoption par les acteurs étatiques, certains standards du droit international économique.

2) Une faculté de proposer

Le droit international se caractérise aujourd'hui par des normes qui concernent de plus en plus directement les individus, qu'elles en fassent des titulaires directs de droits ou d'obligations, ou qu'elles touchent à leur environnement, leurs échanges ou leur vie. A ce titre, les ONG ont leur place dans l'élaboration des standards « en raison de leur

²⁹³ SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *op.cit.*, p. 58.

²⁹⁴ KAHN P., « L'autorégulation », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, p.199.

²⁹⁵ M'RAD H., « La participation des acteurs non étatiques aux conférences internationales », in *Acteurs non étatiques et droit international*, p.98.

connaissance du terrain et d'une approche concrète et pragmatique »²⁹⁶. Elles sont, en effet, le reflet d'une forme de conscience juridique internationale²⁹⁷.

Ainsi, la société civile peut exprimer une *opinio juris sive necessitatis* entraînant un soutien de l'action normative de sorte qu'il peut en résulter une attente de l'opinion publique voire une exigence de normes telle que les Etats se sentent obligés d'aboutir à ce résultat. Pour faire peser leurs exigences en matière de standards internationaux, les ONG organisent des réunions d'experts scientifiques en vue de convaincre les Etats de la nécessité d'adopter les standards qu'elles proposent. Les groupes d'experts n'hésitent pas à préparer des textes destinés à influencer directement les négociations en cours. Etre à l'origine de tels textes déclaratoires est un prélude à une activité normative internationale. De la même manière, elles organisent des actions d'explication et de diffusion des objectifs normatifs auprès des militants. Ainsi, par leur mode d'organisation, elles peuvent manifester ce qu'on pourrait appeler un besoin de droit. Plus encore, de par leur mobilisation et leur intervention dans le but d'influer sur l'élaboration des standards, on a pu parfois parler de « *véritable prosélytisme normatif* »²⁹⁸. La grande force des ONG en la matière consiste en la faculté de démontrer non seulement l'existence d'un problème mais aussi la gravité et l'urgence de prendre des mesures concrètes à ce sujet²⁹⁹.

La faculté de proposer des ONG peut donc être caractérisée comme étant une impulsion à l'adoption par les Etats de certains standards, ce qui contribue indéniablement au développement du droit conventionnel. De plus, les ONG manifestant une capacité à faire passer des revendications d'une convention à l'autre, on a pu les qualifier de « *passseurs* »³⁰⁰ entre instruments juridiques différents pour enrichir les uns des apports des autres, si bien que « *débatues publiquement d'une agora à l'autre, traînées de forum en forum, les règles internationales n'échappent plus à la société civile internationale* »³⁰¹.

²⁹⁶ SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *op.cit.*, p.65.

²⁹⁷ Voir sur ce point TASSITCH G., « La conscience juridique internationale, RCADI, 1938 III, tome 65, pp.309 à 393. « *La conscience juridique consiste dans l'existence de représentations communes, d'une conception commune quant aux rapports entre les peuples et les Etats. C'est l'opinion publique internationale [...] Le second trait est, par contre, la nécessité de prendre une attitude déterminée relativement aux rapports internationaux* », pp.309-310. L'auteur ajoute « *il a toujours existé, cependant, un idéal d'humanité unie, la civitas maxima* », p.311.

²⁹⁸ SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *op.cit.*, p.58.

²⁹⁹ Voir en ce sens, VITRAL L., *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, *op.cit.*

³⁰⁰ Expression empruntée à SZUREK Sandra, *op.cit.*, p.65.

³⁰¹ SZUREK S., *ibid.*, p.53.

La faculté de proposer de la société civile, et donc son influence sur l'élaboration des standards, n'est plus contestée et c'est ainsi que la juge Rosalyn Higgins³⁰² souligne le fait que « *not only are individuals increasingly regarded as the bearers of rights and duties under international law ; individuals – or rather groups of individuals in the form of non-governmental organisations (NGOs) – are now demanding a say in the formation of international law. This is occurring both indirectly and directly [...] In our new world, a government can no longer go to a law-making conference with only its own agenda. It will have been bombarded by interest groups, who in turn will have made every use of the media to build up interest for their demands as to what the government position should be* »³⁰³.

De même, le professeur Kessedjian met en évidence qu'« *il n'est guère contestable que la société civile est au moins inspiratrice, et depuis longtemps, de la production normative tant interne qu'internationale* »³⁰⁴.

Ainsi, les ONG sont de plus en plus actives en amont des décisions pour inciter à l'adoption de textes contenant des standards qui sont favorables à leurs intérêts³⁰⁵, d'autant plus que « *l'expertise des ONG [...] est reconnue et demandée par les Etats lors des négociations internationales* »³⁰⁶.

En amont de l'élaboration des standards, la société civile marque une nette influence de par sa faculté de s'opposer à l'adoption de certaines normes de droit international mais également de par sa faculté de proposer, à l'adoption, des standards internationaux, et ce en dépit d'un statut juridique fort ambigu.

Mais son influence sur l'élaboration des standards du droit international économique ne s'arrête pas là. En effet, une fois « entrée » dans les forums de négociations, la société civile exerce une grande impulsion.

³⁰² Juriste britannique née en 1937 à Londres, professeur de droit international et ex-présidente de la Cour Internationale de Justice. Elle est également membre de l'Institut de Droit International.

³⁰³ Juge HIGGINS R., « The reformation in international law », in *Law, society and Economy. Centenary essays for the London School of Economics and Political Science. 1895-1995*, édition Oxford University Press, 1997, p.214. Souligné par nos soins.

³⁰⁴ KESSEDJIAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, op.cit., p. 148.

³⁰⁵ Il est indéniable que le savoir transmis aux Etats ou aux organisations internationales par les ONG n'est jamais dépourvu de partialité. L'objectivité de l'expert est un idéal difficilement respecté, notamment lorsque l'objet de son étude concerne des valeurs éthiques et morales.

³⁰⁶ VITRAL L., *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, op.cit., p.83.

§2 : L'influence de la société civile en aval de l'élaboration des standards

En aval, l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards consiste en un véritable rôle normatif. En effet, si les ONG « *chéri[sent] la possibilité qui leur est offerte d'influencer le contenu des normes internationales en développement* »³⁰⁷, on a parfois pu parler « *d'une usurpation d'un 'droit à faire le droit'* »³⁰⁸ concernant l'influence de la société civile sur le contenu même des normes.

Les ONG, qui s'insèrent dans tous les pans de la vie internationale, exercent leur influence « normative » dans le « secteur privé ». Nous entendons ici rendre compte de l'activité de la société civile dans l'élaboration des codes de bonne conduite. En effet, il est possible d'identifier une tendance au développement d'une participation de plus en plus accrue de la société civile en ce domaine.

Parmi les codes de conduite, certains auteurs ont pu discerner ce qu'ils qualifient de « *codes de conduites hybrides* »³⁰⁹, c'est-à-dire des codes de conduite qui répondent plus efficacement aux attentes du marché et au phénomène de gouvernance de par la participation des ONG à leur processus d'élaboration.

Ainsi, les ONG sont présentes tant dans l'élaboration des codes opérationnels (A) que des codes-types (B)³¹⁰.

A- La participation de la société civile à l'élaboration des standards contenus dans les codes opérationnels

Les codes dits « opérationnels » peuvent être définis comme indiquant la conduite que s'engagent à adopter les entreprises et leurs partenaires. Ainsi, certains codes auront pour objectif de s'appliquer à toutes les entreprises de la filière d'approvisionnement ou de commercialisation ; d'autres s'appliqueront dans le cadre de relations contractuelles ponctuelles ou à long terme. Aux côtés de ces codes strictement internes à l'entreprise, il

³⁰⁷ SANDS P., « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, p.92.

³⁰⁸ SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *op.cit.*, p.54.

³⁰⁹ MORIN P-F, *La régulation sociale des sociétés transnationales*, *op.cit.*, spéc. pp.279 et s.

³¹⁰ Distinction établie par l'OIT dans son rapport intitulé *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le label social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales*, GB.273/WP/SDL/1, Genève, novembre 1998.

est possible d'identifier également des codes d'association d'entreprise. Ces derniers sont le résultat d'accords entre des associations industrielles et des organisations d'employeurs. Ils ne sont donc pas à destination d'une seule et même entreprise mais leur application dépendra d'un consensus négocié entre les partenaires.

C'est dans l'élaboration de cette dernière catégorie que la société civile, par l'action d'ONG représentant le plus souvent les travailleurs, est très présente. Ainsi, conjointement négociés par des organisations de travailleurs³¹¹ et la direction du siège des sociétés transnationales, les standards contenus dans ces codes conduisent à une plus grande participation de ceux qui y sont directement intéressés : les travailleurs.

C'est pour cette raison que la place accordée aux ONG dans l'élaboration de ces codes va en s'élargissant. En effet, les exigences grandissantes des travailleurs et l'émergence de la société civile sur la scène internationale tendent à modifier progressivement l'équilibre traditionnel entre travailleurs et employeurs à la table des négociations si bien que les ONG représentant les travailleurs sont souvent mieux représentées. Nous pouvons citer à titre d'exemple le code de conduite de l'industrie américaine du vêtement négocié par les sociétés transnationales du secteur du textile, de l'habillement et de la chaussure et par des ONG³¹².

Cependant, l'influence de la société civile à faire adopter certains standards dans ces codes est parfois amoindrie du fait des intérêts divergents des membres. C'est le cas, par exemple, de l'*Ethical Trading Initiative*³¹³ qui s'est heurtée, lors de sa rédaction, à un défaut d'accord sur les standards concernant la liberté syndicale ou le travail des enfants. Il en a alors résulté un « code de base » destiné à être incorporé dans les codes de conduite déjà existant des entreprises partenaires alors qu'à l'origine, l'*Ethical Trading Initiative* avait pour but de les remplacer.

En d'autres termes, la relation entre l'efficacité des codes de conduite et la diversité des représentants n'est pas évidente.

³¹¹ C'est le cas par exemple de l'ONG ADETRA (Association de Défense des Travailleuses et travailleurs).

³¹² *Apparel industry partnership, Workplace code of conduct*, signé le 14 avril 1997 et disponible sur le site du gouvernement américain à l'adresse suivante : www.dol.gov

³¹³ Voir le site : www.ethicaltrade.org

A côté des codes opérationnels, qui impliquent les ONG dans leur élaboration, il existe une autre catégorie de « code hybride » qui va au-delà d'une simple implication des ONG : il s'agit des codes-types.

B- La participation de la société civile à l'élaboration des standards contenus dans les codes-types

Cette catégorie de « code hybride » va au-delà d'une simple implication des ONG dans l'élaboration des standards puisqu'il s'agit là de codes élaborés et publiés par des ONG. Ils pourront alors servir aux entreprises à mettre au point leurs propres codes. Ils ne vont donc pas s'appliquer tels quels dans les entreprises, mais les standards qu'ils contiennent vont se refléter, en tout ou partie, dans les codes adoptés par celles-ci³¹⁴.

L'ambition des ONG en la matière s'inscrit dans une stratégie qui vise à promouvoir l'utilisation de standards uniformes dans les codes de conduite adoptés unilatéralement par la suite. En effet, « *les codes types des ONG tendent à avoir valeur de «repères», en proposant un ensemble de principes, de normes minima ou de directives à suivre pour l'adoption d'un code de conduite* »³¹⁵. Les standards ainsi élaborés auront pour but d'influencer les codes adoptés unilatéralement par les entreprises multinationales.

A titre d'exemple, nous pouvons citer le code de pratique pour l'industrie de l'habillement de la campagne « Clean Clothes », *Code of Labour practices for the apparel industry including sportswear*³¹⁶ ou encore la *Charte de responsabilité* regroupant les plus influentes ONG internationales³¹⁷. Cette action s'appuie sur des initiatives individuelles, nationales et sectorielles prises par des ONG internationales afin d'établir une série de standards en matière de responsabilité des sociétés transnationales. La Charte prend

³¹⁴ Prenant exemple sur l'initiative de certaines ONG, l'OIT ambitionne également d'élaborer un code-type pour le secteur du textile, des vêtements et du cuir.

www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/sectors/textile/socprot.htm

³¹⁵ OIT, Groupe de travail sur la dimension sociale de la libéralisation du commerce international, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le label social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales*, GB.273/WP/SDL/1, Genève, novembre 1998, disponible à l'adresse suivante : www.ilo.org/public/french/standards/relm/gb/docs/gb273/sdl-1.htm#4.

³¹⁶ Disponible sur le site de l'OIT à l'adresse suivante : <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/guide/clean.htm>

³¹⁷ Elles sont au nombre de 11 : ActionAid International, Amnesty International, CIVICUS World Alliance for Citizen Participation, Consumers International, Greenpeace International, Oxfam International, the International Save the Children Alliance, Survival International, International Federation Terre des Hommes, Transparency International and World YWCA .

notamment en compte les standards de gouvernance et de bonne gestion, établit des standards de financement éthique des activités et instaure le standard de consultation des parties prenantes. Ce code fait de plus explicitement référence à une série de standards universellement reconnus, comme l'indépendance, la non-discrimination ou une communication responsable.

Conclusion du Chapitre 1

Dès 1945, avec le retour à une économie de paix, les relations économiques internationales se sont vues profondément transformées par la rapidité des échanges et l'ampleur du progrès technique. Ces évolutions dans les rapports économiques internationaux ont entraîné une diversification de la production mais également des échanges de biens et de services, une multiplication des mouvements de capitaux ainsi qu'un accroissement des transports et des communications internationales.

Ce basculement du monde s'est accompagné de l'émergence de nouveaux acteurs du droit international économique et l'on est passé d'un droit objectif destiné à régir les rapports interétatiques à un droit dans lequel « *les nouveaux acteurs disposent de prérogatives de nature à redessiner et orienter fondamentalement le droit international économique* »³¹⁸.

Ainsi, face à ces bouleversements de la vie économique internationale, les opérateurs économiques, également dénommés « le marché », ont eu besoin d'un renouveau normatif pour régir leurs rapports économiques. Ils ont donc influencé, dans le cadre d'organisations internationales, ou en dehors d'elles, l'élaboration d'une nouvelle forme de normes.

Cette nouvelle forme normative s'élabore au fur et à mesure des besoins, en utilisant des instruments juridiques adaptés aux problèmes à résoudre. Bien souvent, il s'agit d'une innovation car les règles classiques du droit international public ne sont pas adaptées et donc inutilisables. L'efficacité des standards juridiques se mesure ici à l'aune de la possibilité pour les acteurs non-étatiques de contribuer à la normativité du droit international économique.

On s'aperçoit ainsi que le marché a fréquemment recours à une terminologie juridique imprécise : les standards. Ce flou juridique est nécessaire dans le monde des affaires internationales car, dans ce milieu, il est essentiel de faciliter la conclusion d'un accord rapidement ; la pratique juridique précisant ultérieurement, le sens et la portée du texte normatif.

Ainsi, tant la société des marchands que la société civile usent de leur force de proposition pour inciter à l'insertion de standards juridiques dans les instruments juridiques du droit international économique. Cette force de proposition normative est inéluctablement reconnue et écoutée par les acteurs étatiques du droit international économique, seuls habilités à donner un statut normatif aux standards proposés par le marché.

³¹⁸ ROSIAK P., *Les transformations du droit international économique. Les Etats et la société civile face à la mondialisation économique*, édition L'Harmattan, Paris 2003, p.24.

Chapitre 2 : Les standards, une réponse des autorités

Le terme « autorités » est entendu ici comme désignant les « acteurs étatiques », c'est-à-dire la société internationale composée des sujets traditionnels du droit international : les Etats et les organisations internationales³¹⁹. En effet, l'ordre juridique international, appréhendé sous l'angle westphalien, ne reconnaît que deux types de sujets : les Etats et les organisations internationales.

Certains auteurs font le constat que « *la création normative des Etats dans la cadre de la mondialisation du droit est un thème qui s'apparente à un gouffre sans fond* »³²⁰. La mondialisation, même si elle concerne avant tout les individus, ne peut se faire sans les Etats. Ainsi, droit étatique et mondialisation entretiennent des rapports certains. Il faut donc distinguer entre le droit de la mondialisation qui accompagne et favorise le phénomène et la mondialisation du droit qui s'apparente à l'harmonisation des règles juridiques applicables aux individus au sens large ce qui correspond à une conception universaliste, dont certains auteurs pensent qu'elle serait mieux réalisée par une communautarisation de valeurs que des règles³²¹.

Le droit international ménage une large part à la souveraineté juridique de l'Etat. Ainsi, les standards, qui ont la particularité de pouvoir être proposés par le marché lui-même, ont cependant besoin, pour une large part, des acteurs étatiques pour être mis en œuvre. Avec les standards, nous sommes bien dans une tendance générale à l'intentionnalité collective pour contribuer à la normativité du droit international économique.

Les acteurs étatiques offrent donc une place légalisée aux standards juridiques. A ce titre, ils agissent à deux titres : d'une part, en élaborant et en reprenant eux-mêmes, de manière isolée, les standards permettant la régulation du droit international économique (**Section 1**) et, d'autre part, en élaborant les standards de manière concertée (**Section 2**).

³¹⁹ En droit international, ne peuvent être considérés comme membres de la communauté internationale que les entités qui sont les destinataires directs des normes internationales. Un membre de la communauté internationale est donc un sujet du droit international. La doctrine classique, favorable à une conception exclusivement interétatique du droit international et de la communauté internationale, ne reconnaît que l'Etat comme membre de la communauté internationale et sujet du droit international. Néanmoins, le droit positif se reflète dans ce *dictum* de la CIJ : « *les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits* » (avis, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, p.178).

³²⁰ COSNARD M., « La création normative des Etats. Point de vue publiciste », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p. 149.

³²¹ Voir à ce sujet DELMAS MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, *op.cit.*

Section 1 : L'élaboration des standards par les Etats isolés

Les Etats, communément définis comme étant une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé et qui se caractérise par la souveraineté³²², doivent, pour répondre au défi de la mondialisation, entamer une réorientation de leur réglementation du marché national. Cette réorientation aura pour but d'éviter la discrimination à rebours des entreprises et des transactions et d'aménager et renforcer la position du marché national par rapport aux autres marchés nationaux et internationaux. « *Pour être compétitive, une législation nationale devrait dans cette optique offrir les avantages recherchés par les opérateurs économiques au premier rang desquels se situe la souplesse* »³²³. Seuls les standards sont à même de répondre à cette exigence de souplesse.

Envisager la participation des Etats à l'élaboration des standards du droit international économique, c'est également aborder la question de la place qu'occupe l'Etat dans la régulation du droit économique. En effet, « *le nouveau paradigme se caractérise par le pluralisme des sources du droit et l'autorégulation (métaphorique) de la société, l'Etat devenant un sujet de droit parmi d'autres* »³²⁴. L'autonomie des Etats en matière de production juridique s'est trouvée grandement compromise par l'interdépendance qui se noue au sein d'une économie globalisée. Si, officiellement, la souveraineté des Etats n'est pas remise en question, dans les faits ils subissent une érosion de leur autorité. La question de la souveraineté étatique est donc au centre de toute la problématique de la contribution des standards à la normativité du droit international économique.

L'Etat n'est donc plus le seul producteur de droit. En effet, « *l'organisation des relations économiques internationales, la création d'un ensemble de normes juridiques par-delà les frontières paraît devoir davantage à l'action des opérateurs du commerce international qu'à celle des Etats* »³²⁵. Cependant, l'Etat n'en reste pas moins un acteur central puisque aucun Etat ne peut vivre isolément des autres, aucun droit national ne peut se développer indépendamment des autres droits nationaux ou du droit international. Ainsi, on ne peut que faire le constat du rôle essentiel des Etats dans la mise en œuvre des

³²² Définition Com. Arb. Yougo., avis n°1, 29 nov. 1991.

³²³ SALAH M.M M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001 n°3, p.266.

³²⁴ COHEN-TANUGI L., « Le droit sans les Etats ? », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, 2003, p.286.

³²⁵ BARRIERE-BROUSSE I., « La création normative des Etats. Point de vue privatiste », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p.133.

standards proposé par le marché (§1). Néanmoins, on ne peut ôter toute initiative aux Etats dans le processus de création des standards en droit international économique. Il en résulte que les Etats ont tendance à adopter les standards par mimétisme (§2).

§1 : La mise en œuvre, par les Etats, des standards proposés par le marché

Bien que l'effectivité d'une norme ne soit pas nécessairement liée à son obligatorité, la reconnaissance d'une valeur juridique à une norme apparaît comme nécessaire dans la recherche de l'efficacité. Dès lors, des moyens existent pour ne pas condamner les standards issus du marché à une moindre effectivité en raison de leur caractère non contraignant.

En effet, les Etats ont la possibilité de rester à l'écoute du marché qui a besoin de normes telles que les standards pour trouver son équilibre³²⁶. Il leur est alors possible de mettre en place des mécanismes mettant en œuvre les standards élaborés par la société des marchands (A) ou la société civile (B).

A- La mise en œuvre, par les Etats, des standards élaborés par la société des marchands

En réalité, les « engagements » pris par la société des marchands sont, dans la plupart des cas, des engagements « *non-self executing* » et nécessitent des actes postérieurs plus précis pour être appliqués. C'est ainsi que nous nous dirigeons vers l'octroi d'un régime juridique renforcé pour l'application des standards élaborés par la société des marchands.

Si les standards issus de la société des marchands s'avèrent être des règles non-contraignantes, il est possible d'entrevoir des éléments permettant d'envisager la « *juridicisation* » des codes de bonne conduite, c'est-à-dire leur « *réception ou leur reconnaissance* » par un système de droit³²⁷. En effet, les codes de bonne conduite ne sont pas, par essence, condamnés à rester en dehors du champ du droit.

³²⁶ Voir *infra*, p.333

³²⁷ JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, p.63.

Etant donné que « *c'est l'Etat, et lui seul, qui continue de maîtriser souverainement toute la détermination du caractère juridique* »³²⁸ d'une norme, le chemin vers un régime juridique renforcé des standards élaborés par la société des marchands est à rechercher dans les mécanismes étatiques de reconnaissance des normes. Ainsi, l'octroi d'un régime juridique pour ces standards peut passer par, d'une part, la contractualisation des codes de bonne conduite (1) et, d'autre part, par l'effort d'insertion des codes de bonne conduite (2).

1) La contractualisation des codes de bonne conduite

La question qu'il faut régler *a priori* est de savoir s'il est possible d'assimiler un code de bonne conduite à un contrat, un contrat international, dans le but de rendre plus contraignants les standards qui y sont insérés. Cette assimilation n'est pas spontanée en raison de l'absence de définition communément admise du contrat international. Cependant, au regard de la jurisprudence arbitrale, l'élément déclencheur de la formation du contrat international est le consensualisme qui résulte, en principe, du seul échange des consentements entre les parties³²⁹.

Si le consentement entre les parties est explicite, la reconnaissance d'une valeur contractuelle aux codes de bonne conduite est aisée. C'est le cas lorsque certains codes s'inscrivent dans la tradition américaine des règlements internes spécifiques à l'entreprise. En effet, la tradition du Common Law étant l'absence d'écrit, ces règlements sont l'unique moyen de réguler les rapports juridiques externes et internes de l'entreprise³³⁰. Dans cette hypothèse, on ne peut occulter le fait qu'il s'agit d'un véritable échange de volontés liant les salariés de l'ensemble de l'entreprise et la direction. Ainsi, tout salarié pourrait engager la responsabilité juridique de l'employeur parce que les standards contenus dans le code de bonne conduite n'ont pas été respectés.

³²⁸ DE BECHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *op.cit.*, p.73.

³²⁹ C'est la loi du contrat qui détermine la nature du consentement ainsi que les conditions requises pour en assurer la liberté. Le droit commun comparé enseigne cependant que toutes les législations exigent une volonté morale. Voir LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, édition Dalloz, 9^e édition, Paris 2007, p.470.

³³⁰ Un bon exemple est celui de l'entreprise Pharma-US qui a conçu au milieu des années 1990 un « *red book* » qui décrit de manière très précises les valeurs et les standards éthiques de comportement de l'entreprise et que les salariés sont supposés signer au même moment que leur contrat de travail.

Cependant, dans un grand nombre de cas, il est difficile de déduire la nature contractuelle d'un code de bonne conduite en raison de l'absence d'un échange explicite des volontés. Ce sera donc le travail de l'arbitre international de transformer une situation purement extra-contractuelle en une obligation contractuelle. Cette opération n'est pas évidente car « *dans la mesure où les parties n'ont pas pris la précaution de rédiger un contrat formel* », il convient « *d'interpréter leurs volontés et leurs engagements à partir de leurs écrits* »³³¹.

Cette interprétation peut être difficile à réaliser étant donné l'ambiguïté terminologique dont sont l'objet la majeure partie des codes de bonne conduite. En effet, comme nous l'avons déjà développé, il est souvent laborieux de dégager une volonté claire et précise des rédacteurs. De plus, certaines entreprises jumèlent des engagements précis à une clause de renonciation à l'effet obligatoire de l'engagement³³² et l'insertion de ces clauses *subject to contract* permet d'exclure tout effet juridique aux engagements³³³ même si le professeur Oppetit a pu relever que le juge français « *ne se considère pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire* »³³⁴.

Au vu de ces considérations, emprunter le chemin de la contractualisation pour donner un effet contraignant aux standards élaborés par la société des marchands semble être difficile. Il est en effet malaisé de donner une valeur contractuelle aux codes de bonne conduite si on ne démontre pas clairement une intention explicite des parties à être liées.

Cependant, les arbitres internationaux pourraient reconnaître à l'employeur une obligation de poursuivre de bonne foi les engagements sous forme de standards mentionnés dans les codes à la condition qu'il y ait un accord sur les éléments essentiels

³³¹ Sentence CCI n°2291, 1975.

³³² C'est le cas de l'entreprise Thalès pour laquelle les règles figurant dans le code « *n'ont pas de caractère contractuel* ».

³³³ Sentence CCI n°5065, 1986.

³³⁴ OPPETIT M., « L'engagement d'honneur », *Recueil Dalloz*, 1979, p.115. Ce principe a récemment été suivi par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française dans une affaire où la société Camaieu International avait précisé que son engagement de « *ne pas copier les produits commercialisés par Créations Nelson* » n'était qu'« *exclusivement moral* ». Mais la Chambre a retenu que cet engagement « *moral* » exprimait en réalité « *la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* » et que « *cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* » (C.Cass. Ch.Com. du 23 janvier 2007, n° du pourvoi 05-13189, publié au bulletin, rejet).

de la négociation³³⁵. Cette obligation reposerait alors sur la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultats. Ainsi, en l'absence d'une reconnaissance du caractère contractuel du code, l'entreprise aurait l'obligation d'utiliser tous les moyens possibles pour mettre en œuvre ses engagements puisque le code a fait l'objet d'un consensus.

La contractualisation des codes de bonne conduite peut donc permettre de donner une valeur plus contraignante aux standards qui y sont insérés, même si cette voie n'est pas sans difficulté. Cette voie permet néanmoins de contribuer à la normativité du droit international économique.

On peut également entrevoir un autre moyen d'octroyer une certaine valeur juridique aux standards élaborés par la société des marchands : c'est leur insertion dans l'ordre juridique étatique.

2) L'effort d'insertion des codes de bonne conduite

Les standards élaborés par la société des marchands relèvent d'un « tiers ordre », la *lex mercatoria*. La *lex mercatoria*, qui, selon le Dictionnaire de droit international public, peut se définir comme étant « *un ensemble de règles élaborées par les opérateurs du commerce international* »³³⁶, est identifiable par un certain nombre de caractères. Le premier caractère de la *lex mercatoria* tient à la nature des règles qui la composent : usages, standards, etc. Le deuxième caractère de la *lex mercatoria* tient à son détachement des droits étatiques. Il est généralement admis en doctrine qu'elle est une source informelle du droit du fait d'une élaboration étrangère au cadre étatique. Le troisième caractère de la *lex mercatoria* est le corollaire du précédent : il s'agit d'un droit spontané qui traduit une convergence des règles du commerce international appliquées par les acteurs économiques. Enfin, le quatrième caractère de la *lex mercatoria* tient à la manière

³³⁵ Voir en ce sens, OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, édition LGDJ, Paris 1992, p.64. Si l'auteur ne fait pas référence aux codes de bonne conduite, il analyse le rôle de la négociation préalable à la formation du contrat. Cette dernière peut emporter des obligations juridiques qui présentent des éléments de convergence avec les codes de bonne conduite.

³³⁶ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.650.

dont elle se manifeste et à sa réception : elle est révélée ainsi que sanctionnée par la pratique arbitrale.

Ainsi, la question qui consiste à se demander si l'appartenance des codes de bonne conduite à la *lex mercatoria* leur permet d'échapper à la sanction juridique trouve sa réponse.

Il a toujours été question d'une cohabitation difficile entre le droit d'origine privée et le droit étatique. C'est ainsi que Santi Romano a fait le constat que « *le droit de l'Etat moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées* » et par conséquent tendait à limiter le droit d'origine privée. Mais, « *la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports, nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus convenables* »³³⁷. L'autonomie de ces formes de régulation peut donc varier en fonction de son insertion dans l'ordre juridique étatique.

La réception des codes de bonne conduite dans l'ordre juridique étatique, en vue de donner une valeur plus contraignante aux standards qui y sont insérés, a varié du simple au double au cours de l'histoire, c'est-à-dire qu'elle est allée d'un rejet total à une grande complémentarité.

Dans un premier temps, l'émergence des codes de bonne conduite a été considérée comme une régulation privée en isolement complet de l'ordre juridique étatique. Pour reprendre l'expression de Santi Romano, l'Etat laissait s'édifier des ordres juridiques « *irrelevantes* » pour lui. En France, ce fut le cas pour les aspects disciplinaires dans le cadre des relations de travail qui étaient abandonnés au pouvoir du chef d'entreprise qui avait la possibilité d'élaborer un règlement intérieur comportant des obligations pour les travailleurs en dehors de toute délégation législative.

Cet isolement pouvait provenir également de l'attitude des parties qui s'abstenaient volontairement de se placer sous la protection de l'Etat. C'est ainsi qu'en 1954, le professeur B. Goldman observait l'émergence d'un *jus mercatum* revêtant toutes les

³³⁷ ROMANO S., *L'ordre juridique*, édition Dalloz, 2^e édition, Paris 2002, p.148. Version traduite par FRANCOIS L. et GOTHOT P.

caractéristiques d'un système juridique³³⁸. Ainsi, au vu de cette analyse, l'ordre juridique de la *lex mercatoria* devait régir « *l'ensemble des relations commerciales internationales, à la seule exception de celles qui ne mettent en présence que des collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres* »³³⁹.

Désormais, dans un monde globalisé, l'une des caractéristiques des sociétés transnationales est d'échapper aux souverainetés étatiques si bien que l'ordre juridique d'origine privée influence l'ordre juridique étatique et bénéficie ainsi d'une réception quasi automatique. On peut citer à titre d'exemple le standard de liberté d'entreprendre que l'on retrouve dans la quasi-totalité des règles constitutionnelles des pays occidentaux³⁴⁰. Ce lien entre les ordres juridiques est d'autant plus réel avec la qualification contractuelle des codes de bonne conduite. En effet, s'il existe une grande marge de liberté aux parties en ce qui concerne le contenu du contrat, l'ordre juridique étatique n'accepte pas la rédaction de contrats contraire à son ordre public³⁴¹. En cela, les standards issus des codes de bonne conduite sont insérés en droit interne leur permettant d'acquérir une valeur plus contraignante.

De ce fait, envisager les codes de bonne conduite comme des contrats relevant de la *lex mercatoria* ne permet plus aux cocontractants, entreprise et travailleurs, de s'affranchir de toutes les contraintes des ordres juridiques étatiques³⁴².

Ainsi, en maintenant cet effort d'insertion des codes de bonne conduite dans l'ordre juridique interne en leur donnant une valeur contractuelle, cela permet de rattacher les standards qui y sont insérés au système juridique et de durcir le droit « mou ». Les

³³⁸ GOLDMAN B., « Frontière du droit et Lex Mercatoria », in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, tome 9, 1964, pp.177 à 192.

³³⁹ GOLDMAN B., *ibid.*, p. 177.

³⁴⁰ Pour exemple : en Allemagne, article 14 de la Loi Fondamentale ; en France, décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982 dite « lois de nationalisation » ; en Italie, articles 41 et 42 de la Constitution.

³⁴¹ LAGARDE P., « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, édition Litec, Paris 1982, p.142.

³⁴² Cette vision a été soulignée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Aramco c. Arabie Saoudite* en affirmant qu'« *il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit ; ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la volonté des parties ; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est même pas concevable. La volonté ne peut engendrer de rapports conventionnels que si le droit dont elle relève lui en donne le pouvoir* ». Sentence du 23 août 1958, RCDIP 1963, p.312.

standards passent ainsi d'un statut de *soft law* internationale à un statut de *hard law* interne.

La société des marchands n'étant pas la seule force de proposition des standards, puisqu'ils résultent d'une intentionnalité collective, les Etats doivent également prendre en compte les standards issus de la société civile et trouver des mécanismes permettant de les mettre en œuvre.

B- La mise en œuvre, par les Etats, des standards élaborés par la société civile

Nous entendons ici rendre compte du résultat de l'activité de la société civile au sein des forums de négociations interétatiques afin de mettre en évidence la place des standards issus de la société civile dans la normativité du droit international économique.

La force des ONG en la matière tient à leur capacité à mener des actions aussi bien au sein de ces institutions internationales puisque nombre de standards proposés par elles sont insérés dans les instruments juridiques internationaux (1) qu'en marge de celles-ci en contrôlant de façon concrète la mise en œuvre des standards proposés (2).

1) L'inclusion des standards proposés par la société civile dans les instruments juridiques internationaux

La part influente prise depuis un certain temps³⁴³ par les ONG dans l'élaboration du droit international ne manque pas d'illustrations. En effet, l'influence des ONG dans la production normative s'illustre par le fait qu'un rôle leur est parfois reconnu dans le régime conventionnel mis en place par les Etats. Ainsi, dans certains cas, l'on sait précisément quelles clauses conventionnelles résultent d'une proposition directe des ONG même s' « *il n'existe sans doute pas d'exercice plus périlleux que celui de tenter*

³⁴³ L'impact des acteurs non étatiques dans l'élaboration des instruments internationaux n'est pas récent. Comme François Rubio le précise, on peut faire remonter cet impact au moment de l'abolition de l'esclavage. En effet, c'est en 1775 sur l'initiative de la « Pennsylvania society for promoting the abolition of slavery » que pour la première fois une campagne internationale coordonnée va voir le jour dans le but d'abolir l'esclavage. D'autres initiatives suivront en Europe ce qui aboutira en 1841 à un traité international interdisant le commerce des esclaves. Ainsi, « *cette première historique est la démonstration de l'impact direct des ONG à la fois sur la promotion d'une idée et sur la matérialisation de celle-ci dans un traité*

d'identifier l'influence des ONG sur le contenu de la norme internationale tant les facteurs politiques, diplomatiques et économiques sont enchevêtrés, multiples et confidentiels »³⁴⁴. En d'autres termes, l'assimilation de propositions faites par les ONG lors de l'élaboration des standards internationaux, si elle est un aspect de leur influence, reste très difficile à mesurer.

A titre d'exemple, il est possible d'envisager l'influence de la société civile sur le Système du Traité Antarctique, territoire où les préoccupations économiques prédominent. Ainsi, si les ONG et les Etats membres du Système se sont accordés sur le principe de la protection du continent blanc, ils ne l'ont pas toujours fait pour des raisons identiques³⁴⁵. Cependant, l'ONG International Union for Conservation of Nature (IUCN) a convaincu les Etats sur l'affectation d'une valeur économique à la diversité biologique.

De la même manière, dans le domaine de la biotechnologie dont les impacts socio-économiques sont un enjeu de taille, Third World Network (TWN), Biotechnology Working Group, Greenpeace, WWF, Australian Gene Ethics Network et Washington Biotechnology Action ont multiplié les arguments scientifiques et juridiques pour tenter d'imposer le standard d'« impact socio-économique » dans la définition des Organismes Génétiquement Modifiés (OGM). Ce standard se matérialisa par la mise entre crochets des effets socio-économiques dans l'article 1 relatif aux objectifs et dans l'article 4 relatif au champ d'application dans le projet issu de la cinquième réunion du Biosafety Working Group (BSWG)³⁴⁶.

Enfin, un exemple frappant de l'inclusion des standards proposés par la société civile dans les instruments internationaux peut être révélé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. L'article 11 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels consacre le droit à une alimentation suffisante, de portée très générale et de nature incontestablement programmatrice. L'ONG Foodfirst Information and Action Network (FIAN) spécialisée dans la promotion de ce droit a vu le jour et l'une de ses actions fut l'élaboration d'un code de conduite dont l'objet était de donner consistance au dit droit. Ce code a servi de base de travail au Comité du Pacte et

internationale », RUBIO F., « L'impact des acteurs non étatiques sur la rédaction des traités internationaux », in *Acteurs non étatiques et droit international*, pp. 62-78, spéc. p. 69.

³⁴⁴ BRETON-LE GOFF G., *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.161.

³⁴⁵ Voir à ce sujet BRETON-LE GOFF G., *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, *op.cit.*, pp.162-164.

³⁴⁶ Il s'agit du groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques. Voir le document UNEP/CBD/BSWG/6/2.

son Observation n°12 qui lui est consacré n'est pas loin de la paraphrase pure et simple du code de conduite ayant servi de base de discussion³⁴⁷.

Une fois les standards proposés inclus dans les instruments internationaux, l'action de la société civile ne s'arrête pas là. En effet, au-delà de la simple inclusion des standards, les ONG en réclament la mise en œuvre effective et vont même jusqu'à la contrôler. Ceci fait des standards la norme la plus efficace pour contribuer à la normativité du droit international économique.

2) Le contrôle de la société civile dans la mise en œuvre des standards

L'appréciation comptable des standards proposés par la société civile et inclus dans les instruments internationaux ne reflète sans doute que très partiellement la réalité de son apport. Ce qui reflète d'autant plus l'influence de la société civile c'est sa capacité à promouvoir un droit plus concret, un droit susceptible de faire l'objet d'une surveillance. Et la participation de la société civile au contrôle du respect des standards inclus dans les instruments internationaux contribue à l'effectivité de ces derniers.

Ainsi, les ONG jouent un rôle accru dans la mise en œuvre de ces standards par une participation formelle ou informelle aux procédures engagées devant les cours, tribunaux et autres instances internationales et internes. Ce rôle joué par les ONG est certainement rendu possible par, d'une part, la prolifération des cours de justice internationale dans de nombreux domaines³⁴⁸ et d'autre part, la participation de plus en plus forte de la société civile au contentieux. En effet, « *judicial proliferation coupled with enhanced international public participation calls for a re-assessment of the*

³⁴⁷ Cette similitude entre les textes proposés par les ONG et les textes adoptés par les Etats est relativisée par certains auteurs qui ont pu dire que « *cette similitude entre les textes peut être tout simplement due au fait que les idées défendues par les ONG allaient dans le même sens des intérêts des Etats* ». VITRAL L., *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, op.cit., p.85. L'auteur s'appuie pour ce faire sur la Convention d'Ottawa de décembre 1997 sur les mines antipersonnel.

³⁴⁸ Voir à ce sujet, GUILLAUME G., « La justice internationale à l'aube du XXIème siècle », *Perspectives internationales et européennes*, juillet 2005, <http://revel.unice.fr/pie/index.html?id=33>

interrelationship between international judicial bodies and that part of civil society which is represented by NGOs »³⁴⁹.

Même si l'on peut considérer que l'Etat n'est plus le seul sujet exclusif du droit international, il n'en demeure pas moins qu'il est le seul à posséder une personnalité juridique générale dont l'une des manifestations est la possibilité d'ester en justice. Or, il est possible de voir aujourd'hui que les Etats ont ouvert différents domaines de la justice internationale aux entités non étatiques³⁵⁰. En étant parfois des justiciables à part entière ou seulement des partenaires privilégiés des juridictions internationales, les ONG veillent à la bonne application mais également à la bonne interprétation des standards élaborés par elles. Si bien que « *leur contribution au développement du droit international est désormais établie et il y a lieu d'espérer que grâce à leur combat le droit international deviendra plus juste et plus effectif* »³⁵¹.

Les Etats, en tant que sujets originels du droit international, peuvent donner corps aux standards proposés et voulus par le marché lui-même. Etant les seuls à posséder la personnalité juridique adéquate, les Etats contribuent à fournir ainsi une place manifeste aux standards en droit international économique, mettant ainsi en œuvre l'intentionnalité collective qui résultent des standards.

Néanmoins, la place importante qu'ils accordent aux standards n'est pas uniquement due à la reconnaissance des standards proposés par le marché. En effet, les Etats élaborent eux-mêmes des standards, souvent pas mimétisme.

³⁴⁹ VIERUCCI L., « NGOs before international courts and tribunals », in *NGOs in international law. Efficiency in flexibility ?*, p.155.

³⁵⁰ Voir en ce sens, BEN ACHOUR R., « Les entités non étatiques et la justice internationale », in *Acteurs non étatiques et droit international*, pp.45 à 60.

³⁵¹ BEN ACHOUR R., *ibid.*, p. 60.

§2 : L'élaboration des standards par mimétisme

Le mimétisme³⁵² se définit comme étant la « *reproduction machinale des gestes, des sentiments d'autrui* »³⁵³. Plus particulièrement, le mimétisme est une stratégie adaptative d'imitation.

Si les Etats disposent d'une grande liberté d'appréciation tant en ce qui concerne la nature juridique et donc la portée des instruments qui enregistrent les normes que le degré de précision des normes, on peut cependant remarquer que la mondialisation du droit accélère le processus de rapprochement des droits nationaux favorisant l'application des standards. En effet, l'édification d'un droit aux dimensions planétaires est souvent le fait des Etats eux-mêmes qui prennent l'initiative d'harmoniser le droit en adoptant unilatéralement des dispositions pour s'aligner sur des règles qui leur sont extérieures selon un phénomène de convergence. C'est le fait de l'Etat lui-même « *qui introduit formellement dans son système juridique des règles juridiques harmonisées* »³⁵⁴.

La réorientation de la réglementation du marché national des Etats, imposée par le défi de la mondialisation, résultera d'un choix politique mais sera en tout cas un *mix* des diverses approches déjà formulées en la matière sur la base de standards. Dans la plupart des cas, cette réorientation visera non seulement les règles nationales du commerce extérieur mais également les règles gouvernant le marché intérieur.

La mondialisation emporte alors deux types de conséquences juridiques : d'une part un dessaisissement partiel des Etats dans la production du droit (**A**) et, d'autre part, un rapprochement des ordres juridiques (**B**), ce qui ne peut manquer d'avoir des conséquences sur la contribution des standards à la normativité du droit international économique.

³⁵² Certains auteurs estiment que le terme de mimétisme a été supplanté par ceux d'hybridation, de métissage ou encore de fertilisation croisée. En effet, « *la nouvelle ère du comparatisme serait celle de la circulation de solutions juridiques résultant d'un phénomène continu d'interpénétration ou d'échanges réciproques* ». GAY L., « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, p.111.

³⁵³ Dictionnaire Larousse Poche 2009, p.516.

³⁵⁴ VAN HOUTTE H., « La modélisation substantielle », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p.208.

A- Les causes du mimétisme : le dépassement de l'Etat

Dès le XV^{ème} siècle on a considéré que l'ordre juridique international était constitué sous la forme d'une égale autorité d'entités ne se reconnaissant d'autres maîtres qu'eux-mêmes. Il s'agissait d'un ordre de simple coexistence ou juxtaposition de puissances souveraines. Les relations étaient, pour la plupart, bilatérales et permettaient aux Etats de poursuivre des objectifs essentiellement privés, dont le seul point commun était la sauvegarde de l'indépendance de chacun. Dans cet ordre juridique décentralisé, l'Etat s'érigait comme unique sujet de droit : il parlait au nom des individus composant sa nation et imposait sa volonté aux organisations internationales qui n'étaient jamais que des autorités interétatiques. La puissance semblait être le maître mot de cet ordre international. Mais dès l'origine le dogme d'égale souveraineté des Etats apparaît comme une fiction juridique cédant le pas, dans la réalité des faits, à toutes sortes de rapports de forces. Le modèle westphalien s'avérait ainsi excessivement simplificateur lorsqu'il tenait l'Etat pour le seul acteur de la scène internationale.

Cet état de fait est d'autant plus concret aujourd'hui du fait de la globalisation³⁵⁵. En effet, « *les Etats se trouvent face à un défi : gouverner en matière économique alors qu'ils ne sont pas maîtres du marché mondial ; ou bien peser assez pour que la gestion de l'économie globale ne leur échappe pas* »³⁵⁶. L'Etat se retrouve dépassé par d'autres types de régulation globale en raison de l'émergence d'ordres spontanés qui échappent à la régulation étatique. Ainsi, les entreprises multinationales, devenues les acteurs principaux de la globalisation des relations économiques, échappent à la régulation aussi bien nationale, qu'internationale. En effet, « *par pans entiers, des secteurs de régulation de la vie juridique échappent progressivement au droit de l'Etat* »³⁵⁷. C'est ainsi que l'Etat, qui a toujours, en principe, le monopole du droit, apparaît comme une structure de plus en

³⁵⁵ Les termes *mondialisation* et *globalisation* ont un sens quelque peu différent bien qu'on s'accorde souvent à considérer que le premier ne soit que la transposition en français du terme anglo-américain *globalization*. La globalisation s'entend comme étant « l'interprétation du fait de la mondialisation dans des termes exclusivement économiques, privilégiant l'efficacité et la compétition, et se traduisant tendanciellement par la marchandisation de tous les aspects de la vie sociale, corrélative à la libéralisation juridique de leurs régimes », voir VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.*, p.160.

³⁵⁶ ARNAUD A-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *op.cit.*, p.18.

³⁵⁷ ARNAUD A-J., « Le droit comme produit », *Revue Droit et société*, 1994, n°27, pp.293 à 300.

plus absente lorsqu'on évoque des relations juridiques qui, de fait, se passent de plus en plus en marge du droit étatique. En somme, « *qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite, nos Etats ne constituent plus guère, et constitueront de moins en moins à l'avenir, les lieux au sein desquels des politiques économiques pourront être conduites* »³⁵⁸.

Force est de constater qu'on ne peut plus parler de régulation juridique ou de production normative sans prendre en compte la fragmentation de la souveraineté – l'Etat n'ayant plus l'autorité suprême – et la segmentation du pouvoir – on assiste à un déplacement de la production juridique – qui caractérise les sociétés contemporaines. On comprend que les modes de production de la régulation, et plus particulièrement, les modes de production du droit, ne puissent qu'en être affectés. Non seulement l'Etat n'est plus l'acteur exclusif de la politique extérieure, mais il n'est même plus la seule source d'élaboration du droit international.

Il est cependant intéressant d'introduire une distinction entre l'économie internationale et le droit international³⁵⁹. Dans la première, la politique mondiale n'est plus le seul fait de l'Etat puisque des entités transnationales tracent leur propre stratégie internationale alors que dans la deuxième l'Etat reste le centre. C'est ainsi que le monde de l'économie peut se passer de l'Etat alors que le monde du droit reste tributaire de l'Etat. L'Etat reste donc le centre du droit international mais non celui des relations internationales qui, depuis toujours, sont dominées par la puissance. Ceci dit, les relations internationales de même que le droit international doivent faire face actuellement à une idée centrale qui est le pluralisme des acteurs.

L'Etat est désormais « *supplanté* »³⁶⁰ : il n'est plus l'unique sujet de droit et de ce fait il n'est plus l'unique producteur de droit. Cependant, le phénomène d'harmonisation du droit international économique n'échappe pas totalement aux Etats. En effet, l'Etat reste le rouage essentiel du droit international économique et de ce fait a trouvé le moyen

³⁵⁸ STRAUSS-KAHN D., « Souverains mais solidaires », *Le Monde*, 15 mai 1992. L'auteur était alors ministre de l'Industrie et du Commerce extérieur du gouvernement français.

³⁵⁹ Voir à ce sujet BEN ACHOUR Y., « Etat, cultures et mondialisation », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, spéc. pp.101-103.

³⁶⁰ Voir à ce sujet, ARNEAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *op.cit.*, p.20.

de garder sa place : il élabore des standards qui seront retranscrits au niveau international, ce phénomène conduisant à une harmonisation des droits nationaux.

B- Les conséquences du mimétisme : l'harmonisation des droits nationaux

Il s'agit ici d'étudier un phénomène de convergence « spontanée » des droits nationaux cherchant à s'aligner sur des standards et des modèles dominants. Ce mode de création est spontané juridiquement car l'Etat va adopter une réglementation pour des raisons extra-juridiques sans y être contraint.

Il est vrai que les Etats ont un principe d'autonomie : cette capacité juridique les autorise à construire un cadre juridique qui déroge peu ou prou à certaines tendances ou à des caractéristiques générales du droit économique international. Ils sont libres de définir le degré d'autonomie de leur système économique, dans la mesure où ils souhaitent limiter l'impact interne des principes dominants du droit des relations économiques internationales. En effet, le droit international positif n'impose ou ne suggère aucune conduite spécifique aux Etats³⁶¹.

Cependant, il s'agit là d'une liberté relative et difficile à maintenir car il est complexe d'assurer une politique économique exclusive. En effet, « *les législations culturées deviennent de plus en plus difficile à édicter ou à maintenir, car la connaissance des performances des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation* »³⁶². Nous sommes alors en présence de normes nationales mais qui, par un processus mimétique, tendent à s'aligner sur des normes considérées comme de valeur internationale. En d'autres termes, les pratiques nationales doivent être identiques à la règle commune.

Les Etats s'appuient alors sur une multitude de relais, comme par exemple les normes du management diffusées par les universités de pointe ou encore les critères

³⁶¹ Certains auteurs considèrent que la convergence de dispositions nationales ressort exclusivement du domaine du fait. C'est le cas de Michel Cosnard pour qui « l'harmonisation générale, lorsqu'elle n'est pas fondée sur une obligation internationale, n'apparaît pas juridiquement pertinente : l'unification du droit substantiel trouve alors sa source dans l'expression d'une multiplication de volontés parallèles, et non dans une volonté générale, ni même dans une rencontre de volontés autre que fortuite. Le phénomène n'est donc pas juridique ». COSNARD M., « La création normative des Etats. Point de vue publiciste », in *La mondialisation du droit, op.cit.*, p.154.

³⁶² MARTIN-SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit, op.cit.*, p.179.

d'audit imposés par les entreprises transnationales de *consulting*, suscitant ainsi une harmonisation spontanée des pratiques et réglementations. Cette attitude peut expliquer, par exemple, que l'Etat Suisse transforme en droit interne les normes interétatiques de l'OMC ou la *soft law* de l'OCDE sans en avoir l'obligation ou encore que les Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO) harmonisent leur droit interne avec les standards européens.

Les droits nationaux voient ainsi leur particularisme s'amoindrir peu à peu et leur réglementation tendre vers un dénominateur commun de principes et de procédures. On parle alors d'acculturation juridique. Ceci s'explique par le fait que dans une économie globalisée « *la tolérance des opérateurs à la différence normative se fait de plus en plus faible* »³⁶³. Les opérateurs économiques élaborent alors des conventions de plus en plus standardisées qui ont vocation à s'imposer dans les droits nationaux dès lors qu'elles se révèlent sûres et efficaces³⁶⁴. Ainsi, les droits nationaux sont soumis à une comparaison permanente avec tous les autres systèmes juridiques, comparaison favorisée par une information avisée des opérateurs économiques. En effet, « *la recherche de l'efficacité de la norme met nécessairement en concurrence les divers systèmes juridiques, d'autant que se développe un droit transnational qui emprunte à chaque système juridique ce qui est jugé le plus commode et le plus efficace, en termes d'adaptabilité notamment* »³⁶⁵.

L'Etat, par ce procédé mimétique, favorise l'élaboration des standards ; élaboration d'une norme juridique qui, si elle a vocation à s'appliquer sur son territoire, n'émane pas entièrement de son autorité suprême. Cependant, « *ce n'est pas contre l'Etat que s'opère ce mouvement mais, le plus souvent, avec son concours actif* »³⁶⁶. En effet, si les opérateurs économiques et autres sujets du droit international économique élaborent ces standards à application territoriale, c'est grâce à l'octroi par l'Etat d'une marge élargie du principe d'autonomie de la volonté et d'une interprétation très souple de l'ordre public contractuel. C'est, par exemple, l'Etat lui-même qui a négocié et ratifié la Convention de Vienne du 11 avril 1980 qui a considérablement libéralisé le droit substantiel de la vente

³⁶³ LOQUIN E. et KESSEDJIAN C., « Avant-propos », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p.8.

³⁶⁴ Voir en ce sens, LOQUIN E. et RAVILLON L., « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, p.91 et s.

³⁶⁵ FATIN-ROUGE M. et VIDAL-NAQUET A., « Préface », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, p. 23.

³⁶⁶ VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op.cit., p.169.

internationale de marchandises³⁶⁷. De même, ce sont ses juridictions, comme la Cour de cassation française à propos de la détermination du prix dans les contrats³⁶⁸, qui opèrent des revirements de jurisprudence en vue de s'aligner sur un *jus commune* en voie de formation. Ainsi, face aux standards élaborés à l'extérieur de sa juridiction, l'Etat adopte deux attitudes qui favorisent la standardisation des droits internes : une attitude de tolérance en laissant à ces standards un domaine d'intervention extrêmement étendu et en facilitant assez largement leur application pratique, mais également une attitude de coopération puisque l'Etat participe à l'élaboration de ces standards dans les enceintes internationales auxquelles il est partie et même reconnaît aux standards une autorité telle qu'il s'y trouve lui-même soumis³⁶⁹.

Nous pouvons appuyer notre propos par l'exemple du droit financier³⁷⁰. C'est en effet un domaine où les Etats tendent à l'adoption de standards et ce à plusieurs niveaux. Tout d'abord au niveau institutionnel. Le standard souvent retenu sera ce que l'on appelle une coutume de place, c'est-à-dire une manière d'être en vigueur sur un marché anglo-saxon. Les règles de la City de Londres en sont la meilleure illustration : afin d'assurer une concurrence efficace entre les places financières, les pouvoirs publics vont reproduire ce modèle par une réglementation nationale. C'est en reproduisant ce modèle que la Bourse de Paris a été réorganisée par la loi du 22 janvier 1988. Ensuite au niveau de l'offre de produit. Un marché ne sera attractif que s'il propose tous les produits juridico-financiers disponibles sur les grands marchés internationaux. Si la règle de droit est défavorable à un acteur financier, il ira réaliser son opération sur une autre place³⁷¹. Ainsi, la France, par exemple, a désiré s'aligner sur les travaux du Groupe des 30³⁷² à propos des

³⁶⁷ Voir *infra*, p.231.

³⁶⁸ Voir à ce sujet, BARRIERE-BROUSSE I., « La création normative des Etats. Point de vue privatiste », *op.cit.*, p.146-147.

³⁶⁹ Cet état de fait a été constaté en ce qui concerne les usages du commerce international par Philippe Fouchard et peut être retranscrite s'agissant des standards étant donné que la plupart des usages du commerce international sont des standards. Voir FOUCHARD P., *Ecrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, édition du Comité français de l'arbitrage, Paris 2007, spéc. pp.531 à 543..

³⁷⁰ Voir l'étude de COURET A., « La dimension internationale de la production du droit. L'exemple du droit financier », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.197 à 205.

³⁷¹ Mme Frison-Roche a même pu écrire que le droit devient alors un instrument financier : « Dès lors, le droit devient un instrument concurrentiel majeur, les dispositions juridiques étant mises en concurrence. On peut même dire que la règle de droit est, au sens large, un instrument financier », in M-A FRISON-ROCHE, « Protection nationale de l'épargne et concurrence entre places financières », *Banque et Droit*, n°41, mai-juin 1995, p.48.

³⁷² Créé en 1978, le Groupe des Trente est une instance internationale à caractère privé sans but lucratif, composée de personnalités du monde des affaires, du secteur public et des milieux universitaires. Il a pour but d'améliorer la compréhension des enjeux économiques et financiers internationaux, d'étudier l'incidence des politiques à l'échelle internationale et d'examiner les choix de politique qui s'offrent sur les questions

produits dérivés dans sa loi du 31 janvier 1993. Enfin au niveau de la réglementation des comportements. Par exemple, les standards repris en la matière ont été pour une large part proposés par l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs Mobilières (OICV)³⁷³. Ces standards ont été consacrés en France par la loi du 2 juillet 1996³⁷⁴.

Ce mimétisme législatif, consistant en l'intégration des standards internationaux dans l'ordre interne, peut s'expliquer « à l'heure de la mondialisation et du jus shopping, par la volonté des Etats de proposer un produit attractif sur le marché législatif »³⁷⁵ car en effet « une caractéristique principale de la globalisation est [...] l'exposition des marchés nationaux [...] dans leur diversité à une concurrence externe qui joue sur tous les plans de l'économie »³⁷⁶.

En terme d'efficacité de la norme, « il apparaît qu'efficacité d'une part, et recours au droit comparé – ou peut-être plus souvent imitation d'un modèle étranger – par l'auteur d'une norme d'autre part, entretiennent des liens évidents »³⁷⁷. En effet, quoi de plus efficace que de s'inspirer de normes qui ont fait leurs preuves ? La science juridique comparative a pour objet de trouver la meilleure solution juridique en allant jusqu'à faire converger les ordres juridiques vers cette meilleure solution. Les standards du droit international économique répondent à cet objectif très pragmatique et sont efficaces car résultent d'une véritable stratégie des Etats qui « confrontés à des questions largement partagées, seraient en position d'observation réciproque et n'hésiteraient pas à copier les solutions juridiques les plus opportunes »³⁷⁸.

fondamentales. Le groupe tient une réunion plénière deux fois par an pour se pencher sur l'évolution des politiques économiques et de la conjoncture économique et financière. Le G-30 est financé par des fondations, des banques, des entreprises, des banques centrales et des contributions individuelles.

³⁷³ L'OICV (IOSCO en anglais) est une organisation internationale créée en 1983 qui regroupe les régulateurs des principales bourses dans le monde.

³⁷⁴ Article 58 de la loi.

³⁷⁵ VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.*, p.170. La compétitivité du territoire national par l'adoption des instruments juridiques les plus performants pour les acteurs économiques internationaux est une thèse relayée dans le rapport du Conseil d'Etat sur « L'influence internationale du droit français » (Rapport du Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, 159 pages).

³⁷⁶ ULLRICH H., « Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes », *RIDE* 2003, p.211.

³⁷⁷ GAY L., « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », *op.cit.*, p. 108.

³⁷⁸ GAY L., *ibid.*, p.111.

Ce mimétisme engendré par l'accélération de la mondialisation a des conséquences en terme de contribution des standards à la normativité du droit international économique puisque les Etats vont adhérer à des organisations à vocation économique à l'intégration poussée qui, par assimilation du droit comparé des membres, vont forger des standards qui rétroagiront à leur tour sur le droit national des membres.

Le mimétisme n'est cependant pas la seule source de création des standards. Répondant à l'adage « l'union fait la force », les Etats sont à même de se regrouper pour faciliter la création des standards. Ainsi, l'élaboration des standards passe également par le regroupement.

Section 2 : L'élaboration des standards par les Etats regroupés

A l'heure actuelle³⁷⁹, 194 Etats composent le monde. Ces 194 acteurs du droit international économique évoluent côte à côte, mais tendent également à évoluer de concert. En effet, les Etats se sont ralliés selon leur situation géographique, politique ou encore économique. Le fait de se regrouper constitue, pour les Etats, une force et leur offre un champ d'action bien plus important que s'ils étaient totalement isolés.

Le fait de se regrouper peut prendre diverses formes. En effet, deux possibilités s'offrent aux Etats. Ces deux possibilités sont sinon alternatives, en tout cas cumulatives dans 99 % des cas. Il s'agit, pour les Etats, soit de se regrouper afin de former un groupe régional, soit de se regrouper au sein d'une institution nommée, en droit international, organisation internationale.

Dans le deux cas, si les Etats cèdent une part de leur souveraineté en se regroupant ainsi, ils n'en deviennent que plus forts tant d'un point de vue économique ou politique, que juridique. En effet, le fait d'être regroupés permet aux Etats de lancer une offre normative sans doute plus adaptée pour répondre à la demande du marché.

En d'autres termes, le regroupement d'Etats a nécessairement des répercussions sur la norme que sont les standards juridiques. Ainsi, on peut s'apercevoir que les Etats vont adopter la méthode de la concertation dans les groupes régionaux pour élaborer des standards applicables aux membres de ce groupe (§1). Parallèlement, les organisations internationales à vocation économique vont également jouer un rôle important dans

l'élaboration des standards, leur offrant ainsi une place de choix dans l'ordre juridique international (§2).

§1 : L'élaboration des standards par concertation : les Etats en groupes régionaux

La concertation se définit comme étant « *l'action de se mettre d'accord pour agir ensemble* »³⁸⁰. Plus particulièrement, la concertation est une stratégie visant à harmoniser les interventions de plusieurs intervenants en intégrant celles-ci dans une stratégie globale pour la réalisation d'objectifs communs.

La création d'Accords Commerciaux Régionaux (ACR) répond à ce défi puisqu'il s'agit, pour certains Etats, de s'unir afin de réaliser un objectif commun qui est le plus souvent le développement économique et commercial d'une région du monde. Il s'agit là d'un processus de débordement de l'Etat car les ACR, de par leur fonctionnement, bénéficient d'un abandon de souveraineté de la part des Etats membres dans certains domaines, ce qui permet de les qualifier parfois de « super-Etat ». Cette méthode de rassemblement s'est fortement développée et les ACR sont devenus ces dernières années un élément dominant du système commercial multilatéral³⁸¹. En effet, la forte augmentation du nombre d'ACR n'a pas discontinué depuis le début des années 90. Quelques 421 ACR ont été notifiés à l'OMC jusqu'en décembre 2008³⁸².

Le régionalisme économique, s'il est un phénomène relativement ancien, montre désormais un « *nouveau visage* »³⁸³ et se caractérise par une tendance particulière : la recherche du libre-échange. En effet, la mise en place des ACR a surtout pour but la facilitation des échanges grâce à l'ouverture des frontières. Ainsi, l'établissement de zones

³⁷⁹ Chiffre actualisé au 1^e janvier 2012.

³⁸⁰ Dictionnaire Larousse Poche 2009, p.167.

³⁸¹ Sur le phénomène de la régionalisation, voir DUTHEIL de la ROCHERE J., « Mondialisation et régionalisation », in *La mondialisation du droit*, pp. 435 à 453.

³⁸² Si l'on compte les ACR qui sont en vigueur mais n'ont pas été notifiés, ceux qui ont été signés mais ne sont pas encore entrés en vigueur, ceux qui sont en cours de négociation et ceux qui sont à l'état de proposition, on arrive à un chiffre de près de 400 accords.

³⁸³ Expression employée par le professeur Habib Gherari. GHERARI H., « Rapport introductif : aspects juridiques », in *Le commerce international. Entre bi- et multilatéralisme*, édition Larquier, Paris 2010, spéc. p.16.

de libre-échange constitue « *la figure juridique préférée des négociateurs, très loin devant l'union douanière* »³⁸⁴.

Si l'objectif des ACR est le développement économique et commercial d'une région du globe, l'élaboration de standards semble être une des voies utilisées pour réaliser cet objectif commun, que ce soit pour les groupes régionaux du Nord (A) ou les groupes régionaux du Sud (B).

A- La place des standards dans les groupes régionaux du Nord

Les groupes régionaux du Nord se sont principalement constitués après la Seconde Guerre Mondiale dans un effort de maintien de la paix. Il s'agissait de maintenir des relations pacifiques par le biais de relations économiques et commerciales assainies.

Le phénomène de mondialisation supplantant ce phénomène de régionalisation, les ACR ont dû réagir pour ne pas voir leurs efforts s'effondrer. De ce fait, d'un point de vue politique, les ACR ont élargi leur nombre de membres pour bénéficier d'un poids politique plus important. D'un point de vue juridique, il leur a fallu trouver le plus petit dénominateur commun en matière de norme et surtout une norme qui, tout en favorisant l'adhésion des membres, leur laissait suffisamment de liberté et de souplesse. C'est pourquoi la technique du standard est très présente dans les règles élaborées au sein des groupes régionaux du Nord. En témoigne tant le cas de l'Union européenne (UE) (1) que le cas de l'Accord de Libre Echange Nord Américain (ALENA) (2).

1) Le cas de l'UE

Les particularités de l'ordre juridique communautaire ont fait l'objet de multiples analyses. Mais l'une de ses particularités, c'est-à-dire la présence de standards, a peu souvent été évoquée. La thèse d'Elsa Bernard à ce sujet a comblé cette lacune³⁸⁵. Ainsi, en droit communautaire, ni les traités, ni les actes de droit dérivés, ni même la jurisprudence, ne qualifient expressément certaines notions de standards juridiques. « *La recherche de la*

³⁸⁴ GHERARI H., « Rapport introductif : aspects juridiques », in *Le commerce international. Entre bi- et multilatéralisme*, édition Larcier, Paris 2010, p.17.

³⁸⁵ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Thèse 2006, Strasbourg III, 562 pages.

spécificité du standard communautaire est liée aux particularités de l'ordre juridique des Communautés, puis de l'Union Européenne, par rapport aux autres ordres juridiques »³⁸⁶. En effet, la spécificité des standards communautaires résulte de l'originalité du droit communautaire, au regard des droits nationaux et du droit international.

Ainsi, le premier standard communautaire que l'on peut citer est celui du standard de subsidiarité. Il s'agit d'une notion indéterminée impliquant une analyse en termes de normalité et une référence exogène au droit. Il s'agit du seul standard textuel à part entière³⁸⁷ car on trouve ensuite des standards jurisprudentiels. Il s'agit par exemple du standard d'intérêt général³⁸⁸. Si ce standard a reçu l'influence de différents modèles, il reste un standard à forte coloration communautaire au contenu intentionnellement indéterminé impliquant un référent exogène en termes de normalité. Ce standard se couple avec un autre standard, le standard de proportionnalité qui permet au juge de contrôler le respect du standard d'intérêt général. Un autre standard jurisprudentiel est le standard de coopération loyale³⁸⁹.

D'autres standards, de nature « hybride » selon Mme Bernard, sont présents en droit communautaire. Il s'agit, par exemple, du standard d'exigence impérative d'intérêt général ou encore du standard d'ordre public³⁹⁰.

Il existe également des standards « infléchis »³⁹¹ comme le standard d'abus de droit ou encore le standard de confiance légitime.

Enfin, on trouve des standards dits « transposés »³⁹². En premier lieu, il s'agit des standards transposés des droits nationaux tels que le standard de force majeure, les standards de bonne administration et de bon père de famille ou encore des standards procéduraux tels que le standard de proportionnalité ou le standard d'erreur manifeste d'appréciation. En second lieu, il s'agit des standards transposés de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales tels que le standard de procès équitable ou le standard de société démocratique³⁹³.

³⁸⁶ BERNARD E., *ibid.*, p.29.

³⁸⁷ Bernard Elsa lui consacre tout un chapitre sous la dénomination « *Un standard textuel homotypique* », voir pp.87 à 118.

³⁸⁸ Bernard E., *ibid.*, pp.123 à 150.

³⁸⁹ Bernard E., *ibid.*, pp. 153 à 173.

³⁹⁰ Bernard E., *ibid.*, pp. 181 à 214.

³⁹¹ Bernard E., *ibid.*, pp. 218 à 243.

³⁹² Bernard E., *ibid.*, pp. 247 à 274.

³⁹³ Voir à ce sujet la thèse de JACQUEMOT F., *Le standard européen de société démocratique*, édition Université Montpellier I, Monéditeur.com, 713 pages.

La présence de standards en droit communautaire résulte de la prédominance économique du droit communautaire³⁹⁴. En effet, la fonction du standard est adaptée à la nature instrumentaliste du droit économique : le standard se révèle être un instrument efficace d'adaptation de la règle de droit aux caractéristiques du droit économique communautaire. Le standard se révèle également être un instrument de « déformation » du contrôle juridictionnel en ce sens que le juge communautaire a recours au raisonnement casuistique pour contrôler le droit économique et que le standard est adapté à ce raisonnement. Une bonne illustration de la fonction du standard en droit économique communautaire est la notion de « consommateur moyen ». En effet, le « consommateur moyen » est un standard qui permet l'adaptation de la norme aux exigences du droit économique communautaire en contribuant à rendre plus souple cette branche du droit mais surtout en contribuant à la conciliation des conceptions divergentes du droit de la consommation.

Enfin, la technique du standard contribue à la régulation du droit économique communautaire car il a une place déterminante dans la mise en œuvre des techniques de régulation.

Le cas de l'UE, bien que spécifique en raison de la nature même de l'Union, n'est pas un cas isolé parmi les groupes régionaux du Nord. Ainsi, par exemple, l'ALENA a également utilisé la technique du standard pour réaliser ses objectifs.

2) Le cas de l'ALENA

L'ALENA résulte de l'extension d'un accord précédant qui ne concernait que le Canada et les Etats Unis : l'Accord de Libre Echange (ALE), dont il reprend une bonne partie des principes. Il s'agit d'un traité³⁹⁵ créant une zone de libre-échange entre les Etats Unis, le Canada et le Mexique. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

³⁹⁴ Bernard E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., pp. 407 à 451.

³⁹⁵ On entend par « traité » l'accord de libre échange en lui-même ainsi que les accords parallèles qui y sont associés. Ces accords parallèles concernent la coopération environnementale et le domaine du travail.

Les objectifs de l'ALENA sont d'éliminer les barrières douanières pour faciliter les échanges transfrontaliers des biens et services, assurer les conditions d'une concurrence équitable dans la zone de libre échange et consolider la libéralisation du régime des investissements. Pour réaliser ces objectifs, les Etats signataires ont mis en œuvre un cadre juridique qui intègre la technique du standard.

C'est en matière de droit des investissements que la concertation pour l'élaboration de standards est la plus frappante. En effet, dans les autres domaines régis par l'ALENA, tels que le commerce des produits³⁹⁶, les obstacles techniques au commerce³⁹⁷ ou encore en matière de droits de propriété intellectuelle³⁹⁸, les standards intégrés au droit de l'OMC ont été repris pour l'essentiel. De la même manière, l'ALENA recèle des standards en droit international du travail à travers l'Accord Nord Américain de Coopération dans le domaine du Travail (ANACT)³⁹⁹, mais il s'agit d'un simple renvoi aux standards préexistants et l'ANACT n'a donc pas pour objectif d'établir de nouveaux standards du travail⁴⁰⁰. Au contraire, pour le domaine des investissements, qui était vierge de toute règle internationale, la technique de la concertation dans l'élaboration des standards fut utilisée.

Un chapitre est alors consacré pour le droit de l'investissement : il s'agit du chapitre 11. La section A du chapitre est relative à l'investissement, la section B est relative au règlement des différends entre une partie et un investisseur et la section C est relative aux définitions utiles.

En matière de protection de l'investissement, c'est la doctrine Calvo⁴⁰¹ qui a longtemps prévalu en Amérique latine. Cette doctrine voulait qu'on applique aux investissements étrangers un régime juridique qui tient compte du droit national du pays récepteur. Ainsi, les investisseurs étrangers ne pouvaient avoir un traitement plus favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux. Mais cette doctrine ne s'accordait

³⁹⁶ Chapitre 3 à 8 de l'ALENA.

³⁹⁷ Chapitre 9 de l'ALENA.

³⁹⁸ Chapitre 17 de l'ALENA.

³⁹⁹ A l'origine, le traité de l'ALENA n'envisageait pas le traitement des standards internationaux en matière de droit du travail. Cette lacune fut comblée par l'Accord Nord Américain de Coopération dans le domaine du Travail (ANACT), conclu le 13 septembre 1993.

⁴⁰⁰ La liste des standards relatifs au travail que les parties doivent promouvoir et qui figure à l'Annexe 1 de l'Accord n'est donc fournie qu'à « titre indicatif » selon les termes même de l'Annexe.

⁴⁰¹ La doctrine Calvo, du nom de son auteur, Carlos Calvo, dispose que les personnes vivant dans un pays étranger doivent régler leurs litiges dans le cadre de la compétence des tribunaux locaux, en évitant le recours à la protection diplomatique ou l'intervention militaire de son propre Etat ou de gouvernement.

pas à la volonté des signataires du traité. C'est pourquoi des standards de protection ont été adoptés.

Dans l'ordre d'énumération du traité, on trouve en premier lieu le standard du traitement national⁴⁰². Puis suit le standard de la nation la plus favorisée⁴⁰³. L'article 1105 du traité met en place le standard minimal de traitement. Ce standard incite les Etats à respecter « *les normes minimales de traitement* », c'est-à-dire « *un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale* ». On trouve ensuite le standard de l'interdiction des prescriptions de résultat à l'article 1106. Par ce standard, un Etat ne pourra obliger un investisseur à adopter certains comportements contraires aux règles de la libéralisation du marché mais qui pourraient se justifier par une stratégie de développement.

Ces deux exemples d'élaboration des standards par concertation dans les groupes régionaux du Nord montrent l'efficacité de la technique du standard. Cette technique n'est pas l'apanage des groupes régionaux du Nord. En effet, les groupes régionaux du Sud ont, eux aussi, utilisé la technique du standard.

B- La place des standards dans les groupes régionaux du Sud

Les groupes régionaux du Sud se sont principalement constitués pour concurrencer les pays industrialisés et tenter d'orienter les décisions en leur faveur pour ne pas rester les « laisser pour compte » de la mondialisation.

Plus que jamais, la technique du standard revêt une importance capitale dans ces systèmes car cette technique juridique est adaptée à la coopération internationale qui repose souvent sur des situations nationales hétérogènes et inégales dans ces régions du monde. La normativité du droit international économique s'en trouve ainsi élargie et le droit international économique devient efficace à régir des situations juridiques particulières.

⁴⁰² Article 1102 de l'ALENA.

⁴⁰³ Article 1103 de l'ALENA.

Il est donc possible d'étudier la façon dont ces groupes régionaux utilisent la technique du standard au travers de deux exemples concrets : celui de l'Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) (1) et celui de Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) (2).

1) Le cas de l'APEC

L'Asia Pacific Economic Cooperation⁴⁰⁴ a été établie en 1989 dans le but de « *facilitating economic growth, cooperation, trade and investment in the Asia-Pacific region* »⁴⁰⁵. Depuis son commencement, l'APEC a travaillé pour réduire les tarifs et autres entraves aux échanges commerciaux à travers la région Asie-Pacifique, créant des économies nationales efficaces et augmentant considérablement les exportations. La clef de la vision de l'APEC est la réalisation des « Objectifs de Bogor » : une zone de libre échange et d'investissements dans l'Asie-Pacifique d'ici 2010 pour les économies industrialisées et d'ici 2020 pour des économies en voie de développement. Ces buts ont été adoptés par les dirigeants lors de leur réunion de 1994 à Bogor, Indonésie.

L'APEC est le seul groupe inter-gouvernemental dans le monde fonctionnant sur la base des engagements non contraignants, du dialogue ouvert et du respect égal pour les vues de tous les participants. Ainsi, pour réaliser ses buts, l'APEC utilise très souvent la technique du standard puisque « *l'utilisation de standards comme technique de formulation principale des règles de droit* »⁴⁰⁶ y est très fréquente.

Si cette utilisation ne s'étend pas à la totalité des règles de droit émises au sein de l'APEC, on peut constater qu'un grand nombre de règles sont formulées de façon imprécise. L'emploi de la technique du standard se trouve ainsi appliqué dès l'adoption des objectifs de Bogor dans la terminologie « libre et ouvert »⁴⁰⁷. Si une telle formule peut être trouvée dans une large majorité d'objectifs de libéralisation inscrits dans des ACR, la technique du standard est utilisée, dans le cas de l'APEC, dans l'ensemble des sous-

⁴⁰⁴ La Coopération économique pour l'Asie-Pacifique en français.

⁴⁰⁵ « About APEC » sur le site www.apec.org

⁴⁰⁶ GITTON Y., *L'APEC (Asia Pacific Economic Cooperation) et les règles du droit international économique dans la région Asie Pacifique : un modèle pour la coopération au XXIe siècle ?*, Thèse 2008, Paris I, p.303.

⁴⁰⁷ Voir le paragraphe 6 de la Déclaration du 14 novembre 1994 qui prévoit : « we agree to adopt the long-term goal of free and open trade and investment in the Asia –Pacific ». Souligné par nos soins.

objectifs découlant de l'objectif de Bogor. Ainsi, on retrouve le standard du commerce « libre et ouvert » dans l'objectif en matière tarifaire puisqu'il est prévu que « *APEC economies will achieve free and open trade in the Asia-Pacific region by [...] progressive reduction of tariffs until the Bogor goals are fully achieved* »⁴⁰⁸. L'objectif n'est donc pas formulé en prescrivant l'interdiction de barrières tarifaires ou en fixant un niveau maximum de 5% par exemple, mais bien par la formulation d'un standard. Ce standard de « libre et ouvert » se retrouve en matière de barrières non tarifaires⁴⁰⁹ ou encore de libéralisation des services⁴¹⁰.

Le standard de « libre et ouvert » n'est pas le seul standard formulé au sein des règles de l'APEC. Ainsi, on retrouve les standards d'efficacité, d'adéquat et de transparence. Ainsi, dans le domaine du droit de la concurrence, on retrouve ces standards formulés comme suit : « *introducing or maintaining effective, adequate and transparent competition policy and/or laws and associated enforcement policies [...] promoting cooperation among APEC economies, thereby maximizing inter-alia, the efficient operation of markets, competition among producers and traders and consumer benefits* »⁴¹¹. Ces standards se retrouvent également dans le domaine des droits de propriété intellectuelle de la manière suivante : « *ensure adequate and effective protection, including legislation, administration and enforcement of intellectual property rights* »⁴¹².

La technique du standard est ainsi présente dans les objectifs affichés par l'APEC dans le programme d'Osaka. Mais cette technique est également utilisée dans les lignes directrices guidant les initiatives individuelles. Par exemple, dans le chapitre concernant les droits de propriété intellectuelle, il y est écrit que « *each APEC economy will : [...] ensure that intellectual property rights are granted through expeditious, simple and cost effective procedures, [...] ensure that adequate and effective civil and administrative procedures and remedies are available against infringement of intellectual property*

⁴⁰⁸ Voir le Chapitre 1, p.3 de l'Agenda d'Osaka qui prévoit la mise en œuvre des objectifs de Bogor. Souligné par nos soins.

⁴⁰⁹ Voir le Chapitre 2, p.4 de l'Agenda d'Osaka : « APEC economies will achieve free and open trade in the Asia-Pacific region by [...] progressively reducing NTMs to the maximum extent possible to minimize possible distortion to trade ». Souligné par nos soins.

⁴¹⁰ Voir le Chapitre 3, p.5 de l'Agenda d'Osaka : « APEC economies, [...], will achieve free and open trade in the Asia-Pacific region by [...] progressively reducing restrictions on market access for trade in services ». Souligné par nos soins.

⁴¹¹ Voir le Chapitre 8, p.15 de l'Agenda d'Osaka. Souligné par nos soins.

⁴¹² Voir le Chapitre 7, p.14 de l'Agenda d'Osaka. Souligné par nos soins.

rights »⁴¹³. En d'autres termes, la technique du standard n'est pas seulement employée pour formuler le niveau final des objectifs de Bogor mais également pour qualifier l'action réglementaire de l'Etat dans son droit interne.

L'utilisation de tels standards se trouve également dans les « Individual Action Plan Format Guidelines » et les « Peer Review Format Guidelines » ; documents qui servent de guide pour les plans d'action et la mise en œuvre des procédures de contrôle. Par exemple, dans les « Individual Action Plan Format Guidelines » on retrouve la formulation de standards dans le chapitre consacré aux services, et notamment concernant la question des autorisations d'investissement liées à ce domaine d'activité, de la manière suivante : « *to what extent does your economy make all laws, regulations, administrative guidelines and policies pertaining to investment publicly available in a prompt, transparent and readily accessible manner ?* »⁴¹⁴.

La formulation de standards est également reprise par les Etats membres qui reprennent ceux présentés dans les instruments précités. Ainsi, en matière de libéralisation, et plus particulièrement en matière de barrières non tarifaires, les Etats orientent la présentation de leurs politiques économiques autour du terme « *unjustifiable* »⁴¹⁵. Le choix d'un tel standard n'est pas tellement problématique car le domaine de la libéralisation est pris en charge au sein d'autres forums internationaux, ce qui permet la précision de cette notion.

Certains standards du système juridique APEC peuvent être qualifiés de jurisprudentiels car ils sont émis dans le cadre d'une procédure de contrôle par les équipes d'évaluation de l'APEC. C'est le cas du rapport d'évaluation du Mexique en matière de barrières non tarifaires qui affirme « *this list [...] does not seem to be an unreasonable trade restriction* »⁴¹⁶.

Dans le système APEC, l'imprécision de la règle formulée sous forme de standards « *visé à démarrer un processus de régulation des comportements dans la région en*

⁴¹³ Voir le Chapitre 7, p.14, Lignes Directrices a et b de l'Agenda d'Osaka. Souligné par nos soins.

⁴¹⁴ *Individual Action Plan Format Guidelines*, chapitre 3, p.57. Souligné par nos soins.

⁴¹⁵ On peut citer à titre d'exemple le plan d'action de l'Indonésie pour 2002 qui précise « *Indonesia is committed to working together with other member economies to achieve free and open trade in the region by reducing unjustifiable non-tariff measures and ensuring the transparency of non-tariff measures* ». Souligné par nos soins.

⁴¹⁶ Voir *APEC Study Report of Mexico's 2001*, p.17. Souligné par nos soins.

utilisant des principes généraux tout en escomptant la naissance de règles concrètes à mesure que le système se renforcera »⁴¹⁷.

L'utilisation de standards comme technique de formulation principale des règles de droit n'est pas propre au système juridique APEC. Un autre exemple d'ACR du Sud prouve l'importance de cette technique. Il s'agit de l'OHADA.

2) Le cas de l'OHADA

Signé à Port Louis le 17 octobre 1993, le traité relatif à l'OHADA a pour objectif de favoriser, au plan économique, le développement et l'intégration régionale ainsi que la sécurité juridique et judiciaire. Plus particulièrement, un des buts de l'OHADA est de doter les Etats parties⁴¹⁸ d'un même droit des affaires. En d'autres termes, l'ambition de l'organisation est « *de créer un espace juridique et judiciaire commun aux Etats membres par l'élaboration et l'application de textes uniformes dans les principaux domaines du droit des affaires* »⁴¹⁹. Cette intégration juridique passe par la technique de l'harmonisation⁴²⁰ réalisée au moyen d'actes dits « uniformes » pris par le Conseil des ministres⁴²¹ dans huit domaines différents : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le droit des sûretés, les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, la procédure collective

⁴¹⁷ GITTON Y., *L'APEC (Asia Pacific Economic Cooperation) et les règles du droit international économique dans la région Asie Pacifique : un modèle pour la coopération au XXIe siècle ?*, op.cit., p. 310.

⁴¹⁸ A l'heure actuelle, l'OHADA comprend 16 membres : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. L'adhésion de la République Démocratique du Congo est en cours.

⁴¹⁹ KONE M., *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, édition LGDJ, collection Bibliothèque de droit privé, Paris 2003, p.3.

⁴²⁰ Certains auteurs pensent cependant qu'il ne s'agit pas d'une harmonisation mais bien d'une unification. C'est le cas de Mamadou Koné qui affirme que « l'OHADA réalise une unification juridique, judiciaire et politique », *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, ibid., p.5. D'autres auteurs affirment au contraire qu'il s'agit bel et bien d'une harmonisation. C'est le cas de Paul Dima-Ehongo pour qui la technique de l'harmonisation a été choisie en raison de « l'impossibilité de parvenir à une unification pure et simple à partir d'une multiplicité de systèmes juridiques ». « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale et mondiale », in *Critique de l'intégration normative*, édition PUF, Paris 2004, p.185.

⁴²¹ Le Conseil des ministres constitue l'organe normatif de l'OHADA. A côté de cet organe, on trouve la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), le Secrétariat permanent et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

d'apurement du passif, le droit de l'arbitrage, l'organisation et l'harmonisation de la comptabilité des entreprises et les contrats de transport de marchandises par route⁴²².

C'est au sein de chacun de ces « Actes uniformes » que l'on retrouve la technique du standard ; technique qui a permis aux Etats africains membres de se réappropriier les règles de droit économique conçues par les pays développés.

Par exemple, au sein de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général⁴²³ on trouve un chapitre consacré à la vente commerciale de marchandises⁴²⁴ qui s'inspire assez étroitement, sans la reproduire pour autant, de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Ainsi, les standards de la vente internationale de marchandises sont aussi repris au profit du système OHADA⁴²⁵.

De la même manière, le système OHADA a contribué à l'élaboration de standards en matière comptable en s'inspirant des standards développés par l'International Accounting Standards Committee (IASC)⁴²⁶ et insérés dans l'Acte uniforme relatif au droit comptable du 30 mars 2000. Ainsi, selon l'article 3 de l'Acte uniforme, la comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité et de sincérité. Le standard de prudence est défini comme étant l'appréciation raisonnable des faits afin d'éviter les risques de transfert, sur l'avenir, d'incertitudes présentes susceptibles de grever le patrimoine et le résultat de l'entreprise. Le standard de sincérité, quant à lui, se caractérise comme étant l'application de bonne foi des règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations⁴²⁷.

⁴²² Au vu de cette énumération, il apparaît que le domaine actuel de l'OHADA ne couvre pas l'ensemble de ce que l'on appelle communément « droit des affaires ». En effet, les instruments de paiement n'apparaissent pas. De même le droit pénal des affaires n'est pas cité. Cependant, cette liste n'est pas définitive dans la mesure où le traité laisse au Conseil des ministres l'initiative d'inclure « toute autre matière » dans ce domaine (article 2 du Traité OHADA).

⁴²³ Il compte parmi les trois premiers Actes adoptés à Cotonou le 17 avril 1997 et qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Il compte 289 articles regroupés en 5 livres.

⁴²⁴ Articles 202 à 288.

⁴²⁵ Voir *infra*, p.231.

⁴²⁶ Il s'agit d'une association internationale regroupant les organisations comptables du monde entier. Cet organisme est né il y a une trentaine d'années.

⁴²⁷ Pour en savoir plus sur les standards comptables du système OHADA, voir NJAMPIEP J., *Maîtriser le droit et la pratique du système comptable OHADA*, édition EPU, Paris 2008, 912 p.

L'Acte uniforme concernant les contrats de transport de marchandises par route contient également des standards. Ces standards sont inspirés d'une convention internationale, la Convention relative au Contrat de transport international de marchandises (CMR) par route du 19 mai 1956, mais restent élaborés par l'OHADA pour les Etats parties. Par exemple, l'article 7 de l'Acte énonce que « *à moins que le contrat ou les usages ne prévoient le contraire, l'expéditeur doit emballer la marchandise de manière adéquate* ». De même l'article 16§2 de l'Acte énonce que « *il y a retard à la livraison lorsque la marchandise n'a pas été livrée dans le délai convenu ou, à défaut de délai convenu, dans le délai qu'il serait raisonnable d'accorder à un transporteur diligent, compte tenu des circonstances de fait* »⁴²⁸.

Si le système OHADA s'inspire largement des conventions internationales mais aussi du droit français⁴²⁹ en la matière, les standards formulés au sein des Actes Uniformes ne sont pas seulement des reproductions de standards internationaux, mais bien des standards qui répondent aux particularités de la région. En effet, les standards de l'OHADA sont le fruit des législations internes réformées depuis les indépendances. Cette harmonisation du droit des affaires au travers de standards permet même d'évoquer une évolution « *vers une 'africanisation' plus affirmée de ce droit* »⁴³⁰.

Si la mondialisation traduit « *un processus de dépassement ou de débordement de l'Etat* »⁴³¹, la volonté des Etats de libéraliser les échanges et d'uniformiser les pratiques ne s'arrête pas à un simple ajustement des droits internes. Elle passe également par la mise en place de vastes structures étatiques destinées à généraliser le mouvement : les organisations internationales à vocation économique.

⁴²⁸ Souligné par nos soins.

⁴²⁹ Certains auteurs soulignent en effet que « *la genèse de cette institution montre la prééminence de la France dans l'élaboration du traité instituant l'OHADA* », DIMA-EHONGO P., « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale et mondiale », in *Critique de l'intégration normative*, édition PUF, Paris 2004, p.180.

⁴³⁰ TIGER P., *Le droit des affaires en Afrique. OHADA.*, édition PUF, collection Que sais-je ?, Paris 1999, p.14.

⁴³¹ MEHDI R., « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, p.14.

§2 : L'élaboration des standards par les organisations internationales à vocation économique

Seules seront envisagées ici les institutions caractérisées en droit comme étant des organisations internationales. On ne peut donc y inclure les conférences diplomatiques, intergouvernementales mais non institutionnalisées. Ces conférences, dont les noms sont très variés (« groupe », « conférence au sommet », « conseil », etc...), particulièrement nombreuses en matière économique, restent la manifestation de la souveraineté étatique.

Il convient ensuite de préciser que le présent paragraphe entend s'intéresser plus particulièrement aux organisations internationales économiques. Cette délimitation est bien sûr déterminée par la perspective générale de la thèse consacrée au droit international économique. Dès lors, une définition de l'organisation internationale économique doit être donnée : il s'agit d' « *une organisation internationale qui possède des caractères spécifiques. Ces caractères spécifiques tiennent aux missions qui sont assignées à ces organisations économiques, missions qui se caractérisent par leur caractère d'unicité, en ce que leur domaine de compétence est limité à la coopération interétatique dans le domaine macroéconomique* »⁴³².

Afin d'entrevoir la place manifeste offerte aux standards par les Etats regroupés en organisations internationales à vocation économique afin de contribuer à la normativité du droit international économique, il est important de prendre en considération le pouvoir normatif de ces organisations (A) et d'en donner des exemples significatifs (B).

A- Le pouvoir normatif des organisations internationales à vocation économique : motif de l'élaboration des standards par le regroupement d'Etats

Envisager la participation des organisations internationales économiques à l'élaboration des standards du droit international économique, c'est également aborder la question de leur place dans les relations économiques internationales au côté ou en concurrence avec les Etats. Cette problématique est ancienne⁴³³. En effet, les premières

⁴³² Définition proposée par JUILLARD P., « Les organisations internationales économiques », in *Manuel sur les organisations internationales*, p. 649.

⁴³³ Voir DAILLIER P., « Les organisations internationales économiques », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.59 à 66.

organisations dites techniques mais aussi les unions monétaires et douanières remontent au 19^e siècle. Les organisations économiques ont donc contribué au développement et à la consécration de la personnalité juridique internationale des organisations intergouvernementales en général.

Toujours est-il que l'évolution du droit international économique n'implique pas « *la disparition, ni même le rétrécissement du droit international classique relationnel* »⁴³⁴ si bien que « *le rôle de ces organisations a connu un développement considérable, et la vie internationale ne peut plus se concevoir sans elles* »⁴³⁵.

La principale justification, et la plus ancienne, à la création d'organisations internationales économiques est la possibilité qu'elles ont d'offrir un forum de négociations permanent ce qui leur permet de participer au processus d'élaboration des normes internationales.

La participation des organisations internationales économiques au processus d'élaboration des normes internationales est rendue possible grâce à la capacité qu'elles ont de produire des actes, capacité qui s'apparente à un véritable pouvoir normatif. La production de tels actes est désignée dans la pratique par des termes très variés et imprécis tels que recommandations, avis, résolutions, directives, déclarations, votes, décisions, règlements, etc. Le seul dénominateur commun à ces divers actes, c'est qu'ils contiennent tous des standards. Cependant, si l'élaboration des standards juridiques est une des fonctions des organisations internationales économiques, la doctrine souligne très souvent que les standards ainsi élaborés se caractérisent par l'ambiguïté de leur force obligatoire et de leur contenu matériel.

Il est alors possible d'étudier la contribution de ces organisations à la normativité du droit international économique d'un point de vue matériel qui consiste en l'analyse de l'étendue de la production de standards. Si l'on s'attache à une définition géographique, on peut d'ores et déjà affirmer que cette étendue est mondiale. En effet, la vocation de la plupart des organisations internationales économiques est d'être œcuménique : leur composition permet la représentation des principaux systèmes juridiques et économiques du monde. Cependant, il existe également des organisations internationales économiques

⁴³⁴ VALTICOS N., « La crise du droit international et l'avenir des organisations internationales », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité ; mélanges offerts à Georges Abi-Saab*, édition Martinus Nijhoff, 2001, p. 720.

⁴³⁵ VALTICOS N., *ibid.*, p.720.

transrégionales dont la vocation est de « *rassembler des Etats appartenant aux différents continents, sans avoir pour autant l'objectif de réunir la totalité des pays du monde* »⁴³⁶.

Ainsi envisagé, le pouvoir normatif des organisations internationales à vocation économique est bien un motif pour le regroupement des Etats autour de l'élaboration des standards. Ce regroupement s'avère, par ailleurs, fructueux et nous allons en donner des exemples concrets.

B- Le pouvoir normatif des organisations internationales à vocation économique : exemples d'élaboration de standards par le regroupement d'Etats

Si la classification organisations mondiales/organisations transrégionales n'est pas une fin en soi, elle permet de mieux appréhender la participation des organisations internationales économiques à l'élaboration des standards juridiques.

Nous donnerons alors deux exemples significatifs de l'élaboration des standards par des organisations internationales à vocation économique en faisant la distinction entre, d'une part, les organisations internationales économiques mondiales en prenant l'exemple de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) (1) et les organisations internationales économiques transrégionales en prenant l'exemple de l'OCDE (2).

1) Les organisations internationales économiques mondiales, l'exemple de l'OMC

L'OMC a été créée le 1^{er} janvier 1995 succédant au General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) initialement créé en 1947 suite à l'échec de la Conférence de la Havane⁴³⁷. Elle a pour mission d'établir des règles en vue de libéraliser le commerce mondial. En toute logique, cette réglementation devrait se faire par des règles de droit

⁴³⁶ BELANGER M., *Institutions économiques et internationales. La mondialisation économiques et ses limites*, édition Economica, collection droit international, 6^e édition refondue, Paris 1997, p.77.

strictes puisque l'ambition affichée par l'OMC nécessite d'instaurer des règles rigides permettant la mise en place du droit international du commerce. Or, les règles de l'OMC ne répondent pas tout à fait à cette logique puisque, d'une part, la technique du standard est très présente dans les accords de l'OMC eux-mêmes (a) et, d'autre part, les accords de l'OMC font explicitement référence aux standards internationaux (b).

a- Les standards juridiques
contenus dans les accords de
l'OMC

Il est possible de trouver la présence de standards tant dans le domaine du commerce des marchandises que dans le domaine du commerce des services ou encore dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. Un des standards récurrent et commun à ces trois domaines est le standard de transparence. En effet, il s'agit d' « *une obligation classique dans le système de l'OMC et est répétée dans la quasi-totalité des accords commerciaux conclus sous l'égide de cette dernière* »⁴³⁸.

D'une manière générale, c'est l'article X du GATT qui énonce le standard de transparence auquel s'ajoute les standards de « raisonnable » et « d'impartialité ».

Dans le commerce des marchandises, l'article X :2 du GATT prévoit la publication, avant leur entrée en vigueur, de toutes les mesures d'ordre général établissant de nouvelles restrictions au commerce ou aggravant les restrictions existantes. Cette disposition a été qualifiée par l'Organe d'appel « *d'importance fondamentale* » car elle établit un standard de transparence permettant aux Membres de l'OMC et aux opérateurs privés nationaux et étrangers « *d'avoir une possibilité raisonnable d'obtenir des renseignements exacts au sujet [des mesures] et par conséquent de protéger et d'ajuster leurs activités ou de demander que ces mesures soient modifiées* »⁴³⁹. Au regard de cet extrait du rapport de l'Organe d'appel, on s'aperçoit que le standard de transparence est étroitement lié au standard de raisonnable. Ainsi, l'article X :3(a) du GATT dispose que toutes les mesures à caractère général visées par le paragraphe 1^e de l'article X doivent

⁴³⁷ Sur la naissance du GATT, voir KRIEGER-KRYNICKI A., *L'organisation mondiale du commerce. Structures juridiques et politiques de négociation*, édition Vuibert, 2^e édition, Paris 2005, spéc. pp.23-28.

⁴³⁸ LUFF D., *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, p.119.

⁴³⁹ Rapport de l'Organe d'appel « Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles », WT/DS24/AB/R, 10 février 1997, Section VI.

être appliquées de manière uniforme, impartiale et raisonnable. Le standard « uniforme » permet d'établir une pratique uniforme et prévisible des autorités publiques vis-à-vis des différents opérateurs « voire d'une même personne à des moments différents et en des endroits différents »⁴⁴⁰. Le standard de « raisonnable » permet de critiquer des pratiques excessives, comme par exemple la pratique douanière consistant à demander des renseignements superflus ou de faire accomplir certaines opérations de contrôle par des opérateurs privés qui ont un intérêt commercial dans la marchandise concernée, leur donnant ainsi accès à des informations dont ils ne devraient pas pouvoir prendre connaissance. Le standard « d'impartialité » implique le respect de critères minimaux de transparence et d'équité ainsi qu'un devoir de motivation dans le cadre de toute procédure relative à l'application des règles qui affectent le commerce international⁴⁴¹.

Dans le domaine du commerce des marchandises, on retrouve le standard de transparence dans l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) à l'article 7⁴⁴². On le retrouve également aux articles 2.9.2, 2.10.1, 3.2, 5.6.2, 5.7.1, 7.2 et 10.7 à 10.9 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce (accord OTC). On peut aussi citer l'article 6 de l'accord sur les mesures concernant les investissements et liés au commerce (accord MIC) ou encore les articles 25.6 et 25.7 de l'accord sur les subventions et mesures compensatoires (accord SMC).

Dans le domaine du commerce des services, le standard de transparence est également présent et respecte les prescriptions de l'article X du GATT. On le retrouve à l'article III de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS). Cet article est notamment complété en la matière par l'article 4 de l'Annexe sur les télécommunications qui précise que les modalités d'accès et d'utilisation des réseaux et services publics de télécommunications doivent être transparentes et permettre un usage normal d'une infrastructure publique de télécommunications.

Dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, c'est l'article 63 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) qui contient le standard de transparence.

⁴⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, « Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis », WT/DS155/R, 19 décembre 2000, §11.77.

⁴⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel, « Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes », WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, §183 et §184.

⁴⁴² Voir à ce sujet Comité SPS, *Procédures recommandées pour l'exécution des obligations résultant de l'Accord SPS en matière de transparence (article 7)*, G/SPS/7/Rev.2, 2 avril 2002.

Si la technique du standard juridique est très présente dans les accords de l'OMC afin de répondre à l'exigence de flexibilité qui animent la rédaction de ces accords, il existe également une relation forte entre le droit de l'OMC et les divers standards internationaux rendue possible par la technique du renvoi.

b- Le renvoi aux standards internationaux dans les accords de l'OMC

La création de l'OMC n'avait pas pour but de créer une organisation fonctionnant en vase clos. Le Mémoire sur le règlement des différends dispose d'ailleurs que la clarification des dispositions des accords doit se réaliser « *conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* »⁴⁴³. Conformément à cet article, l'Organe d'appel, dès son premier rapport, a fait valoir qu'il ne fallait pas « *lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* »⁴⁴⁴.

Si le droit international public semble donc pertinent pour interpréter le droit de l'OMC, les accords de l'OMC vont parfois plus loin dans la démarche et renvoient expressément à des instruments juridiques extérieurs à l'organisation, tels que les standards.

Le renvoi à des standards internationaux au sein de l'OMC répond à une logique particulière car si « *toutes les organisations internationales économiques ont reçu un pouvoir étendu d'édition des normes juridiques [et] [...] disposent ainsi d'un pouvoir qui peut être quasi législatif* »⁴⁴⁵, il n'en va pas de même pour l'OMC qui n'a pas le pouvoir de prendre des actes unilatéraux qui viendraient compléter les dispositions issues des accords. Cependant, le processus de création du droit n'est pas totalement empêché car des normes, recommandations ou directives produites par d'autres organisations internationales peuvent être réceptionnées puis utilisées dans le système de l'OMC. Ainsi, dans le système OMC, l'élaboration de standards, loin d'être absente, est produite de

⁴⁴³ Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 3(2).

⁴⁴⁴ États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, OMC, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

⁴⁴⁵ CARREAU D. et JUILLIARD P., *Droit international économique*, op.cit., p.23.

manière exogène par une sorte de renvoi à des organisations, des conventions et autres accords multilatéraux⁴⁴⁶.

On constate alors que par l'effet du système de renvoi, certaines normes extérieures au droit de l'OMC acquièrent une place considérable dans le cadre de la procédure de règlement des différends interne à l'organisation. Il s'agit, en quelque sorte, d'une démarche volontaire provoquée : les standards sont référencés dans les dispositions des accords pour inciter à leur utilisation, même si parallèlement ces standards restent d'application facultative.

Le renvoi aux standards apparaît comme une alternative à la rédaction de réglementations techniques classiques. A ce titre, on peut distinguer deux types de renvoi aux standards. Il existe premièrement le renvoi indirect : le renvoi se fait par des formulations telles que « *conforme aux normes internationales pertinentes* »⁴⁴⁷. Il existe également le renvoi direct : le renvoi vise le système normatif d'une organisation spécialisée en la matière. Par exemple, l'accord SPS de l'OMC désigne la Commission mixte FAO/OMS du *Codex Alimentarius*⁴⁴⁸ comme l'organisation de normalisation compétente en ce qui concerne l'innocuité des produits alimentaires. Néanmoins, dans ce contexte, en l'absence de reconnaissance expresse de la part des Etats, ces normes n'ont qu'une valeur de recommandation.

On peut remarquer que le renvoi à un standard précis n'est pas une méthode utilisée par l'OMC. En effet, l'article 2.8 de l'accord OTC dispose que les règlements techniques « *dans tous les cas où cela sera approprié* » doivent contenir des prescriptions

⁴⁴⁶ Le droit communautaire avait depuis longtemps intégré la technique du « renvoi » aux normes. En effet, depuis les années quatre-vingt, l'approche communautaire consiste à compléter les normes publiques par des normes privées dans le but d'activer la concurrence et de produire un droit mixte censé répondre plus efficacement aux attentes du marché. Les normes issues de ce processus peuvent donc être qualifiées « de renvoi », c'est-à-dire que bien que d'application facultative elles sont intégrées dans un système dans lequel le ou les destinataires ont tout intérêt à les appliquer afin de respecter les exigences réglementaires.

⁴⁴⁷ Article 2-5 de l'accord OTC.

⁴⁴⁸ Le *Codex Alimentarius* est un recueil de normes internationales relatives à l'innocuité des produits alimentaires qui ont été adoptées par la Commission du *Codex Alimentarius* (le Codex). Le Codex a son siège à Rome et est financé conjointement par la FAO et l'OMS. Au début des années 60, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ont reconnu qu'il était important d'élaborer des normes internationales afin de protéger la santé publique et de réduire au maximum la désorganisation du commerce international des produits alimentaires. Le Programme mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires a été créé et la Commission du *Codex Alimentarius* chargée de son administration.

Sur la procédure de création des normes techniques en la matière, voir CAZALA J., « La force normative des instruments de *Codex Alimentarius* dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce », in *La force normative. Naissance d'un concept*, spéc. p.336.

relatives aux produits en fonction de leur « *propriété d'emploi* » plutôt que de leur « *conception* » ou de leur « *caractéristiques descriptives* »⁴⁴⁹.

La technique du renvoi aux standards est cependant ambiguë car, d'une part, ce renvoi permet d'accélérer le processus d'intégration des standards dans le système commercial leur conférant ainsi une valeur contraignante, mais, d'autre part, la réception des standards par le droit de l'OMC les rend susceptibles de constituer un obstacle au commerce international. En réalité, malgré l'acquisition d'une autorité supérieure à celle de simple recommandation, les standards conservent un caractère volontaire et c'est justement ce facteur qui permet de considérer qu'ils ne peuvent pas constituer une barrière tarifaire au commerce. L'Accord OTC n'envisage, en effet, les standards comme des obstacles au commerce qu'à condition qu'ils s'imposent au producteur, ou lorsqu'ils sont apparentés à des règlements techniques obligatoires⁴⁵⁰. En d'autres termes, il s'agit avant tout d'un encadrement du phénomène des standards afin qu'ils ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce. Cette référence s'inscrit dans « *une logique de complémentarité* »⁴⁵¹ entre la démarche de rentabilité des standards et les buts de l'OMC mais également dans une logique d'harmonisation de ces standards par référence aux normes internationales existantes.

Si la technique du standard a trouvé sa place et a révélé son efficacité au niveau mondial, il en va de même au niveau transrégional puisque cette technique est particulièrement présente dans les travaux de l'OCDE.

⁴⁴⁹ Cette disposition confirme l'hostilité, déjà présente au sein du GATT de 1947, des standards de procédés ou de fabrication. L'explication en est que l'OMC considère qu'ils n'ont pas toujours un impact évident sur les propriétés d'emploi des produits et ne semblent pas compromettre la réalisation d'objectifs légitimes sur le territoire du Membre qui adopte la mesure. A ce sujet, voir LUFF D., *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op. cit.*, p. 305.

⁴⁵⁰ C'est ce que nous apprend l'affaire Thon I. Devant se prononcer sur la légalité d'une législation américaine visant l'apposition du label « Dolphin Safe » sur des produits de thon pêchés selon une technique de capture non meurtrière pour les dauphins, le groupe spécial a conclu que les labels non obligatoires étaient conformes aux règles du GATT car ils ne restreignent pas la vente du produit et empêchent la publicité mensongère sur les produits à base de thon qu'ils soient importés ou nationaux. *Rapport du Groupe Spécial, Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon, WT/DS21R/R, 3 septembre 1991.*

⁴⁵¹ LANFRANCHI M-P, « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, p.189.

2) Les organisations internationales économiques transrégionales, l'exemple de l'OCDE

L'OCDE a remplacé l'Organisation européenne de coopération économique (OECE)⁴⁵² par la convention du 14 décembre 1960 et est entrée en fonctionnement le 30 septembre 1961. Elle a pour mission d'aider les gouvernements à réaliser une croissance durable de l'économie et de l'emploi et de favoriser la progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à favoriser ainsi le développement de l'économie mondiale.

Au départ, l'OCDE était une organisation comprenant exclusivement les pays d'Europe occidentale. Elle était alors une organisation typiquement régionale dont le but était l'aide à la reconstruction des seuls pays européens occidentaux. Mais en élargissant sa mission à la reconstruction économique des Pays En Développement (PED), elle a fini par regrouper les pays les plus industrialisés. C'est en ce sens que l'OCDE est une organisation internationale économique transrégionale.

Dans le cadre de la mission qui lui est impartie par sa charte constitutive, l'OCDE a adopté, par la Déclaration du 21 juin 1976 sur l'investissement international et les Entreprises Multi-Nationales (EMN)⁴⁵³, les « Principes directeurs pour les entreprises multinationales »⁴⁵⁴. Il s'agit d'un ensemble de recommandations non contraignantes aux entreprises multinationales dans tous les grands domaines de l'éthique de l'entreprise, dont l'emploi et les relations avec les partenaires sociaux, les droits de l'homme, l'environnement⁴⁵⁵, la divulgation d'informations, la lutte contre la corruption, les intérêts des consommateurs, la science et la technologie, la concurrence, ainsi que la fiscalité. Selon A-A. Fatouros, ces principes « *représentent un effort bien réussi de la part des pays développés pour devancer les pays en développement et établir des normes et des procédures concernant les entreprises transnationales dans un cadre plus favorable que*

⁴⁵² Créée en 1947 afin d'administrer l'aide américaine et canadienne dans le cadre du Plan Marshall pour la reconstruction de l'Europe après la seconde guerre mondiale. Son siège a été établi au Château de la Muette, à Paris, en 1949.

⁴⁵³ La Déclaration peut être consultée à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/investissement/declaration

⁴⁵⁴ Les Principes directeurs ont fait l'objet d'examen périodiques et la modification la plus récente a été apportée en mai 2011. Les *Principes directeurs* mis à jour ont été adoptés par les 42 pays adhérents le 25 mai 2011 lors de la Réunion ministérielle du 50ème anniversaire de l'OCDE. La version 2011 est disponible à l'adresse suivante : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

celui des Nations Unies, dans une organisation qu'ils contrôlent et qui exprime leur point de vue »⁴⁵⁶.

Cet ensemble normatif s'adresse tant aux Etats Membres chargés de leur mise en œuvre qu'aux EMN dont les principes directeurs sont censés régir l'activité⁴⁵⁷.

Les principes directeurs peuvent se scinder en trois parties distinctes. D'un côté les principes directeurs proprement dits, c'est-à-dire les standards qui s'adressent aux EMN, de l'autre les lignes directrices de procédures, c'est-à-dire les standards qui s'adressent aux Etats membres et aux organes de l'OCDE chargés de la mise en œuvre des principes directeurs⁴⁵⁸ et enfin les commentaires relatifs aux principes et aux procédures de mise en œuvre⁴⁵⁹.

Le code de l'OCDE et les standards qui y sont insérés sont « *general and not limited to a specific aspect of the activities of MNE's* »⁴⁶⁰. Les standards introduits dans ce code visent à « *encourager la contribution positive que les entreprises multinationales peuvent apporter au progrès économique, environnemental et social, et de réduire au minimum les difficultés que leurs diverses opérations peuvent engendrer* »⁴⁶¹. Bien que les Principes directeurs « *ne visent pas à instaurer des différences de traitement entre les entreprises multinationales et les entreprises nationales* » et qu'« *ils traduisent des pratiques pouvant être recommandées à toutes* »⁴⁶², le but qui leur a été globalement assigné est de régir les éléments de l'interaction entre les EMN et les économies nationales qui sont spécifiques aux EMN.

⁴⁵⁵ Les Principes directeurs ne contenaient pas à l'origine de dispositions relatives à l'environnement. Cette lacune fut comblée en 1991.

⁴⁵⁶ FATOUROS A-A., « Le projet de code international de conduite sur les entreprises transnationales : essai préliminaire d'évaluation, *JDI*, 1980, p.15.

⁴⁵⁷ Il convient de noter que les organisations représentatives du monde des entreprises (Business Industry Advisory Committee – Comité consultatif industriel) et du monde du travail (Trade Union Advisory Committee – Commission syndicale consultative) ont été associés et ont apporté leur soutien aux principes directeurs.

⁴⁵⁸ Ces organes sont les Points de contacts nationaux (PCN) et le comité d'investissement.

⁴⁵⁹ Les commentaires ne font pas partie de la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

⁴⁶⁰ SANDERS P., « Codes of conduct and sources of law », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, édition Litec, Paris 1982, pp. 281 à 298.

⁴⁶¹ Préface des principes directeurs, §9.

⁴⁶² Les principes directeurs de l'OCDE, Concepts et principes, §5.

Les standards contenus dans les Principes directeurs « *reprennent ou constituent le prolongement de notions fondamentales de droit international préexistantes et hétérogènes* »⁴⁶³. En effet, « *these provisions reflect international consensus* »⁴⁶⁴.

Ainsi, nous pouvons y trouver le standard de bonne foi⁴⁶⁵ puisque la notion d'exécution de bonne foi, qui impose de se comporter loyalement dans les relations contractuelles, est sous-jacente dans de nombreux Principes directeurs.

De même, le standard d'équivalence fonctionnelle⁴⁶⁶ est présent au rang des standards qui s'adressent aux Etats membres et aux organes de l'OCDE chargés de la mise en œuvre des principes directeurs. Ce standard a été inséré pour permettre aux PCN de « *contribuer à une mise en œuvre efficace des Principes directeurs* »⁴⁶⁷. Ce standard fait référence à quatre notions : la visibilité, l'accessibilité, la transparence et la responsabilité⁴⁶⁸.

Les standards de *constructive knowledge*⁴⁶⁹, de *legitimate expectations*⁴⁷⁰, d'abus de droit, d'équité ou encore de précaution sont également présents.

La mise à jour des Principes, qui a eu lieu en mai 2011, contribue fortement à l'intensification des standards qui y sont contenus. Ainsi, un éclairage significatif sur le standard de la *due diligence* a été apporté. C'est réellement un apport significatif si on prend en compte le fait que ce standard couvre tous les chapitres des Principes directeurs⁴⁷¹.

Autre avancée majeure à mettre évidence, l'ajout d'un chapitre distinct sur les droits de l'homme qui détaille les standards minimums de conduite auxquels doivent adhérer les entreprises en matière de droits de l'homme constitue un important pas en avant. Ce

⁴⁶³ QUEINNEC Y. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Un statut juridique en mutation*, www.asso-sherpa.org, p.8.

⁴⁶⁴ SANDERS P., « Codes of conduct and sources of law », *op.cit.*, p.294.

⁴⁶⁵ Voir *infra*, p. 165.

⁴⁶⁶ Voir le §9, *Procédures de mise en œuvre des principes directeurs*. La notion a été mise de l'avant par la Commission des Nations Unies sur le commerce international (CNUDCI). L'équivalence fonctionnelle est assurée dans une loi lorsque tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent.

⁴⁶⁷ Voir les Principes directeurs, p.91.

⁴⁶⁸ Pour une information détaillée sur ces quatre notions, voir la partie « Commentaires » des Principes directeurs, p.102 et s.

⁴⁶⁹ Selon ce standard, et considérant que les entreprises sont censées ne pas ignorer la loi, à l'instar de tout autre sujet de droit, elles ne peuvent ignorer que toute violation des Principes directeurs puisse les exposer à une contrainte proportionnée.

⁴⁷⁰ Il s'agit du standard d'attente légitime. Ce standard est devenu usuel pour analyser le standard du traitement juste et équitable. Ainsi, ce standard signifie que les Principes directeurs énonçant des normes, une entreprise qui ne les respecte pas ne peut pas avoir d'attentes légitimes identiques à celles dont elle pourrait se prévaloir si elle les avait respectées.

⁴⁷¹ Voir *infra*, p. 184.

chapitre précise que les entreprises doivent respecter les droits internationalement reconnus et fait référence à la complicité des entreprises et au respect du droit international des droits de l'homme. A cet effet, l'OCDE fait largement référence au rapport final rendu par le professeur John Ruggie en juin 2008, intitulé « Protect, respect and remedy : a framework for business and human rights » et présenté à l'occasion de la 8^e session du Conseil des droits de l'Homme⁴⁷². Ce rapport avait été adopté par le conseil des Nations Unies sur les droits de l'Homme lors de sa 17^e session⁴⁷³.

Le nouveau texte des *Principes directeurs* dispose que les entreprises doivent respecter les droits de l'homme où qu'elles opèrent et qu'elles doivent s'efforcer d'éviter de causer ou de contribuer à toute violation des droits de l'homme. Une disposition spécifique de *due diligence* en matière de droits de l'homme reconnaît la nécessité d'impliquer les titulaires de ces droits dans le but d'identifier, de prévenir ou de réduire les risques posés par l'entreprise aux droits humains des individus et des communautés. Le texte fait référence, de manière non-exclusive, à la Charte Internationale des Droits de l'Homme et aux instruments des Nations Unies dédiés aux droits des populations autochtones, des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques, des femmes, des enfants, des personnes handicapées et des travailleurs migrants et de leurs familles.

⁴⁷² Voir la Chronique des faits internationaux, 2009-2, pp.420-422.

⁴⁷³ Voir la Chronique des faits internationaux, 2011-4, pp.944-945.

Conclusion du Chapitre 2

Bien que le droit international économique, de par son champ d'application, ne s'adresse ni n'est fondé par les seuls acteurs étatiques, il est indéniable qu'ils restent prédominant dans la matière, notamment parce qu'ils sont les seuls à posséder la capacité de rendre un simple énoncé juridique en un véritable énoncé juridique à valeur normative.

Ainsi, nombre de standards du droit international économique sont la réponse des autorités aux demandes et aux besoins du marché. Les Etats, seuls ou réunis en groupe régionaux, ou les organisations internationales restent alors prédominants dans l'élaboration des standards. L'efficacité des standards juridiques se trouve ici dans le fait que les Etats, en adoptant les standards proposés par les acteurs non étatiques, font des standards une norme adaptée car ils reprennent nécessairement les données techniques, les analyses comparatives et les expertises fiables conduites par les acteurs privés dans leurs actions d'influence.

Cette nouvelle fonction des acteurs étatiques, qui sont en quelque sorte le relais de la force de proposition normative du marché, est le reflet de la société internationale dans laquelle il n'existe pas de structure hiérarchisée. Les acteurs étatiques, certes acteurs originels du droit international, n'occupent qu'une place subsidiaire dans les relations économiques internationales qui restent dirigées par des opérateurs économiques très puissants. Les acteurs étatiques n'en sont que le relais qui transforme les besoins pratiques des opérateurs en réalités juridiques. En d'autres termes, les standards émis par les acteurs étatiques sont, majoritairement, des propositions du marché.

La place des acteurs étatiques dans l'élaboration des standards est la traduction du caractère profondément pragmatique du droit international économique qui, appliqué à l'échange international, à la conjoncture économique ne peut se satisfaire de constructions seulement théoriques. Les acteurs étatiques doivent adopter des standards rigoureusement adéquats aux besoins économiques et exprimant la réalité économique. Pour cela, rien de plus logique que d'adopter les standards proposés par les opérateurs économiques eux-mêmes.

Conclusion du Titre 1

L'étude de la place des standards en droit international économique d'un point de vue *ratione personae* passe nécessairement par la recherche de l'attitude des acteurs vis-à-vis de l'emploi de ces standards. S'ils occupent une place de véritable norme du droit international économique, cela tient à l'emploi que les acteurs de ce droit en font.

Ainsi, il est clair que les acteurs non étatiques leur offrent une place principale. Ceci s'explique par le fait qu'il s'agit du moyen le plus efficace d'être influent dans la création des normes du droit international économique. Ainsi, ces « nouveaux » acteurs du droit international économique tendent à faire insérer les standards dans les sources matérielles du droit international économique⁴⁷⁴. Si seules les sources formelles permettent aux normes de devenir du droit positif, les sources matérielles intéressent directement le droit en ce sens qu'elles participent au processus d'émergence du droit positif. C'est à ce niveau que l'on peut dire que les acteurs non étatiques sont un pouvoir d'inspiration normative : les standards émis par ces acteurs sont amenés à influencer les procédures juridiques qui concrétisent les sources formelles.

C'est ainsi que les acteurs étatiques, pourtant fidèles à la typologie de l'article 38 du statut de la CIJ, leur octroient une place indéniable et de plus en plus importante. Ils accordent donc aux standards une place évolutive de norme souple leur permettant d'obtenir une sorte de consensus facilitant les échanges en matière économique. C'est en cela que les standards peuvent être considérés comme étant la norme la plus efficace susceptible de contribuer véritablement à la normativité du droit international économique.

Ainsi, peut-on légitimement se demander si la règle internationale ne résulte pas à présent de la rencontre de deux types de volontés : la volonté étatique, seule apte à produire le droit positif, et la volonté des acteurs non étatiques concernés par le champ de la norme, qui expriment le droit nécessaire comme porteur soit de certaines valeurs, soit d'une certaine manière d'envisager l'ordre social.

⁴⁷⁴ Les sources matérielles du droit peuvent être définies comme constituant « *les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitées par la doctrine ou les sujets du droit* » : DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public*, *op.cit.*, p.124.

En tout état de cause, la question déjà posée par le professeur Vellas en 1975 reste d'actualité : « *est-ce le signe, comme dirait l'optimiste, d'une vitalité juridique caractérisant une société à la recherche des instruments juridiques qui lui sont nécessaires ? Ou, au contraire, comme dirait le pessimiste, le signe d'une crise profonde, celle que traverserait une société internationale dépourvue des moyens juridiques nécessaires pour assurer à la fois avec efficacité et sécurité l'adoption de décisions nécessaires ?* »⁴⁷⁵.

Toujours est-il que d'un point de vue *ratione personae*, les standards arrivent à créer une sorte de convergence normative entre les divers acteurs du droit international économique. C'est ce qu'il ressort clairement lorsqu'on observe la place *ratione materiae* des standards en droit international économique : tous les domaines du droit international économique sont imprégnés de cette norme.

⁴⁷⁵ VELLAS P., « Les sources informelles du droit international public », in *L'élaboration du droit international*, SFDI Colloque de Toulouse, édition Pédone, Paris 1975, pp.70 à 80, spéc. p.80.

Titre 2 : La place *ratione materiae* des standards en droit international économique

L'étude de la place *ratione materiae* des standards revient à étudier les divers domaines du droit international économique et à situer la technique juridique du standard à l'intérieur de chacun de ces domaines. D'un point de vue matériel, le droit international économique peut être considéré en fonction des matières qu'il regroupe ou du domaine d'activité qu'il régit. Il comprend alors autant de domaines qu'il y a d'activités économiques à caractère international : droit du commerce international, droit financier international, droit des investissements.

Cette conception matérielle du droit international économique favorise ce genre de classification utile pédagogiquement, mais pour autant une analyse de la place accordée aux standards *ratione materiae* dans chacun des domaines du droit international économique supposerait une énumération des standards amenant ainsi des redites.

Il est alors plus utile d'analyser la place des standards dans les divers domaines du droit international économique au travers d'un prisme plus restreint. En effet, il est possible de procéder à une distinction entre les différents standards. Certains couvrent des concepts qui relèvent surtout du domaine du moral ou du social et d'autres de la pratique commerciale, par exemple.

A ce titre, il est possible d'entrevoir deux grandes catégories de standards, contenus dans chacun de ces domaines. Il s'agit des standards à caractère général (**Chapitre 1**) et des standards à caractère particulier (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les standards à caractère général du droit international économique

Chapitre 2 : Les standards à caractère particulier du droit international économique

Chapitre 1 : Les standards à caractère général du droit international économique

Il est possible de qualifier certains standards de généraux, en ce sens qu'ils trouvent une application généralisée dans les conventions du droit international économique.

La conclusion de conventions internationales en matière économique constitue très souvent un exercice difficile. En effet, l'économie étant l'un des domaines clés de la puissance étatique, les Etats sont d'autant plus attentifs à la défense de leurs intérêts. Les difficultés s'accroissent notamment lorsqu'il s'agit de souscrire des engagements obligatoires. D'ailleurs, l'histoire du droit de l'économie internationale fournit de nombreux exemples de négociations qui n'ont pas été couronnées de succès. De plus, l'économie constitue par nature une discipline mouvante : la conjoncture économique est sujette à des évolutions difficiles voire impossible à prévoir. Il existe donc, en matière économique, un risque réel de déphasage entre le droit et les faits.

La question qui se pose alors est la suivante : « *les conventions internationales, parce qu'elles constituent un cadre quelque peu rigide, sont-elles l'instrument idéal pour épouser les contours ondoyants de la matière économique ?* »⁴⁷⁶. Au regard du dynamisme persistant de ce procédé on ne peut que conclure que l'instrument conventionnel reste adapté à la matière économique et ce pour une raison essentielle : les Etats ont su octroyer des aménagements spécifiques aux conventions de manière à leur donner une certaine souplesse, indispensable en la matière. Ainsi, les conventions du droit international économique tendent à être caractérisées par le caractère faiblement contraignant de leurs dispositions, c'est-à-dire par l'insertion de standards qui permettent l'adaptation de l'instrument conventionnel aux évolutions de la conjoncture économique. Le traité se prête donc très facilement à l'emploi de standards dont il appartiendra le cas échéant au juge ou à l'arbitre de donner, le moment venu, un contenu dont les nombreux représentants d'Etats et d'organisations internationales n'ont pas eu le loisir ou le désir de convenir. En effet, le choix d'insérer des standards dans les conventions « *postule le souci des Etats de ne pas se lier par un comportement spécifique mais bien de laisser à la*

⁴⁷⁶ NOUGARET G., « *Les conventions internationales* », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, p.101.

norme une grande souplesse d'application en fonction des circonstances de l'espèce »⁴⁷⁷. Cet assouplissement du contenu conventionnel est également un choix « *commandé par le résultat à atteindre, c'est-à-dire l'adoption et l'application effective de la décision utile* »⁴⁷⁸.

Parmi ces standards à caractère général, on peut admettre qu'il existe deux catégories de standards. La première catégorie correspond à des standards de type axiomatique, c'est-à-dire reposant sur le système juridique international. En d'autres termes, il s'agit de standards « piliers » de l'ordre juridique international. De par cette caractéristique, ils sont intégrés de façon systématique dans les conventions de droit international économique (**Section 1**).

La seconde catégorie correspond à des standards de type circonstanciel, c'est-à-dire reposant exclusivement sur l'expérience. En d'autres termes, il s'agit de standards créés en raison de circonstances particulières existant dans l'environnement juridique international ou encore de l'observation d'un besoin de la pratique juridique internationale. De par cette caractéristique, ils sont intégrés de façon empirique dans les conventions de droit international économique (**Section 2**).

Section 1 : Les standards systématiques

Les standards qualifiés de systématiques apparaissent le plus souvent comme chargés de valeur positive. Il s'agit principalement « *de vertus dont chaque Etat légiférant ou appliquant le droit, aime à se parer* »⁴⁷⁹. Ainsi, insérer de tels standards résulte d'un choix délibéré et leur validité est réputée indiscutable ; ils paraissent évident en soi puisqu'il est jugé favorable d'avoir de tels comportements.

Si l'idée d'étalonnage est l'essence même des standards, il paraît alors assez paradoxal de reconnaître l'existence de tels standards, qualifiés de systématiques. Pour autant, il est nécessaire d'admettre qu'il existe, à côté des standards instruments de mesure, des standards dotés d'une certaine transcendance par rapport à un modèle comportemental.

⁴⁷⁷ SALMON J., « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984, p. 264.

⁴⁷⁸ VELLAS P., « Les sources informelles du droit international public », *op.cit.*, p.70.

⁴⁷⁹ SALMON J., « Les notions à contenu variable en droit international public », *op.cit.*, p. 267.

Bien que les standards systématiques soient nombreux, il conviendra d'en étudier deux tout particulièrement: il s'agit du standard du raisonnable (§1) et du standard de bonne foi (§2).

§1 : Le standard du raisonnable

S' « *il est des concepts qui produisent un effet d'attraction, d'autres, de répulsion. Le 'raisonnable' présente cette particularité qu'il provoque les deux* »⁴⁸⁰. Il est donc tout naturel de s'interroger sur la place du standard du raisonnable dans le droit international économique en tant que standard systématique.

Afin de mettre en évidence cette place manifeste, il est tout d'abord nécessaire d'appréhender la notion de raisonnable sans pour autant avoir comme objectif l'exhaustivité (A) pour enfin se rendre compte que cette notion peut être qualifiée de standard juridique (B).

A- L'appréhension de la notion du raisonnable comme préalable à la qualification de standard

Sans remonter à des temps plus anciens pour définir le raisonnable⁴⁸¹, le dictionnaire « *Vocabulaire juridique* » du professeur Cornu donne une définition générale de la notion de « raisonnable ». Ainsi, il peut s'agir soit d'une « *personne douée de discernement ou dotée d'une capacité normale (moyenne) de compréhension* », soit d'une « *mesure conforme à la raison ; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) ; qui se tient dans une juste moyenne* »⁴⁸². L'idée de raison est donc prédominante ; elle est à la base même du droit naturel, expression de la raison, opposé aux lois positives qui sont l'expression de la volonté arbitraire de l'autorité législative. Cependant, la logique du raisonnable est limitée

⁴⁸⁰ WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, Thèse 2003, Paris II, p.16.

⁴⁸¹ PAPADIAMANTIS M.K., *Le fondement du concept du raisonnable en droit. Etude comparative entre les systèmes de droit continental et de la common law*, Thèse Paris X, 1990.

⁴⁸² CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, édition PUF, Paris 2007, p. 57. Pour une étude complète de la définition de la notion de raisonnable, voir CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, spéc. pp. 442 à 456.

par la réalité concrète du monde dans lequel on agit, notamment conditionnée et influencée par la situation sociale, historique et particulière, dans laquelle, avec laquelle et pour laquelle on produit les règles juridiques générales et individuelles. Le professeur Perelman, qui s'intéressa beaucoup à cette question, explique qu'en droit, les idées de raison et de rationalité ont été rattachées, d'une part, à un modèle divin, d'autre part à la logique et à la technique efficace, alors que celles du raisonnable et de son opposé, le déraisonnable, sont liées aux réactions du milieu social et à leur évolution. Il ajoute « *alors que les notions de 'raison' et de 'rationalité' se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable* »⁴⁸³.

La définition ainsi donnée permet de mettre en évidence l'intérêt de la recherche sur la notion du raisonnable. En effet, il existe un grand intérêt, voire une nécessité, d'étudier la notion du raisonnable à l'aune de la normativité du droit international économique, notamment en raison du fait que les dispositions clés des contrats transnationaux se concentrent très fréquemment sur cet adjectif, sur le caractère « raisonnable » qui doit présider à la formation, à l'exécution, à la résolution ou à l'interprétation du contrat. Les rédacteurs de ces contrats saupoudrent ainsi le « raisonnable » dans toutes les clauses. Il ne s'agit donc pas d'une sorte de lubie mais véritablement de la recherche d'une efficacité en la matière et plus se concluront des contrats-types, plus il y aura de chances pour que la notion du raisonnable apparaisse. La notion du raisonnable n'est pas seulement présente dans les contrats internationaux, on la retrouve également dans les conventions du droit international économique. Ainsi, « *il suffit de parcourir les instruments en vigueur pour se persuader que la notion connaît un succès important, au demeurant croissant, dans des dispositions conventionnelles souvent essentielles* »⁴⁸⁴.

D'ailleurs, cette notion, qui connaît un très vif succès dans les systèmes juridiques anglo-américains, s'est imposée dans les droits français administratif⁴⁸⁵ et civil⁴⁸⁶ et

⁴⁸³ PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique, op.cit.*, p.42.

⁴⁸⁴ WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international, op.cit.*, p.129.

⁴⁸⁵ Voir RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, op.cit.*

⁴⁸⁶ Voir KHAIRALLAH G., « Le raisonnable en droit privé français. Développements récents », RTDCiv 1984, pp.439-467.

singulièrement en droit international public⁴⁸⁷. Ainsi, « si le 'raisonnable' est souvent ce petit mot qu'entre commerçants l'on échange pour dire la satisfaction synallagmatique d'un négoce abouti, l'on aurait cependant tort de croire que cette expression n'est qu'une simple formule de style positive et optimiste, employée un peu partout dans le monde »⁴⁸⁸.

En effet, il y a tant de manifestations du « raisonnable » en droit international économique qu'on ne peut croire qu'il n'est d'aucune utilité. Si cette notion est bien juridique, comment expliquer son utilisation systématique ? Il faut donc s'interroger sur la catégorie juridique à laquelle il est possible de la rattacher.

B- La qualification du raisonnable comme standard juridique

Le raisonnable apparaît clairement comme une notion juridique délibérément indéterminée. En effet, les rédacteurs des conventions internationales mêlent aux règles juridiques le « raisonnable » du fait qu'ils n'ont pu ou su s'accorder sur ce qui fait pourtant la quintessence de ces textes (« délais raisonnables », « coûts raisonnables », « soins raisonnables »...). Le « raisonnable » fait donc preuve d'une « *excessive malléabilité* »⁴⁸⁹ puisque l'interprète disposera d'une grande liberté d'interprétation et finalement de jugement de la norme. Cependant, il faut garder à l'esprit que cette malléabilité n'est pas une facilité mais bien un choix aussi bien politique que juridique de ne pas se laisser enfermer dans le carcan du précédent. En effet, le facteur temps intervient nécessairement dans le choix de laisser délibérément indéterminée cette notion, ce qui a fait écrire à Chaïm Perelman qu'« *est déraisonnable ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné* »⁴⁹⁰.

Si le raisonnable est délibérément indéterminé, c'est aussi parce qu'il s'agit d'une notion en réalité indéfinissable. En effet, « *on ne peut être qu'effaré par la multiplicité*

⁴⁸⁷ Voir SALMON J., « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges en l'honneur de P. Reuter*, édition Pédone, Paris 1982, p.447 et s. ou encore CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, op.cit..

⁴⁸⁸ WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, op.cit., p.20.

⁴⁸⁹ WEISBERG G., *ibid.*, p.447.

⁴⁹⁰ PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, op.cit., p.15.

d'interprétations de la notion, qui n'a pas d'unité internationale plus que nationale »⁴⁹¹. Le raisonnable est donc laissé indéterminé car il ne se prête pas à l'exercice de la définition. Si tel était le cas, il perdrait tout son intérêt de standard puisqu'il figerait le droit et plus particulièrement le droit international économique alors que le but d'utiliser un tel standard est « *d'user d'un vocabulaire qui présente une souplesse telle que la règle puisse s'adapter à toutes les situations qu[e le juriste] entend couvrir* »⁴⁹². Toujours est-il que « *l'indétermination du 'raisonnable', loin de constituer un défaut, représente donc sa qualité première* »⁴⁹³, ce qui explique certainement son introduction systématique dans les conventions.

La notion de raisonnable permet une mesure d'une situation donnée en termes de normalité. Par exemple, au sein de l'OMC la notion de « délai raisonnable » implique que, normalement, les Etats membres doivent se conformer immédiatement aux recommandations et décisions de l'Organe de Règlement des Différends (ORD). C'est ce qui ressort de l'affaire *Canada-Brevets pour les produits pharmaceutiques* dans laquelle l'ORD a précisé « *qu'un délai raisonnable n'est imparti pour la mise en œuvre que s'il est irréalisable pour un membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions de l'ORD* »⁴⁹⁴. De la même manière, le principe du délai de 15 mois pour mettre en œuvre les décisions de l'ORD est considéré comme un délai raisonnable « *dans un cas normal* »⁴⁹⁵. Concernant le délai raisonnable de 15 mois, il a bel et bien été considéré comme un standard par le juge de l'OMC puisque celui-ci a affirmé qu'il ne s'agissait pas d' « *une directive immuable* » mais qui autorisait « *une approche au cas par cas* »⁴⁹⁶.

Ainsi, le standard de raisonnable induit que l'on se réfère à ce qui est normal dans les circonstances de l'espèce. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort d'un jugement dans lequel la CIJ a précisé que « *ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances* »⁴⁹⁷.

Il paraît tout à fait évident que le raisonnable se mesure à l'aune de divers critères et ce notamment parce que « *le droit international ne s'est jamais présenté comme un*

⁴⁹¹ WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, op.cit., p.450.

⁴⁹² CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, op.cit., p.140.

⁴⁹³ CORTEN O., *ibid.*, p.150.

⁴⁹⁴ Affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/13, spéc. §45.

⁴⁹⁵ Voir l'affaire *CE – Hormones*, WT/DS26/15, spéc. §25.

⁴⁹⁶ Voir l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, WT/DS87/15, spéc. §39.

système clos et formalisé, avec la prétention d'interdire toute prise en compte d'éléments extérieurs aux normes posées »⁴⁹⁸. En l'espèce, la notion de raisonnable peut se mesurer à l'aune de critères économiques, sociologiques ou psychologiques. En effet, le raisonnable peut être associé aux prix, aux taux, au temps, aux délais ou encore aux risques. Et « *si on leur accole le qualificatif 'raisonnable' on leur donne une souplesse d'application que ne leur aurait pas conférée un chiffre* »⁴⁹⁹. Prenons pour exemple le standard de délai raisonnable de l'article 21 : 3 du GATT. Dans l'affaire *Etats-Unis – Lois sur la compensation*, l'Organe d'appel a clairement spécifié que le « délai raisonnable » inscrit à l'article 21 :3 du GATT ne pouvait être déterminé dans l'abstrait mais devait être établi « *sur la base des circonstances propres à chaque affaire* », autrement dit sur des faits autres que juridiques⁵⁰⁰. Ceci est précisé dans l'affaire *Canada – Automobiles* où la décision de l'ORD dispose que « *les circonstances propres à un différend peuvent influencer sur la détermination de ce qu'est un délai raisonnable pour la mise en œuvre* »⁵⁰¹.

En somme, au vu de ces considérations, le raisonnable est bel et bien un standard juridique⁵⁰² qui concourt à la régulation du droit international économique. En effet, le standard de raisonnable qualifie une attitude de souplesse pragmatique qui correspond à la logique de la régulation, c'est-à-dire la volonté de laisser à la norme une grande souplesse d'application en fonction des circonstances de l'espèce.

Une autre notion insérée systématiquement dans les différentes conventions du droit international économique, la bonne foi répond également aux critères de définition du standard.

⁴⁹⁷ CIJ, *Affaire de l'interprétation de l'accord entre l'OMS et l'Egypte*, Rec. 1980, p.96.

⁴⁹⁸ KOLB R., *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, op.cit., p.98.

⁴⁹⁹ SALMON J., « Les notions à contenu variable en droit international public », op.cit., pp.449-450.

⁵⁰⁰ *Affaire Etats-Unis – Loi sur la compensation*, WT/DS217/14, spéc. §42.

⁵⁰¹ *Affaire Canada – Automobiles*, WT/DS139/12, spéc. §39.

⁵⁰² Toutefois, selon Castets-Renard C., l'expression « besoins raisonnables du public » citée dans l'article 3 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 est, selon cet auteur, une « *notion floue d'apparente harmonisation* ». Elle ajoute alors que « *ce type de notions floues est trompeur. La présence d'un adjectif de normalité tel raisonnable n'engendre pas la qualification de standard* ». De même, elle précise que « *les notions 'besoins raisonnables du public', 'niveau raisonnable de protection', qualifiables a priori de standards juridiques méritent une étude plus approfondie. La qualification de standard ne résiste pas alors à une analyse rigoureuse. [...] L'usage de termes de normalité peut se révéler être une formule de style plutôt qu'un renvoi au modèle ou à la moyenne. Les Etats font une déclaration de leur bonne volonté sans exprimer véritablement d'intention normative. Ces notions ne sont aucunement encadrées et les parties contractantes ont toute latitude pour les interpréter dans un sens conforme à leurs intérêts. Le défaut*

§2 : Le standard de bonne foi

La bonne foi est généralement comprise comme étant une règle essentielle de conduite sociale. Ainsi, tous les systèmes juridiques font une large place à la bonne foi. Il est donc indispensable de mettre en relation le droit international économique, sa normativité et la place du standard de bonne foi dans le droit international économique en tant que standard systématique. Pour ce faire, il est tout d'abord nécessaire d'appréhender la notion de bonne foi, même si l'objectif ici n'est pas d'être exhaustif sur la notion de bonne foi (A), pour enfin se rendre compte que cette notion peut être qualifiée de standard juridique (B).

A- L'appréhension de la notion de bonne foi comme préalable à la qualification de standard juridique

Qu'est-ce que la bonne foi ? Cette question peut faire l'objet d'interminables débats et écrits doctrinaux. Certains auteurs expliquent alors que « *la bonne foi est l'opposé du formalisme, le rejet de l'absurde, et la consécration du bon sens* »⁵⁰³. La notion de bonne foi qui occupe « *une place parmi les plus fondamentales dans l'ordre juridique international* »⁵⁰⁴ reste cependant ce « *pilier clair-obscur [...] que tout le monde croit bien connaître, mais qui s'avère de plus en plus insaisissable, du moins dans son ensemble, au fur et à mesure qu'on s'avance vers lui* »⁵⁰⁵.

Le dictionnaire de la « *Terminologie du droit international* » définit la bonne foi comme étant un « *esprit de loyauté, de respect du droit, de fidélité aux engagements de la part de celui dont l'action est en cause, absence de dissimulation, de tromperie, de dol dans les relations avec autrui* »⁵⁰⁶.

Pour autant, il n'est pas si aisé de donner une définition générale de la bonne foi. En effet, « *tout juriste en quête d'une définition commence par consulter le droit positif et*

d'organe d'interprétation accroît encore leur liberté ». CASTESTS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, édition L'Harmattan, Paris 2003, p.351.

⁵⁰³ ZOLLER E., « Commentaire de l'article 2§2 de la Charte des Nations Unies », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, pp.97.

⁵⁰⁴ KOLB R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, édition PUF, Paris 2000, « Introduction », p.XXXV.

⁵⁰⁵ KOLB R., *ibid.*, « Préface de Georges Abi-Saab », p.XXIX.

⁵⁰⁶ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris 1960, p.91.

par scruter les Codes et les lois »⁵⁰⁷. Cette recherche n'est guère convaincante en la matière car les indications recueillies sont peu éclairantes sur la définition même de la bonne foi. Par exemple, la Suisse, si elle tend à conférer au principe de bonne foi une force accrue en l'érigeant en principe constitutionnel ne donne pas de la bonne foi une définition⁵⁰⁸. De la même manière, les Pays-Bas emploient l'expression « exigences de la raison et de l'équité » pour définir la bonne foi. Cette carence dans la définition même de la bonne foi n'est pas le fruit du hasard : la définition de la bonne foi est nécessairement liée au rôle qu'on entend lui faire jouer.

En droit international général, le principe de bonne foi s'exprime par la célèbre maxime « *pacta sunt servanda* »⁵⁰⁹. C'est en droit international économique que la bonne foi trouve un retentissement certain, notamment parce qu'elle constitue l'une des bases fondamentales de la *Lex Mercatoria*. Ainsi, à l'instar de la notion de raisonnable, la notion de bonne foi connaît une utilisation systématique dans les conventions du droit international économique. La raison en est que « *derrière la bonne foi s'abrite en contre-jour tout l'édifice du droit international. Il se dégage ainsi une caractéristique essentielle de la bonne foi : elle est indissolublement liée aux fondements de l'ordre juridique international* »⁵¹⁰. D'autre part, il est indéniable que le droit international économique possède un vecteur idéal de développement de la bonne foi : il s'agit de l'arbitrage pour lequel les arbitres ont l'avantage de ne pas être les gardiens de l'ordonnement d'un système juridique national et peuvent donc donner tout son sens à la bonne foi.

La bonne foi, en droit international public, semble cependant s'éloigner du standard de sincérité⁵¹¹ qui « *incontestablement, est dans l'air du temps* »⁵¹².

⁵⁰⁷ LOUSSOUARN Y., « Rapport de synthèse », in *La bonne foi. Journées louisianaises*, p.10.

⁵⁰⁸ Voir les articles 5 et 9 de la Constitution Suisse.

⁵⁰⁹ Certains auteurs se sont posé la question de savoir si, en droit international public, on peut assimiler, dans tous les cas, l'obligation de respecter la parole donnée à une exigence de bonne foi. Ils en arrivent à la conclusion que la règle *pacta sunt servanda* ne protège pas toujours un Etat de bonne foi. Voir LE BOUTHILLIER Y. et MORIN M., « La bonne foi en droit international public, le règlement pacifique des différends et le recours à la force lors de la guerre du Golfe », in *La bonne foi. Journées louisianaises*, spéc.pp.513-514.

⁵¹⁰ KOLB R., *op.cit.*, « Introduction », p.XL.

⁵¹¹ Il est possible de considérer la sincérité comme étant un standard au vu de la définition qui en a été donnée, c'est-à-dire « *un moule juridique abstrait, redéfini dans son contenu à l'occasion de chaque application concrète* ». Voir LE BOT O., « La sincérité, une exigence juridique en diffusion », in *La sincérité en droit*, p.12.

⁵¹² LE BOT O., *ibid.*, p.11. Sur la sincérité en droit international, voir WECKEL Ph., « La notion de sincérité en droit international », in *La sincérité en droit*, pp.187-195.

De la même manière que l'on s'est interrogé sur la catégorie juridique à laquelle rattacher la notion de raisonnable, nous allons entrevoir en quoi la bonne foi peut être considérée comme un standard, c'est-à-dire une notion juridique délibérément indéterminée permettant une mesure des situations en termes de normalité à l'aune de divers critères.

B- La qualification de la bonne foi comme standard juridique

La bonne foi reste une notion indéterminée du fait qu'il est précisément difficile de la définir. En effet, certains auteurs ont pu juger que « *what exactly this principles implies is perhaps difficult to define* »⁵¹³. Le professeur Loussouarn a d'ailleurs précisé que « *la notion de bonne foi [...] est d'une appréhension mal aisée, car elle demeure nécessairement floue* »⁵¹⁴.

Si l'on se penche sur les études menées en théorie du droit ainsi que sur la pratique jurisprudentielle, on s'aperçoit très vite que « *la bonne foi comme notion juridique n'est pas une notion univoque ou univalente* »⁵¹⁵. Il s'agit vraisemblablement d'une notion multiple dont les fonctions varient selon les contextes envisagés. De ce point de vue, il est donc nécessaire de laisser indéterminée cette notion dans le but de laisser une certaine marge d'appréciation à celui qui exécutera la notion, qu'il s'agisse du juge ou de l'arbitre. A ce propos, le juge De Castro, dans une opinion individuelle, a précisé que « *la sécurité juridique serait bien sûr mieux servie s'il existait une règle mathématique. Mais le droit a aussi des 'règles soupapes' qui donnent de la flexibilité aux règles juridiques, et permettent de trouver aux dépens de la sécurité juridique des solutions plus justes aux cas en question (par exemple la bonne foi, les bonnes mœurs, la comitas gentium, l'abus des droits, les droits de voisinage)* »⁵¹⁶.

La notion de bonne foi permet également une mesure d'une situation donnée en termes de normalité. En effet, dans la plupart des conventions du droit international économique, la

⁵¹³ CHENG B., *General principles of law. As applied by international courts and tribunals*, édition Cambridge University Press, Londres 2006, p.105.

⁵¹⁴ LOUSSOUARN Y., « Rapport de synthèse », *op.cit.*, p. 9.

⁵¹⁵ KOLB R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op.cit.*, p.112.

bonne foi est synonyme de loyauté puisqu'elle s'oppose à ce qu'un sujet puisse tirer profit d'un comportement déloyal qui enfreint la réciprocité et l'égalité (doctrine du *nemo commodum capere potest ex propria turpitudine*). Elle renvoie ainsi à la moyenne de comportements acceptés par la société internationale. C'est ainsi que Siorat écrivit que la bonne foi « *est avant tout le plus important et le plus ancien des standards. Elle donne une mesure moyenne de conduite sociale* »⁵¹⁷.

La notion de bonne foi se mesure naturellement à l'aune de divers critères. En effet, elle est censée renvoyer à des facteurs sociologiques ou finalistes : « *la bonne foi renvoie au caractère et buts, aux entéléchies spéciaux de rapports sociaux suffisamment déterminés et spécialisés* »⁵¹⁸. Ainsi, la bonne foi ne s'applique jamais toute seule : elle n'a de réalité juridique que quand des éléments extérieurs au droit font appel à elle. Le professeur Loussouarn constatait, à cet égard, que la bonne foi, « *par ses multiples facettes, touche moins au droit lui-même qui apparaît surtout dans les conséquences qu'il engendre qu'à la psychologie et à la morale* »⁵¹⁹.

Ainsi, la bonne foi est d'abord une notion psychologique : c'est l'ignorance d'un fait ou d'une circonstance ou encore la croyance erronée que l'on en a. Dans ce sens, la bonne foi est une attitude purement passive, une « non-connaissance ». La bonne foi peut également être une notion morale, c'est-à-dire une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante.

La bonne foi peut également se mesurer à l'aune de critère scientifique comme en témoigne l'ORD qui a pu juger que la bonne foi dans l'application de l'article 5.2 de l'Accord SPS⁵²⁰ devait se mesurer à l'aune des considérations scientifiques en vigueur⁵²¹.

Ainsi, il est possible de dire que le standard contient, en lui-même, les éléments nécessaires pour son évaluation ou son appréciation.

⁵¹⁶ Opinion individuelle du juge De Castro dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries, Rec. CIJ, 1974, p.96.

⁵¹⁷ SIORAT L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, édition LGDJ, Paris 1958, p.406.

⁵¹⁸ KAUFMAN E., *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935-4, vol. 54, p.511.

⁵¹⁹ LOUSSOUARN Y., « Rapport de synthèse », *op.cit.*, p. 9.

⁵²⁰ L'article 5.2 dispose : « Dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; des conditions écologiques et environnementales pertinentes; et des régimes de quarantaine ou autres ».

⁵²¹ Voir l'affaire *CE – Hormones*, WT/DS26/15, spéc. § 148.

De nombreux auteurs admettent que la bonne foi peut être qualifiée de standard juridique⁵²². C'est le cas de Yasseen qui a précisé que la bonne foi « *s'exteriorise et se révèle par des indices qui peuvent être appréciés d'après certains standards juridiques. En mettant ce comportement en rapport avec les standards mentionnés, on peut juger de la bonne foi du sujet dans un cas donné* »⁵²³. C'est également le cas du juge De Castro qui, dans une opinion individuelle, tend à reconnaître à la bonne foi la caractéristique de standard juridique en affirmant que « *la sécurité juridique serait bien sûr mieux servie s'il existait une règle mathématique. Mais le droit a aussi des 'règles soupapes' qui donnent de la flexibilité aux règles juridiques, et permettent de trouver aux dépens de la sécurité juridique des solutions plus justes aux cas en question (par exemple la bonne foi, les bonnes mœurs, la comitas gentium, l'abus des droits, les droits de voisinage)* »⁵²⁴.

Au vu de ces considérations, la bonne foi est bel et bien un standard juridique⁵²⁵ qui concourt à la régulation du droit international économique. En effet, ce standard s'apparente réellement à un guidage d'action – caractéristique propre à la régulation – dans son utilisation, que ce soit par les sujets du droit international, qui laissent ainsi à la norme une grande souplesse d'application, que par le juge ou l'arbitre international, qui rend son jugement en recourant au standard de bonne foi de sa propre initiative.

Les standards systématiques contribuent nécessairement à la normativité du droit international économique en ce sens que, produits d'un droit international classique, ils trouveront un écho auprès de tous les acteurs du droit international économique, contribuant ainsi à son efficacité.

L'insertion de standards systématiques n'est pas la seule caractéristique des conventions du droit international économique. En effet, si ces standards, « piliers » de

⁵²² Pour autant, il est également important de préciser que certains auteurs refusent de faire de la bonne foi un standard juridique. C'est le cas notamment du professeur Rials qui assigne à la bonne foi un rôle subjectif unique. La bonne foi serait alors un fait psychologique et non un standard. Voir RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, op.cit.*, spéc. pp.102-103.

⁵²³ YASSEEN M.K., *Principes généraux de droit international privé*, RCADI, 1965, p.21

⁵²⁴ Voir l'opinion individuelle de De Castro dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries, CIJ, Rec., 1974, p. 96.

⁵²⁵ Certains auteurs refusent de voir dans la bonne foi un standard. Tel est le cas du Professeur Rials qui assigne à la bonne foi uniquement un rôle subjectif : le standard ne serait qu'un fait psychologique et non un standard. Il met cependant en exergue une exception : pour la théorie de l'apparence en laquelle il voit une application de la bonne foi au sens de standard. RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, op.cit.*, p.102.

l'ordre juridique international, sont nécessaires, il est une autre catégorie de standard à caractère général que l'on trouve parfois dans certaines conventions. Il s'agit des standards que l'on peut qualifier d'empiriques.

Section 2 : Les standards empiriques

Les standards qualifiés d'empiriques sont le plus souvent caractéristiques d'un objectif que les Etats se sont assignés à atteindre afin de faciliter les échanges économiques. Ainsi, insérer de tels standards dans les conventions est le symbole d'une volonté forte de favoriser les échanges et la coopération économique, reflétant ainsi une nécessité de la communauté internationale et traduisant une intentionnalité collective, ce qui contribue indéniablement à la normativité du droit international économique.

Les standards empiriques peuvent alors se diviser en deux catégories : d'une part, les standards concourant à la formulation du niveau final des objectifs (§1) et, d'autre part, les standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats (§2).

§1 : Les standards concourant à la formulation du niveau final des objectifs

Les standards concourant à la formulation du niveau final des objectifs sont ceux qui imposent aux Etats d'atteindre un certain but dans la facilitation des échanges. Il est possible d'en donner deux exemples : le standard du commerce libre et ouvert (**A**) et le standard du développement durable (**B**).

A- Le standard du commerce libre et ouvert

Afin de comprendre la place du standard du commerce libre et ouvert dans les conventions du droit international économique en tant que standard empirique et sa contribution à la normativité du droit international économique, il est tout d'abord nécessaire d'appréhender la notion de commerce libre et ouvert (1) pour enfin se rendre compte que cette notion peut être qualifiée de standard juridique (2).

1) L'appréhension de la notion de commerce libre et ouvert comme préalable à la qualification de standard

Aller dans le sens d'un commerce libre et ouvert fait partie du niveau final des objectifs que se sont fixés les Etats en matière économique. Autrement appelé le libre-échange, le commerce libre et ouvert est le résultat d'un processus économique historique incitant les Etats à moins de, voire plus aucune, barrières aux échanges. En effet, dans la période de développement antérieur au capitalisme, l'existence d'entraves aux mouvements des marchandises entre les Etats était la règle, les effets positifs du protectionnisme étant mis en exergue⁵²⁶. Cependant, la question du libre-échange, emmenée par des théoriciens comme David Ricardo qui prône les effets positifs d'un commerce libre et ouvert⁵²⁷, se diffuse parmi les grandes puissances. Plus tard, avec l'adoption du GATT puis de l'OMC, le commerce libre et ouvert devient un véritable principe du droit du commerce international que l'on retrouve dans la Déclaration de Marrakech du 15 avril 1994 qui dispose, dans son paragraphe 2 : « *les Ministres affirment que l'établissement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) marque l'avènement d'une ère nouvelle de coopération économique mondiale, répondant au désir généralisé d'opérer dans un système commercial multilatéral plus juste et plus ouvert au profit et pour la prospérité de la population de leurs pays. Les Ministres se déclarent déterminés à résister aux pressions protectionnistes de toute nature. Ils considèrent que la libéralisation des échanges et les règles renforcées mises en place dans le cadre du Cycle d'Uruguay conduiront à un environnement commercial mondial de plus en plus ouvert. Les Ministres s'engagent, avec effet immédiat et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'OMC, à ne pas prendre de mesures commerciales qui amoindriraient les résultats des négociations du Cycle d'Uruguay ou leur mise en œuvre, ou qui leur seraient contraires* »⁵²⁸.

⁵²⁶ Le principal argument à l'époque est un argument fiscal. Les Etats poussent aux barrières douanières pour des raisons budgétaires : les taxes prélevées sur les importations sont l'un des impôts les plus faciles à établir et à prélever.

⁵²⁷ Pour Ricardo, les effets positifs du libre-échange sont doubles : d'une part, le libre-échange permet la spécialisation internationale et conduit les pays échangistes à disposer, grâce aux échanges, de plus de biens qu'en autarcie et, d'autre part, le libre-échange permet d'éloigner la perspective de la stagnation.

⁵²⁸ Le texte de la Déclaration de Marrakech du 15 avril 1994 est disponible dans son entier sur le site internet de l'OMC : www.wto.org . Souligné par nos soins.

Véritable objectif à atteindre, le commerce libre et ouvert peut-il pour autant être érigé en standard juridique ?

2) La qualification de la notion de commerce libre et ouvert comme standard juridique

Si « *un engagement durable des pays en faveur de la libéralisation est indispensable pour assurer la prospérité mondiale sur le long terme* »⁵²⁹, il est possible de définir le commerce libre et ouvert comme un standard juridique.

Le standard juridique étant une notion délibérément indéterminée, on peut remarquer qu'il en va de même pour le commerce libre et ouvert. D'un point de vue économique, il est aisé de définir le libre-échange. Il s'agit de l'ensemble des actions qui, dans le domaine économique, visent à établir un cadre favorable au développement des échanges internationaux en supprimant les barrières tarifaires et non tarifaires édifiées par les nations pour protéger leurs économies. D'un point de vue juridique, il devient mal aisé de définir ce concept. De manière générale, on le définit comme étant un commerce sans discriminations. Ainsi, selon l'OMC le commerce international devrait être exempt de discriminations mais elle n'explique pas ce que cela implique. Pour lui donner corps, elle s'appuie sur deux principes fondamentaux du droit du commerce international : la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national. Grâce à ces deux principes, on sait désormais qu'aucun pays ne devrait établir de discrimination ni entre ses partenaires commerciaux (en leur accordant, de manière égale, le statut de la « nation la plus favorisée ») ni entre ses propres produits, services et ressortissants, d'une part, et les produits, services et ressortissants étrangers, d'autre part (en leur accordant le « traitement national »). On ne définit pas ce qu'est le commerce libre et ouvert, mais seulement ce qu'il implique. En cela, il est possible de parler de standard du commerce libre et ouvert.

Il en est de même pour la mesure de la situation en termes de normalité. En effet, le protectionnisme étant fortement découragé⁵³⁰, assurer le libre-échange s'avère être ce qu'il y a de normal. Ainsi, dans le cadre de l'OMC, l'interdiction de toute discrimination des

⁵²⁹ *Les avantages de la libéralisation des échanges et de l'investissement*, OCDE 1998, p.3.

produits en fonction de leur origine concerne tant les discriminations de droit (discriminations *de jure*) que les discriminations de fait (discriminations *de facto*). En d'autres termes, il importe peu que la mesure contestée ne contienne pas formellement de dispositions appliquant un traitement différent à des produits de différentes origines (discrimination *de jure*) si son application entraîne, en fait, un tel traitement. Une simple constatation d'un traitement discriminatoire et moins favorable entraîne une distorsion de concurrence, ce qui n'est pas « normal » dans le cadre d'un commerce libre et ouvert. A l'heure actuelle, le commerce libre et ouvert est le véritable étalon de mesure des actions commerciales des Etats. En ce sens, le commerce libre et ouvert peu être qualifié de standard juridique.

Il est admis que le standard juridique se définit grâce à des critères extérieurs au droit. Il est indéniable que le commerce libre et ouvert, ou autrement dit, le libre-échange, ne peut se définir uniquement par des critères juridiques. Les critères économiques prennent une place importante dans la définition des caractéristiques d'un commerce libre et ouvert. Le libre-échange et son corollaire, le protectionnisme, sont activés par certains leviers économiques. Le choix du libre-échange est guidé par des considérations économiques puisqu'il permet de se procurer des importations au plus faible coût et d'assurer aux produits nationaux le plus large marché. Des critères politiques sont également à prendre en considération. En effet, le choix d'un commerce libre et ouvert s'explique également par des choix politiques guidés par la croissance du pays. Par exemple, la Grande-Bretagne a adopté une politique de libre-échange au XIXe siècle car elle se présentait comme la nation qui occupait une part prépondérante dans la production et dans les échanges mondiaux⁵³¹. Etant donné que le commerce libre et ouvert ne se construit pas uniquement sur des considérations juridiques, il est possible de le définir comme étant un standard juridique.

Au vu de ces considérations, il ressort que le libre-échange, notion économique, trouve une application en droit international économique grâce au standard du commerce libre et ouvert. Cette application ouvre le champ de la normativité du droit international économique.

⁵³⁰ Voir la Déclaration de Marrakech du 15 avril 1994 portant création de l'OMC.

Si l'ouverture des marchés est l'objectif final d'un niveau à atteindre par les Etats, et ce grâce à l'application et au respect du standard de commerce libre et ouvert, un autre objectif fixé par les Etats eux-mêmes est l'objectif du développement durable qui trouve également une résonance en droit en raison de la qualification de standard juridique.

B- Le standard du développement durable

Le concept de développement durable, qui se situe dans le « *hit-parade du vocabulaire sociopolitique contemporain* »⁵³² et dont « *la référence [...] constitue désormais un incontournable élément sémantique de tout discours qui entend traiter de l'environnement et du développement* »⁵³³, peut-il être qualifié de standard juridique ? S'agit-il réellement d'un standard du droit international économique, susceptible de contribuer à sa normativité ?

Afin de répondre à ces questions, il est nécessaire d'appréhender la notion de développement durable (1) avant de pouvoir la qualifier de standard juridique (2).

1) L'appréhension de la notion de développement durable comme préalable à la qualification de standard

La notion de développement durable est le fruit de la constatation que « *la terre supporte de moins en moins les hommes, leur prolifération, leur avidité, l'exubérance de leurs œuvres et leurs déjections* »⁵³⁴. Il est apparu très clairement que l'humanité doit faire face à une crise écologique sans précédent. Pour autant, le développement durable est la conséquence d'une assez lente maturation puisque cette problématique avait déjà été évoquée en 1972 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement qui permit d'instaurer le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE). Cette

⁵³¹ La Grande-Bretagne effectue 18% des échanges mondiaux en 1850.

⁵³² JOLLIVET M., « Introduction », in *Le développement durable, de l'utopie au concept. De nouveaux chantiers pour la recherche*, p.9.

⁵³³ VIVIEN F-D., « Histoire d'un mot, histoire d'une idée : le développement durable à l'épreuve du temps », in *Le développement durable, de l'utopie au concept. De nouveaux chantiers pour la recherche*, p.19.

⁵³⁴ BEAUD M., « Face à la croissance mortifère, quel développement durable ? », *Revue du Tiers Monde*, t.35, n°1, p.134.

conférence qui a eu lieu à Stockholm a servi de cadre aux premiers débats de dimension internationale concernant l'environnement et les problèmes y afférant. Mais ce n'est qu'en 1992, lors de la Conférence de Rio, que les Etats insistèrent sur la nécessité de voir se déployer des stratégies intégrées favorisant un équilibre entre la croissance économique, un développement humain équitable et le maintien d'écosystèmes sains et productifs. Néanmoins, signe de l'absence d'un consensus au sein de la Communauté Internationale, la Déclaration de Rio ne contient aucune définition explicite du développement durable. Si l'expression est présente plus d'une douzaine de fois, à aucun moment elle ne fait l'objet d'une définition.

Pour autant, le concept de développement durable connaît des implications juridiques. En effet, il existe « *une forte contagion exercée par le concept de développement durable sur l'ordre juridique international, non pas tellement sur le plan formel, mais davantage sur le contenu des normes* »⁵³⁵. Le concept de développement durable irrigue ainsi plusieurs branches du droit international comme le droit international de l'environnement mais surtout le droit international économique, objet de la présente étude, à travers, notamment, le droit international du développement. En effet, le concept du développement durable permet la facilitation des échanges puisqu'il y a nécessairement un lien entre l'environnement et l'économie. En effet, malgré la volonté de la communauté internationale de voir les Etats protéger l'environnement dans leurs diverses activités, la qualité d'ensemble de l'environnement à l'échelle planétaire est loin de s'être améliorée⁵³⁶. Il a donc été nécessaire de trouver un moyen incitatif pour que les Etats s'engagent plus efficacement dans la protection de l'environnement. L'approche classique des questions environnementales s'est donc accompagnée d'une approche économique de la question. L'incitation économique est devenue le moteur principal de la lutte pour la protection de l'environnement : les Etats ne seront prêts à protéger l'environnement que s'ils en tirent un avantage économique. D'ailleurs, de nombreux auteurs s'accordent sur « *la nécessité d'un plus large recours à l'outil économique pour étayer des fondements et améliorer l'efficacité des politiques environnementales* »⁵³⁷.

⁵³⁵ MALJEAN-DUBOIS S., « Environnement et développement, les Nations Unies à la recherche d'un nouveau paradigme », in *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable*, édition Pédone, Paris 1999, p.22.

⁵³⁶ En effet, au cours des 50 dernières années, les êtres humains ont altéré les écosystèmes mondiaux plus profondément qu'à toute autre période de l'histoire de l'humanité et environ 60 % des services fournis par les écosystèmes mondiaux se dégradent ou sont utilisés de manière non durable.

⁵³⁷ BOURRINET J., « Préface », in *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), La documentation française, Paris 2002, p.5.

De plus, le développement durable fait l'objet d'une multiplication des engagements étatiques en la matière. Cet accroissement des conventions ou autres instruments met en évidence les implications juridiques du concept et fourni une base de données juridiques considérables⁵³⁸.

Néanmoins, se pose toujours avec autant d'acuité la question du degré de juridicité du principe du développement durable. Est-ce un simple concept sans valeur normative ou est-il possible de lui octroyer une qualification juridique et un degré normatif plus élevé ? Il ressort de la présente étude que le développement durable peut être qualifié de véritable standard juridique du droit international économique.

2) La qualification du développement durable comme standard juridique

Qualifier la notion de développement durable nécessite que soit analysés les trois critères de définition du standard juridique appliqués au développement durable.

Si un standard est nécessairement une notion indéterminée, le concept de développement durable l'est également. En effet, « *on sait que l'expression de 'développement durable' est caractérisée par un très grand flou sémantique* »⁵³⁹ étant donné qu'il est difficile de traduire l'expression anglo-saxonne *sustainable development*, laquelle n'a pas d'équivalent en français si bien que celle-ci est employée dans une multitude d'acceptions et de sens. Certains auteurs évoquent même un « *concept insaisissable* »⁵⁴⁰.

Une des définitions du développement durable, et la plus reprise, figure dans le Rapport Brundtland qui dispose qu'il s'agit d'un développement « *qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux*

⁵³⁸ Cette prolifération d'instruments juridiques en ce domaine se couple néanmoins avec une fragmentation du système qui correspond à un compartimentage institutionnel puisque les institutions internationales concernées sont très nombreuses. Cet imbroglio institutionnel et conventionnel ne s'accompagne pas d'une véritable coordination.

⁵³⁹ VIVIEN F-D., « Histoire d'un mot, histoire d'une idée : le développement durable à l'épreuve du temps », *op.cit.*, p.19.

⁵⁴⁰ MALJEAN-DUBOIS S., « Environnement et développement, les Nations Unies à la recherche d'un nouveau paradigme », *op.cit.*, p.12.

leurs »⁵⁴¹. Il existe cependant bien d'autres définitions du développement durable qui suscitent également de multiples interprétations. Dès lors, comme l'écrit avec humour Salvador Juan, on ne s'étonnera pas que « *dans le nouveau banquet du développement durable, les discours d'avant bombance marient la carpe de la précaution écologique, le lapin de la croissance économique et la colombe de la justice ou de l'équité sociale* »⁵⁴². Il est donc indéniable qu'il s'agit d'une notion indéterminée, d'une notion dont le contenu substantiel est en constante formation révélant ainsi l'intention de laisser à l'interprète le soin de lui donner un contenu en fonction des faits auxquels elle s'applique.

Le contenu que l'interprète lui donnera sera fonction de ce qu'il est normal de considérer comme entrant dans la cadre d'un développement durable à un moment donné dans l'histoire de la société internationale. En effet, si certaines actions peuvent être considérées comme participant aujourd'hui au développement durable, ces actions considérées comme normales aujourd'hui ne le seront peut être pas demain puisque les connaissances actuelles ne permettent pas de réglementer de façon stricte l'ensemble des situations participant au développement durable.

Le développement durable n'est donc pas seulement un droit « mou » mais un droit flexible qui s'adapte aux évolutions normales de la société internationale. Le développement durable devient alors la somme de normes particulières, adaptées à chaque situation. C'est par exemple le cas en matière de gaz à effet de serre et au contrôle de leur émission contenu dans le Protocole de Kyoto. Au moment de sa ratification, il était alors normal de considérer que l'UE devait réduire ses émissions de 8%, le Canada et le Japon de 6%, les Etats-Unis de 7% alors que l'Australie pouvait les augmenter de 8% et qu'il n'y avait pas d'engagement de réduction à la charge de la Russie.

Cette flexibilité *ratione materiae* s'accompagne d'une flexibilité *ratione temporis* : en matière de développement durable rien ne semble fixé définitivement. Les obligations des Etats évoluent nécessairement au gré des connaissances scientifiques et techniques.

L'interprétation et l'application du concept de développement durable nécessite une analyse faisant intervenir d'autres critères que des critères purement juridiques. En

⁵⁴¹ Rapport de la commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU (Commission Brundtland), *Notre avenir à tous*, avril 1987. Pour une analyse complète de la définition du développement durable, voir le *Dictionnaire du développement durable*, édition AFNOR, pp.65-66.

⁵⁴² JUAN S., « Le social et les indicateurs de développement durable », in *Les indicateurs de développement durable. Un point de vue des sciences sociales*, p.193.

effet, le développement durable est une notion transdisciplinaire aux confluents du droit, de l'économie, de l'environnement mais également de la sociologie. Ainsi, le bien-être économique que sous tend le développement durable ne s'exprime plus seulement par la croissance « *mais par un plus grand respect de la nature en tant que lieu habitable pour l'homme et par une réduction des inégalités sociales dans le monde, considérant ces inégalités comme un facteur de dégradation de l'environnement* »⁵⁴³. Il y existe bel et bien une interaction entre le droit, l'économie, le social et l'environnement en matière de développement durable. Ainsi, par exemple, la science économique contribue à rendre le concept de développement durable opérationnel tandis que la sociologie aborde les problèmes environnementaux en étudiant les images que la société se fait de la nature et montre comment celles-ci ont évolué dans le temps en fonction certes des connaissances scientifiques mais également de conceptions éthiques changeantes. Cette convergence des disciplines est nécessaire pour que l'interprète puisse donner un sens à la règle juridique contenant la notion de développement durable.

Au vu de ces considérations, il ne fait nul doute que le concept de développement durable peut être qualifié de standard juridique en ce qu'il répond parfaitement aux critères de définition.

Ce constat appelle à une réflexion sur les instruments juridiques aujourd'hui utilisables en matière de protection de l'environnement. Il en résulte que les standards sont les plus à même de répondre aux exigences actuelles du droit international de l'environnement : alliant à la fois prescription environnementale et incitation économique, ils deviennent une des réponses possibles à la problématique de l'efficacité des politiques environnementales. Le standard du développement durable va dans ce sens car l'utilisation des instruments économiques dans un objectif de développement durable consiste à accroître les coûts des activités ayant des incidences négatives sur l'environnement ou à réduire les coûts des activités bénéfiques à l'environnement.

Ces standards, qui incitent les Etats à atteindre un objectif final mû par une sorte d'intérêt supérieur, sont souvent complétés par d'autres standards qui contribueront à ce que l'action réglementaire des Etats participe à la facilitation des échanges.

⁵⁴³ BURGEMEIER B., *Politiques économiques du développement durable*, édition De Boeck, collection Ouvertures économiques, Bruxelles 2008, p.5.

§2 : Les standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats

Les standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats correspondent aux standards qui imposent aux Etats une certaine législation interne permettant la facilitation des échanges.

En imposant le comportement des Etats dans telle ou telle direction, les standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats mettent en évidence que les Etats ne peuvent plus se comporter comme les seuls maîtres du jeu économique. Ces standards prouvent qu'ils ne sont pas présents par la simple volonté des Etats mais reflètent une nécessité de la communauté internationale.

Nous pouvons illustrer ce cas de figure en prenant pour exemple deux standards : le standard du traitement juste et équitable (A) et le standard de la *due diligence* (B).

A- Le standard du traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable, véritable pilier du droit international des investissements, peut-il pour autant être qualifié de standard juridique ? Cette question ne peut rester sans réponse, et il convient, pour ce faire, d'appréhender préalablement la notion du traitement juste et équitable (1) afin de mieux percevoir en quoi il s'agit d'un standard juridique (2).

1) L'appréhension de la notion du traitement juste et équitable comme préalable à la qualification de standard

Le traitement juste et équitable, souvent qualifié de « *standard minimum posé par le droit international* »⁵⁴⁴, est l'un des principes protecteurs de l'investissement. En effet, « *the obligation to provide 'fair and equitable treatment' is often stated, together with other standards, as part of the protection due to foreign investment by host countries* »⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique, op.cit.*, p.388.

⁵⁴⁵ *Fair and equitable treatment standard in international investment law*, OCDE 2004, document de travail sur l'investissement international, n°2004/3, p.2.

Selon ce principe, les étrangers et leurs biens jouissent sur le territoire du pays d'accueil d'un standard minimum⁵⁴⁶ impliquant qu'ils doivent bénéficier d'un régime spécifique.

Il s'agit en réalité d'une notion floue dont la définition n'est pas communément admise. Les tribunaux arbitraux ont cependant donné quelques éléments de réponse. Ainsi, dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, le tribunal arbitral a considéré qu'en n'offrant pas « *un cadre transparent et prévisible au développement des projets et à l'investissement* » du demandeur, l'Etat d'accueil a manqué au standard du traitement juste et équitable⁵⁴⁷. Il en va de même en cas de traitement discriminatoire équivalent à une injustice flagrante de la part des tribunaux interne⁵⁴⁸ et, d'une façon générale, de tout déni de justice avéré⁵⁴⁹. Egalement, un manquement au standard du traitement juste et équitable peut être constitué par toute discrimination arbitraire⁵⁵⁰ ou encore par une transaction acceptée par l'investisseur sous la contrainte⁵⁵¹. Néanmoins, la définition la plus précise a été donnée lors d'une sentence rendue par le tribunal CIRDI dans l'affaire *TecMed c. Mexique*. Ainsi, par le traitement juste et équitable, l'investisseur « *attend de l'Etat hôte d'agir d'une manière cohérente, dépourvue d'ambiguïté et entièrement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger, afin que ce dernier puisse connaître à l'avance non seulement les règles et réglementations applicables à son investissement, mais aussi les politiques et les pratiques ainsi que les directives administratives pertinentes, de façon à lui permettre de planifier ses activités dans le respect de cette réglementation. [...] L'investisseur étranger s'attend également à ce que l'Etat d'accueil se comporte d'une manière cohérente, c'est-à-dire notamment sans revenir arbitrairement sur des décisions ou des autorisations données par l'Etat sur lesquelles l'investisseur a tablé lorsqu'il a pris ses engagements et lorsqu'il a planifié et démarré ses opérations économiques et commerciales. L'investisseur compte également que l'Etat utilisera les instruments juridiques qui déterminent les actions de l'investisseur ou l'investissement conformément*

⁵⁴⁶ Sur le standard minimum, sa définition et ses implications, voir DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public, op.cit.*, p.745.

⁵⁴⁷ CIRDI, 30 août 2000, *Metalclad c. Mexique*, §99-101.

⁵⁴⁸ CIRDI, 26 juin 2003, *Loewen c. Etats-Unis*, §137.

⁵⁴⁹ CIRDI, 25 septembre 1983, *AMCO c. Indonésie*, §139 ; 30 avril 2004, *Waste Management c. Mexique*, §98 ; 8 mai 2008, *Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, §653-674.

⁵⁵⁰ CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, §290-295. La sentence CMS inclut également dans le standard du traitement juste et équitable l'obligation de maintenir à l'investissement un environnement juridique et économique stable. CIRDI, 22 mai 2007, *Enron c. Argentine*, §282.

⁵⁵¹ CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, §178-194.

à la fonction normalement attribuée à ces instruments, et en tout cas de telle manière à ce que l'investisseur ne soit pas privé de son investissement sans indemnité »⁵⁵².

Au vu de ces considérations, le traitement juste et équitable peut-il pour autant être qualifié de standard ?

2) La qualification du traitement juste et équitable comme standard juridique

Le traitement juste et équitable est bel et bien une notion juridique délibérément indéterminée. En effet, son indétermination provient du fait qu'il est difficile de le définir puisqu' « *un standard tel que celui de traitement juste et équitable n'est pas susceptible de faire l'objet d'une définition à proprement parler, si l'on entend par définition une formule spécifiant de manière immuable des présupposés dont la constatation entraîne des effets juridiques* »⁵⁵³. Cette indétermination laisse ainsi une marge de manœuvre importante aux interprètes de la norme car en effet « *the meaning of the 'fair and equitable treatment' standard may not necessarily be the same in all the treaties in which it appears* »⁵⁵⁴. D'ailleurs, le risque de voir interpréter de manière abusivement large un standard de protection aussi flexible que la notion de traitement juste et équitable a été souligné par un certain nombre d'Etats, au premier rang desquels les Etats-Unis⁵⁵⁵. De plus, les rédacteurs du modèle américain et du modèle français de traités bilatéraux d'investissements n'entendent pas donner le même contenu au traitement juste et équitable. En effet, le modèle américain, suivant d'ailleurs le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, affirme que le standard du « fair and equitable treatment » n'est pas un standard autonome, propre au droit des investissements,

⁵⁵² CIRDI, 29 mai 2003, §154.

⁵⁵³ GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI. Volume II*, édition Pédone, Paris 2010, p.391.

⁵⁵⁴ *Fair and equitable treatment standard in international investment law*, OCDE 2004, document de travail sur l'investissement international, n°2004/3, p.2.

⁵⁵⁵ C'est la raison pour laquelle, dans le contexte de l'ALENA, la Commission de libre-échange de l'ALENA, qui représente les Etats membres, a adopté le 31 juillet 2001, une note interprétative précisant qu'au sens de l'article 1105(1) de l'Accord, « *les concepts de 'traitement juste et équitable' et de 'protection et sécurité intégrales' ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers* ». NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 July 2001, accessible à la page : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTAInterpr-en.asp>

mais qu'il ne constitue que la dénomination particulière, en droit des investissements, du standard minimum du droit coutumier. Inversement, le modèle français, tout en postulant que le standard du « traitement juste et équitable » est un principe général de droit international, lui assigne un contenu d'une telle généralité qu'il ne peut aucunement s'agir du standard minimum de droit coutumier⁵⁵⁶.

L'étude de la jurisprudence en matière d'interprétation du traitement juste et équitable permet de déceler qu'il permet une mesure des situations en termes de normalité. C'est ce qui ressort, par exemple, de la sentence arbitrale *LG&E c. Argentine* qui précise le caractère multiforme de ce standard. Ainsi, lorsque l'arbitre doit appliquer et interpréter le traitement juste et équitable, il s'agit en fait d'apprécier le comportement effectif de l'Etat par rapport à des normes reflétant le comportement normalement attendu de l'Etat⁵⁵⁷. C'est d'ailleurs ce qu'avait déjà précisé la décision *TecMed c. Mexique* lorsqu'elle précise que l'investisseur « attend de l'Etat hôte d'agir d'une manière cohérente, dépourvue d'ambiguïté et entièrement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger [...] ». Par ailleurs, le professeur Horchani a pu écrire à ce sujet que le traitement juste et équitable était « un standard malléable » qui ne devait pas être interprété de manière rigide mais bien refléter l'évolution du droit international économique⁵⁵⁸.

Il est indéniable que l'interprétation du traitement juste et équitable doit se faire à l'aune de critères extérieurs au droit. C'est ce que dit la sentence *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* lorsqu'elle affirme de façon très claire que « le traitement juste et équitable est inséparable de la stabilité et de la prévisibilité ». En effet, tant la stabilité que la prévisibilité font appel à des éléments extérieurs au droit pour être interprétés. Le standard de traitement juste et équitable doit trouver son interprétation à l'aune de critères tels des critères de nature économique ou de nature politique. Ainsi, en matière économique, la stabilité revient à éviter les fortes fluctuations de l'activité économique ou encore les poussées d'inflation qui peuvent accroître l'incertitude et décourager l'investissement. En matière politique, la stabilité correspond à la stabilité

⁵⁵⁶ Néanmoins, l'interprétation américaine a été sanctionnée en jurisprudence, notamment dans le cadre des affaires mettant en cause l'article 1105 de l'ALENA.

⁵⁵⁷ CIRDI, 25 juillet 2007.

⁵⁵⁸ HORCHANI F., « Rapport introductif », in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, p.15.

gouvernementale dans un Etat donné. Il en va de même pour la prévisibilité qui, d'un point de vue économique, est la possibilité pour l'investisseur de pouvoir prévoir l'impact d'un choix économique sur les autres agrégats économiques⁵⁵⁹ et, d'un point de vue politique, il s'agit par exemple, de la tenue d'élections régulières, libres et plurielles. Le risque politique est un concept central pour les investissements internationaux. En effet, le contenu des traités bilatéraux mais également multilatéraux tente toujours de définir les éléments du risque politique même si ce concept évolue constamment. Ainsi, un nouvel aspect du risque se répand : il peut s'agir du risque de réglementation excessive et injuste en particulier en matière environnemental ou encore du risque de sanctions politiquement motivées par le pays d'origine de l'investisseur. Autant d'éléments extérieurs au droit, puisqu'on qualifie cet aspect du risque de « risque non conventionnel », doivent être pris en compte par le standard du traitement juste et équitable.

Ainsi, le standard du traitement juste et équitable se révèle être « *bel et bien un étalon de mesure destiné à permettre d'apprécier le degré de conformité entre pratiques internes et exigences internationales* »⁵⁶⁰. En tout état de cause, l'opération qui consiste à qualifier le standard du traitement juste et équitable « *ne peut donc constituer une pure opération de technique juridique : elle requiert une évaluation d'ordre extra-juridique qui se combine avec le syllogisme juridique mis en œuvre* »⁵⁶¹.

Au vu de la confrontation de la notion du traitement juste et équitable avec les critères de définition du standard, il en résulte qu'il s'agit bien d'un standard juridique.

Le standard du traitement juste et équitable n'est pas le seul standard qui permet de protéger l'investissement en concourant à la qualification de l'action réglementaire d'un Etat. En effet, il est possible d'étudier un autre exemple de ce type de standard : le standard de la *due diligence*.

⁵⁵⁹ Un agrégat économique est la somme ou la soustraction de plusieurs données économiques. Il s'agit d'un élément de référence, connu de tous, permettant la lecture facile de plusieurs données économiques.

⁵⁶⁰ JUIILLARD P., « Chronique de droit international économique », *AFDI*, 1992, p.793.

⁵⁶¹ GENIAUT B., « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, pp.191-192.

B- Le standard de la *due diligence*

Bien que la *due diligence* soit un concept coutumier et conventionnel très employé en droit international public, peut-elle pour autant être qualifiée de standard juridique ? Cette question trouvera une réponse dans l'appréhension préalable de la notion (1) qui permettra de percevoir en quoi il s'agit d'un standard juridique (2).

1) L'appréhension de la notion de *due diligence* comme préalable à la qualification de standard

Le terme « diligence », en français comme en anglais, n'exprime pas autre chose qu'« efforts »⁵⁶².

« *Figurant traditionnellement dans les traités d'amitié de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis, [la clause de due diligence] est aujourd'hui courante dans les instruments internationaux de protection des investissements* »⁵⁶³. Ce concept est lié à l'obligation, pour l'Etat, de faire usage de sa compétence territoriale ou de sa compétence personnelle afin qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits des autres Etats et de leurs ressortissants. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation de résultat mais bien d'une obligation de comportement⁵⁶⁴ en ce sens qu'elle impose aux Etats une certaine législation interne permettant la facilitation des échanges, c'est-à-dire que l'action réglementaire de l'Etat doit concourir à la protection de l'investissement.

La *due diligence* apparaît également très fréquemment dans les contrats internationaux pour qualifier la prestation attendue du débiteur.

En d'autres termes, il s'agit du fait de s'employer à réaliser quelque chose. Cette réalisation emprunte la voie d'une obligation de moyens. En effet, s'engager à « faire toute diligence » dans l'exercice d'une prestation est indicatif d'une obligation de moyens. Si la formulation reste incertaine, ce sera le juge qui appréciera, en se référant principalement au degré d'aléa qui grève le succès de la prestation promise, si toutes les diligences ont été effectuées. Par ailleurs, il ressort que le terme « due diligence » se

⁵⁶² C'est pourquoi les termes tels que « care » ou « soins » sont souvent assimilés à la *due diligence*.

⁵⁶³ DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public, op.cit.*, p.1218.

⁵⁶⁴ Voir en ce sens plusieurs jurisprudences : CIJ, 20 juillet 1989, ELSI, Rec. p.65 §108 ; CIRDI, 27 juin 1990, AAPL c. Sri Lanka, §47-50 ; CIRDI, 12 octobre 2005, Noble Ventures c. Roumanie, §164.

réfère à l'exécution d'une obligation dont la fin heureuse ne peut être garantie et évoque donc effectivement les caractéristiques d'une obligation de moyens.

L'OCDE, lors de la mise à jour de ses principes directeurs, a permis d'apporter un éclairage sur la *due diligence*. C'est réellement un apport significatif si on prend en compte le fait que la *due diligence* couvre tous les chapitres des Principes directeurs. Ainsi, pour une meilleure compréhension, l'OCDE a publié un guide qui en précise les contours⁵⁶⁵. Les Principes directeurs, entendent par *due diligence* le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question. La *due diligence* fondée sur les risques devient le principal outil de la prévention des incidences négatives. L'OCDE précise également que la *due diligence* peut être intégrée dans d'autres systèmes de gestion au sein de l'entreprise à condition qu'elle aille au-delà de l'identification et de la gestion des risques significatifs pour l'entreprise elle-même, pour englober également les risques d'incidences négatives dans les domaines visés par les Principes directeurs. Les incidences potentielles doivent être traitées grâce à des mesures de prévention ou d'atténuation, tandis les incidences réelles doivent être traitées grâce à des mesures de réparation.

Si un standard est une notion juridique délibérément indéterminée permettant une mesure des situations en termes de normalité à l'aune de divers critères, la *due diligence* peut-elle pour autant être qualifiée de standard ?

2) La qualification de la notion de *due diligence* comme standard juridique

A l'instar des autres standards déjà étudiés, il convient de confronter la notion de *due diligence* à chacun des trois critères de définition du standard.

⁵⁶⁵ Le guide est disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/62/33/46741124.pdf> . La portée de ce guide quant à la diffusion de la notion de *due diligence* est cependant à atténuer car la *due diligence* est décrite dans un sens très étroit puisqu'il s'agit du « Guide OCDE sur le devoir de diligence

Il s'agit véritablement d'une notion indéterminée car la règle de la *due diligence* oblige l'Etat à prendre des mesures positives de protection des droits des autres Etats, mais sans en préciser la teneur. La jurisprudence a considéré qu'il importait que les mesures prises soient des mesures raisonnables eu égard aux circonstances⁵⁶⁶. Au-delà de ces précisions jurisprudentielles sporadiques, aucune définition précise universelle de la *due diligence* n'est connue. En réalité, la précision est illusoire avec un concept comme celui de la *due diligence* car on y recourt justement parce qu'il n'est pas possible d'être plus précis, ou encore pour éviter d'être plus précis.

Une mesure en terme de normalité est inhérente à l'application de la *due diligence*. En effet, si la *due diligence* reste une notion indéterminée, il n'en demeure pas moins qu'elle se différencie des normes qui stipulent des comportements spécifiques applicables à des situations spécifiques comme par exemple des pertes imputables à des troubles civils ou une expropriation. Au contraire, la *due diligence* est une norme comportementale en fonction de laquelle se mesure le comportement d'un Etat abstrait pour déterminer l'existence ou la mesure d'une éventuelle faute. Le référant n'est pas une norme de comportement préétablie mais bien la mesure du comportement d'un Etat normalement prudent et diligent, attentif et soucieux des intérêts présents sur son territoire comme s'il s'agissait d'un investissement national. En d'autres termes, la *due diligence* est un mètre étalon pour définir, dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un Etat abstrait de référence.

En effet, l'essentiel de l'appréhension de la notion de *due diligence* réside dans la qualification de la diligence requise. Pour autant, cette qualification est rendue difficile car elle emprunte des formulations abstraites. Elles se réfèrent à la diligence attendue en général et le critère de « diligence » est employé par référence à une norme généralement admise de comportement.

Enfin, troisièmement, tout comme n'importe quelle notion juridique, la *due diligence* est nécessairement appliquée en fonction de divers critères, extérieurs au droit. En effet, seront pris en considération tant des éléments liés à la situation politique de

pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque ».

⁵⁶⁶ Voir par exemple les affaires suivantes : Affaire *Leonor Buckingham*, RSA, vol.V, p.288, §3 ; Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, RSA, vol.II, p.644 ; Affaire *LHF Neer and Pauline Neer*, General Claims Commission (USA-Mexico), RSA, vol.IV, pp.61-62, §4 ; Affaire *Sophie B. Sturtevant*, General Claims Commission (USA-Mexico), RSA, vol.IV, p.667 ; Affaire *Nick Cibich*, RSA, vol.IV, p.58.

l'Etat, comme par exemple le fait qu'il soit en tant de paix ou en tant de guerre, ou même qu'il connaisse des troubles internes de grande importance. Seront également pris en considération certains éléments économiques tels que la situation financière de l'Etat d'accueil.

Conclusion du Chapitre 1

Généré par les besoins de la vie économique internationale, le droit international économique a pris place aux côtés du droit international classique, en empruntant parfois à sa structure et à ses instruments juridiques. C'est le cas en ce qui concerne les standards systématiques, que l'on peut également qualifier de dogmatiques. En effet, ces standards ne sont pas le propre du droit international économique et on les retrouve dans toutes les branches du droit international. Pour autant, ils arborent une connotation particulière lorsqu'ils s'appliquent à la matière économique.

A côté de ces standards systématiques, le droit international économique est régi par des standards plus pragmatiques, liés aux activités économiques internationales. Il s'agit des standards empiriques qui prennent vie au gré des besoins en la matière. Le droit international économique se révèle alors être très dichotomique : d'une part, il incite les Etats à atteindre certains objectifs et pour cela il a recourt à des standards concourant à la formulation du niveau final des objectifs et, d'autre part, il infléchit le comportement de l'Etat en imposant des standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats.

Qu'ils soient systématiques ou empiriques, ces deux types de standards correspondent à la qualité principale du droit international économique : le pragmatisme. En effet, ces deux types de standards visent à atteindre un résultat, que celui-ci soit partiel ou provisoire. Les standards sont alors efficaces car ils sont adaptés à la conjoncture profondément évolutive des relations économiques internationales et dont ils doivent suivre les fluctuations.

Pour autant, le seul type de standard à caractère général ne saurait suffire à mettre en œuvre le pragmatisme et le réalisme du droit international économique. En effet, des standards de type plus particulier et plus étroitement liés à la matière économique doivent nécessairement être adoptés et appliqués pour adapter le droit à la réalité économique.

Chapitre 2 : Les standards à caractère particulier du droit international économique

Il est possible de qualifier certains standards de particuliers, en ce sens qu'ils trouvent à s'appliquer dans des conventions spécifiques du droit international économique. Il existe deux sortes de conventions spécifiques qui correspondent aux deux manières d'envisager les relations économiques. Ces deux visions du droit international économique doivent nécessairement être envisagées dans une thèse traitant du droit international économique puisqu'elles résultent du fait qu'il ne peut y avoir une distinction claire entre droit public et droit privé dans cette branche du droit international. Cette dichotomie ne peut avoir sa place en droit international économique car elle ne correspond pas à sa nature intrinsèque qui associe étroitement les Etats et le marché, c'est-à-dire qu'il associe tant les personnes publiques que les personnes privées dans l'élaboration et l'application des règles qui le composent. En abandonnant cette séparation nette entre droit public et droit privé, il est possible d'entrevoir, au travers des standards, un champ beaucoup plus large de la normativité du droit international économique.

Ainsi, la première catégorie de conventions spécifiques qu'il faut envisager sont celles qui répondent à une vision de l'économie par le haut, c'est-à-dire qui régissent les relations entrent les Etats, ou, en d'autres termes, les relations macro-économiques (**Section 1**).

La deuxième catégorie de conventions spécifiques sont celles qui répondent à une vision de l'économie par le bas, c'est-à-dire qui régissent les relations entrent les acteurs économiques, ou, en d'autres termes, les relations micro-économiques (**Section 2**).

Pour chacune des ces relations économiques, des standards particuliers sont rattachés aux conventions.

Section 1 : La présence des standards à caractère particulier dans les relations macro-économiques

Etymologiquement, le terme de « convention » vient du latin *convenio*, lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, donc être d'accord ou finalement donner son consentement. Le terme « consentement » a, lui, pour origine, *consentire* qui signifie également être d'accord. Ainsi, ces deux termes évoquent une action identique sous des angles différents. Ils ont donc une fonction distincte et mettent en lumière les deux

facettes d'une même opération bilatérale. Dans *consentire* – consentir – l'observation de l'action se concentre sur chacun des sujets expliquant sa parenté avec « consentement », qui sous entend une action individuelle. Au contraire, *convenire* – convenir – se situe au cœur de l'action, c'est-à-dire là où les consentements se rencontrent. C'est alors qu'existe une convention. Elle est l'acte par lequel les volontés s'accordent sur un ou plusieurs points. Cet acte connaît, dans les relations internationales économiques, deux formes : le traité et le contrat⁵⁶⁷.

Le niveau macro-économique étant celui où se mène la politique économique de l'Etat, il est possible d'envisager les standards en la matière en se focalisant plus particulièrement sur deux domaines du droit international économique : le droit international des investissements (§1) et le droit international financier et monétaire (§2). En effet, ces deux domaines présentent des originalités telles qu'on ne saurait faire l'économie de leur analyse distincte.

§1 : Le droit international des investissements et la technique du standard

Si la notion même d'investissement international semble être difficile à définir⁵⁶⁸, il existe pour autant un corpus de règles régissant ce domaine du droit international économique. Parmi ce corpus de règles, il est indéniable qu'une large place est laissée aux standards juridiques qui irriguent de leurs caractéristiques l'ensemble de la matière. En effet, le droit international des investissements est principalement le fruit d'une intentionnalité collective, partagée entre l'investisseur et l'Etat d'accueil. Seuls les standards sont les plus à même de traduire cette volonté commune, contribuant ainsi à la normativité du droit international économique.

Les conventions du droit international économique revêtant deux formes, à savoir le traité et le contrat, il est nécessaire d'entreprendre une analyse à la fois d'un point de vue du traité et du contrat. On pourra alors considérer un des traités régissant la politique économique de l'Etat c'est-à-dire le traité bilatéral d'investissement (**A**) ainsi que les contrats d'Etat (**B**).

⁵⁶⁷ Raisonnement tiré de GHESTIN J., *Les obligations. La formation du contrat*, édition LGDJ, 3^e édition, Paris 1993, 976 pages. Spéc. pp.5 et 6.

⁵⁶⁸ CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique, op.cit.*, spéc. p.403.

A- Les traités bilatéraux d'investissements et la technique du standard

Ces dernières décennies⁵⁶⁹ sont immanquablement marquées par « *l'extraordinaire développement du nombre des traités bilatéraux concernant la promotion et la protection des investissements* »⁵⁷⁰. En effet, on assiste à un phénomène qui consiste, pour les Etats, à compléter leurs législations nationales avec des traités sur la promotion et la protection des investissements étrangers. S'il est impossible pour la présente étude d'envisager une analyse complète de tous les traités bilatéraux d'investissement⁵⁷¹, il est désormais clair que nous n'assistons plus à une variété de législations et de codes nationaux qui reflétaient directement ou non les clivages de type idéologique entre économies libérales et économies socialistes ou dirigistes⁵⁷², mais qu'« *une nouvelle étape semble être franchie : les règles relatives à l'investissement ont tendance à se standardiser avec une intensité sans précédent* »⁵⁷³, si bien que certains auteurs ont pu écrire que « *the common core of BIT scan now be considered to be indicative of state practice and customary international law* »⁵⁷⁴. Cette standardisation provient du fait que la plupart des pays investisseurs ont leurs propres modèles d'accords qu'ils proposent aux PED. Ces modèles contiennent des standards en la matière.

Ainsi, les traités bilatéraux comportent toujours au moins quatre séries de standards : les standards concernant l'accueil des investissements (1), les standards concernant le traitement des investissements une fois constitués (2), les standards concernant la protection et la garantie de ces investissements (3) et, enfin, les standards concernant le règlement des différends entre les Etats parties au traité d'une part et, d'autre part entre l'Etat d'accueil de l'investissement et l'investisseur (4).

⁵⁶⁹ Ce sont les évènements majeurs des deux dernières décennies du siècle passé (implosion du communisme, démembrement de l'empire soviétique, chute du mur de Berlin symbole de la confrontation entre les blocs et de la guerre froide, triomphe du capitalisme et de l'économie de marché) qui vont bouleverser les tendances juridiques.

⁵⁷⁰ LEBEN Ch., *L'évolution du droit international des investissements*, www.jurispolis.com. On estime à environ entre 2400 et 2600 le nombre de traités bilatéraux d'investissement en 2006.

⁵⁷¹ L'approche la plus complète d'une analyse des traités bilatéraux serait l'étude, désormais ancienne, menée par Rudolf Dolzer et Margrete Stevens : *Bilateral Investment Treaties*, édition Kluwer/Nijhoff, 1995.

⁵⁷² Certains auteurs distinguaient à cet égard entre plusieurs types de législations qu'on pouvait rattacher à des catégories de pays faisant partie du paysage politique immédiat de l'après guerre froide et du principe de la liberté des Etats d'opter pour le système politique, économique et social de leur choix qui a longtemps présidé les relations internationales au temps de la compétition entre les blocs.

⁵⁷³ HORCHANI F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI* 2004, n° 2, p.367.

Par ailleurs, à ce stade de l'étude il est tout à fait indispensable de rapprocher la réflexion des standards contenus dans les traités bilatéraux d'investissement sur celle concernant les Principes Directeurs de la Banque Mondiale en la matière. En effet, si ces principes ne cherchent pas à mettre en place un cadre juridique contraignant⁵⁷⁵, ils se présentent comme étant un modèle proposé à l'attention des Etats et des investisseurs et à ce titre ils trouvent toute leur place dans une étude sur les standards du droit international des investissements puisqu'ils « *reflect emerging rather than settled, standards under contemporary international law* », comme le souligne le Rapport de la Banque Mondiale.

1) Les standards concernant l'accueil des investissements

Il s'agit des clauses d'admission qui, si elles sont simples, ne doivent pas être sous-estimées car « *elles constituent d'une certaine manière le pivot de l'architecture des Conventions* »⁵⁷⁶. A cet égard, on parle également de « pré-investissement » qui reflète la situation dans laquelle l'Etat d'accueil tente d'attirer des investisseurs privés. Ceux-ci n'ont pas encore réalisé leur investissement en tant que tel : ils sont en quête d'opportunités mais n'ont pas encore investi. A ce titre, l'Etat d'accueil est en mesure de décider, librement et sans restrictions, quel genre d'investissement et d'investisseurs il va admettre.

A ce sujet, il est possible de distinguer deux types de standards : le standard européen (a) et le standard américain (b) alors que les Principes de la Banque Mondiale exposent un standard simple en matière d'admission des investissements (c).

⁵⁷⁴ WAELDE T., « Multilateral investment agreements in the year 2000 », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, p.391.

⁵⁷⁵ Les Principes eux-mêmes excluent leur qualification de codification de règles contraignantes de droit international en la matière. Ainsi que le souligne le Rapport, « *this report does not aim at representing a codification on what are necessarily agreed upon, binding rules of international law* ». En revanche, l'instrument « *rather [...] attempts to reflect at this stage generally acceptable international standards which meet the objective stated in the Development Committee's request, i.e., the promotion of foreign direct investment* ».

⁵⁷⁶ LAVIEC J-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, édition PUF, Paris 1985, p.53.

a- Le standard d'admission des investissements des Principes Directeurs de la Banque Mondiale

Le Principe II de la Banque Mondiale relatif à l'admission des investissements réaffirme le droit de l'Etat d'accueil d'admettre ou non l'investissement sur son territoire, sous réserve des obligations internationales qu'il a souscrites⁵⁷⁷.

Ce Principe encourage les Etats, d'une part à faciliter l'admission et la constitution des investissements par les nationaux des autres Etats, et, d'autre part, à éviter d'imposer des formalités trop lourdes ou complexes pour l'admission de ces investissements ou de multiplier à l'excès les conditions d'admission⁵⁷⁸.

Néanmoins, le Principe n'interdit pas pour autant l'introduction de restrictions voire même le refus d'admission. Ainsi, le Principe II reconnaît le droit de chaque Etat « *to make regulations to govern the admission of private foreign investments* »⁵⁷⁹. La Banque Mondiale reconnaît ainsi que l'admission de l'investissement relève de la compétence des Etats dans le cadre de l'exercice de leur souveraineté. Elle considère cependant que la réglementation nationale peut inciter ou non l'investissement étranger et, à ce titre, le Principe II préconise les réglementations incitatives et recommande la liberté d'admission.

Pour autant, le Principe II valide deux catégories de restrictions à l'admission. En premier lieu, celles qui visent tous les investisseurs qu'ils soient nationaux ou étrangers. Il s'agit des restrictions en fonction de l'ordre public, de la santé publique et de la protection de l'environnement⁵⁸⁰. En second lieu, celles qui visent uniquement les étrangers. Il s'agit des obligations de résultat et des listes d'investissement. Il n'est par exemple pas recommandé de mettre en place une obligation de participation minimale locale ou encore des objectifs en matière du personnel ou des exportations. On peut noter à cet égard que les Principes s'alignent sur les préférences politiques des Etats-Unis.

Le refus de faire entrer un investissement est parfaitement autorisé par le Principe puisque le refus d'admission est autorisé, dans l'alinéa 4, « *without prejudice to the general approach of free admission recommended in Section 3 above* ».

⁵⁷⁷ The World Bank Guidelines, « Guidelines II », Sect.4.

⁵⁷⁸ The World Bank Guidelines, « Guidelines II », Sect.2.

⁵⁷⁹ The World Bank Guidelines, « Guidelines II », Sect.3.

⁵⁸⁰ The World Bank Guidelines, « Guidelines II », Sect.5.

Ainsi, la recommandation d'admission ouverte est assortie d'une liste restrictive de types d'investissements interdits ou contrôlés et subordonnés à une autorisation.

Il est cependant clair que tous les systèmes juridiques réglementent l'admission des investissements. C'est ce qu'il ressort de l'étude sur le standard européen et le standard américain d'accueil des investissements.

b- Le standard européen d'accueil des investissements

Le standard européen en la matière laisse à l'Etat d'accueil la liberté entière de définir dans quelles conditions celui-ci souhaite recevoir des investissements, soit en les accueillant tous, soit en réservant certains secteurs de l'économie nationale à ses propres ressortissants. Il s'agit du standard de la clause d'encouragement qui, malgré quelques nuances dans les formules utilisées, apparaît identique dans sa substance. C'est le cas des modèles suisse⁵⁸¹, luxembourgeois, français⁵⁸², allemand⁵⁸³, ou britannique⁵⁸⁴. La pratique conventionnelle des pays européens repose généralement sur le fait que chaque partie contractante réserve l'application de sa loi nationale à l'admission des investissements que se proposent d'effectuer les ressortissants de l'autre partie contractante. En d'autres termes, « *les parties contractantes ne prennent aucun engagement quant à la teneur de la loi nationale en matière d'admission* »⁵⁸⁵.

Ce standard de la clause d'encouragement contenu dans les conventions bilatérales européennes répond à un objectif global d'encouragement des investissements et trace, à

⁵⁸¹ Propriété des biens meubles et immeubles, de la participation dans des sociétés, des créances monétaires, des droits d'auteurs et de propriété industrielle, des concessions ayant trait aux ressources naturelles.

⁵⁸² Ces deux modèles se distinguent par une définition synthétique de l'investissement protégé : « *tout élément d'actif quelconque et tout apport direct ou indirect en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique quel qu'il soit* » (modèle luxembourgeois) ou « *tous les avoirs, tels que bien, droits et intérêts de toutes natures* » (modèle français).

⁵⁸³ Le modèle allemand est comparable au modèle luxembourgeois. Cependant, l'expression liminaire est plus large « toutes catégories de biens » et la liste de biens est plus succincte tout en recouvrant les mêmes catégories d'apport.

⁵⁸⁴ Le terme investissement désigne selon ce modèle les avoirs de toute nature avec une liste incluant particulièrement les biens meubles et immeubles, parts, actions, valeurs et obligations de sociétés, prestations contractuelles, droits de propriété intellectuelle et les concessions.

⁵⁸⁵ JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI 1994-6, vol 250, p.161.

cet effet, « *un cadre juridique de portée générale [qui] se ramène, dans tous les cas, au célèbre triptyque : traitement, protection, garantie* »⁵⁸⁶ des investissements.

Le fait que chaque Etat européen reste libre d'agencer son TBI comme il le souhaite, suivant toujours les mêmes standards, n'empêche pas que se crée une certaine modélisation conventionnelle permettant « *de créer autour de chacun de ces Etats un maillage juridique relativement homogène, qui facilite son maniement par les investisseurs concernés* »⁵⁸⁷. En d'autres termes, la standardisation des TBI européens grâce à la technique normative du standard est une réalité en droit international des investissements et permet la facilitation des échanges.

Les traités bilatéraux d'investissement n'utilisent pas seulement le standard européen en matière d'accueil des investissements. Il existe également le standard américain en la matière.

c- Le standard américain d'accueil des investissements

Le standard américain⁵⁸⁸ s'écarte du modèle qui a été mis au point par les pays européens. Alors que ces derniers sont, avant tout, des instruments de protection, le premier reflète des préoccupations qui vont dans le sens de l'établissement d'un régime de libre circulation et de l'élimination des contraintes de gestion. Il s'agit du standard de la porte ouverte, ou, en d'autres termes, du standard de l'*open door* qui établit le standard de la liberté d'accès des investisseurs⁵⁸⁹. Ainsi, « *traditionnellement, l'Etat d'accueil garde*

⁵⁸⁶ JUILLARD P., « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *JDI*, 1979, p.274.

⁵⁸⁷ FORTEAU M., « Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par la France », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pedone, Paris 2004, p.755.

⁵⁸⁸ Le modèle de traité bilatéral américain a été modifié en 2004. Voir le communiqué du Département d'Etat à ce sujet : www.state.gov/e/eb/rls/other/38602.htm . Voir JUILLARD P., « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *AFDI* 2004, vol 50, pp.669 à 682.

⁵⁸⁹ On retrouve le standard de la porte ouverte dans des traités multilatéraux concernant l'investissement, comme par exemple à l'article 1101 de l'ALENA ou à l'article 2§1 du MERCOSUR. Cependant, le modèle américain, s'il repose sur l'idée de libre admission, n'en prévoit pas moins la possibilité, pour les parties contractantes, d'invoquer les exceptions au traitement national qu'autorise la convention.

toute compétence de contrôle en matière d'admission des investissements sur son territoire »⁵⁹⁰.

Ce standard encourage simplement les Etats à promouvoir sur leurs territoires les investissements provenant d'autres Etats, cherchant à assurer une admission sans entrave des investissements.

Si on ne dénombre pas moins de 40 TBI liant les Etats-Unis avec d'autres partenaires⁵⁹¹, le modèle américain d'accueil des investissements a trouvé une résonance régionale puisqu'il est désormais incorporé dans certaines organisations internationales à vocation économique présentes sur le continent et qui ont adopté des réglementations sur l'investissement allant dans le sens du standard de *l'open door*. A ce titre, on peut établir une distinction entre les organisations qui ont mis en place un degré d'ouverture large et d'autres qui ont un degré d'ouverture plus restreint.

Par exemple, certains accords comme ceux de la Communauté Andine, du CARICOM (Communauté des Caraïbes) ou encore le Protocole de Buenos Aires du MERCOSUR conservent une approche plus traditionnelle en maintenant un certain contrôle des Etats sur l'admission de l'investissement. Le CARICOM, créé sur une base protectionniste, reste le régime le moins favorable aux investissements. En effet, son article 35 ne fait qu'interdire aux Etats Membres d'adopter de nouvelles restrictions à l'admission des investissements et les invite à écarter celles qui existent en accord avec un programme qui reste à définir par le Conseil de Commerce et du Développement du CARICOM. Le Protocole de Buenos Aires, quant à lui, repose sur un objectif d'harmonisation de la réglementation des Etats sur l'investissement dit « extra-zone » dans le but de réduire la concurrence entre les Etats Membres quant aux mesures relatives à l'investissement étranger. Reprenant les traités classiques en la matière, il garantit, dans son article B1, le droit de chaque Etat Membre d'encourager et d'admettre les investissements conformément à sa législation.

Les autres accords régionaux, comme l'ALENA, le Protocole de Colonia du MERCOSUR et le G-3 ont opté pour des régimes plus libéraux qui viennent élargir ou développer les

⁵⁹⁰ SUSANI N., « L'encadrement juridique de l'investissement sur le continent américain », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pedone, Paris 2004, p.734.

⁵⁹¹ Nous reprenons ici le chiffre donné par le professeur Christian Deblock et qui provient du site de l'USTR et de celui du Trade Compliance Center. Ces données datent du 3 août 2009. DEBLOCK Ch., « Le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », in *Le commerce international. Entre bi- et multilatéralisme*, édition Larquier, Paris 2010, p.154.

pratiques relevées dans les TBI sur l'investissement signés par les Etats-Unis. Ces réglementations ont pour but principal d'attirer les investisseurs dans ces zones économiques en élargissant la notion d'investissement et en optant pour une politique libérale de l'admission. Ainsi, les articles 1102 et 1103 de l'ALENA, mais également les articles 17-03 et 17-04 du G-3 et les articles 3§2 et 3§4 du Protocole de Colonia appliquent les standards du traitement national et celui de la nation la plus favorisée dès le stade de l'accueil⁵⁹².

Au vu de ces considérations, on peut résumer la différence entre les deux modèles standards : le modèle américain retient le principe de la porte ouverte dans les limites du traitement national ou de la clause de la nation la plus favorisée alors que le modèle européen, lui, conserve la pratique ancienne qui laisse à l'Etat d'accueil la liberté de définir quels investissements il veut accueillir.

Pour autant, en ce qui concerne le traitement de l'investissement étranger, une fois l'investisseur accueilli, il existe une grande similitude d'un traité à l'autre.

2) Les standards concernant le traitement des investissements

Historiquement, le droit international des investissements avait pour principal objet la protection que le souverain tentait d'obtenir pour la propriété de ses ressortissants à l'étranger, en échange d'une promesse réciproque. Puis, au 19^{ème} siècle, les principes dits « classiques » du droit des investissements ont vu le jour et consistaient non plus seulement en la protection des biens mais également en la protection des citoyens au travers d'accords conclus avec l'Etat d'accueil. Ainsi « *le contenu du droit international des investissements était le produit des forces opposées du nationalisme et de l'étatisme d'une part, brandissant le drapeau de la souveraineté, et des forces des Etats*

⁵⁹² Ce traitement se poursuit d'ailleurs durant toute la vie de l'investissement puisque, comme le précise les articles 1102 et 1103 de l'ALENA, chacune des parties accordera aux investisseurs d'une autre partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investisseurs d'une autre partie, ainsi qu'un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissement.

commerciallement dominants brandissant la bannière du libéralisme, d'autre part »⁵⁹³. Désormais, avec la mondialisation de l'économie, la protection principale réside dans le pouvoir massif des marchés de sanctionner la mauvaise conduite des Etats d'accueil.

Ainsi, s'agissant des standards concernant le traitement des investissements une fois constitués, le même standard est adopté : il s'agit du standard international minimum de traitement dont la conformité, mesurée par rapport aux principes de droit international, doit lier tous les Etats indépendamment de leurs positions politiques ou pratiques relatives à l'investissement étranger⁵⁹⁴. Ce standard est constitué par des obligations conventionnelles protectrices des investisseurs et de leurs investissements. Il est généralement admis que le standard minimum de traitement comprend le standard du traitement juste et équitable⁵⁹⁵, mais également le standard de pleine et entière protection et sécurité⁵⁹⁶. Ce qui est important dans cet accouplement, c'est que si le traitement national est plus défavorable que le standard minimum de traitement des étrangers et de leurs biens tel que défini par le droit international général⁵⁹⁷, l'inscription dans le traité bilatéral du standard du traitement juste et équitable, revient à hausser le traitement des investissements étrangers au niveau du standard minimum du droit coutumier.

Ce standard est à mettre en relation avec des exigences modernes en matière de traitement et de protection des investissements. On peut alors citer, à titre d'exemple, l'égal accès à des conditions raisonnables aux équipements essentiels à la conduite

⁵⁹³ WALDE W. Th., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, édition Pédone, Institut des hautes études internationales de Paris, Cours et travaux n°2, Paris 2004, p.19.

⁵⁹⁴ Voir en ce sens, JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, *op.cit.*, p.39 et s.

⁵⁹⁵ Dans la sentence *SD Meyers c. Canada*, le tribunal a considéré que le traitement juste et équitable de l'investissement était l'un des aspects du standard minimum auquel il se trouvait incorporé.

⁵⁹⁶ C'est ce que l'on retrouve à l'article 5 du modèle de traité bilatéral américain de 2004 :

Article 5: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

⁵⁹⁷ Par exemple un pays dénué d'un appareil judiciaire développé et impartial, laissant la place à l'arbitraire de l'administration, n'assurant pas la protection et la sécurité des personnes et des biens, etc.

d'activités économiques, mais aussi la transparence des conditions d'investissement, un système fiscal raisonnable et, surtout, un maximum de réglementation standardisées.

Les Principes Directeurs de la Banque Mondiale fournissent un modèle standard en matière de traitement des investissements. Ils recommandent la non-discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux qui se trouvent en situation similaire. En effet, les Principes reconnaissent « *that equal treatment of investors in similar circumstances and free competition among them are prerequisites of a positive investment environment* »⁵⁹⁸. Le Principe III fait entrer dans le traitement de l'investissement tout ce qui a trait à la constitution ainsi qu'aux différents aspects de l'opération et des activités complémentaires, y compris la liquidation de l'investissement. En d'autres termes, la portée de l'application des règles de traitement est plus large dans ce Principe que dans les autres instruments bilatéraux. Le Principe III suit toutefois l'approche des conventions bilatérales conclues par les Etats-Unis qui incluent l'établissement dans le cadre du traitement. Dans ce Principe, les principes généraux de traitement sont baptisés « standards » dans la terminologie anglaise et « critères généraux de traitement » dans la terminologie francophone. Or, d'un point de vue terminologique, un critère peut se définir comme étant un caractère extrinsèque ou intrinsèque qui permet de reconnaître un objet et de le distinguer des autres. Dans la mesure où les Principes n'ont pas pour objet d'opposer une pratique par rapport à une autre mais d'identifier la pratique optimale, les standards qu'ils énoncent ne peuvent pas être considérés comme des critères mais bien comme des étalons de mesure du degré de la conformité du droit interne au droit international. Le standard alors évoqué est le suivant : chaque Etat est incité à réserver « *to investment established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines* »⁵⁹⁹.

Les traités bilatéraux d'investissement contiennent une autre catégorie de standards : ceux concernant la garantie des investissements.

⁵⁹⁸ *The World Bank Guidelines*, « Guideline I », sect.3.

⁵⁹⁹ *The World Bank Guidelines*, « Guideline III », sect.2.

3) Les standards concernant la garantie des investissements

S'agissant des standards concernant la protection et la garantie de ces investissements, on ne peut que remarquer que « *le réseau des TBI fournit des solutions convergentes* »⁶⁰⁰. Il s'agit ici des standards concernant l'indemnisation en cas d'expropriation qui ont trouvé leur formulation dans la nécessité d'une indemnisation prompte, adéquate et effective. En effet, la principale crainte des investisseurs étrangers a toujours été celle de la perte de leurs propriétés à la suite d'expropriation.

Même si les formules employées dans les différents traités peuvent varier dans leur détail, la formule même d'une indemnité prompte, adéquate et effective se rencontre dans de très nombreux traités conclus par les pays de l'OCDE, dont la France. C'est ainsi qu'« *on peut admettre que le principe de non-expropriation sauf indemnité prompte, adéquate et effectivement réalisable n'est plus discuté* »⁶⁰¹. Si « *la détermination des conditions d'indemnisation d'un investissement exproprié constitue à l'évidence le nœud gordien du droit international en la matière* »⁶⁰², il n'en demeure pas moins que la formulation manque de clarté. Afin de pouvoir appliquer ce standard, le juge ou l'arbitre devra alors faire appel à des critères extérieurs au droit qui permettront une mesure de la situation en termes de normalité.

En effet, les traités prévoient que l'expropriation de tout investissement ne peut se faire que sous certaines conditions, dont le paiement d'une indemnité appropriée et il existe alors diverses formules pour préciser ce qui est approprié. De la même manière, les traités précisent que sont visées aussi « *toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder directement ou indirectement les investisseurs* »⁶⁰³ ou « *any other measures tantamount to expropriation or nationalization* »⁶⁰⁴, ou encore « *toute autre forme de dépossession directe ou indirecte* »⁶⁰⁵, ou enfin « *any other measure, direct or indirect if the effect of such measure, or a series of such other measure, would be tantamount to*

⁶⁰⁰ LEBEN Ch., *L'évolution du droit international des investissements*, *op.cit.*

⁶⁰¹ KAHN Ph., *Les aspects nouveaux du droit des investissements*, édition Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, p.35.

⁶⁰² LAVIEC J-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, *op.cit.*, p.189.

⁶⁰³ TBI Chine-Pakistan.

⁶⁰⁴ TBI Royaume Uni- Panama.

⁶⁰⁵ TBI France-Corée du Sud.

expropriation or nationalization »⁶⁰⁶. Si les formules diffèrent, c'est bel et bien le même standard de l'indemnisation prompte, adéquate et effective qui devra s'appliquer.

Les Principes Directeurs de la Banque Mondiale contiennent un standard concernant l'expropriation au Principe IV. Ainsi, les dispositions du principe en matière d'expropriation « *will apply with respect to the conditions under which a State may unilaterally terminate, amend or otherwise disclaim liability under a contract with a foreign private investor for other than commercial reasons, i.e., where the State acts as a sovereign and not as a contracting party* »⁶⁰⁷. Ce standard établit une distinction majeure entre la rupture du contrat pour des raisons autres que commerciales et la rupture du contrat pour des raisons commerciales. Selon le Principe IV, alinéa 1 « *State may not expropriate [...] except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against payment of appropriate compensation* ». Le Principe IV est également le standard général recommandé en matière de compensation à l'expropriation et, selon la pratique dominante, met en place le standard d'une indemnisation adéquate, effective et prompte dans son alinéa 2.

Les traités bilatéraux d'investissement contiennent une autre catégorie de standards : ceux concernant le règlement des différends en matière d'investissements.

4) Les standards concernant le règlement des différends en matière d'investissement

Si « *les procédés de règlement des différends ont toujours été un des points les plus sensibles des rapports entre investisseurs étrangers et Etat d'accueil* »⁶⁰⁸, désormais tous les traités bilatéraux d'investissement contiennent un article consacré au règlement des différends en matière d'investissement. Dans la très grande majorité des cas, cet article prévoit que, si les tentatives de règlement amiable se révèlent infructueuse, les parties

⁶⁰⁶ TBI Egypte- Etats Unis.

⁶⁰⁷ *The World Bank Guidelines*, « Guideline IV », Sect.11.

⁶⁰⁸ KAHN Ph., *Les aspects nouveaux du droit des investissements*, op.cit., p.39.

devront soumettre leur litige à une instance arbitrale. Dans la plupart des traités, on rencontre alors un standard particulier que l'on peut dénommer le standard de la Clause CIRDI. Avec l'incorporation de cette clause standard dans leur traité, les parties s'engagent à porter leurs différends devant un tribunal arbitral du CIRDI.

Cette clause standard, que l'on retrouve dans de très nombreux TBI, met en évidence l'importance croissante du CIRDI dans la résolution des litiges relatifs aux investissements internationaux par rapport à d'autres instances arbitrales qualifiées « *d'institutions arbitrales 'commerciales'* » par certains auteurs⁶⁰⁹, comme par exemple la CCI. Pourtant, la Cour de la CCI a traditionnellement été l'institution arbitrale qui a administré le plus de litiges en matière d'investissements internationaux puisqu'avant les années 1990, l'arbitrage CCI – ainsi que l'arbitrage *ad hoc* – organisé conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, fournissait aux investisseurs privés et aux Etats hôtes des investissements internationaux le système de résolution des litiges le plus approprié en ce domaine⁶¹⁰.

Si le CIRDI « *est demeuré assez longtemps dormant, jusqu'à ce que la célèbre affaire SPP c. Egypte, dite du Plateau des Pyramides, fasse sauter un verrou décisif* »⁶¹¹, force est de constater l'explosion de l'insertion de la clause standard CIRDI dans les TBI si bien que l'on peut désormais parler d'une certaine banalisation de la clause standard. Certains auteurs voient dans cette banalisation une expansion du recours au CIRDI dont on ne voit pas encore les limites et caractérisent le rôle du CIRDI comme étant à la fois croissant et extrêmement changeant⁶¹².

Cette clause standard permet d'arriver à un équilibre entre le respect de la souveraineté de l'Etat et le respect des intérêts de l'investisseur⁶¹³. Néanmoins, si la clause CIRDI devient un standard des traités bilatéraux d'investissement offrant ainsi un véritable équilibre entre investisseurs privés et Etats d'accueil, il n'existe pas « *une seule affaire CIRDI tranchée sur le fondement d'un TBI où l'Etat d'accueil aurait été condamné*

⁶⁰⁹ SILVA ROMERO E., « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale », in *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, édition LGDJ, Paris 2006, p.332.

⁶¹⁰ Malgré l'essor de la clause standard CIRDI, la Cour de la CCI continue de recevoir, chaque année, une très importante quantité d'affaires impliquant des personnes morales de droit public (Etats et émanations d'Etats) sur la base de contrats d'Etat.

⁶¹¹ Propos tenus par M. Philippe Leboulanger lors de la table ronde sur « La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », in *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, édition LGDJ, Paris 2006, p.345.

⁶¹² Propos tenus par Mme Brigitte Stern lors de la table ronde sur « La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », *ibid.*, p.347.

⁶¹³ La recherche de l'équilibre est un des rôles des standards. Voir *infra*, p.333.

pour une violation contractuelle »⁶¹⁴. Dans la plupart des cas, les sentences ont nié la compétence du CIRDI sur des réclamations purement contractuelles ou alors ont évité de condamner l'Etat exclusivement sur cette base. Pour autant, on ne peut que remarquer qu'une véritable jurisprudence sur le fond s'affirme sur la notion même d'investissement, le droit applicable, le respect de la bonne foi, le jeu des clauses de respect des engagements, sur le traitement juste et équitable ou encore sur l'estoppel. Ainsi, on ne peut que se rendre compte qu' « *une structure juridique de l'investissement international est en train de se construire et que cette structure se fait dans une perspective transnationale pour ne pas dire mondiale* »⁶¹⁵.

C'est le Principe V de la Banque Mondiale, dans son alinéa 2, qui met en place le standard de la clause CIRDI en disposant que « *each State is encouraged to accept the settlement of such disputes through arbitration under the Convention establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) if it is a party to the ICSID Convention or through the 'ICSID additional Facility' if it is not a party to the ICSID Convention* ».

L'étude du droit international des investissements et sa relation avec la technique juridique du standard permet de mettre en évidence l'efficacité de telles normes, qui contribuent indéniablement à la normativité du droit international économique.

Cependant, les traités bilatéraux d'investissements ne sont pas les seules conventions qui reflètent la politique économique de l'Etat et qui à ce titre contient un certain nombre de standards particuliers. En effet, à côté de ces traités, on trouve une autre catégorie de conventions, ce sont les contrats d'Etat.

⁶¹⁴ C'est ce qu'explique M. Antonio Crivellaro lors de la table ronde sur « La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », *op.cit.*, p.358.

⁶¹⁵ KAHN Ph., *Les aspects nouveaux du droit des investissements*, *op.cit.*, p.41.

B- Les contrats d'Etat et la technique du standard

« En matière d'investissements, les entreprises multinationales deviennent [...] ouvertement des partenaires à égalité avec les Etats »⁶¹⁶. Cette égalité est rendue juridiquement possible par ce que l'on appelle les contrats d'Etats, c'est-à-dire des contrats conclus entre un Etat et un investisseur privé qui devient ainsi sujet du droit international économique⁶¹⁷. Les contrats d'Etat, c'est-à-dire des contrats conclus par l'Etat avec des personnes privées étrangères pour une opération économique internationale⁶¹⁸, ont fait l'objet de nombreuses controverses et polémiques en droit international économique et les questions y afférant baignent toujours dans ce que le professeur Weil a qualifié de « clair-obscur »⁶¹⁹. Pour autant, nous ne reprendrons pas ici les polémiques et les questions qui réapparaissent très régulièrement concernant cette catégorie d'acte juridique. Ainsi, nous ne tenterons pas d'apporter des réponses aux questions de savoir s'il s'agit d'un traité ou de savoir à quel ordre juridique le rattacher. Il sera question ici de déceler s'il existe des clauses que l'on retrouve de façon récurrente dans les contrats d'Etat ; en d'autres termes il s'agira de chercher les clauses standards des contrats d'Etat. Il ne sera donc pas fait référence ici à des termes mais bien à des clauses. Pour autant, la définition du standard reste applicable : il s'agit de clauses rédigées de façon floue permettant une application normale du contrat à l'aune de critères extérieurs au droit.

Pour déceler l'existence de clauses standards dans les contrats d'Etat, une investigation de la pratique contractuelle serait la technique la plus appropriée. Cependant, une telle entreprise est nécessairement vouée à l'incertitude car, s'ils ne sont pas tous secrets, un nombre important de ces contrats ne sont pas accessibles. En effet, « *personne n'ayant connaissance de la totalité des contrats passés par les Etats on ne peut avoir qu'une vision partielle de la réalité* »⁶²⁰.

⁶¹⁶ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 3 : la refondation des pouvoirs, op.cit.*, p.149.

⁶¹⁷ Pour Chales Leben, l'accès au statut de sujet de droit international pour des acteurs économiques privés est « d'une importance comparable à l'accession des personnes privées au droit international des droits de l'homme », ce qui renforce encore la prépondérance des acteurs économiques. LEBEN Ch., « Entreprises multinationales et droit international économique », *RSC*, n°4, 2005.

⁶¹⁸ Définition donnée par Charles Leben dans son cours de l'Académie de droit international. LEBEN Ch., *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, RCADI, p.212.

⁶¹⁹ WEIL P., « Droit international et contrats d'Etat », in *Ecrits de droit international*, p.351.

⁶²⁰ LEBEN Ch., « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international ; mélanges offerts à Hubert Thierry*, p.254.

Un premier constat doit être fait : les contrats d'Etat contiennent des standards dogmatiques⁶²¹ qui sont repris en grand nombre même si une référence expresse à ces standards ne figure que dans un nombre restreint de clauses d'*electio juris*⁶²². Ainsi, un certain nombre de contrats d'Etat prévoient que le contrat sera régi par les principes de la bonne foi ou du raisonnable⁶²³.

Néanmoins, il est possible de distinguer deux grandes clauses standards contenues dans les contrats d'Etat : la clause standard d'*electio juris* (1) et la clause standard de stabilisation (2).

1) La clause standard d'*electio juris*

Par l'insertion de cette clause standard dans leur contrat, les parties désignent le droit qui leur sera applicable. Les avantages de la liberté laissée aux parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat sont de trois ordres. Tout d'abord, la clause d'*electio juris* est un moyen de prévisibilité. Elle permet d'éviter le conflit de lois, de le résoudre et de prévenir les difficultés auxquels il peut donner lieu. Ensuite, la clause d'*electio juris* permet l'exclusion d'une loi ou de plusieurs lois inacceptable(s) pour l'une ou l'autre des parties. Enfin, la clause d'*electio juris* autorise les parties à choisir une loi dont la teneur convient à l'opération projetée.

De manière générale, la clause d'*electio juris* est insérée à la fin du contrat, à côté de la clause compromissoire ou la clause d'attribution de compétence. Ceci peut s'expliquer pour différentes raisons. Il s'agit, tout d'abord, de l'expression d'une certaine tendance à réduire l'importance des situations pathologiques, considérées comme la frange d'exception des relations contractuelles. Il peut également s'agir de l'idée selon laquelle la clause d'*electio juris* ne devrait intervenir que pour compléter la volonté des parties exprimée dans les autres clauses, les clauses qui les précèdent.

⁶²¹ Voir à ce sujet l'étude du professeur Weil sur les « Principes généraux du droit et contrats d'Etat ». WEIL P., « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, pp.387-414.

⁶²² La sentence arbitrale de 1982 dans l'affaire Aminoil montre que des clauses d'*electio juris* peuvent figurer à la fois dans le contrat lui-même et dans le compromis. Lorsque les deux clauses ne concordent pas exactement, la sentence déclare qu'on doit les présumer comme renvoyant au même « *assemblage of rules* » (§8 de la sentence).

⁶²³ Ce fut le cas de la Convention URSS-Lena Goldfields de 1925 dans son article 89, qui a donné lieu à une sentence arbitrale en 1930 (Annual Digest of International Law Cases, n°1 et 258) et de la Convention Abu-Dhabi-Petroleum Development de 1939 qui a donné lieu à une sentence arbitrale en 1963.

Aujourd'hui, la clause d'*electio juris*, comme les clauses relatives aux litiges est de plus en plus perçue comme participant au management des contrats et à la gestion des risques contractuels: approche dynamique des contrats.

Le principe de la validité de cette clause standard a été consacré législativement par l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et maintenant par ce que l'on dénomme Rome II⁶²⁴.

Dans la quasi-totalité des contrats d'Etat, cette clause stipule que le droit applicable sera celui de l'Etat d'accueil interprété au regard des règles du droit international en la matière conformément à l'article 42§1 de la Convention de Washington créant le CIRDI⁶²⁵. Ainsi, par exemple, l'article 26.1 d'un contrat conclu entre le Ghana et un groupe de sociétés pétrolières dont la Shell conclu le 26 juillet 1988 stipule que « *this agreement [...] shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ghana consistent with such rules of international law as may be applicable including rules and principles as have been applied by international tribunals* ». Une clause du même type se rencontre dans un contrat de concession entre le gouvernement somalien et la société Comoco du 17 juin 1986⁶²⁶ et dans un contrat d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures passé entre la République du Zaïre et la société Amoco Zaïre le 30 mai 1987⁶²⁷.

Une autre clause standard contenue dans les contrats d'Etat est la clause de stabilisation.

2) La clause standard de stabilisation

L'effet de cette clause revient à ce que le droit applicable ne soit pas purement et simplement le droit de l'Etat contractant, mais le droit de cet Etat stabilisé. Deux types de clauses peuvent être trouvées : les clauses qui ont recours à la technique de l'incorporation

⁶²⁴ Voir l'article 14 du règlement CE n°864/2007 du Parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»). Disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0040:fr:PDF>

⁶²⁵ Pour une analyse de l'article 42§1, voir le commentaire de SCHREUER Ch., *ICSID review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, n°2, pp.398-500.

⁶²⁶ Article 27 du contrat.

⁶²⁷ Article 20 du contrat.

et celles qui ont recours à la technique de l'inopposabilité. Dans le cas de l'incorporation, le contrat déclare assimiler aux stipulations contractuelles telles ou telles dispositions de la législation en vigueur à la date de la signature de la convention. Dans le cas de l'inopposabilité, l'Etat s'engage à ne pas appliquer à son cocontractant les modifications éventuelles de sa législation. Si les techniques sont dissociées, l'effet reste le même dans les deux cas : les deux parties conviennent que le droit applicable au contrat est le droit de l'Etat gelé, en tout ou en partie, à une date donnée, le plus souvent à la conclusion du contrat. En tout état de cause, avec l'insertion de cette clause standard, ce n'est pas le droit de l'Etat qui est la *lex contractus*, mais un ensemble de règles coïncidant avec le droit de l'Etat à un moment donné et incorporé dans le contrat. L'effet en est que le cocontractant de l'Etat est à l'abri des changements de politique de l'Etat. Non pas que l'Etat ne pourra pas changer sa législation mais s'il applique ce changement au contrat comportant la clause standard de stabilisation, il devra en répondre devant la juridiction arbitrale et, éventuellement, indemniser son cocontractant. Cependant, la valeur juridique de ces clauses standards est très souvent remise en question et « *l'absence de toute jurisprudence encourage la controverse* »⁶²⁸.

De plus, cette clause standard doit désormais être regardée à l'aune de la problématique environnementale. En effet, la question de la distinction entre la réglementation légitime et les abus de réglementation est en train d'acquiescer une dimension environnementale. *A priori*, le droit de l'environnement n'a pas besoin d'être absolument figé. Il faut surtout se poser la question du niveau de changement imprévu de la réglementation et son impact sur les attentes légitimes de l'investisseur. En matière environnementale, il est difficile d'interdire tout changement législatif qui reste souvent un moyen légitime de faire évoluer le régime normatif en accord avec l'évolution des connaissances, ou de prendre en compte les nouvelles pratiques. Il est, en réalité, nécessaire de savoir jusqu'où un investisseur devra assumer la charge de cette nouvelle législation et « *ceci ne peut être fait sans un test d'équilibre où le poids de l'intérêt guidant le changement législatif, la proportionnalité de la mesure prise et l'impact relatif sur les droits de propriété de l'investisseur doivent être pris en compte* »⁶²⁹. On peut alors

⁶²⁸ WEIL P., « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Ecrits de droit international*, p.334. Le professeur Weil retrace, dans cet article, toute la problématique de la valeur juridique de la clause standard de stabilisation.

⁶²⁹ WALDE W. Th., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, op.cit., p.63.

envisager qu'à partir d'un certain degré d'intensité et d'impact la réglementation environnementale peut devenir une « *mesure équivalent à une confiscation* » au sens du Chapitre XI de l'ALENA déclenchant ainsi une obligation de payer une indemnisation. A l'heure actuelle, aucune affaire n'a eu à être jugée sur ce motif⁶³⁰.

Enfin, la clause standard de stabilisation connaît désormais une renaissance. Il s'agit des clauses basées sur le *usus modernus* et qui sont particulièrement pratiquées dans les économies en transition instables qui acceptent désormais une restriction à leur souveraineté législative par voie de contrat⁶³¹.

Avec la crise économique qui a débuté en automne 2008, certains auteurs ont pu se demander si elle pouvait « *modifier en profondeur la structure même du droit des investissements* », ou si elle allait seulement risquer « *de constituer une nouvelle page dans l'interprétation – et donc dans l'application – des règles du droit des investissements ?* »⁶³². Pour autant, si du fait de la crise économique, « *la plupart des mesures d'urgence économique adoptées par les Etats ces derniers mois pour lutter contre la crise comportent des dispositions qui sont contraires aux règles de comportement des Etats édictées par le droit des investissements internationaux* »⁶³³, les standards, quant à eux, loin de subir la crise, permettent, au contraire, aux Etats de s'y adapter. En effet, leur contenu étant déterminé en fonction des faits de l'espèce, ce qui est considéré comme normal en vertu des conséquences de la crise pourra être applicable sans que la structure normative du droit des investissements n'en soit modifiée.

La crise économique n'a pas seulement eu des conséquences normatives en matière d'investissement, le droit international financier et monétaire s'en est trouvé touché, devenant le terrain le plus propice à l'édiction de standards juridiques.

⁶³⁰ On peut seulement citer l'affaire dans laquelle la société Ethyl s'est plaint devant l'ALENA de ce qu'une réglementation canadienne interdisant le commerce d'une substance chimique spécifique produite par la compagnie entraîne une discrimination à l'encontre des canadiens qui produisent la même substance. Mais le gouvernement canadien a annulé la réglementation en cause.

⁶³¹ Voir à ce sujet, WALDE W. Th. et NDI G., « Stabilising International Investment Commitments », *Texas International Law Journal*, vol.31, 1996, pp. 215-268.

⁶³² MANCIAUX S., « Analyse de la crise économique actuelle au regard du droit des investissements internationaux », *Revue de droit bancaire et financier*, Septembre-Octobre 2009, p.14.

⁶³³ MANCIAUX S., *ibid.*, p.18.

§2 : Le système monétaire et financier international et la technique du standard

Si l'expression « système monétaire international » est d'usage courant, il n'en demeure pas moins qu'aucune définition officielle n'existe. En effet, les statuts du FMI y font référence⁶³⁴ mais ne le définissent pas. De plus, il devient tout à fait illusoire de séparer artificiellement ce qui relève du « monétaire » et ce qui relève du « financier » tant ces deux domaines sont imbriqués⁶³⁵ puisque monnaie et finance ont partie liée, comme en témoigne la crise de la dette grecque. La crise économique a d'ailleurs vu une tendance très nette se dessiner « *de faire du système financier international, sous l'impulsion prioritaire du G20, un prolongement du système monétaire* »⁶³⁶. En d'autres termes, « *pour mieux cerner la réalité contemporaine, mieux vaut donc parler de système monétaire et financier international* »⁶³⁷.

C'est donc bien le terme de « système monétaire et financier international » que nous entendons employer ici, et non le terme de « droit international monétaire et financier ». On peut définir un système, d'un point de vue du droit, comme étant un « *tout organisé, c'est-à-dire une totalité dont les éléments entretiennent des relations spécifiques* »⁶³⁸ ou encore comme étant « *un ensemble d'éléments en interaction, constituant une totalité et manifestant une certaine organisation* »⁶³⁹. Evoquer un « droit international monétaire et financier » reviendrait à considérer qu'il existe des règles de droit dur en ce domaine, or il n'en est rien. C'est pourquoi la technique du standard juridique est d'autant plus présente en la matière.

⁶³⁴ Ainsi, l'article IV, section 1 des statuts affirme que « *le but essentiel du système monétaire international est de fournir un cadre qui facilite les échanges de biens, de services et de capitaux entre nations et qui favorise une croissance économique saine [...]* ». Version des statuts tels que modifiés et approuvés par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 63-2 du 28 avril 2008 et ayant pris effet le 3 mars 2011.

⁶³⁵ Pourtant certains auteurs évoquent le fait que « *l'affirmation de l'existence d'un système monétaire et financier international paraît à ce jour douteuse* ». THOUVENIN J-M., « Les objectifs du 'système monétaire et financier international' : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », in *La refondation du système monétaire et financier international. Evolutions réglementaires et institutionnelles*, p. 15. Dans le même ordre d'idée, un document du FMI souligne que « *the international monetary system is different from the international financial system* ». Document du 22 février 2010, spéc. p.11, disponible à l'adresse suivante <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/022210.pdf>

⁶³⁶ THOUVENIN J-M., *ibid.*, p.20. Certains auteurs évoquent même le passage d'une « *régulation monétaire à une régulation financière* » : expression du professeur Sorel in « Les Etats face aux marchés financiers », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, édition Litec, Paris 2000, spéc. p.517.

⁶³⁷ CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, *op.cit.*, p.561.

⁶³⁸ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, édition PUF, Paris 1988, pp.24-25.

⁶³⁹ BRAILLARD P., *Théorie des systèmes et relations internationales*, édition Bruylant, Bruxelles 1977, p.53.

Il est également nécessaire de préciser pour quelles raisons le système monétaire et financier international est étudié dans une section concernant les relations macro-économiques. En effet, à première vue ce domaine est davantage du domaine privé qu'interétatique. Cependant, la dernière crise économique a révélé que « *dans la mesure où la crise est mondiale, elle appelle une réponse mondiale, par la mise en place de politiques coordonnées* »⁶⁴⁰. Dans le domaine financier, les réglementations ont toujours été, avant tout, nationales mais preuve en est qu'il s'agit là d'un important facteur d'instabilité. Ainsi, « *suite aux crises financières qui ont secoué certains pays émergents dans la seconde moitié des années nonantes, une orientation renforcée vers des standards reconnus à l'échelle planétaire est apparue comme une mesure réaliste et susceptible de recueillir un consensus international* »⁶⁴¹. On est donc passé d'une dimension micro-économique à une dimension macro-économique dont les normes ne sont plus uniquement orientées vers l'objectif de préservation de la solvabilité des établissements individuels mais vers des objectifs de stabilité globale du système financier. Ainsi, le nouveau système financier international mis en place après la crise s'articule autour de l'idée que les différents secteurs de la finance sont imbriqués entre eux, non seulement au plan international mais aussi sectoriel⁶⁴² et que l'objectif de stabilité ne peut être poursuivi qu'à l'échelle de l'ensemble de la sphère financière, selon une approche macro-économique et micro-économique, et non plus seulement micro-économique⁶⁴³.

Les jalons d'une étude sur les standards du système monétaire et financier international ainsi posés, il est désormais nécessaire d'identifier plus clairement ces standards (**A**) avant d'envisager leurs particularités (**B**).

⁶⁴⁰ PACLOT Y., « Vers une régulation financière mondiale », *Revue de droit bancaire et financier*, Novembre-décembre 2009, p.1.

⁶⁴¹ WEBER R. et GERTSCH R., « L'importance des standards internationaux pour la surveillance des marchés financiers », *Revue de politique économique*, 2005, n°3, p.16.

⁶⁴² En effet, ce qui se passe dans le secteur de l'assurance rejaillit nécessairement sur les activités bancaires, lesquelles ont un effet sur les activités de marché, et ainsi de suite.

⁶⁴³ A ce propos, certains auteurs évoquent que « *law and regulation in the field of international finance is mainly the purview of national governments, but multilateral institutions are becoming more important over time* ». SCOTT H.S., « International finance : rule choices for global financial markets », in *Research Handbook in international economic law*, p. 363. Dans le même ordre d'idée, le rapport Stiglitz consacre son chapitre 2 aux « Problèmes et perspectives macroéconomiques ». STIGLITZ J.E., *Le rapport Stiglitz. Pour une vraie réforme du système monétaire et financier international*, édition LLL, Paris 2010, spéc. pp.63 et s.

A- L'identification des standards monétaires et financiers internationaux

En matière monétaire et financière internationale, « *tout porte à croire que les Etats veulent éviter de prendre des engagements sanctionnés par le droit international* »⁶⁴⁴. C'est ce qu'il ressort très clairement de la Charte du Conseil de Stabilité Financière (CSF)⁶⁴⁵ qui expose, à la suite de 15 articles, que « *this Charter is not intended to create any legal rights or obligations* »⁶⁴⁶. Ce recours à la *soft law*, et donc aux standards, revêt pourtant une grande importance et se justifie par l'idée qu'il est préférable de laisser à chaque Etat le soin d'adapter dans son droit interne, au rythme et avec les outils qui lui conviennent, les standards adoptés au plan universel. En termes d'efficacité, il ne fait aucun doute que les Etat peuvent parfaitement agir sans être pour autant contraints par des obligations de droit « dur »⁶⁴⁷. Mais une coordination des politiques économiques ne peut être réellement efficace que si elle s'inscrit dans le cadre d'objectifs que les participants se fixeraient et « *ces objectifs doivent être suffisamment stables, précis et contraignants pour mieux orienter les choix des participants, mais aussi suffisamment flexibles pour s'adapter à la diversité et à la variabilité des conditions économiques* »⁶⁴⁸. La norme la plus à même de concilier ces deux impératifs sont sans nul doute les standards juridiques.

Si les standards sont la norme la plus efficace destinée à éviter le risque systémique, il est possible d'identifier les standards autour de trois types de standards : le standard de transparence (1), les standards de surveillance (2) et les standards de résilience (3). Ces trois grands axes de standards reflètent le contenu du *Compendium of standards (CoS)* élaboré par le Forum de Stabilité Financière (FSF) qui comporte douze

⁶⁴⁴ THOUVENIN J-M., « Les objectifs du 'système monétaire et financier international' : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », *op.cit.*, p.22.

⁶⁴⁵ Le Conseil de stabilité financière (en anglais Financial Stability Board ou FSB), est un groupe économique informel créé lors de la réunion du G20 à Londres en avril 2009. Il succède au Forum de stabilité financière (Financial Stability Forum ou FSF) institué en 1999 à l'initiative du G7.

⁶⁴⁶ Le texte intégral de la Charte du CSF est disponible à l'adresse suivante : http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925d.pdf

⁶⁴⁷ Cependant, certains auteurs se posent la question de savoir si cette approche est totalement efficace « *car conjurer le risque 'systémique' impose que chacun, et pas seulement certains, respecte les règles de sécurité financière minimales consignées dans les 'standards'* ». THOUVENIN J-M., « Les objectifs du 'système monétaire et financier international' : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », *op.cit.*, p.23.

⁶⁴⁸ CHEMAIN R., « Vers une meilleure coordination internationale des politiques économiques ? Le cadre du G20 pour une croissance forte, durable et équilibrée », in *La refondation du système monétaire et financier international. Evolutions réglementaires et institutionnelles*, p.99.

standards⁶⁴⁹. En effet, il est nécessaire de contenir l'étude de l'identification des standards monétaires et financiers internationaux autour de ces trois types de standards car une analyse exhaustive de l'ensemble des standards semble inopportune tant ils recouvrent un volume significatif. A travers ces trois types de standards, il est déjà tout à fait possible de mettre en perspective leurs particularités et les domaines qu'ils recouvrent.

1) Le standard de transparence

Les crises économiques successives ont mis en évidence les faiblesses dans l'organisation et la structure financières des Etats touchés par ces crises et, notamment, le manque de transparence.

La mise en place d'un standard concernant la transparence est indispensable en ce domaine car elle est de nature à permettre aux marchés de s'ajuster d'une façon plus lissée aux évolutions économiques et de réduire ainsi leur volatilité. La transparence passe, notamment, par la fourniture d'une information statistique complète fiable. Cette information est une condition indispensable pour permettre aux investisseurs sur les marchés financiers de réaliser une meilleure discrimination des risques entre les pays dont la situation économique et financière est différente. Une meilleure discrimination contribue à atténuer les phénomènes de contagion financière caractérisés par la transmission des tensions financières subies par un pays spécifique⁶⁵⁰ aux pays de la même zone géographique, voire à l'économie mondiale.

Le standard de transparence s'applique à plusieurs domaines du système monétaire et financier international et, en particulier, à deux domaines qui irriguent totalement le système monétaire et financier international.

En premier lieu, ce standard s'applique en matière monétaire et financière. A ce propos, le FMI a publié un « Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques

⁶⁴⁹ L'un des premières missions assignées au FSF a été de recenser, sélectionner, diffuser et promouvoir les règles permettant de renforcer et de stabiliser le système financier international. L'objectif du recensement fit de répertorier l'ensemble des codes de conduite, lignes directrices, standards ou autres types de règles existantes de dimension internationale. Ce premier travail a abouti à une première liste de 69 codes. Le FSF a finalement sélectionné 12 standards, correspondant à 15 instruments, qui reflètent les meilleures pratiques pour chacun des secteurs clés concernés et constituant le *Compendium of Standards*. Une liste du CoS est disponible à l'adresse suivante : <http://www.financialstabilityboard.org/cos/index.htm>

⁶⁵⁰ Il peut s'agir, par exemple, d'une augmentation généralisée des *spreads* obligataires, d'une chute brutale des cours boursiers ou encore de tensions sur les taux de change.

monétaires et financière »⁶⁵¹ qui s'adresse essentiellement aux banques centrales et aux organismes financiers. Dans ce domaine, le standard de transparence s'organise autour de quatre objectifs.

Le premier objectif est la définition claire des rôles et des responsabilités de chacun des organismes financiers. Ainsi, le FMI précise qu'en matière de politique monétaire, la banque centrale et les autres organismes financiers doivent clairement définir leurs objectifs et les relations qui les unissent en les communiquant au public ou en les faisant inscrire dans un texte ayant autorité dans l'ordre juridique interne.

Le deuxième objectif est la clarté dans le processus d'élaboration et d'annonce des décisions de politique monétaire. Les délibérations des instances compétentes en la matière doivent être communiquées dans un délai raisonnable⁶⁵² et de façon périodique.

Le troisième objectif est l'accès du public à l'information sur la politique monétaire. Pour satisfaire à cet objectif, le FMI recommande aux instances financières d'appliquer les normes élaborées pour la diffusion des données. La norme principale à laquelle les instances peuvent se référer est la Norme Spéciale de Diffusion des Données (NSDD)⁶⁵³ qui permet d'accroître l'offre de statistiques actuelles et complètes, ce qui facilite la conduite de politiques macro-économiques avisées. D'après le FMI, « *la NSDD est un étalon pour la diffusion des données macroéconomiques. La souscription à la NSDD indique que le pays satisfait à un test de 'civisme statistique'* ».

Enfin, le quatrième objectif est l'obligation de rendre des comptes et la garantie d'intégrité. Cet objectif s'adresse tant aux cadres dirigeants de la banque centrale qui doivent, par exemple, comparaître périodiquement devant une autorité publique désignée pour rendre compte de la conduite, des résultats obtenus et des perspectives de la politique monétaire, qu'à la banque centrale elle-même qui doit donner des assurances sur l'intégrité de ses opérations et de ses responsables en publiant des états financiers vérifiés et des informations sur ses dépenses et ses recettes d'exploitation, et en divulguant les règles de conduite de ses responsables.

En second lieu, le standard de transparence s'applique aux finances publiques. A cet effet, le FMI a également publié un « Code de bonnes pratiques en matière de

⁶⁵¹ L'intégralité du Code est disponible à l'adresse suivante : <http://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/fre/code2f.pdf>

⁶⁵² On remarque ici l'usage d'un standard systématique du droit international économique.

⁶⁵³ Cette norme a été créée en 1996 pour aider les pays membres qui ont, ou pourraient chercher à avoir, accès aux marchés internationaux de capitaux à communiquer des données économiques et financières au public.

transparence des finances publiques »⁶⁵⁴. La transparence des finances publiques se définit comme étant la nécessité de faire connaître ouvertement au public les activités budgétaires passées, présentes et futures de l'État, ainsi que la structure et les fonctions des organes gouvernementaux qui déterminent la politique et les résultats budgétaires. Le standard de transparence en matière de finances publiques permet que le débat public ait lieu sur la base d'informations plus solides et renforce en outre la responsabilisation et la crédibilité des pouvoirs publics. En réalité, le standard de transparence dans ce domaine précis témoigne du rôle non négligeable des standards dans la gouvernance⁶⁵⁵ puisque le FMI admet que la bonne gouvernance est cruciale pour assurer durablement la stabilité macroéconomique et une croissance de qualité, et qu'une gestion saine des finances publiques, reposant notamment sur la transparence, en est un aspect essentiel.

En matière de finances publiques, le standard de transparence repose également sur quatre objectifs.

Le premier objectif est la définition claire des rôles et des responsabilités. A cet égard, le standard de transparence doit permettre de mettre en évidence une distinction réelle entre les activités du secteur public et les activités commerciales. Il doit, en outre, inscrire la gestion des finances publiques et de ses relations avec le secteur privé dans un cadre juridique clair.

Le deuxième objectif est la transparence des procédures budgétaires. Le standard de transparence est ici relié à la publicité des données budgétaires qui doivent être présentées de manière à faciliter l'analyse et à promouvoir la responsabilisation des pouvoirs publics. Toute la documentation budgétaire produite doit préciser les objectifs de la politique budgétaire, les hypothèses macroéconomiques qui les sous-tendent et les principaux risques.

Le troisième et le quatrième objectifs sont l'accès du public à l'information et la garantie d'intégrité. Ici, le standard de transparence dans le domaine des finances publiques et le même que dans le domaine de la politique monétaire.

Le standard de transparence se révèle donc être un pilier pour un système monétaire et financier international plus stable. Pour autant, ce standard n'aura de valeur que s'il peut faire l'objet d'une évaluation. Il paraît, en effet, primordial de savoir comment le standard de transparence est appliqué dans les différents Etats. Dans le cadre

⁶⁵⁴ L'intégralité du Code est disponible à l'adresse suivante : <https://www.imf.org/external/french/np/pp/2007/101907mf.pdf>

⁶⁵⁵ Voir *infra*, p. 391.

du CFS, aucune évaluation de la mise en œuvre des standards n'est prévue. L'évaluation doit alors s'effectuer par le biais d'autres institutions.

L'évaluation peut se faire par les Etats⁶⁵⁶ ou des groupes d'Etats⁶⁵⁷ de leur propre initiative ou sur proposition d'une institution⁶⁵⁸. Elle peut également se faire par des institutions. A cet égard, le FMI a mis en place un système d'évaluation de l'effectivité du standard de transparence. Le Fonds encourage ainsi tous ses membres à se soumettre à une évaluation de la transparence de leur politique monétaire et de leurs finances publiques. Pour cela, les Etats membres sont encouragés à rendre un Rapport sur l'Observation des Normes et Codes (RONC) qui inventorie les pratiques en vigueur et définit, pour chaque Etat, les mesures à prendre en priorité pour améliorer la transparence. En détectant les principaux risques budgétaires et en les portant à l'attention de tous, ces RONC de transparence budgétaire jouent un rôle essentiel dans le processus de surveillance. Cependant, la double démarche d'entreprendre un RONC budgétaire et d'en assurer ensuite la publication est facultative⁶⁵⁹.

Pour autant, certains économistes font le constat que « *si le renforcement de la transparence est nécessaire à un meilleur fonctionnement du système financier, il n'est pas suffisant* »⁶⁶⁰. En effet, le manque de transparence peut certes être un symptôme d'échecs du marché, mais ces échecs peuvent avoir d'autres manifestations et « *le manque de transparence n'est qu'un échec du marché parmi d'autres* »⁶⁶¹.

Le standard de transparence en matière monétaire et financière trouve également une autre résonance dans un domaine autre que l'activité elle-même. Il s'agit du standard de transparence en matière de missions et d'objectifs assignés aux autorités compétentes. Ici, ce n'est pas l'activité qui est visée mais bien l'autorité qui exerce l'autorité. En

⁶⁵⁶ Les Etats-Unis ont, par exemple, procédé à une évaluation de la conformité de leur réglementation avec les standards du FSF. La dernière évaluation date du 30 juillet 2010 dont les résultats sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Standards-and-Codes.aspx> Les Etats-Unis sont le seul pays au secteur financier de dimension internationale à avoir jusqu'alors refusé un contrôle externe.

⁶⁵⁷ On peut citer à titre d'exemple l'évaluation sur la mise en œuvre des principes du Comité de Bâle réalisée dans le cadre de l'APEC en 1999 lors de la 6^{ème} conférence des ministres des finances de la zone APEC.

⁶⁵⁸ Les Etats sont régulièrement sollicités par l'envoi d'un questionnaire établi par les institutions.

⁶⁵⁹ D'après les chiffres publiés par le FMI, à la date de septembre 2010, 92 pays de toutes les régions du monde et à tous les niveaux de développement économique avaient affiché leurs RONC budgétaires sur le site internet du FMI. Les informations peuvent être actualisées à tout moment à la demande des autorités; celles-ci peuvent également décider au bout de 5 ans de recommencer un RONC complet. À la date de septembre 2010, 27 pays avaient procédé à des mises à jour ou à des réexamens complets.

⁶⁶⁰ STIGLITZ J.E., *Le rapport Stiglitz. Pour une vraie réforme du système monétaire et financier international*, op.cit., p.128.

⁶⁶¹ STIGLITZ J.E., *ibid.*, p.129.

d'autres termes, si les autorités compétentes sont investies de larges pouvoirs, ils doivent être exercés de manière transparente. Ce standard est indispensable pour assurer les conditions d'une régulation optimale en renforçant la légitimité des autorités. L'AICA relève d'ailleurs qu' « *indépendance, responsabilité, transparence et intégrité interagissent et se renforcent mutuellement. La transparence aide à protéger l'indépendance, à garantir la responsabilité et à asseoir l'intégrité* »⁶⁶². Ce standard de transparence n'est pas sans rappeler le standard du traitement juste et équitable présent en droit international des investissements⁶⁶³. Ce standard de transparence appliqué aux autorités compétentes peut également s'apparenter à un standard de gouvernance⁶⁶⁴ qui requiert de la transparence dans la répartition des compétences au sein de la direction de la société et l'obligation pour les dirigeants de rendre compte effectivement de leurs actes.

La stabilité du système monétaire et financier international ne passe donc pas exclusivement par le standard de transparence. Le standard de surveillance est également nécessaire pour promouvoir cette stabilité.

2) Les standards de surveillance

Les standards de surveillance se composent de différents standards ayant tous la même vocation : permettre une coopération entre les différentes autorités compétentes en la matière afin de garantir la stabilité du système dans son ensemble.

On trouve ainsi le standard d'échange d'informations qui, s'il permet le maintien de la stabilité du système, n'est pas évoqué de la même manière par tous les « Standard-Setting Bodies ».

Au sein du Comité de Bâle, le standard d'échange d'informations a notamment été inséré dans les accords de Bâle II qui invitent à la conclusion d'accords « *régissant la coopération et l'échange d'informations* » et devant « *prendre la forme qui convient le mieux aux autorités de contrôle concernées* »⁶⁶⁵. Les accords de Bâle III ont donné un

⁶⁶² Voir le point 3.2 des principes de l'AICA, 2003, p.12.

⁶⁶³ Voir *supra*, p. 179.

⁶⁶⁴ BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2011, spéc. p.429.

⁶⁶⁵ Voir *Les principes directeurs pour la mise en œuvre transfrontière du Nouvel Accord*, Août 2003, Principe 4, Point 15, p.3.

contenu plus précis à ce standard en demandant aux banques de fournir un certain nombre d'informations⁶⁶⁶.

Au sein de l'OICV, le standard d'échange d'informations est plus abouti. Cela s'explique par le fait qu'en ce domaine, l'activité de l'OICV est très ancienne. Elle remonte, en effet, à la résolution dite « Déclaration de Rio » de 1986 qui posait le principe d'un échange d'informations en matière d'opérations frauduleuses sur valeur mobilière. Ce premier pas vers un échange d'informations optimal a été suivi par l'adoption d'une résolution de 1989 proposant aux membres de l'OICV de conclure des *Memorandum of Understanding* (MoU) bilatéraux. Peu de temps après ont été adoptés, en 1991, les *Principles for Memoranda of Understanding* qui ont mis en place dix principes visant à donner un contenu au standard d'échange d'informations. Enfin, à la suite des événements du 11 septembre 2001, l'OICV a mis en place un comité spécial chargé d'examiner « *la capacité et la volonté des régulateurs de mettre en place des standards exigeants en matière d'échange d'informations* »⁶⁶⁷. Finalement, ces années de travaux sur la mise en place d'un standard d'échange d'informations ont abouti à la rédaction d'un « MoU multilatéral »⁶⁶⁸, entériné par le Comité des Présidents, puis ouvert à la signature lors de la conférence annuelle de l'OICV de 2002 à Istanbul.

Au sein de l'AICA, le standard d'échange d'informations a trouvé une consécration lors de l'adoption de l'*Insurance Concordat* en 1997⁶⁶⁹ qui fournit une base détaillée du standard d'échange d'informations entre autorités⁶⁷⁰. Se calquant sur l'OICV, l'AICA a également adopté un *Model Memorandum of Understanding* en septembre 1997 puis, en 2002, elle a proposé un document comprenant détaillant le standard d'échange d'informations⁶⁷¹. C'est en 2007 que le standard d'échange d'informations tel qu'entendu par l'AICA a connu une véritable consécration avec l'adoption d'un MoU multilatéral⁶⁷².

On peut également citer deux standards qui évoquent le standard de surveillance en matière de prévention du blanchiment de capitaux. Il s'agit de deux standards qui

⁶⁶⁶ Voir *Bâle III : dispositif réglementaire mondial visant à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires*, Juin 2011, Principe 6, Points 91 et s., p.35.

⁶⁶⁷ Communiqué de presse de l'OICV sur la création d'un comité spécial. IOSCONEW14, octobre 2001.

⁶⁶⁸ OICV, *Accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations*, IOSCPD126, mai 2002.

⁶⁶⁹ L'intitulé exact du Concordat est le suivant : *Principles applicable to the supervision of international insurers and insurance groups and their cross-border business operations*. Ce concordat a été révisé en décembre 1999. Il est disponible à l'adresse suivante : www.iaisweb.org

⁶⁷⁰ Voir notamment le Chapitre 4, « Aids to cooperation », p.8.

⁶⁷¹ AICA, *Supervisory standard on the exchange of informations*, janvier 2002.

⁶⁷² AICA, *Multilateral memorandum of understanding on cooperation and information exchange*, février 2007.

répondent au « risque blanchiment » autrement connu sous l'acronyme LAB/CFT⁶⁷³ : le standard de vigilance et le standard de déclaration. Ces deux standards sont très étroitement liés puisque le standard de déclaration « *découle naturellement de l'application de l'obligation de vigilance qui, sans être nécessairement un préalable requis, forme tout de même le socle d'un processus déclaratif qui se veut efficace* »⁶⁷⁴. On peut faire remonter leur consécration à l'adoption de la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, communément appelée « Troisième directive anti-blanchiment »⁶⁷⁵. A cet égard, l'utilisation d'une directive est à signaler : nous sommes bien dans la dynamique qui anime l'usage d'un standard juridique, à savoir la flexibilité. En effet, l'emploi d'une directive et non d'un règlement permet de « *satisfaire les exigences de sécurité nationale et d'assainissement du système bancaire et financier mondial tout en n'accablant pas les professionnels assujettis aux obligations de vigilance* »⁶⁷⁶.

S'agissant du standard de vigilance, son contenu a été quelque peu explicité dans une directive d'application qui a cependant mis en avant la souplesse conférée aux Etats membres⁶⁷⁷. C'est précisément l'article 7 de la directive qui définit à quel moment le standard de vigilance doit se déclencher de la part des organismes financiers.

Le standard de déclaration, quant à lui, est l'écho de l'obligation de déclaration de soupçon apparue à la fin des années 1980 et recommandée par le GAFI. L'objectif de ce standard est la prévention du blanchiment de fraude fiscale vers les grands montages sociétaires et fiscaux et les mécanismes de fraude élaborés.

Les standards de surveillance s'avèrent donc être des normes adaptées et efficaces pour contribuer à la stabilité du système monétaire et financier international.

⁶⁷³ Il s'agit de l'abréviation de Lutte Anti-Blanchiment/Contre le Financement du Terrorisme. Terme utilisé par le GAFI.

⁶⁷⁴ BEGUE G., « Etat et perspectives des politiques de prévention du blanchiment de capitaux en Europe », in *Les défis actuels du droit financier*, p. 357.

⁶⁷⁵ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JOUE L.309 du 25 novembre 2005, p.15.

⁶⁷⁶ BEGUE G., « Etat et perspectives des politiques de prévention du blanchiment de capitaux en Europe », *op.cit.*, p.341.

⁶⁷⁷ Directive portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée, du 1^{er} août 2006, JOUE L.214 du 4 août 2006, pp.39-34.

Néanmoins, ils doivent se coupler à une troisième catégorie de standards afin d'y contribuer le plus efficacement possible.

3) Les standards de résilience

Le terme de « résilience », qui doit s'entendre au sens de la capacité de résistance à une crise⁶⁷⁸, est notamment utilisé dans le secteur bancaire. La dernière crise économique a montré à quel point le risque est au cœur de l'activité bancaire et combien la maîtrise de ce risque est essentielle. Ainsi, deux types de standards ont été adoptés : les standards juridiques et les standards techniques.

Les standards juridiques élaborés en la matière sont des standards prudentiels qui visent à éviter la survenue de quatre principaux risques. Le premier risque est le risque de solvabilité qui est le risque couru par le créancier de perte de tout ou partie de sa créance en raison de l'insolvabilité de son débiteur. Il s'agit du corollaire de toute activité de crédit. Le second risque est le risque de liquidité qui découle du fait que le banquier, en tant qu'intermédiaire financier, transforme les échéances par des emplois à plus longues échéance que les ressources. Le troisième risque est le risque de marché qui est le risque de perte de valeur lié à une évolution défavorable des prix ou des paramètres de marché, comme par exemple les taux d'intérêt, les taux de change ou les cours des valeurs mobilières ou des matières premières, touchant de manière négative les positions de la banque. Le quatrième risque est le risque opérationnel qui résulte de l'inadaptation ou d'une défaillance imputable à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs. Il peut s'agir, par exemple, d'un risque de fraude et notamment des fraudes commises dans les salles de marché.

Pour lutter contre ces principaux risques, les acteurs étatiques comme non étatiques ont mis en place des normes prudentielles dans le cadre, notamment du Sommet du Groupe des grands pays industrialisés⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Ce terme n'est pas propre au secteur monétaire et financier international. En effet, ce terme est issu de la physique et concerne la résistance des matériaux à un choc. Il a ensuite été introduit dans d'autres disciplines comme l'informatique, la psychologie ou encore l'économie.

⁶⁷⁹ Ainsi, en réponse à la crise asiatique, le sommet du G7 de Cologne a préconisé, en 1999, une meilleure autorégulation du marché. Puis, à la suite de la crise de 2007-2008, le Groupe, élargi à 20 pays, a préconisé l'adoption d'une réglementation plus stricte. Les sommets qui se sont tenus depuis novembre 2008 à Washington, Londres, Pittsburgh, Toronto, Séoul, Cannes et Los Cabos préconisent une réglementation prudentielle renforcée.

Néanmoins, l'essentiel des standards en la matière sont élaborés par le Comité de Bâle⁶⁸⁰. Depuis sa création, le Comité a publié de nombreux textes dans le but d'harmoniser et renforcer les contraintes prudentielles applicables aux banques et aux entreprises d'investissement. Le dernier accord, Bâle III⁶⁸¹, a été adopté par le Comité l'a été en réponse à la crise d'automne 2008⁶⁸². Il permet de mettre en place un certain nombre de standards de résilience et « *forme un véritable corpus international de règles prudentielles harmonisées* »⁶⁸³.

Les standards de résilience ainsi élaborés, et malgré le terme « réglementaire » du titre de l'accord, n'ont pas d'effet obligatoire à l'encontre des Etats, comme le rappelle lui-même le Comité de Bâle qui précise qu'il formule des propositions qu'il demande aux Etats et régulateurs nationaux d'adopter.

Les standards techniques élaborés en la matière ne seront abordés que succinctement étant donné la nature des ces standards techniques qui rejoint celle des standards techniques plus classiques⁶⁸⁴. Ces standards techniques de résilience portent le nom de *ratio*. C'est à partir de 1988 que le Comité de Bâle a fixé un premier *ratio* de résilience visant la solvabilité des banques : il s'agissait du *ratio Cooke*⁶⁸⁵. Fixé à un minimum de 8%, il met en rapport les fonds propres réglementaires (au numérateur) et les engagements de crédit pris par les banques (au dénominateur)⁶⁸⁶. Cependant, le côté simpliste de ce standard technique de résilience a souvent été décrié et en 2004 le Comité de Bâle fixe un nouveau *ratio*, dit « Mac Donough ». Il s'agit toujours d'un rapport d'au moins 8% entre les fonds propres et les risques pris par les banques mais le risque opérationnel comme le risque du marché sont désormais pris en compte, à hauteur

⁶⁸⁰ Ce comité est ainsi dénommé parce qu'il se réunit dans la ville Suisse de Bâle, siège de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) qui en assure le secrétariat. Ce Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a été institué en 1974 par les gouverneurs des banques centrales des 10 grands pays industrialisés consécutivement à la faillite de la banque Herstatt. Il se compose aujourd'hui des représentants des banques centrales ou des autorités de supervision du secteur bancaire de 28 Etats.

⁶⁸¹ L'intitulé exact de l'accord est le suivant : « Bâle III : dispositif réglementaire mondial visant à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires ». Ce texte a été en partie actualisé le 1^{er} juin 2011.

⁶⁸² Néanmoins un calendrier complexe de mise en œuvre de l'accord a été adopté. Il repose sur une période de surveillance et d'évaluation préalable courant 2011-2012 et une mise en place progressive, comportant des échéances annuelles, pour une entrée en vigueur complète au 1^{er} janvier 2019.

⁶⁸³ BOURDEAUX G., « Bâle III et la résilience du secteur bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, Mars 2012, n°2, p.3.

⁶⁸⁴ Voir *supra*, p.47.

⁶⁸⁵ Ce *ratio*, qui vise à limiter le risque de faillite des établissements de crédit, est connu sous le nom de *ratio Cooke*, du nom du premier président du Comité sur le contrôle bancaire, Peter Cooke.

⁶⁸⁶ Afin d'illustrer le fonctionnement de ce standard technique de résilience, Gautier Bourdeaux donne des chiffres explicatifs : « toute banque se devait de disposer d'au moins 8 euros de fonds propres pour 100

respectivement de 10% et de 5%. Avec les nouveaux accords de Bâle III, il est exigé un *ratio* de fonds propres de 4,5 % des actifs pondérés d'ici le 1^{er} janvier 2015, plus une marge de 2,5% de ces actifs pondérés d'ici 2019.

L'identification des standards monétaires et financiers internationaux démontrent bien à quel point la technique du standard juridique occupe une place manifeste en droit international économique.

Pour autant, ces standards revêtent des particularités telles qu'il est indispensable de les soulever afin de les démarquer des standards juridiques classiques du droit international économique.

B- Les particularités des standards monétaires et financiers internationaux

Du fait de leur domaine d'intervention, les standards monétaires et financiers internationaux revêtent d'autres particularités que celles intrinsèquement liées à la notion même de standard. En effet, les Etats ont choisi la forme du standard juridique car ils « *répugnent à vêtir le cadre de leur politique économique d'un corset trop contraignant et dont ils n'auraient plus par la suite la liberté de se libérer* »⁶⁸⁷. Il a donc fallu trouver une technique juridique efficace qui puisse préserver une grande flexibilité en matière de coordination des politiques économiques et offrir un jeu d'options de politiques économiques compte tenu de la diversité des situations. Néanmoins, l'essentiel des particularités que revêtent ces standards ne se situe pas là et on focaliserait à tort sur le caractère insuffisamment juridiquement contraignant ou non des obligations issues du mécanisme de coordination mis en place depuis la crise économique d'automne 2008. En effet, les particularités des standards monétaires et financiers internationaux se situent à d'autres niveaux : ils sont particuliers du fait de leur mode d'élaboration (1) et de leur nécessaire intégration dans les droits nationaux pour être mis en œuvre (2).

euros de risque de crédit pris ». BOURDEAUX G., « Bâle III et la résilience du secteur bancaire », *op.cit.*, p.3.

⁶⁸⁷ CHEMAIN R., « Vers une meilleure coordination internationale des politiques économiques ? Le cadre du G20 pour une croissance forte, durable et équilibrée », *op.cit.*, p.106.

1) Le particularisme de l'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux

Dans le domaine monétaire et financier, l'élaboration des standards revêt une particularité intéressante. Ainsi, l'élaboration des standards mêle deux types de régulation : d'une part, l'autorégulation (**a**) et, d'autre part, la régulation externe (**b**). En effet, « *en l'absence de règles internationales obligatoires, la quête de stabilité financière a dû emprunter des cheminements juridiques alternatifs* »⁶⁸⁸.

a- L'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux par l'autorégulation

On entend par autorégulation, la régulation due à des initiatives décentralisées venant du marché et des opérateurs eux-mêmes. Dans ce cadre là, il existe une coïncidence entre auteurs et destinataires de la norme.

Cette autorégulation trouve ses origines dans différents *fora* de coopération qui se sont formés de façon successive au gré des problèmes rencontrés en ce domaine. En réalité, ces « Standard-Setting Bodies » comme les nomme le CSF sont nombreux⁶⁸⁹.

On peut cependant en citer quelques uns, sur lesquels l'étude se concentrera. L'un de ces *fora* est le CSF qui succède au FSF et qui a mis en œuvre le CoS. Les standards ainsi retenus ont une caractéristique propre : ils possèdent « *une dimension d'intégration normative périphérique* »⁶⁹⁰ en ce sens qu'ils appliquent la technique du renvoi⁶⁹¹ vers d'autres instruments produits par la même institution ou d'autres entités appartenant au réseau du CSF. Ainsi, les standards du CFS se caractérisent par la généralité et renvoient

⁶⁸⁸ BISMUTH R., « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de stabilité financière », *JDI*, n°1, Janvier 2007, p.3.

⁶⁸⁹ Le CSF en dénombre 13 : le Comité de Bâle, le Comité sur le système financier mondial, le Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, le Groupe d'action financière, le Forum de stabilité financière, l'Association internationale des assureurs-dépôts, l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurances, le Bureau international des normes comptables, l'International Auditing and Assurance Standards Board, le Fonds monétaire international, l'Organisation internationale des commissions de valeurs, l'Organisation de coopération et de développement économiques et la Banque Mondiale.

⁶⁹⁰ BISMUTH R., « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de stabilité financière », *op.cit.*, p.8.

⁶⁹¹ Il s'agit de la même technique utilisée par l'OMC. Voir *supra*, p. 147.

vers des instruments plus spécifiques et plus précis. Les standards contenus dans le *Compendium* sont également le fruit d'organisations extérieures au CFS, comme par exemple les recommandations du GAFI en matière de lutte contre le financement du terrorisme.

Il existe également l'OICV dont les statuts disposent que les autorités de régulation sont résolues « à coopérer ensemble à la promotion de normes élevées de réglementation afin de maintenir des marchés justes, efficaces et solides » et « à unir leurs efforts en vue d'établir des normes et une surveillance effective des opérations internationales sur valeurs »⁶⁹².

On peut également citer l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurances (AICA) dont les statuts soulignent que l'association développera « principes, standards and guidance for the supervision of insurance markets »⁶⁹³.

Chacune de ces instances est productrice de standards « composés d'une large variété d'instruments de nature très différente et de contenu très varié »⁶⁹⁴. Certains auteurs⁶⁹⁵ ont donc pu déceler deux façons de produire des standards dans ces instances : des standards contenus dans des instruments destinés à l'ensemble de la communauté financière internationale et des standards contenus dans des instruments plus spécifiques concernant des domaines restreints. Il s'agit, en réalité, de la transcription dans le domaine financier de la distinction entre les standards généraux et les standards particuliers⁶⁹⁶.

L'élaboration des standards par l'autorégulation permet donc d'avoir à la fois des normes posées comme dénominateur commun pouvant être accepté et mis en œuvre par l'ensemble des autorités de régulation nationale et des normes plus spécifiques applicables à des situations données en fonction des circonstances de l'espèce.

Cette multiplicité de producteurs de standards peut parfois rendre illisible la clarté de l'action normative de chacune des instances. Pour palier un peu ce manque d'intelligibilité, a été créé le *Joint Forum* qui a pour mission de coordonner les travaux sur les sujets communs aux secteurs de la banque, des valeurs mobilières et de l'assurance, y compris la régulation des conglomérats financiers⁶⁹⁷. Il ne s'agit cependant pas d'un

⁶⁹² Voir le Préambule des Statuts de l'OICV.

⁶⁹³ Voir l'article 2(2)(a) des Statuts de l'AICA.

⁶⁹⁴ BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op.cit., p.386.

⁶⁹⁵ Cette dichotomie a été initiée par Régis Bismuth. Voir BISMUTH R., *ibid.*

⁶⁹⁶ Voir *supra*, p.157.

⁶⁹⁷ Le Joint Forum a été créé en 1996 sous l'égide du Comité de Bâle, de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs mobilières et de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance.

« Standard-Setting Body » puisque son rôle est, en premier lieu, d'assurer la convergence des approches des trois institutions et d'éviter le chevauchement de leurs travaux. Pour autant, son mandat lui permettrait d'exercer une activité normative⁶⁹⁸. Le Joint Forum permet donc d'avoir une certaine cohésion entre les standards ainsi élaborés.

L'autorégulation dans ce domaine permet d'avoir une cartographie normative très proche des besoins de la communauté internationale en la matière car elle a pour particularité de faire coïncider les auteurs et les destinataires des standards. Les standards sont alors l'expression et la concrétisation même d'un réel désidérata de tous les acteurs du droit international économique.

Pour autant, ce n'est pas la seule forme d'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux.

b- L'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux par la régulation externe

On entend par régulation externe, l'ensemble de la réglementation publique. Dans ce cadre là, il y a nécessairement une séparation entre auteurs et destinataires de la norme.

On retrouve ce type d'élaboration des standards monétaires et internationaux dans le cadre des droits nationaux où il existe, à ce niveau là, une grande variété d'instruments tels que les avis et recommandations des autorités de tutelle.

Dans le domaine du droit financier, l'intervention normative étatique a subi une très nette évolution car on assiste à un effacement du « *processus classique de production de normes par les instances traditionnelles des sociétés démocratiques* »⁶⁹⁹. De ce fait, ce sont les autorités de régulation qui se sont vues octroyer une grande part de la création normative en la matière.

En France, la réglementation relative aux marchés financiers est exercée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF). Par contre, la réglementation relative à tous les

⁶⁹⁸ L'article A(1) de son mandate dispose en effet qu'il peut « *develop guidance and principles and/or identify best practices* ».

autres secteurs dépend du ministre de l'économie et des finances⁷⁰⁰. Aux Etats-Unis, le système est différent puisque toutes les autorités peuvent adopter une réglementation dans le cadre de leurs activités. En revanche, dans les systèmes britanniques et allemands, les banques centrales ne sont pas investies de telles prérogatives.

Pour autant que ces autorités soient dotées d'un pouvoir dit « réglementaire », les actes qu'elles élaborent n'ont qu'une valeur de recommandation et ne sont pas juridiquement obligatoires. Il s'agit bel et bien de standards juridiques et dont les autorités de régulation attendent des entités régulées qu'elles se soumettent au modèle ainsi prescrit dans ce type d'acte. A cet égard, certains ont soulevé les problèmes de sécurité juridique que cela pouvait poser⁷⁰¹. Pourtant, et comme l'a souligné le professeur Jestaz, « *l'administration excelle à dissimuler sa poigne dans un gant de velours, sous la forme de recommandations, communiqués, avis et autres documents présentés comme indicatifs ou incitatifs, mais dont il est en pratique difficile d'éluder l'application* »⁷⁰². En d'autres termes, les autorités de régulation financière en droit interne disposent d'une palette d'instruments qui leur permet d'avoir une réelle influence normative et sont, de ce fait, plus à même de rendre effectifs les standards financiers.

Au travers de l'étude du mode d'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux, on se rend compte que la promotion des standards dans le système est largement décentralisée. Ainsi, tant les institutions spécialisées dans ce domaine que les acteurs privés y prennent part.

La particularité de ces standards ne s'arrête pas à de simples considérations d'élaboration. En effet, leur particularisme s'étend à leur nécessaire intégration au sein d'ordres juridiques pour être effectifs et efficaces.

⁶⁹⁹ BERGEL J-L., « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative. Essai de synthèse », *RRJ*, 2001, n°5, p.2373.

⁷⁰⁰ Voir l'article L.611-1 du code monétaire et financier.

⁷⁰¹ MASSON A., « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », *Bulletin Joly Bourse*, 2006, pp.292 et s. Néanmoins, les problèmes que peuvent soulever les standards en termes de sécurité juridique peuvent tout à fait être contrés : voir *infra*, p. 377.

⁷⁰² JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, édition Dalloz, collection Connaissance du droit, Paris 2005, p.32.

2) Le particularisme de la nécessaire intégration des standards monétaires et financiers

Etant donné qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, une organisation internationale disposant d'une compétence de réglementation et de contrôle sur le secteur financier, les standards ne peuvent pas disposer d'une quelconque force obligatoire. De ce fait, leur mise en œuvre ne peut se faire que par une intégration au niveau national (a) ou au niveau régional comme dans la perspective européenne (b).

a- L'intégration des standards monétaires et financiers dans les droits nationaux

Etant donné qu'il n'existe pas d'autorité centralisée susceptibles de sanctionner les manquements dans le domaine monétaire et financier international, la mise en œuvre des standards en la matière passe nécessairement par leur intégration au sein des ordres juridiques internes.

Les instruments juridiques contenant les standards monétaires et financiers internationaux élaborés par les « Standard-Setting Bodies » ont la particularité de se coordonner avec les ordres juridiques internes. Ainsi, par exemple, au sein de l'OICV, les membres voulant appliquer le MoU afin de mettre en œuvre le standard d'échange d'informations doivent établir à travers un « *fair and transparent process* » que « *they have the legal capacity to fulfill its terms and conditions* »⁷⁰³.

Cette intégration des standards dans les droits nationaux est nécessaire pour leur donner vie, mais elle est surtout motivée par des considérations de politique économique. En effet, les Etats qui n'appliquent pas ou que très partiellement les standards les plus importants vont être reconnus, par l'ensemble des opérateurs économiques, comme faisant peser un risque supplémentaire aux investissements réalisés dans ces pays. Ces Etats sont nécessairement considérés comme étant moins attractifs. Il est très clair que l'intégration, la mise en œuvre et l'application des standards donnent une impression d'intégrité du marché et cela se vérifie notamment en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux

⁷⁰³ OICV, *IOSCO announces the endorsement of the first multilateral MoU for securities regulators*, IOSCONews6, mai 2002.

et le financement du terrorisme. En d'autres termes, « *la conformité des systèmes nationaux aux standards financiers permet ainsi d'envoyer des signaux positifs aux marchés* »⁷⁰⁴.

Il faut cependant soulever une réalité quant à l'intégration des standards monétaires et financiers internationaux dans les droits internes. En effet, étant donné que ces standards résultent d'un consensus obtenu dans un cercle restreint d'Etats, le phénomène d'intégration de ces standards est surtout observable dans ces derniers et ne se réalise pas ou peu dans les PED. Afin de palier cette lacune, les institutions de coopération mettent en place une sorte de collaboration avec les autorités nationales des pays émergents pour les inciter à intégrer ces standard dans leurs ordres internes⁷⁰⁵. Les standards internationaux sont donc devenus des règles de références et on assiste ainsi à un phénomène qui consiste à ce que des Etats, qui n'ont pas participé à la formulation des standards, sont courtoisement contraints de les appliquer.

Au-delà de l'intégration des standards monétaires et financiers internationaux dans les droits nationaux, la dimension de ces standards est telle qu'il est tout aussi impératif, sinon plus, qu'ils soient intégrés dans le droit communautaire.

b- L'intégration des standards monétaires et financiers dans le droit communautaire

S'agissant des accords dits « Bâle II », ils ont été repris en droit communautaire⁷⁰⁶ par deux directives du 14 juin 2006 : la directive 2006/48 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la directive 2006/49⁷⁰⁷, dite directive CRD (« Capital Requirements Directive ») relative à l'adéquation des fonds propres des établissements de crédit⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op.cit., p.540.

⁷⁰⁵ Voir à ce sujet, BISMUTH R., *ibid.*, spéc. pp.570 et s.

⁷⁰⁶ Il serait incorrect ici d'employer le terme de « transposition », la logique n'étant pas la même.

⁷⁰⁷ JOUE n° L 177 du 30 juin 2006, p.1.

⁷⁰⁸ JOUE n° L 177 du 30 juin 2006, p. 201.

De la même manière, pour intégrer au droit communautaire les standards de « Bâle III », la Commission européenne a présenté le 20 juillet 2011 la proposition « Capital Requirements Directive IV » (CRD IV), qui remplace les directives existantes 2006/48 et 2006/49, modifiées en 2009 (CRD II) et en 2010 (CRD III).

La proposition CRD IV est en fait composée d'une proposition de règlement⁷⁰⁹ et d'une proposition de directive⁷¹⁰.

La proposition de règlement vise à transposer les recommandations de Bâle III en matière de ratios prudentiels (fonds propres, liquidité, levier, risque de contrepartie). Directement applicable à toutes les institutions financières de tous les États membres, le règlement doit constituer un règlement uniforme, conformément aux conclusions du Conseil européen des 18 et 19 juin 2009.

La proposition de directive complète la proposition de règlement par des dispositions pour lesquelles la possibilité d'une adaptation nationale peut être maintenue. C'est notamment le cas en matière de pouvoirs des autorités nationales de supervision et de régulation, de sanctions administratives aux établissements de crédit, de gouvernance des établissements de crédit et d'encadrement du recours aux notations externes.

Dans ce cadre, l'existence de deux textes différents s'explique par le fait que la proposition de règlement concerne les exigences prudentielles applicables alors que la proposition de directive concerne, quant à elle, l'accès à l'activité même. De ce fait, le fondement juridique de ces deux propositions est différent. Pour ce qui est du règlement, la proposition de la Commission repose sur l'article 114§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui permet le rapprochement des législations des États membres s'agissant de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. Pour ce qui est de la directive, la proposition de la Commission repose sur l'article 53 du TFUE relatif à l'accès aux activités non salariées. Ainsi, il est tout à fait loisible à la Commission de choisir entre ces deux possibilités et ce en application de l'article 288 du TFUE.

L'option du règlement semble être privilégiée car il présente l'avantage d'être d'applicabilité directe permettant ainsi d'éviter des distorsions et des retards dans la

⁷⁰⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, COM (2011) 452.

⁷¹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la

transposition d'une directive. Le règlement directement applicable permettra également d'éviter des fuites vers les Etats membres les moins stricts, voire le développement d'un système bancaire parallèle⁷¹¹. Toujours est-il qu'il faut souligner la nouveauté en la matière, c'est-à-dire le recours à un règlement et non une directive en matière de réglementation prudentielle dans le domaine bancaire⁷¹².

Toujours est-il qu'il est désormais aisé de constater une intégration significative des standards des institutions internationales compétentes en la matière dans le droit de l'UE. A cet égard, les textes européens citent très fréquemment les standards du Comité de Bâle, de l'OICV ou d'autres institutions de coopération⁷¹³.

Les standards des institutions de coopération sont alors, non seulement des normes du droit international économique, mais deviennent également une source du droit communautaire en matière financière.

Les relations macro-économiques, c'est-à-dire les politiques économiques des Etats, sont donc toutes empreintes de standards, qu'il s'agisse de termes standards ou de clauses standards. De la même manière, les relations micro-économiques tendent à se standardiser.

Section 2 : La présence des standards à caractère particulier dans les relations micro-économiques

Les relations micro-économiques sont les relations qu'entretiennent les opérateurs du commerce international entre eux. De ce point de vue, on a pu observer que les

surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, COM (2011) 453.

⁷¹¹ Egaleme nt appelé le « *shadow banking sector* ». Le « *shadow banking sector* », ou « finance de l'ombre » est le système d'intermédiation du crédit impliquant des entités et des activités en dehors de la régulation. Il s'agit donc d'activités similaires au secteur bancaire classique (« *bank-like functions* ») mais qui sont de purs intermédiaires, sans création de monnaie ; le plus souvent, les opérations du secteur du *shadow banking* reposent sur des chaînes d'intermédiaires. Ce secteur représente 25 % à 30 % du système financier mondial, et près de 60 000 milliards de dollars en 2010.

⁷¹² Pour l'instant, la proposition a été examinée en commission le 25 avril 2012. Le débat et le vote en séance plénière au Parlement européen a eu lieu le 16 juin 2012. L'adoption définitive pourrait intervenir rapidement, dès l'été 2012.

⁷¹³ On peut citer, à titre d'exemple, une directive européenne qui souligne que les « *dispositions de la présente directive relatives aux exigences minimales de fonds propres des établissements de crédit [...] constituent le pendant des dispositions de l'accord-cadre de Bâle* ». Considérant n°37 de la Directive

praticiens, afin d'échapper à la diversité des droits nationaux et à l'inadaptation du droit international interétatique, se sont eux-mêmes dotés de règles uniformes, notamment grâce à l'élaboration de codes de bonne conduite. Mais ce n'est pas là la seule technique utilisée : les opérateurs du commerce international ont également élaboré ce qu'il convient d'appeler des contrats-types, « *moyen le plus simple de parvenir à l'unification* »⁷¹⁴. Cet ensemble, constituant une part de la *lex mercatoria*, est relayé par les arbitres internationaux qui lui donnent vie mais pas seulement. Plus récemment, les opérateurs du commerce international ont reçu l'appui de sociétés savantes comme UNIDROIT et ses principes relatifs aux contrats du commerce international ou encore la Commission Lando et ses principes européens du droit des contrats. L'ensemble de ces instruments est immanquablement constitué de standards, répondant ainsi aux attentes de flexibilité, de rapidité et de sécurité des praticiens. Plus encore, on retrouve là, au travers des standards, la traduction d'une intentionnalité collective qui contribue à la normativité du droit international économique.

Cette tendance à la régulation des rapports juridiques au moyen de normes d'origine privée à l'aide de standards, peut s'observer très nettement à propos, d'une part, de la vente internationale de marchandises (§1), « *la vente [étant] le plus fréquent des contrats, la figure emblématique du commerce, domestique comme international* »⁷¹⁵ et, d'autre part, des contrats internationaux (§2).

§1 : La vente internationale de marchandises et la technique du standard

La vente internationale de marchandises est régie par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 qui « *constitue une réglementation [...] aussi complète que possible* » et « *qui peut être appliquée et interprétée sans référence à aucune législation nationale* »⁷¹⁶. Sa rédaction fut poussée par la nécessité du recours à un droit uniforme qui est plus avantageux que la mise en œuvre de la méthode conflictuelle dont les résultats n'ont pas

2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. JOUE, 30 juin 2006, L.177/1.

⁷¹⁴ DELEBECQUE P. et GERMAIN M., *Traité de droit commercial. Tome II*, édition LGDJ, 17^e édition, Paris 2004, p.590.

⁷¹⁵ JACQUET J-M., « Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, p.75.

⁷¹⁶ DELEBECQUE P. et GERMAIN M., *Traité de droit commercial. Tome II, op.cit.*, p.594.

toujours été satisfaisants « *notamment parce que les droits nationaux sont généralement conçus pour des opérations purement internes et que l'application d'une loi étrangère, peu connue des parties ou à tout le moins d'une d'elles, peut entraîner certains déboires* »⁷¹⁷.

Répondant ainsi aux nécessités de la vie des affaires internationales, la Convention de Vienne est une réussite⁷¹⁸, notamment grâce à sa flexibilité qui explique en grande partie son succès auprès des pouvoirs publics étatiques⁷¹⁹. L'avantage de la flexibilité est rendu possible par l'usage des standards à l'intérieur même des dispositions de la Convention, ce qui la rend d'autant plus efficace en termes de contribution à la normativité du droit international économique.

En premier lieu, force est de constater que les standards systématiques de la bonne foi et du raisonnable sont présents dans la Convention même si « *bien qu'ayant fait du raisonnable et de la bonne foi la nervure de tout son mécanisme, la Convention de Vienne n'apporte aucune précision ni sur le sens ni sur le contenu de ces principes* »⁷²⁰. Par cette insertion, la Convention de Vienne offre à ces standards une certaine normativité.

Néanmoins, un standard particulier doit être étudié au regard de la vente internationale de marchandises : il s'agit du standard de coopération contractuelle (**A**). Il est également nécessaire d'envisager les INCOTERMS comme standards de la vente internationale de marchandises (**B**).

A- Le standard de coopération contractuelle

Il existe un standard particulier dans la Convention de Vienne : il s'agit du standard de coopération contractuelle. Ce standard, particulier à la matière contractuelle, revêt une autre caractéristique originale : ce terme est totalement absent de la

⁷¹⁷ BARRIERE-BROUSSE I., « La création normative des Etats. Point de vue privatiste », in *La mondialisation du droit*, p.138.

⁷¹⁸ François Diesse parle même d'un succès sans précédent unanimement salué. DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI* 2002 n°1, pp.55 à 112.

⁷¹⁹ Voir à ce sujet l'étude de WITZ C., « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilan et perspectives », *JDI* 2006, n°1, pp.5 à 25.

⁷²⁰ DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *op.cit.*, p.58.

Convention⁷²¹. Toutefois, ce standard transparait dans plusieurs obligations substantielles des parties à la vente, notamment celles qui invitent chacune d'elles à agir dans l'intérêt de l'autre⁷²². Il renvoie au modèle de personne diligente et attentive aux besoins de son partenaire et aux devoirs qui en découlent, notamment, selon la Convention, lorsqu'elle les « *connaissait ou ne pouvait les ignorer* »⁷²³.

L'absence de dénomination de ce standard est sans doute due au fait qu'il s'agit d'un phénomène relativement récent⁷²⁴, « *ce qui justifie l'absence, sur le plan juridique, de précision du contour de cette notion qui est fondamentalement une exigence de solidarité liée à la vie en société* »⁷²⁵. En effet, avec le standard de coopération contractuelle, le contrat n'est plus envisagé « *comme le choc frontal de deux intérêts individuels antagonistes momentanément compatibles lors de l'échange des consentements* », il devient « *la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, ce qui suppose une entente minimum entre les parties, sorte d'affectio contractus* »⁷²⁶.

La coopération contractuelle peut bel et bien être qualifiée de standard étant donné qu'il s'agit d'une notion délibérément indéterminée, permettant la mesure des situations en termes de normalité, en ce sens de ce qui est normal pour une personne raisonnable selon les circonstances et la nature du contrat⁷²⁷. Cette mesure se fera grâce à des éléments extérieurs au droit puisqu'il est fait appel aux notions de solidarité, de fraternité⁷²⁸ et d'entraide dans la formation et l'exécution du contrat.

⁷²¹ Il est important de signaler que le devoir de collaboration, qui est très proche du standard de coopération contractuelle, est consacré par les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (art. 5.3) et par les Principes du droit européen des contrats (art. 1.202).

⁷²² Voir les articles 38, 39, 54, 63, 77, 85, 86 et 87 de la Convention.

⁷²³ Article 8 de la Convention.

⁷²⁴ Avant la deuxième moitié du XXe siècle, les auteurs qui ont analysé les transformations légales, économiques et sociales du droit des contrats ne se préoccupent absolument pas de la moralité contractuelle.

⁷²⁵ DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *op.cit.*, p.66.

⁷²⁶ THIBIERGE C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p.362.

⁷²⁷ Voir par exemple les articles 8.2 et 3 et 25. La Convention se réfère aux expressions de : « personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation » ; « habitudes qui se sont établies entre les parties » ; « contrats de même type dans la branche commerciale considérée » ; « circonstances particulières de la transaction » ; etc.

⁷²⁸ Certains auteurs ont pu ainsi dire que le standard de coopération contractuelle tendait à établir dans la vente internationale de marchandises une sorte de « *jus fraternitas* ». Voir DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI* 2002 n°1, p.68.

Ce standard recouvre plusieurs types de situation. Il en est ainsi de l'obligation faite à l'acheteur de prendre toutes les mesures nécessaires et d'accomplir les formalités destinées à permettre ou à faciliter le paiement du prix⁷²⁹. De même pour l'obligation faite au vendeur de faciliter la tâche de son cocontractant en identifiant clairement les marchandises afin d'éviter toute confusion ou d'écartier toute possibilité d'erreur⁷³⁰. Ou encore de l'obligation du même vendeur de fournir à l'acheteur tous les renseignements dont il dispose et qui sont nécessaires à la souscription d'une assurance pour le transport des marchandises⁷³¹.

Le standard de coopération contractuelle a notamment été consacré par la jurisprudence, en application de la Convention. Ainsi, ce standard reflète l'obligation du fabricant d'interroger son client sur le sens à donner à l'absence de commande⁷³². Dans ce cas d'espèce, le standard de coopération contractuelle vise implicitement à imposer au fabricant de satisfaire les besoins de son client. Le juge interne, en application de ce standard, laisse donc entendre que le vendeur doit interroger son client pour savoir ce qu'il attend éventuellement de lui, compte tenu des habitudes établies entre eux. Ainsi, il est indéniable que derrière l'obligation souvent implicite de faire tout son possible pour, d'une part, connaître l'intention de l'autre partie ainsi que son attente légitime et pour, d'autre part, les satisfaire se cache le standard de coopération contractuelle.

La consécration du standard de coopération contractuelle par la Convention est donc indiscutable, bien qu'elle reste implicite. Cependant, « *le fait qu' [il] soit indéniablement compté parmi les principes dont la CVIM s'inspire ne change rien à la constatation qu' [il] est refoulé, absent du texte de la CVIM* »⁷³³.

La vente internationale de marchandises, régie principalement par la Convention de Vienne de 1980, connaît cependant une autre catégorie de standards : il s'agit des Incoterms⁷³⁴ publiés par la Chambre du Commerce Internationale (CCI).

⁷²⁹ Article 54 de la Convention.

⁷³⁰ Article 32.1 de la Convention.

⁷³¹ Article 32.3 de la Convention.

⁷³² Voir l'arrêt CA Grenoble, ch. Com., 21 octobre 1999.

⁷³³ DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *op.cit.*, p.87.

⁷³⁴ L'appellation « Incoterms » est formée sur la base de l'expression anglaise « International commercial terms », par l'association des abréviations des deux adjectifs au mot « terms ».

B- Les INCOTERMS, standards de la vente internationale de marchandises

« *FOB, CIF, DDP : personne n'ignore ces sigles lorsqu'il s'agit de la vente internationale de marchandises. Aucune transaction, aucun contrat internationaux [...] ne se concluent sans l'utilisation des Incoterms* »⁷³⁵. Les INCOTERMS constituent un ensemble de règles, relatives à différents types de ventes internationales et organisées selon une structure uniforme⁷³⁶. M. Kahn y voit d'ailleurs un « *véritable système juridique normalisé permettant une standardisation des obligations du vendeur et de l'acheteur selon le mode de livraison* »⁷³⁷. Il est donc fréquent que les INCOTERMS soient associés à la notion de standardisation et soient reconnus comme de véritables standards de la vente internationale de marchandises étant donné qu'ils touchent au régime de la livraison des marchandises. Ainsi, à chaque type de vente commerciale internationale correspond un terme commercial.

Actuellement, la vente internationale est régie par les INCOTERMS 3000⁷³⁸ qui se caractérisent principalement par la présence de quatre groupes⁷³⁹. Ils sont perçus « *comme une solution apportée aux problèmes linguistiques de divergences entre les interprétations nationales de certains termes du commerce international* »⁷⁴⁰. Ils peuvent donc être reconnus comme des standards qui ont vocation à faire disparaître des interprétations nationales trop différentes pour garantir la sécurité juridique d'une opération de vente internationale de marchandises.

Pour autant, la détermination des INCOTERMS en tant que standard nécessite de confronter la notion d'INCOTERMS aux critères de définition du standard juridique.

⁷³⁵ LE MASSON D. et STENAY S., « Les INCOTERMS », in *La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989*, édition LGDJ, Paris 1990, p.37.

⁷³⁶ « *These uniform rules of interpretation are thus ensuring the standardisation of the essential contents of the main types of international sales contracts* », EISEMANN F., « Incoterms and the British Export Trade », *JBL*, avril 1965, p.119.

⁷³⁷ KAHN P., J.-Cl. Droit international voir Vente internationale, Fasc. 565 A5, n°4.

⁷³⁸ Les Incoterms 3000 ont remplacé les Incoterms 2000 au 1^{er} Janvier 2011. En effet, une nouvelle version des Incoterms, dont l'impulsion a été donnée par l'avocat Christoph Martin Radke, a été activée le 1^{er} janvier 2011. Les Incoterms 2000 ont donc laissés la place aux Incoterms 3000 qui auraient pu s'intituler Incoterms 2010 mais l'idée qu'ils seront modifiés tous les dix ans est effacée.

⁷³⁹ Pour une présentation de ces quatre groupes, voir la publication de la CCI : CCI, Incoterms 2000, publication n°560. Voir également JACQUET J.-M. et DELEBECQUE P., *Droit du commerce international*, édition Dalloz, collection cours, 2^e édition, Paris 2000, p.136-137.

Tout d'abord, il est indispensable de savoir si les INCOTERMS peuvent être considérés comme une notion juridique indéterminée. Il apparaît assez clairement que les termes commerciaux peuvent faire l'objet d'une multitude d'acceptions et de variantes en raison du fait qu'il n'existe pas de textes législatifs impératifs les visant expressément. De ce fait « *l'identification des contours de la règle en est compliquée : les obligations découlant de la règle et celles imposées par une variante changent suivant les pays* »⁷⁴¹. Ainsi, les INCOTERMS restent relativement incertains en raison d'appréhensions nationales différentes des règles relatives aux termes commerciaux. En effet, chaque Etat et donc chaque ordre juridique interne se dote de règles en la matière répondant à une organisation et à une signification particulière. Il en résulte que, de par leurs caractéristiques intrinsèques, et malgré l'effort de la CCI de donner une définition précise des termes commerciaux, les INCOTERMS sont une notion juridique indéterminée. De plus, si la CCI fournit une définition précise des termes, elles sont susceptibles d'être modifiées par convention entre les parties au contrat, si bien que le juge faisant application d'un INCOTERM peut se retrouver dans une situation où le contenu de l'INCOTERM n'est pas aisément identifiable.

Ensuite, il est désormais nécessaire si l'on peut considérer les INCOTERMS comme étant une notion juridique permettant la mesure des situations en termes de normalité. Il résulte de l'observation de l'origine des INCOTERMS qu'ils sont nécessairement liés à une pratique normale de la vente internationale de marchandises. En effet, puisque « *l'origine des termes commerciaux doit être recherchée au sein de la pratique contractuelle, c'est-à-dire parmi les habitudes des acteurs du commerce international en matière de contrats de vente* »⁷⁴², nul doute que les acteurs du commerce international usent de termes courant dans leurs domaines d'activité. En d'autres termes, la signification des INCOTERMS est nécessairement liée à ce qui est normal de pratiquer dans la vente internationale de marchandises à un moment précis. En effet, il est clair que ces termes commerciaux ne sont pas la résultante d'une envie spontanée mais bel et bien d'une réponse à un besoin en la matière. La création de ces standards commerciaux est le

⁷⁴⁰ JOLIVET E., *Les INCOTERMS. Etude d'une norme du commerce international*, édition Litec, collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris 2003, p.127.

⁷⁴¹ JOLIVET E., *ibid.*, p.83.

⁷⁴² JOLIVET E., *ibid.*, p.64.

fruit, d'une part, d'une certaine manière de procéder dans la communauté des opérateurs du commerce international, et, d'autre part, de la traduction normative de ces manières de procéder à l'aide d'une norme juridique standard.

Enfin, il reste à déterminer si les INCOTERMS peuvent être qualifiés de notion juridique mesurée à l'aune de divers critères afin d'être clairement identifiés comme étant des standards juridiques. Etant donné que les INCOTERMS sont une « *norme du commerce international* »⁷⁴³, il est indéniable qu'ils seront nécessairement déterminables en fonction de domaines rattachés à l'activité de la vente internationale. En effet, les INCOTERMS sont souvent précisés par l'ajout de clauses spécifiques renvoyant à des techniques particulières, notamment des techniques liées au transport, comme le chargement ou le dédouanement de la marchandise. Par exemple, en matière de transport maritime, les INCOTERMS ne prenant pas en compte les conditions de transport des lignes maritimes régulières et les modalités de livraison particulières édictées par certaines autorités portuaires, ils sont complétés par ce que l'on dénomme les « *liner terms* ». Ces « *liner terms* » renvoient à des techniques de transport maritime qui permettent de compléter la norme juridique. Le but est de déterminer certains aspects de l'opération commerciale envisagée en précisant les conditions techniques de la vente ou du transport. En somme, les INCOTERMS sont des notions juridiques qui doivent être mesurées à l'aune d'autres critères que des critères purement juridiques.

Au vu de ces considérations, il est désormais possible d'affirmer que les INCOTERMS sont des standards juridiques puisqu'ils remplissent, en tout point, les critères de définition du standard juridique.

Si la vente internationale de marchandises connaît la technique du standard notamment par leur insertion dans la Convention de Vienne de 1980, mais aussi par l'utilisation des Incoterms, il en va de même pour ce qui est des contrats internationaux.

⁷⁴³ Qualificatif donné par Emmanuel Jolivet. JOLIVET E., *ibid.*

§2 : Les contrats internationaux et la technique du standard

Les contrats internationaux ont, depuis longtemps, fait l'objet de multiples tentatives d'harmonisation du droit. On s'aperçoit alors que « *quelle que soit la diversité des contrats, des constantes apparaissent* » et que « *quel que soit le secteur économique considéré et quel que soit le droit applicable, les 'grandes clauses' se ressemblent* »⁷⁴⁴. En effet, la pratique contractuelle internationale réalise elle-même une certaine harmonisation du droit car une bonne clause mise au point lors d'une négociation est rapidement connue et imitée. De plus, il ressort clairement, du fait de la méthode d'élaboration, que les contrats internationaux naissent toujours de la volonté des opérateurs économiques et du rapport de forces contractuel. « *Il[s] puise[nt] à toutes les sources, nationales, internationales et transnationales (les sentences arbitrales), les parties au contrat sélectionnant les normes qui leur conviennent le mieux, c'est-à-dire celles qui sont les plus aptes à satisfaire les besoins du commerce international – d'où l'expression parfois employée à [leur] propos de 'darwinisme juridique'* »⁷⁴⁵.

Cependant, à côté de cette harmonisation *de facto*, on assiste à un mouvement d'harmonisation animé par des institutions internationales qui tendent à élaborer un droit commun des contrats. C'est notamment le cas de l'Institut international pour l'unification du droit privé, autrement connu sous son acronyme UNIDROIT⁷⁴⁶, qui publia en 1994⁷⁴⁷ ses Principes relatifs aux contrats du commerce international⁷⁴⁸. Ils se caractérisent comme des règles générales des contrats, quelque peu analogues dans leur matière et leur portée à celles des articles 1101 et suivants du Code civil français. Ces principes « *are likewise a world-wide success: translated into over two dozen languages, they are not*

⁷⁴⁴ FONTAINE M., « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, p.1.

⁷⁴⁵ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 3 : la refondation des pouvoirs, op.cit.*, p.146.

⁷⁴⁶ L'Unidroit, dont le siège est à Rome, a été créé comme organe auxiliaire de la Société des Nations en 1926. Il fut reconstitué en 1940 en vertu d'un accord multilatéral appelé « Statut organique ».

⁷⁴⁷ Le Conseil de direction de l'Unidroit a pris la décision d'introduire ce sujet au programme de travail de l'Institut il n'y a pas moins de 39 ans puisque la décision de commencer ce travail a été prise en 1971. On peut d'ailleurs penser que le sujet avait fait l'objet de réflexions préliminaires avant même la décision initiale du Conseil. C'est donc presque 30 ans de travail qui ont été nécessaires à la mise en forme de ces principes.

⁷⁴⁸ Une nouvelle édition est parue en 2004.

only the subject of a substantial body of legal writings, but are increasingly being used in international contract practice and dispute resolution »⁷⁴⁹.

« *Conçus comme un instrument de soft law, ces Principes offrent une codification presque complète du droit des contrats à vocation universelle, aspirant à transcender les divergences entre civil et common law* »⁷⁵⁰. Il ne s'agit, en effet, que d'instruments de *soft law* car seule la volonté individuelle des parties, à l'occasion d'une convention déterminée, peut leur conférer une force obligatoire et devenir ainsi la loi des parties⁷⁵¹. Cependant, « *cet état de choses n'est pas définitif. Le passage à la règle de droit est possible, et sans doute souhaitable* »⁷⁵² notamment si les principes sont pris comme référence par les contractants et que régulièrement, de ce fait, les tribunaux en connaissent⁷⁵³. Ils devraient alors gagner petit à petit leur place parmi les sources du droit des contrats internationaux⁷⁵⁴.

En tant qu'instrument de *soft law*, les Principes d'UNIDROIT recèlent en leur sein des standards qui sont de deux types : des standards dogmatiques (A) et des standards pratiques (B).

A- Les standards dogmatiques des contrats internationaux

En reprenant la définition générale du « dogme », c'est-à-dire une affirmation considérée comme fondamentale, incontestable et intangible par une autorité politique, philosophique ou religieuse qui emploiera dans certains cas la force pour l'imposer, les

⁷⁴⁹ BONELL M. J., « The UNIDROIT principles of international commercial contracts and the harmonisation of international sales law », *RJT* n°36, 2002, p. 339.

⁷⁵⁰ FONTAINE M., « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », *op.cit.*, p.3.

⁷⁵¹ Le premier exemple de l'application des Principes d'UNIDROIT par la volonté expresse des parties découle d'une sentence arbitrale rendue en 1996 par la Chambre d'arbitrage national et international de Milan. Les faits de l'espèce soumise à l'arbitre unique concernaient un contrat d'agence commerciale pour la distribution de meubles conclu entre une société italienne (représentée) et une société des États-Unis (agent). Par suite d'une résolution du contrat par le représenté fondée sur l'inexécution de l'agent qui n'a pas atteint les résultats escomptés, ce dernier, en qualité de demandeur, décide de soumettre à l'arbitre l'appréciation du caractère abusif de la résolution et réclame réparation de son préjudice. Sur la question du droit applicable, les parties se sont accordées au début de la procédure arbitrale pour appliquer à leur différend les Principes d'UNIDROIT, tempérés par le recours à l'équité.

⁷⁵² HUET J., « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA*, 10 novembre 1995, n°135, p.12.

⁷⁵³ Pour consulter l'ensemble des décisions appliquant les Principes, voir : www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm

⁷⁵⁴ A ce sujet, voir l'étude de DARANKOUM E. S., « L'application des principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *RJT* 2002 n°36, pp.421 à 480.

standards dogmatiques sont ceux qui peuvent être considérés comme une vérité absolue s'imposant *a priori*. Il existe ainsi des standards présents dans les contrats internationaux qui s'imposent comme une évidence aux rédacteurs desdits contrats parce qu'ils sont les piliers de l'ordre juridique international.

Ainsi, les standards dogmatiques tels la bonne foi et le raisonnable⁷⁵⁵ sont immanquablement présents dans les Principes d'UNIDROIT. Ainsi, l'introduction de l'ouvrage explique que les Principes « *essaient [...] de garantir l'équité dans les relations commerciales internationales en indiquant expressément l'obligation générale des parties d'agir de bonne foi et, dans certains cas spécifiques, en imposant des critères de comportement raisonnable* »⁷⁵⁶.

De toute évidence, la bonne foi innerve tous les Principes : il est donc déloyal d'insérer une clause abusive, il est contraire à l'exigence de bonne foi de rédiger un contrat lésionnaire, d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir l'intention de parvenir à un accord. Il serait également déloyal d'exiger l'exécution en nature alors que celle-ci imposerait au débiteur des efforts déraisonnables.

Les standards dogmatiques, qui irriguent l'ensemble du droit international économique, ne sont donc pas étrangers au droit des contrats internationaux régis par les Principes d'UNIDROIT. Néanmoins, les Principes proposent également des standards pratiques, c'est-à-dire issus des nécessités de la vie des affaires.

B- Les standards pratiques des contrats internationaux

Les standards pratiques sont ceux qui découlent des nécessités nées de la pratique en la matière.

On trouve, dans les Principes, le standard pratique de collaboration. Ce standard est tout à fait similaire au standard de coopération contractuelle reconnu dans la Convention

⁷⁵⁵ Voir *supra*, p. 159.

⁷⁵⁶ Voir les pages VIII et IX de l'introduction. On peut signaler que le terme « imposant » semble étranger compte tenu du caractère non contraignant des Principes rappelé dans cette même introduction. L'ambiguïté est reconnue par les auteurs eux-mêmes dans le texte du commentaire 3 sous l'article 1.5.

de Vienne de 1980 concernant la vente internationale de marchandises mais cette collaboration contractuelle est limitée dans les Principes puisqu'ils disposent que « *les parties ont entre elle un devoir de collaboration lorsqu'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations* »⁷⁵⁷.

Les Principes UNIDROIT connaissent également un autre standard pratique : il s'agit du standard de renégociation. Ce standard est une des idées fondamentales des Principes qui tendent à une certaine moralisation des relations contractuelles puisque certaines dispositions ont une inclinaison à consacrer la morale dans le droit des affaires internationales, si bien que certains auteurs ont pu se demander si « *avec une telle consécration, s'achemine-t-on vers l'émergence de nouveaux principes généraux (indépendants mais rattachés au principe de bonne foi) du droit des contrats du commerce international ?* »⁷⁵⁸. Ce standard de renégociation est symbolisé, par l'insertion dans le contrat, de ce que l'on appelle une clause de hardship. Il s'agit d'une clause aux termes de laquelle les parties organisent un réaménagement de leur contrat si un changement intervenu dans les données initiales lors de la conclusion de celui-ci vient à modifier substantiellement son équilibre, faisant ainsi subir à l'une d'elles une rigueur injuste⁷⁵⁹.

Pareilles clauses ont été observées pour la première fois dans les pays de *common law* (Grande Bretagne et États-Unis) que leur système interne semble ignorer. Elles ont été introduites dans la pratique contractuelle internationale à l'instigation des juristes de ces pays. Leur apparition correspondrait donc à une création de la pratique secrétée par les besoins spécifiques du commerce international.

Lorsque les parties ont constaté ce bouleversement dans leur relation contractuelle, s'ouvre alors la phase de réadaptation du contrat, la fonction essentielle de la clause étant la renégociation des conditions du contrat. La renégociation peut être l'œuvre des parties elles-mêmes. Mais elles ont la possibilité de désigner un tiers, généralement un arbitre, à cette fin. Le sort du contrat en cas d'échec de la renégociation est de la plus grande importance car l'une des idées fondamentales des Principes est également d'assurer la sécurité des transactions qui se traduit par l'idée de sauver le contrat. Ainsi, « *toute remise en cause d'un contrat (qu'il soit caduc, nul, résilié ou résolu) est un mal économiquement, le contrat le plus souvent, particulièrement en matière commerciale, n'est pas isolé, il fait*

⁷⁵⁷ Article 5.1.3 des Principes.

⁷⁵⁸ DARANKOUM E. S., « L'application des principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *op.cit.*, p.459.

⁷⁵⁹ La section 2 des Principes est intitulée « *Hard Ship* » et comporte les articles 6.2.1 à 6.2.3 consacrés à cet effet.

partie d'un ensemble et la disparition de l'un des maillons de la chaîne peut nuire à l'ensemble de l'opération »⁷⁶⁰.

Dans la sentence CCI n°7365 rendue le 5 mai 1997 opposant la République Islamique d'Iran contre Cubic Defense Systems, les arbitres se sont penchés sur le problème de fond concernant la rupture du contrat consécutive au hardship. En l'espèce, ils s'appuient sur les articles 5.1 et 5.2 des Principes pour établir l'existence d'obligations implicites et justifier l'application par analogie d'une clause des contrats prévoyant la résolution pour convenance des parties, à la résolution du contrat par suite de changement des circonstances. Le tribunal arbitral s'est expressément référé à l'article 6.2.3.(4) des Principes d'UNIDROIT, relevant que : *« il résulte de l'obligation de bonne foi implicite dans tout contrat que lorsque les circonstances du contrat connaissent des changements fondamentaux d'une façon imprévisible, il n'est pas possible d'invoquer l'effet obligatoire du contrat [...]. Sous cette forme aussi restrictive et étroite, cette notion de hardship a été introduite dans tant de systèmes juridiques, qu'elle est largement considérée comme un principe général du droit. À ce titre, elle serait en l'espèce applicable même si elle ne fait pas partie du droit iranien ».*

Si la consécration de l'obligation de renégocier en tant que principe général du droit n'est pas encore avérée, il n'en demeure pas moins que l'obligation de renégocier peut être qualifiée de standard juridique, en ce sens qu'il s'agit d'une notion indéterminée permettant la mesure des situations en termes de normalité à l'aune de divers critères.

⁷⁶⁰ JAUFFRET-SPINOSI C., « Les instruments de l'harmonisation du droit (commission Lando et unidroit) », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, p.569.

Conclusion du Chapitre 2

De manière classique, on opte pour deux visions de l'économie qui, si elles ne sont pas antinomiques, sont complémentaires. Ainsi, l'économie peut s'étudier au travers d'un prisme large, ce sont les relations macro-économiques ou au travers d'un prisme plus étroit et ce sont les relations micro-économiques. Cette vision technique de l'économie trouve à s'appliquer au droit et, plus particulièrement, au droit international économique. Ainsi, lorsqu'on étudie les relations économiques internationales, il est loisible de s'intéresser soit aux relations entre les Etats, ce sont les relations macro-économiques, soit aux relations entre les opérateurs économiques et ce sont les relations micro-économiques.

Que l'on s'intéresse aux relations macro ou micro-économiques, il est indiscutable que les standards juridiques y occupent une place importante. En effet, dans un cas comme dans l'autre, on s'aperçoit que les standards trouvent à s'appliquer et régissent les comportements économiques de tous les acteurs du droit international économique. Dès lors, on peut affirmer que les standards juridiques appliqués à la matière économique n'ont pas seulement pour vocation d'établir un dénominateur commun minimum mais bien un dénominateur commun maximum, en ce sens qu'ils peuvent englober et harmoniser toutes les relations économiques, de la plus haute, c'est-à-dire entre Etats, à la plus basse, c'est-à-dire entre opérateurs économiques. En d'autres termes, même lorsqu'on pourrait imaginer que les relations sont plus simples et plus techniques entre opérateurs, les standards occupent une place privilégiée dans ce type de conventions.

Les standards sont donc l'instrument juridique le plus à même de contribuer à la normativité du droit international économique et à le rendre le plus efficace possible et, ce, à tous les échelons des relations économiques internationales étant donné qu'ils sont le fruit d'une intentionnalité collective.

Conclusion du Titre 2

La présence des standards juridiques dans tous les domaines du droit international économique est indéniable et, au vu de l'utilisation intensive qui en est faite, on peut affirmer que le standard juridique demeure l'instrument privilégié de régulation du droit international économique. En effet, que ce soit dans les conventions conclues entre Etats ou dans les conventions conclus entre opérateurs du droit international économique, qu'ils soient qualifiés de systématiques ou de particuliers, les standards ont visiblement une place manifeste en droit international économique.

L'utilisation de la technique du standard juridique dans tous les domaines du droit international économique est le reflet du libéralisme qui caractérise l'ordre international économique. En effet, cet ordre juridique privilégie une régulation des relations économiques par le simple jeu du marché. Or, le marché, même mondialisé et libéralisé a besoin d'un socle de normes assurant sa régulation pour pouvoir fonctionner efficacement. C'est à ce titre que les standards juridiques occupent une place *ratione materiae* indéniable.

A travers l'étude de la place des standards *ratione materiae*, on se rend compte si le processus de création de la norme est tout aussi important que les structures permettant la création de cette norme, le travail efficace des acteurs du droit international économique est rendu visible dans tous les domaines qui irriguent le droit international économique.

Ceci montre que la mondialisation justifie un renouvellement profond des normes qui ordonnent l'ordre international économique et que la normativité du droit international économique doit se situer ailleurs dans les carcans les plus classiques.

Conclusion de la Partie 1

L'étude de la place des standards en droit international économique révèle qu'ils y occupent, indéniablement, une place manifeste contribuant ainsi au renforcement de la normativité internationale.

En effet, l'analyse de la place *ratione personae* des standards incite nécessairement à entrevoir la force normative qui s'exerce sur la norme elle-même. En d'autres termes, cette analyse permet de considérer la force normative qui s'exerce en amont, c'est-à-dire « *les forces créatrices du droit* »⁷⁶¹. L'étude de la force normative exercée sur les standards à l'aune de la mondialisation qui encadre le droit international économique permet de constater, d'une part, que la souveraineté des Etats est plus que jamais remise en cause par le jeu des interdépendances. Néanmoins, l'élaboration des standards juridiques, normes indispensables au droit international économique, redéfinit la place et le rôle des Etats dans l'ordre économique international. Les Etats, qui sont soumis à une concurrence développée sur un marché planétaire, ne peuvent pas poursuivre des politiques indépendantes et s'affranchir des réalités de ce marché. Ainsi, ils reprennent les standards issus des acteurs non étatiques du droit international économique et, même, en élaborent d'autres soit par mimétisme les uns par rapport aux autres, soit par concertation dans le cadre de groupes régionaux ou en réunion dans les organisations internationales. De ce fait, si la mondialisation ne condamne pas l'existence même de la souveraineté étatique, elle oblige à repenser la fonction de l'Etat d'un point de vue normatif qui « *semble parfois se réduire à appliquer et à faire appliquer des politiques ou des normes élaborées avec sa participation plus ou moins active* »⁷⁶².

Parallèlement à cette redéfinition de la place de l'Etat d'un point de vue normatif, on s'aperçoit que la technique du standard juridique a favorisé la consécration d'autres acteurs de l'ordre économique international. En effet, « *la prise de conscience que l'Etat ne peut plus agir sur un ordre international économique caractérisé par le développement des interdépendances consacre le poids des autres acteurs de la société internationale* »⁷⁶³. Ainsi, la société des marchands se révèle être un acteur majeur des

⁷⁶¹ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, édition LGDJ, Paris 1955, 431 pages.

⁷⁶² CHEMAIN R., « L'ordre économique international à l'heure de la mondialisation », *op.cit.*, p.22.

⁷⁶³ CHEMAIN R., *ibid.*

relations économiques internationales, première bénéficiaire directe d'un ordre international économique globalisé. Sa place en tant qu'acteur majoritaire du droit international conditionne nécessairement son rôle normatif et fait d'elle la première force créatrice des standards juridiques. La société des marchands offre aux standards une place de premier ordre qui contribue alors au développement de l'économie mondiale. De la même manière, il est très net que la technique du standard juridique permet à la société civile d'émerger et de faire irruption dans la vie économique internationale. Désormais la société civile souhaite s'exprimer et la technique du standard en est le meilleur moyen.

Ces groupes d'intérêts, qu'il s'agisse de la société des marchands ou de la société civile, sont de réelles forces créatrices du droit par l'influence incontestable et grandissante qu'ils exercent sur la production normative⁷⁶⁴.

En définitive, d'un point de vue *ratione personae*, il ressort très clairement que les standards ont une place manifeste puisqu'ils sont utilisés par l'ensemble des acteurs du droit international économique, chacun participant ainsi à la normativité internationale.

Cette place octroyée aux standards juridiques se révèle tout aussi manifeste lorsqu'on envisage cet aspect *ratione materiae*. Avec une analyse de la place des standards *ratione materiae* on change d'angle de vue et cela revient à analyser la force normative de la norme elle-même. En d'autres termes, il s'agit d'étudier les domaines où l'on retrouve des standards afin d'estimer la force normative contenue en eux-mêmes. Si les standards apparaissent dans tous les domaines du droit international économique, on peut logiquement en déduire qu'ils recèlent en eux une force normative importante. Cette analyse atteste que les standards bénéficient, à ce titre, d'une place très importante puisqu'ils sont présents dans tous les domaines du droit international économique. Ainsi, on retrouve soit des standards dogmatiques qui, s'ils ne sont pas propres au droit international économique, ont ici une coloration économique indéniable, soit des standards plus particuliers. Ces standards particuliers sont soit empiriques soit nés des besoins des relations macro et micro économiques.

La place *ratione materiae* des standards montre qu'il existe une réelle aspiration à un droit mondialisé. On passe ainsi à un droit contractuel globalisé comme en témoigne les standards pris par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Ceci résulte de la nécessité dans laquelle se trouvent les opérateurs économiques de développer ou d'encourager à développer un corps de normes plus

uniformes mais surtout plus à même de réguler leurs activités. De ce fait, les standards, normes mondialisées, apparaissent plus que jamais comme une condition d'efficacité des règles qui encadrent l'ordre économique international. Le droit international économique tient alors pour une bonne part dans la généralisation de la technique du standard juridique, confortée par des arbitrages ou codifiée dans des conventions internationales voulues par les Etats. Ainsi, le droit international économique tend à se modéliser et cet aspect original de l'évolution du droit international économique s'accompagne de l'émergence d'une norme nouvelle : les standards.

Pour autant, si les standards occupent une place manifeste en droit international économique, leur rôle au sein de cet ordre juridique ne suit pas encore cette tendance et reste latent, c'est-à-dire que leur rôle ne se manifeste pas encore à la hauteur de la place qui leur est accordée.

⁷⁶⁴ Voir à ce sujet, MEKKI M., « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, pp. 233-241.

PARTIE 2 :
LE ROLE LATENT DES STANDARDS
EN DROIT INTERNATIONAL
ECONOMIQUE

Si l'on se place dans une perspective historique, la mondialisation, selon sa dimension juridique, n'apparaît pas comme un paradigme nouveau « *mais plutôt comme la réalisation tardive du modèle kantien de la société internationale, composée d'Etats souverains entretenant des rapports de coexistence pacifique, enfin libérée, pour un temps seulement peut-être, d'une démarcation structurelle* »⁷⁶⁵.

Cependant, le constat nouveau est celui de la complexité du droit international, et plus particulièrement du droit international économique, qui s'est accrue en raison de l'apparition de nouvelles institutions, de nouveaux acteurs et de nouveaux risques. Désormais, les Etats doivent rester souverains au sens où ils doivent normalement conserver le monopole de la force sur un territoire donné, spécialement pour assurer l'application des normes juridiques qu'ils ont contribué à établir en collaboration avec les autres acteurs du droit international économique.

Ainsi, la mondialisation étant une réalité économique il a fallu que le droit appréhende cette réalité. Il est apparu nécessaire d'adapter les règles applicables au droit économique à cette nouvelle donne. Il a fallu construire un droit tout exprès : « *un droit qui ne s'appuie pas sur un territoire, ni quand il se forme ni quand il s'applique* »⁷⁶⁶. En effet, si « *le phénomène de la mondialisation de l'économie procède largement de l'ordre économique international tel qu'il a été conçu au sortir de la deuxième guerre mondiale* »⁷⁶⁷, l'ordre économique international doit cependant faire face aux évolutions qu'entraîne la mondialisation.

On assiste alors à un glissement du concept de mondialisation de l'économie à celui de globalisation du droit, ce dernier terme décrivant le phénomène d'uniformisation des pratiques⁷⁶⁸. Cette uniformisation passe par la création de standards juridiques internationaux. L'intérêt de l'utilisation des standards tient dans leur caractère imprécis, flexible et dans l'appréciation subjective qu'elle autorise. Ils sont à la fois adaptés à la coopération internationale mais aussi à la matière économique perçue comme nécessitant l'adaptation fréquente des règles la régissant.

⁷⁶⁵ SEVE R., « La mondialisation entre illusion et utopie », *op.cit.*, p.3.

⁷⁶⁶ FRISON-ROCHE M-A., « Le droit des deux mondialisations », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, p.19.

⁷⁶⁷ CHEMAIN R., « L'ordre économique international à l'heure de la mondialisation », *op.cit.*, p.19.

Le rôle des standards en droit international économique s'avère alors être indispensable et complexe. En effet, les standards remplissent une fonction essentielle dans la mise en œuvre du droit international économique (**Titre 1**) bien que cette fonction apparaisse comme controversée (**Titre 2**).

Titre 1 : Le rôle essentiel des standards dans la mise en œuvre du droit international économique

Titre 2 : Le rôle controversé des standards dans la mise en œuvre du droit international économique

⁷⁶⁸ Voir en ce sens, RIFFARD J-F., « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'Etat de droit », in *Mondialisation et Etat de droit*, édition Bruylant, Bruxelles 2002, p.278.

Titre 1 : Le rôle essentiel des standards dans la mise en œuvre du droit international économique

En raison du processus de mondialisation de plus en plus engagé, le paysage « législatif » du droit international économique a donc été marqué par la forte expansion des instruments privilégiés de la *soft law*, les standards. Les juristes ne peuvent que constater qu'il existe des changements aussi bien dans les modes de fabrications du droit que dans la portée juridique de ce nouveau droit. En effet, « *l'évolution des pratiques juridiques au niveau international a conduit à ce que le droit dur ne soit pas l'instrument juridique le plus typique* »⁷⁶⁹, mais a plutôt conduit à l'utilisation d'instruments dynamiques et adaptables selon les circonstances.

Dès lors, il s'ouvre un espace de réflexion avec comme interrogation principale celle qui suit : quelle est l'incidence du travail des opérateurs les plus divers du droit international économique, notamment en dehors des processus législatifs classiques, sur la fonction juridique des standards ? En d'autres termes, le positionnement de l'étude à ce stade de la recherche doit se tourner vers la fonction juridique que peuvent remplir les standards et leur contribution à la normativité du droit international économique.

Cette fonction juridique remplie par les standards ne sera pas si différente de celle remplie par le droit de manière générale. En effet, le droit a exclusivement pour objet de régler les conduites humaines. L'individu, au sens large du terme, constitue l'objet privilégié du droit. Kelsen écrit d'ailleurs à ce sujet que « *lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine* »⁷⁷⁰. Cette constatation de la fonction du droit est également présente chez le professeur Amselek pour qui les règles de droit sont des « *instruments de direction ou guidage des conduites humaines [qui] donnent aux intéressés auxquels elles sont adressées la mesure de leur possibilité d'action selon les circonstances, aux fins qu'ils ajustent en conséquence leur comportement* »⁷⁷¹.

Les standards, normes du droit international économique, remplissent également cette fonction juridique. Dès lors, on constate que les standards remplissent un double

⁷⁶⁹ CHATZISTAVROU F., « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, décembre 2007, p.2.

⁷⁷⁰ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.39.

⁷⁷¹ AMSELEK P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, p.9.

rôle : une fonction normative indispensable à la construction du droit international économique (**Chapitre 1**) et, de par la nature du droit international économique, il est indéniable que les standards ont également une fonction plus complexe à remplir : une fonction régulatrice permettant d'en maintenir l'équilibre (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le rôle normatif des standards en droit international économique

Chapitre 2 : Le rôle régulateur des standards en droit international économique

Chapitre 1 : Le rôle normatif des standards en droit international économique

Remplir un rôle normatif revient à rendre conforme les comportements à la norme et à dénoncer tout écart de la norme. A cet égard, les standards remplissent un rôle général de contrôle des conduites des acteurs du droit international économique. Il s'agit là de la fonction immédiate des standards, c'est-à-dire du rôle que jouent les standards immédiatement après leur adoption. En d'autres termes, les standards vont produire, consécutivement à leur adoption, des effets de droit sur les différents acteurs du droit international économique, contribuant ainsi à la normativité du droit international économique.

De cette fonction immédiate des standards découle une série de fonctions juridiques médiatees qui permettent de rendre compte des effets de droit produits par les standards. Etudier les effets que vont produire les standards sur les différents acteurs du droit international économique revient à rechercher leur efficacité en la matière puisque l'efficacité peut, ici, s'entendre comme étant « *le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur* »⁷⁷². Est donc efficace une norme qui atteint l'objectif poursuivi par l'autorité à l'origine de son édicteion. On se demandera alors si les standards atteignent les objectifs entrevus pas ceux qui les ont édictés. A ce titre, les effets de droit qu'ils produisent peuvent s'observer à deux points de vue. D'une part, alors même que les standards ne sont pas encore appliqués, le juriste ne peut que constater que les standards sont porteurs d'effets de droit *ab initio* (**Section 1**). D'autre part, au moment de leur application puisque, de manière logique, les standards produisent des effets de droit *a posteriori* (**Section 2**).

Section 1 : Les effets de droit produits *ab initio* par les standards

Dès leur formation, les standards produisent des effets de droit. Ces effets de droit sont contenus dans les standards eux-mêmes, c'est-à-dire qu'ils sont liés à la nature même de la norme. En effet, de par leur nature de notion indéterminée à contenu variable, les

⁷⁷² RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, édition PUF, Paris 1989, p.130.

standards affichent certaines conséquences juridiques qui sont autant d'indices de leur normativité.

Sans même être appliqués, sans même être insérés dans l'ordre juridique du droit international économique, les standards dégagent une portée juridique indéniable. Derrière ces notions indéterminées se dressent un certain nombre d'effets de droit présents dès l'origine.

Les standards donnent naissance à toute une série de fonctions juridiques qui fait d'eux des normes vivantes du droit international économique. Il ne s'agit pas simplement de mots employés pour faciliter les relations du droit international économique. Il se cache, au-delà de la formulation de simples vocables « passe partout », des réalités propres au droit international économique, nécessaires à son efficacité et que les standards s'efforcent de traduire.

Dans cette perspective, il s'agit ici d'étudier la force normative statique des standards en droit international économique⁷⁷³.

Il est possible de se rendre compte des effets de droit produits par les standards au moment de leur élaboration (§ 1) qui nécessite que soient prises en compte un certain nombre d'exigences du droit international économique. Une fois élaborés, les standards qui ne peuvent évoluer de façon autonome en droit international économique sont rattachés à des sources formelles, leur permettant de produire à nouveau divers sortes d'effets de droit selon la nature de la source porteuse du standard (§ 2).

§ 1 : Les effets de droit produits *ab initio* par les standards en lien avec l'élaboration de la norme

Si l'on reprend l'affirmation du professeur Foriers qui insiste sur le fait que la règle de droit est « *l'expression de la volonté qu'un certain fait social soit suivi forcément d'un certain effet social* »⁷⁷⁴, on entrevoit parfaitement la difficulté d'élaborer des normes communes s'appliquant à l'ensemble des acteurs du droit international économique. Les normes du droit international économique doivent répondre à des caractéristiques particulières afin d'être adoptées en raison de l'adhésion de tous qu'elles doivent susciter et ce, en dépit des nombreux intérêts divergents.

⁷⁷³ Voir les schémas en annexe, p.407.

Les standards sont alors l'instrument juridique le plus approprié à l'élaboration du droit dans un système présentant les caractéristiques de l'ordre juridique international et plus particulièrement du droit international économique. Ils permettent, en effet, de rassembler les intérêts divergents grâce à leur fonction fédératrice (**A**) mais ils apportent également une solution adaptée au droit international économique dans le passage du fait au droit (**B**).

A- La fonction fédératrice des standards en droit international économique

Les règles du droit international économique doivent avoir pour caractéristique principale de réunir tous ses acteurs, malgré leurs intérêts divergents. Les standards juridiques sont la norme la plus à même de remplir cette mission : il s'agit véritablement d'une norme commune dans la mesure où ils permettent d'associer non seulement les acteurs étatiques mais également les acteurs non étatiques du droit international économique, autour de valeurs partagées et admises. En ce sens, les standards sont la résultante d'une intentionnalité collective qui permet de contribuer efficacement à la normativité du droit international économique.

En d'autres termes, les standards jouent indéniablement un rôle de dénominateur commun dans l'élaboration du droit international économique puisqu'il s'agit véritablement d'un instrument de conciliation (**1**). Au-delà de l'adhésion que suscitent les standards quant au fond de la norme, ils tiennent également un rôle sur la forme du droit puisqu'ils participent à l'harmonisation du droit international économique (**2**).

1) Les standards, un instrument de conciliation

La conciliation, qui peut se définir comme étant l'action de trouver un accord entre des choses divergentes, est une des fonctions des standards juridiques. Ils peuvent être considérés comme de véritables dénominateurs communs à l'ensemble de la communauté internationale. L'expression « dénominateur commun » signifie littéralement « *trait*

⁷⁷⁴ FORIERS P-A, « Règle de droit. Essai d'une problématique » in, *La règle de droit*, PERELMAN Ch. (dir.), édition Bruylant, Bruxelles 1971, pp.7-20.

caractéristique commun à plusieurs choses, plusieurs personnes »⁷⁷⁵. Transposée aux standards juridiques, cela signifie que les standards permettent l'adoption d'une norme commune par des parties aux intérêts opposés.

Cette convergence vers une norme commune apparaît bien dès l'élaboration de la norme car il se dégage très clairement que les standards aboutissent à un consensus quant à leur adoption (a), ce consensus étant nécessaire à la construction d'un ordre juridique où l'intégration juridique est minime, voire inexistante et où l'élaboration de normes trop précises aboutirait à un échec (b).

a- La recherche du consensus

Selon le Dictionnaire de droit international public dirigé par le professeur Salmon, le terme consensus désigne le « *consentement général donné en dehors de toute forme particulière* »⁷⁷⁶. Au stade de leur élaboration, les standards juridiques aboutissent à ce type de consentement en raison de leur souplesse, de leur élasticité qui permet à chacun de comprendre la norme selon ses valeurs de normalité constituant en ce sens « *un appel à des notions presque instinctivement senties* »⁷⁷⁷. Ainsi, le consensus est possible au moment de l'élaboration de la norme, même s'il est évident que des mises au point pourront intervenir ultérieurement, lors de l'application des standards par le juge⁷⁷⁸.

Le rôle des standards est ici fondamental : ils permettent l'élaboration de textes qui n'auraient pu être formulés au moyen de normes déterminées, faute d'accord entre les parties. En d'autres termes, les standards favorisent le rassemblement de partisans d'idéologies pourtant différentes et aboutissent à des normes qui « *diversement justifiées pour chacun, sont pour les uns et les autres des principes d'action analogiquement communs* »⁷⁷⁹.

Le consensus nécessite donc « *ce genre d'imprécision [qui] constitue souvent le prix à payer pour l'adoption d'un texte de compromis lorsque le rapport des forces en*

⁷⁷⁵ Dictionnaire Larousse Poche, édition 2009, p.226.

⁷⁷⁶ SALMON J.(dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p.239.

⁷⁷⁷ PINARD D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la chartre canadienne des droits et libertés », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988, n°4, p.1077.

⁷⁷⁸ Voir *infra*, p.304.

⁷⁷⁹ MARITAIN J., « Introduction », in *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'Homme*, UNESCO, Paris 1949, p.5.

présence est trop égalitaire pour permettre de dégager une dominante »⁷⁸⁰. Il n'est donc pas étonnant que le droit international économique fasse une large place aux standards juridiques étant donné la divergence d'intérêts au sein de la Communauté internationale. Grâce à la technique du standard, il est ainsi possible d'accéder aux valeurs collectives qui, selon le professeur Timsit, « *surdéterminent* » la production des normes⁷⁸¹. En effet, en droit international économique, des normes précises et déterminées sont très difficiles à adopter par des sujets de droit dont les idéologies, les cultures juridiques, les situations historiques et géographiques, les politiques économiques et sociales sont très différentes. C'est ainsi que le professeur Salmon constate que « *dans la société internationale, la norme générale est souvent difficile à appliquer car chaque Etat – au demeurant souverain – prétend présenter, par rapport à elle, des spécificités irréductibles* »⁷⁸². Pour assurer efficacement sa fonction d' « *organisation sociale* »⁷⁸³ et « *assurer la coexistence d'intérêts divers dignes de protection égale* »⁷⁸⁴, le droit international et, *a fortiori*, le droit international économique, doit être fait de normes qui suscitent l'adhésion. La fonction fédératrice des standards est donc très importante puisqu'ils permettent de rendre la règle de droit socialement acceptable par tous⁷⁸⁵. A l'instar du professeur Weil qui se demandait si le droit international n'était pas « *malade de ses normes* »⁷⁸⁶, on peut se demander si le droit international économique n'est pas malade en raison de ses standards. Néanmoins, les standards en droit international économique remplissent une fonction indispensable de rhétorique favorisant le consensus et peuvent même être considérés

⁷⁸⁰ LAJOIE A., ROBIN R. et CHITRIT A., « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous », in *Lire le droit : langue, texte, cognition*, p.156.

⁷⁸¹ TIMSIT G., « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, p.39.

⁷⁸² SALMON J., « Les notions à contenu variable en droit international public », *op.cit.*, p.265.

⁷⁸³ Expression utilisée par Charles Rousseau (ROUSSEAU Ch., *Droit international public*, Sirey, t.1, Paris 1971, spéc. pp.25-26) puis par Prosper Weil (WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, spéc. p.14).

⁷⁸⁴ Propos tenus par Max Huber dans la célèbre sentence arbitrale de l'île de Palmas (HUBER M., *Ile de Palmas*, RSA, t.II, p.870. Cité par WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p.14).

⁷⁸⁵ Cette recherche du consensus, certes indispensable au droit international économique, est néanmoins présente dans tous les systèmes juridiques. En effet, « *les standards remplissent une fonction rhétorique importante. Ils sont souvent issus de lieux communs, et constituent ainsi des facteurs d'adhésion à certaines thèses controversées. La normalité, comme la vertu, favorise le consensus autour de son principe, même si les cas particuliers d'application sont généralement source de controverses* ». PINARD D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », *op.cit.*, p.1076.

⁷⁸⁶ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *op.cit.*, p.7. L'auteur précise alors qu'« *à côté d'une hard law, constituée par des normes créatrices de droits et d'obligations juridiques précis, le système normatif du droit international comporte [...] de plus en plus de normes dont la substance est tellement vague, tellement peu contraignante que l'obligation de l'un et le droit de l'autre en deviennent presque insaisissable. De ce droit 'fragile' et 'faible', que l'on qualifie parfois de soft law, les exemples ne manquent pas* ».

comme une véritable force de ralliement. En effet, les standards, qui renvoient tous à l'idée d'une solution juste, ne peuvent que susciter l'adhésion au moment de la formulation de la norme.

Cependant, une limite doit être formulée quant à la fonction de conciliation des standards : l'exigence d'unanimité n'est pas nécessaire à la constitution d'un standard. En d'autres termes, il n'est pas « *nécessaire de rapporter la preuve du fait que [le standard] se retrouve sinon dans tous les droits du monde, du moins dans les principaux ordres juridiques* »⁷⁸⁷. C'est d'ailleurs cette conception qui a été retenue par le Conseil de direction d'UNIDROIT qui a observé, dans la présentation introductive des principes relatifs aux contrats du commerce international, que « *les principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Etant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérations du commerce international, ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale* »⁷⁸⁸.

Le consensus devenu possible en droit international économique grâce à la technique du standard révèle la fonction fédératrice des standards notamment en raison du fait qu'au moment de l'élaboration de la norme, les divergences sur le contenu à attribuer aux standards n'apparaissent pas : c'est au moment de l'application de la norme aux faits de l'espèce que se posera cette question.

Ce rôle essentiel des standards favorise indéniablement la construction du droit international économique.

⁷⁸⁷ GAILLARD E., « Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, p. 26.

⁷⁸⁸ Publication UNIDROIT, Rome 1994, p.8. Sur l'ensemble de la question, voir les actes du colloque CCI-UNIDROIT qui s'est tenu à Paris les 20-21 octobre 1994 sur « Les principes relatifs aux contrats du commerce international d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? ».

b- Un consensus nécessaire à la construction du droit international économique

Le consensus qu'évoquent les standards fait appel, non seulement à une solution juste, mais également à des valeurs universelles. En effet, on peut constater qu'en droit international économique il existe un consensus quant à la nécessité de protéger des valeurs communes comme l'ordre public, et ce même si le contenu qui lui est attribué diverge et peut être très différent d'un sujet à l'autre. L'ordre public fait partie des valeurs qui, selon le professeur Perelman, « font l'objet d'un accord universel dans la mesure où elles restent indéterminées, dès lors qu'on tente de les préciser, en les appliquant à une situation ou à une notion concrète, les désaccords [...] ne tardent pas à se manifester »⁷⁸⁹.

Ainsi, certains standards du droit international économique favorisent le consensus lors de l'élaboration de la norme, parce qu'ils évoquent l'intérêt de tous. A titre d'exemple, nous pouvons évoquer le standard d'ordre public, nécessaire dans la construction du droit international économique. Si « la notion d'ordre public est une de ces notions 'claires-obscurées' en droit dont la part de lumière ou d'ombre dépend largement du contexte dans lequel elle est appelée à agir »⁷⁹⁰, elle revêt cependant une réelle importance en droit international économique. En effet, c'est un standard qui prend une dimension toute particulière dans l'arbitrage commercial international notamment au vu de l'intensification de la mondialisation. La mondialisation sous-tend l'idée de l'universalité à laquelle le droit international économique doit répondre tout en garantissant « le noyau irréductible des particularismes nationaux : l'exception de l'ordre public »⁷⁹¹. La notion d'ordre public doit alors être prise en compte, notamment par le juge au moment d'un litige commercial international. L'ordre public apparaît comme un véritable standard du droit international, notamment du fait de son indétermination puisqu'il n'existe pas de principes et de règles déterminant à l'avance ce que l'on peut considérer comme relevant de l'ordre public. L'ordre public est ainsi rangé dans la

⁷⁸⁹ PERELMAN Ch., *L'empire rhétorique : rhétorique et argumentation*, édition Librairie philosophique, 2^e édition, Paris 2009, p.40.

⁷⁹⁰ ABI-SAAB G., « Avant propos », in *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, édition Bruylant, LGDJ et Schultess, Bruxelles 2005, 352 pages.

⁷⁹¹ ARFAZADEH H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, édition Bruylant, LGDJ et Schultess, Bruxelles 2005, p.1.

catégorie des notions interprétatives⁷⁹². Afin d'appliquer le standard d'ordre public, il sera alors nécessaire de faire appel à des critères extérieurs au droit puisque « *la mise en œuvre de l'ordre public nécessite une pondération par le juge, dans un contexte et à une époque déterminée, d'un ensemble d'intérêts publics et privés d'origines diverses* »⁷⁹³.

Le recours fréquent au standard d'ordre public permet donc à chacun d'envisager que son intérêt soit protégé. Ce standard évoque également une idée de modération puisqu'il implique la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts en présence⁷⁹⁴. Si cet équilibre devait être fixé au moment de sa formulation, il y aurait peu de chance pour que les auteurs de la norme aboutissent à un consensus.

De la même manière, la construction du droit international économique se fait autour de domaines politiques sensibles. Le choix des standards devient alors une évidence, plutôt que de se diriger vers des notions déterminées qui ne favoriseront pas le consensus et rendront plus difficile la construction du droit international économique.

En tant que dénominateur commun, les standards favorisent, au moment de la création de la règle, et à défaut d'un accord sur le contenu du standard, une acceptation suffisante à propos de son contenant, c'est-à-dire la norme, pour permettre l'adoption de la règle de droit.

Ainsi, grâce aux standards qui permettent de laisser la règle indéterminée, les opinions les plus divergentes s'harmonisent. Plus qu'un instrument de conciliation, les standards sont un véritable instrument d'harmonisation.

2) Les standards, un instrument d'harmonisation

Dans le langage courant, le terme « harmonisation » évoque l'action d'harmoniser, c'est-à-dire de mettre en harmonie ou encore de trouver un accord entre différents

⁷⁹² Voir ARFAZADEH H., *ibid.*, p.2.

⁷⁹³ ARFAZADEH H., *ibid.*

⁷⁹⁴ La recherche d'un équilibre en présence du standard d'ordre public n'est pas propre au droit international économique. Par exemple, le Conseil constitutionnel français considère que la Constitution impose au législateur « *d'assurer l'équilibre entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle* ». Voir CC, décision n°93-323 DC du 5 août 1993 sur la « Loi relative aux contrôles et vérification d'identité », Rec. p.216, cons. n°15.

éléments⁷⁹⁵. Dans le langage juridique, ce terme revêt des significations plus équivoques. Il a été dit de l'harmonisation qu'elle « *se distingue, à la fois, de l'uniformisation et de l'unification en ce qu'elle n'aboutit pas à cette unité de teneur normative recherchée par l'uniformisation de certains segments des droits nationaux ou par l'adoption de règles de droit uniques* »⁷⁹⁶. En d'autres termes, alors que l'unification suppose l'adoption de règles identiques interprétées de façon unitaire, l'harmonisation implique un rapprochement des règles de droit, lesquelles peuvent rester différentes. L'uniformisation, quant à elle, réside dans « *l'insertion, dans les droits nationaux qui demeurent distincts sur la matière concernée et dont la compétence ne subit aucun retranchement, de règles identiques et non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun de ses droits* »⁷⁹⁷.

L'harmonisation, malgré l'ambiguïté de sa définition, est une des caractéristiques des standards du droit international économique. En effet, force est de constater que les barrières territoriales des marchés sont en train de tomber et « *de la même façon que la vague qui agrandit et libère les marchés couvre des zones toujours plus vastes de notre planète, ainsi les opérateurs économiques pour rester sur sa crête se développent en dimensions et en surfaces* »⁷⁹⁸. Parallèlement à ce développement, le nombre des sujets qui se heurte à l'influence de ces opérateurs économiques s'accroît dans des Etats qui ont des traditions et des systèmes juridiques différents. Si bien que « *dans une telle société [...] s'imposent inévitablement la confrontation, la comparaison des modèles juridiques qui réglementent les rapports du marché économique global* » et « *aux rapports économiques de droit matériel transnationaux on tend à appliquer des modèles juridiques égaux ou semblables de droit matériel* »⁷⁹⁹.

Face aux caractéristiques qui marquent actuellement la société internationale en matière économique, les standards ont un rôle fondamental à jouer dans l'objectif d'harmonisation **(a)** si bien qu'on peut voir en eux la possibilité d'une véritable passerelle entre les différentes branches du droit international **(b)**.

⁷⁹⁵ Dictionnaire Larousse Poche, édition 2009, pp.388-389.

⁷⁹⁶ JEAMMEUAD A., « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, édition Bruylant, Bruxelles 1998, p.55.

⁷⁹⁷ JEAMMEUAD A., *ibid.*, p.41.

⁷⁹⁸ GRANDE STEVENS F., « Economie à l'échelle mondiale et circulation de modèles juridiques », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, p.488.

⁷⁹⁹ GRANDE STEVENS F., *ibid.*

a- Le rôle des standards dans l'objectif d'harmonisation

L'objectif d'harmonisation semble adapté au système international dans la mesure où elle vise à rendre compatible, autour d'une norme commune, des intérêts aussi divergents que ceux des divers acteurs du droit international économique. En effet, les standards préservent la marge d'appréciation des différents acteurs dans la mise en œuvre du droit international économique. Ils sont, à ce titre, l'instrument de l'harmonisation. Ils permettent l'application d'une norme unique en respectant tout aussi bien les différences sociales, culturelles, politiques et juridiques qui prévalent d'un acteur à l'autre. Ils rassemblent les intérêts autour d'une norme internationale sans aboutir pour autant à leur unification dont l'objectif poursuivi par des autorités politiques serait l'adoption de règles identiques.

Ainsi, le standard a une fonction particulière dans l'ordre juridique international puisqu'il favorise une application différenciée de la norme. En effet, comme le préconisait déjà le professeur Stati, l'application du standard mène à l'individualisation et non à l'uniformisation des solutions⁸⁰⁰.

Il existe cependant un risque dans la volonté d'harmoniser le droit international économique à travers la technique du standard. Il s'agit de l'imposition d'un certain ordre juridique économique. On pourrait, en effet, craindre que la standardisation du droit international économique entraîne une « *tendance naturelle et irrésistible des instruments juridiques à s'aligner sur les modèles dominants imposés ou réclamés par les opérateurs économiques des principaux pays industrialisés parce qu'ils répondent le mieux aux besoins spécifiques de ces opérateurs économiques* »⁸⁰¹. Certains auteurs parlent même d'un colonialisme juridique engendré par le modèle anglo-saxon⁸⁰². Les standards en matière comptable et financière en sont un parfait exemple puisque « *le chiffre est complémentaire du droit, et la mondialisation du droit amène à s'interroger sur la*

⁸⁰⁰ STATI M.O, *Le standard juridique*, *op.cit.*, p.47.

⁸⁰¹ MARTIN SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », *op.cit.*, p. 180.

⁸⁰² Voir à ce sujet DELMAS-MARTY M., « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.*, 1999, chr. 43. Certains n'hésitent pas à voir dans le modèle américain actuel la source d'un nouveau *jus commune* (WIEGAND W., « The reception of American Law in Europe », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol.39, pp.229-248).

mondialisation de la traduction chiffrée des opérations menées par les sociétés »⁸⁰³. Ainsi, les entreprises qui font appel aux capitaux sur les places internationales utilisent les standards des règles comptables inspirés du modèle américain et notamment ceux proposés par l'IASC qui reprennent, par exemple, le standard de *defeasance*⁸⁰⁴. De la même manière, les montages financiers utilisés par les investisseurs sont inspirés des standards anglo-saxons : citons, par exemple, le *leverage buy out*⁸⁰⁵, le *back to back*⁸⁰⁶ ou encore les *junk bonds*⁸⁰⁷. Également, l'internationalisation des placements et le souci d'une grande transparence ont imposé des standards d'analyse des performances d'une entreprise⁸⁰⁸. Ainsi, les normes AIMR (Association for Investment Management and Research) sont des standards anglo-saxons qui s'imposent progressivement au niveau international comme des règles de présentation et de calcul de la performance.

La société des marchands d'origine anglo-saxonne met également sur le marché des standards qui sont, par la suite, suivis par les autres acteurs du marché. Certains auteurs sont très critiques à cet égard affirmant que « *l'objectif est donc de construire un consensus 'positif' en faveur d'un 'american way of life' universel* »⁸⁰⁹. Nous pouvons citer, à titre d'exemple, le triomphe d'un indicateur financier inventé dans les années vingt par General Motors : la MVA-EVA⁸¹⁰.

⁸⁰³ MARTIN SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », *op.cit.*, p. 189. Voir à ce sujet la thèse de MONTALAN M-A, *Modélisation des représentations comptables d'un décideur dans une situation cognitive*, Thèse, Toulouse, 1998.

⁸⁰⁴ La *defeasance* passive consiste à céder à un tiers une partie des dettes d'une société en vue de supprimer des postes au passif du bilan. La *defeasance* active consiste, quant à elle, en un transfert d'éléments d'actifs à une structure tierce dans un but comptable, celui d'isoler des actifs douteux qui détériorent gravement les comptes d'une société.

⁸⁰⁵ Montage financier aboutissant à payer le prix d'une entreprise rachetée par les revenus générés par cette entreprise.

⁸⁰⁶ Prêt adossé à un autre prêt.

⁸⁰⁷ Littéralement « obligations pourries », en réalité des obligations à haut rendement sur des sociétés à redresser.

⁸⁰⁸ Voir à ce sujet COURET A., « La dimension internationale de la production du droit. L'exemple du droit financier », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.197 à 205.

⁸⁰⁹ CHARVIN R., *Relations internationales, droit et mondialisation. Un monde à sens unique*, édition L'Harmattan, collection logiques juridiques, Paris 2000, p.58. L'auteur précise que « *seule est jugée tolérable par les firmes une 'soft law', inspirée directement par le souci de protection de leurs intérêts et interprétable à discrétion par des instances arbitrales de 'confiance' et non par des juridictions* » (p.57).

⁸¹⁰ La MVA (market value added) est la richesse créée et accumulée par l'entreprise, depuis sa création, pour ses actionnaires : en d'autres termes, c'est la différence entre ce que les investisseurs ont placé dans l'entreprise et ce qu'ils pourraient en retirer en vendant l'entreprise. L'EVA (economic value added) est l'indicateur de performance du management : la valeur économique créée est la différence entre le résultat

En définitive, le rôle d'harmonisation du droit international économique joué par les standards est certes nécessaire à la construction d'un véritable ordre juridique économique reposant sur des valeurs communes mais le risque pourrait être de constater une harmonisation impulsée par certains acteurs dominants du droit international économique. A l'instar du professeur Vogel, peut être pouvons nous nous poser la question suivante : harmoniser le droit international économique est-il un rêve impossible ?⁸¹¹

Néanmoins, les standards, en tant qu'instrument d'harmonisation, vont encore plus loin dans cette logique et s'avèrent être de véritables passerelles entre les différentes branches du droit international.

b- Les standards comme passerelle entre les différentes branches du droit international

Allant plus loin que la simple harmonisation du droit international économique, les standards agissent comme une véritable passerelle entre les différentes branches du droit international, « *[battant] en brèche la vision pyramidale et euclidienne de la 'pureté' ou de la 'systématicité' des sous-systèmes de normes du droit international* »⁸¹².

La définition courante du terme « passerelle » peut nous en apprendre davantage sur ce rôle joué par les standards. Le dictionnaire Larousse de poche nous livre trois représentations de la passerelle⁸¹³ : 1. Un pont étroit réservé aux piétons ; 2. Un plan incliné mobile permettant l'accès à un navire ou un avion ; 3. La superstructure la plus élevée d'un navire.

De ces trois éléments tirés d'un dictionnaire usuel, on peut retenir trois points qui semblent pouvoir nourrir la comparaison entre les standards et la passerelle : l'étroitesse, la voie mobile d'accès et la superstructure. Ces trois éléments s'inscrivent parfaitement dans la recherche relative au rôle des standards dans la mesure où la pratique des acteurs

d'exploitation après impôts et une charge capitalistique qui est destinée à rémunérer les apporteurs de fonds.

⁸¹¹ Cette expression est tirée d'une intervention du professeur Vogel. VOGEL L. (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éditions Panthéon Assas, édition Droit comparé, Paris 2001, 149 pages.

⁸¹² BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.20.

du droit international montre que les standards assurent une interpénétration étroite entre les branches du droit international du fait d'une interprétation qui peut varier selon la branche du droit considérée (l'étroitesse de la passerelle)⁸¹⁴, que cet accès d'une branche du droit international à l'autre est dynamique car l'interprète du standard possède une large marge d'appréciation (la mobilité de la passerelle) et, enfin, que les standards jouent un rôle de régulation du droit international économique (la passerelle comme superstructure)⁸¹⁵.

Ainsi, les standards, de par leur fonction fédératrice et leur nature universelle, permettent l'articulation des différentes branches du droit international car, en effet, le droit international économique exerce toujours une attirance sur des droits périphériques que ce soit les droits de l'Homme⁸¹⁶, le droit de l'environnement⁸¹⁷ ou encore le droit du travail⁸¹⁸. En d'autres termes, la vocation harmonisatrice des standards conforte leur fonction d'interrégulation, dans ce sens que l'interrégulation coordonne les activités des différentes branches du droit. Cette situation s'explique pour deux raisons essentielles. D'une part, l'économie pénétrant tous les aspects de la vie sociale, il n'y a plus de problèmes économiques purs puisque désormais « *toute question économique a de multiples facettes* »⁸¹⁹. D'autre part, les standards d'origine diverse traitent des questions aux enjeux sociétaux multiples⁸²⁰.

Cette coordination est rendue possible par l'usage des standards dans toutes les branches du droit international en tant que forme du langage. En effet, le droit est pleinement un phénomène linguistique. « *Au moyen du langage, l'homme se donne ainsi l'impression de connaître et de posséder le réel. Au sein de ce langage, la langue juridique n'est qu'une langue de spécialité dont la seule véritable particularité réside dans une terminologie suscitée par l'absence de précision du langage ordinaire. Le droit,*

⁸¹³ Dictionnaire Larousse Poche, 2009, p.587.

⁸¹⁴ Voir *infra*, p. 352.

⁸¹⁵ Voir *infra*, p. 322.

⁸¹⁶ Par exemple, concernant l'interaction entre le droit du commerce international et les droits de l'Homme, voir HESTERMEYER, H., *Human rights in the WTO : the case of patents and access to medicines*, New-York, Oxford University Press, 2007, 369 p.

⁸¹⁷ Par exemple, concernant l'interaction entre le droit du commerce international et l'environnement, voir MALJEAN-DUBOIS, S., *Droit de l'organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 535 p.

⁸¹⁸ Par exemple, concernant l'interaction entre le droit du commerce international et le droit du travail, voir BROWN, D. et STERN, R-M., *The WTO and labour and employment*, Northampton, E. Elgar, 2007, 647 p.

⁸¹⁹ MAHMOUD M-S., *Les contradictions du droit mondialisé*, *op.cit.*, p.199.

⁸²⁰ A ce sujet, voir MAHMOUD M-S., *ibid.*, spéc. p.199 et s.

qui dépend donc d'une langue naturelle, ne peut être énoncé que si cette langue naturelle lui en offre les moyens. Cette langue permet d'exprimer des prescriptions conformément à diverses modalités, l'impératif, le déontique ou l'axiologique »⁸²¹. Le rôle des mots dans le langage juridique est donc primordial et il est alors possible de voir dans les standards un véritable « espéranto » du droit⁸²². L'usage des standards, en tant que vocable, dans toutes les branches du droit international permet de lier les corpus de normes qui le composent. Cette passerelle linguistique entre les différentes branches du droit international est un véritable facteur d'harmonisation.

La passerelle linguistique est notamment renforcée par l'effort d'interprétation qui permet d'assurer une articulation, une compatibilité des standards du droit international. En effet, la voie la plus appropriée pour l'harmonisation est la voie de l'interprétation. Le sens d'un standard déterminé par le juge dans une certaine branche du droit international peut servir à l'interprétation d'une disposition contenant ce même standard mais dans une autre branche du droit international par un autre juge. Cette particularité des standards est rendue possible par l'utilisation de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne de 1969. Cet article « est certainement celui qui est longtemps resté le plus négligé tant par la doctrine que par les organes internationaux de règlement des différends », alors « qu'on assiste pourtant, depuis une dizaine d'année à une multiplication des apparitions, sous des formes variables des références explicites à cette disposition du 'traité des traités' »⁸²³. Cet article dispose qu'aux fins d'interprétation d'un traité, il « sera tenu compte, en même temps que du contexte [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

Dans sa thèse consacrée à l'interprétation, Serge Sur mettait en avant le fait qu'il « existe peu de règles universelles au champ d'application général en droit international, et l'on se trouve plus fréquemment en présence d'ordres juridiques partiels et juxtaposés, qui secrètent dans un cadre restreint leur propre hiérarchie, d'une manière plus ou moins

⁸²¹ RICHARD P., « Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste », *RIDC*, n°4, 2005, p.903.

⁸²² Le terme « esperanto » est ici utilisé comme renvoi à l'image d'un langage du droit international universel et commun à tous les acteurs. De manière classique, l'esperanto est une langue conçue à la fin du XIX^e siècle par Ludwik Lejzer Zamenhof dans le but de faciliter la communication entre personnes de langues différentes, à travers le monde entier. Zamenhof publia son projet en 1887 sous le nom de *Lingvo Internacia* (« Langue internationale »), sous le pseudonyme de *Doktoro Esperanto* (« Docteur Espérant », « Docteur qui espère »), d'où le nom sous lequel la langue s'est popularisée par la suite.

⁸²³ CAZALA J., « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre 'règle pertinente de droit international applicable entre les parties' en tant que 'passerelle' jetée entre systèmes juridiques

réglémentée »⁸²⁴. Néanmoins, la combinaison de l'article 31.3 c), qui élargit le champ d'interprétation, avec les standards juridiques, véritables espéranto du droit international, permettrait de lier les différents corpus de normes du droit international, lissant, à terme, les ordres juridiques partiels et juxtaposés. En effet, rien n'indique qu'il soit impossible de prendre en compte une décision juridictionnelle dans le processus interprétatif. Même s'il est assez peu fréquent que l'article 31.3 c) soit invoqué pour établir ce genre de prise en compte, aucun argument de principe n'y fait pourtant obstacle. On peut d'ailleurs évoquer ce cas dans le cadre de l'OMC dans l'affaire *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*⁸²⁵. Si le Groupe Spécial n'a pas donné raison sur le fond à l'Argentine, il n'a pas émis d'objection nette à la prise en compte d'une sentence arbitrale rendue dans une autre affaire entre les deux parties au différend.

Il est donc tout à fait possible d'imaginer que l'harmonisation du droit international puisse venir, en partie, de l'interprétation des standards juridiques même si, dans ce type de circonstances, il restera à déterminer le champ d'application personnel de la décision juridictionnelle.

Fédérer les acteurs du droit international économique autour de valeurs universellement reconnues et d'un droit harmonisé, tel est la fonction juridique *ab initio* principale des standards au moment de leur élaboration. Outre cette fonction immédiate, les standards remplissent une fonction médiate au stade de l'élaboration de la norme : le rôle juridique *ab initio* des standards s'avère être spécifique dans le passage du fait au droit.

B- La fonction spécifique des standards dans le passage du fait au droit

Selon le professeur Virally, « *le droit naît du fait [...] il se réalise dans les faits* »⁸²⁶. Ainsi, il est nécessaire que les faits soient saisis par le droit et cette opération

différents », in *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, p.95.

⁸²⁴ SUR S., *L'interprétation en droit international public*, édition LGDJ, Paris 1974, p.161.

⁸²⁵ *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241, 19 mai 2003.

⁸²⁶ VIRALLY M., *La pensée juridique*, édition LGDJ, collection théorie générale du droit, Paris 1998, p.11. L'auteur définit le fait qui intéresse le droit comme étant « *un évènement historique, qui ne prend tout son sens qu'en considération du temps et du lieu où il est apparu, des personnes qu'il a concerné. [...] La règle juridique s'applique à des faits qui se répètent, c'est-à-dire qui présentent quelques traits communs permettant de les soumettre à un traitement identique* ».

s'établit de façon verbale : « *le droit doit désigner le fait auquel il attache des conséquences juridiques. Il ne dispose, pour cela, que des ressources du langage* »⁸²⁷. Ce mécanisme, d'ordre général, se retrouve dans tous les systèmes juridiques et le droit international économique n'y échappe pas : il existe toujours un rapport de causalité entre un fait et un effet de droit. En effet, « *au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique, il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de choses différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est, de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût* »⁸²⁸.

La distinction entre le fait et le droit est essentielle dans le contexte de l'analyse des standards juridiques et de leur contribution à la normativité du droit international économique. Ces derniers semblent, en effet, s'apparenter à la question de fait puisqu'ils présentent les mêmes caractéristiques : l'imprécision et l'indétermination. D'ailleurs, la question de la juridicité du standard a attiré l'attention sur ce que l'on appelle la « *sacralisation du fait* »⁸²⁹. Toutefois, il semble que la tentative de qualifier de question de droit ou de fait la nature de la rencontre du standard et du fait particulier est vaine, comme l'a justement souligné le professeur Austin en précisant que « *the difficulty is in determining not what the law is or what the fact is but whether the given law is applicable to the given fact* »⁸³⁰. En effet, la norme juridique, qu'elle soit vague ou claire, doit nécessairement rencontrer le fait pour exister. La première est donc obligatoirement liée au second.

Néanmoins, une précision doit être apportée quant à la spécificité des standards dans le passage du fait au droit : ils sont un instrument d'attente du fait pour déterminer le droit. Les standards permettent de repousser « à plus tard » la détermination du droit puisqu'ils ne seront déterminés qu'au moment de leur application aux faits de l'espèce. Ainsi, les standards jouent un rôle d'adaptation du droit dans le temps (1). Cette fonction spécifique des standards juridiques est particulièrement appropriée à l'ordre juridique économique (2).

⁸²⁷ VIRALLY M., *La pensée juridique, op.cit.*, p.16.

⁸²⁸ RIVERO J., « Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois », *AJIC*, 1985, p.48.

⁸²⁹ RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », *op.cit.*, p.44.

⁸³⁰ AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence or The philosophy of positive law*, édition Robert Campbell, 5e édition, 1885 (Cité par MORRIS C., « Law and fact », *Harvard Law Review*, 1942, n°55, p.1316).

1) Les standards, une norme adaptée aux évolutions temporelles

L'adaptation des standards aux évolutions temporelles du droit est une fonction importante des standards en droit international économique, plus que dans n'importe quel autre système juridique. En effet, en droit international économique on ignore très souvent les situations susceptibles d'être régies par le droit et les standards favorisent alors l'ouverture de la norme. Compte tenu de sa nature, les acteurs du droit international économique ont recours aux standards pour ne pas déterminer le droit applicable à des situations qu'ils ne peuvent connaître au moment de l'élaboration de la règle. En d'autres termes, les standards constituent un instrument d'attente pour adapter « *le droit en douceur* »⁸³¹. Il s'agit véritablement d'une fonction technique des standards car elle permet de surmonter les obstacles liés à la nécessité de prévoir une règle de droit applicable à tous les cas d'espèce, tout en favorisant l'adaptation du droit aux diverses évolutions factuelles susceptibles d'intervenir entre l'élaboration de la règle et son application au cas concret⁸³². Insérer une norme souple permet alors de suivre l'évolution du droit.

Ainsi, en droit international économique, le syllogisme judiciaire classique, qui veut qu'une norme légale (la majeure) soit prévue pour s'appliquer aux faits (la mineure), est nécessairement perverti⁸³³. Les standards permettent de différer dans le temps le contenu de la norme afin de pourvoir aux éventuelles variabilités des circonstances qu'elle devra régir puisque c'est en fonction de la conception de la normalité propre au contexte où la norme est appliquée que son contenu sera déterminé. Dans un essai de synthèse sur les notions à contenu variable en droit, le professeur Perelman développe cette idée en admettant que « *tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut*

⁸³¹ Expression de ZAGREBELSKY G., *Le droit en douceur*, édition Economica, collection PUAM, Paris 2000, 153 pages.

⁸³² Néanmoins l'évolution des faits et des mœurs est universelle, si bien que le problème de l'adaptation du droit dans le temps est commun à tous les systèmes juridiques. En définitive, la fonction technique des standards n'est pas propre au droit international économique (Voir par exemple, cette fonction en droit communautaire. BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire, op.cit.*, spéc. p.534 et s.).

⁸³³ Voir à ce propos MUZNY P., « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ*, 2006, n°1, pp.31-49.

délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable [...] laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce »⁸³⁴.

Les standards sont donc une norme conforme aux évolutions temporelles permettant d'adapter le droit aux faits dans le temps et favorisant, à ce titre, l'adéquation de la règle de droit aux évolutions propres au droit international économique. Ainsi, cette fonction des standards est particulièrement recherchée en droit international économique où les sources sont souvent des documents cadres qui doivent avoir un caractère peu variable pour être pérennes. Les standards sont alors tout à fait adaptés à l'ordre juridique économique et contribuent efficacement à la normativité du droit international économique.

2) Les standards, une norme adaptée aux évolutions temporelles de l'ordre juridique économique

En droit international économique, le droit et l'économie sont nécessairement imbriqués. Ce cas de figure, pas nécessairement propre au droit international économique⁸³⁵, a donné différentes définitions du droit régissant les phénomènes économiques, ce qui a pu engendrer des divergences doctrinales⁸³⁶ et plusieurs conceptions s'affrontent⁸³⁷. Ainsi, selon une conception étroite, le droit économique « réunit l'ensemble des règles juridiques permettant à l'Etat d'agir directement sur l'économie »⁸³⁸ mais selon une conception plus large, le droit économique est « le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre »⁸³⁹.

⁸³⁴ PERELMAN Ch., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *op.cit.*, p.365.

⁸³⁵ Pour JACQUEMIN et SCHRANS, « le droit s'édifie partout sur un donné économique, et ce donné gouverne tellement sa construction qu'une sorte d'indivisibilité existe aujourd'hui, pour toute les branches du droit, entre ce droit lui-même et ce qu'il incorpore d'économie » (JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique*, édition PUF, collection Que sais-je ?, 3^e édition, Paris 1982, p.89).

⁸³⁶ A propos de ces divergences, voir JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *ibid.*, pp.52 et s.

⁸³⁷ Par exemple, le professeur Farjat ne donne pas moins de trois définitions du droit économique (FARJAT G., *Pour un droit économique*, édition PUF, Paris 2004, pp.39 et s.).

⁸³⁸ JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique, op.cit.*, p.53.

⁸³⁹ CHAMPAUD C., « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, p.215. Il est également intéressant de donner la définition que le professeur Frison-Roche et le professeur Terré ont du droit international économique : il s'agit de « l'ensemble des règles ayant pour objet l'activité économique

L'ordre juridique international, dans sa branche économique, fait nécessairement une large place au droit économique qui doit alors revêtir des caractéristiques particulières : la règle de droit se doit d'être souple afin que, dans le passage du fait au droit, les divers acteurs du droit international économique puissent s'y soumettre (a). Les standards sont alors la norme la plus adaptée (b).

a- Une flexibilité nécessaire de la règle de droit en droit international économique

En droit international économique, la règle de droit est considérée comme « *un instrument destiné à exercer le plus efficacement possible certaines fonctions vis-à-vis de l'économie* »⁸⁴⁰. En d'autres termes, le droit est au service de l'économie et doit, par conséquent, s'adapter aux phénomènes variables de l'économie. Les règles de droit doivent donc présenter une certaine flexibilité, nécessaire pour s'adapter à l'évolution permanente des faits par nature fluctuants.

En effet, l'élaboration d'un droit international économique implique une remise en cause du raisonnement juridique dont les caractéristiques traditionnelles de la règle de droit⁸⁴¹. Des concessions doivent être trouvées afin de coupler les finalités juridiques aux finalités économiques qui sont, par nature, différentes.

Dans un premier temps, en matière économique, la règle de droit a d'abord été pensée comme devant assurer le fonctionnement de l'économie de marché. Son rôle était donc de définir les libertés économiques, d'organiser leur exercice et de sanctionner leur violation. L'économie de marché s'avérant être parfois défailante, la règle de droit a alors été envisagée différemment, tournée vers une fonction palliative, le droit devant contribuer à l'efficacité économique. Néanmoins, cette recherche de l'efficacité devait nécessairement englober d'autres aspects de la vie sociale si bien que le droit devait

au sens large, aussi bien l'activité des agents que l'organisation des marchés des biens et services que des marchés financiers, la réglementation étatique, la redistribution des richesses par la tarification ou la fiscalité, la répression des comportements économiques nocifs, l'organisation des rapports de pouvoir au sein de l'économie, etc. » (FRISON-ROCHE M-A et TERRE F., « Sociologie du droit économique », *L'année sociologique*, vol.49, 1999).

⁸⁴⁰ JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique*, op.cit., p.96.

⁸⁴¹ C'est ce que le professeur Farjat explique dans l'introduction de son ouvrage, *Pour un droit économique*, édition PUF, Paris 2004, 209 pages.

introduire des contraintes plus larges que celles destinées aux seuls objectifs économiques⁸⁴². Dès lors, l'application de la règle de droit aux phénomènes économiques doit concilier ces différentes exigences. A cette fin, elle doit nécessairement être formulée en des termes suffisamment souples dans le but de régir les situations données en fonction de l'équilibre recherché et selon les particularités de chaque espèce.

Dans un deuxième temps, le droit économique se caractérisant par son pragmatisme et par son évolution rapide et constante, la règle de droit déterminée s'est avérée inapte à assurer l'adaptation du droit aux faits économiques. Dans ces conditions, des mécanismes permettent une adéquation des dispositions juridiques aux exigences de la matière économique. Un des mécanismes consiste dans la modification régulière des textes. Cette solution présente des inconvénients majeurs en droit international : d'une part, l'élaboration et la ratification des traités sont des opérations très longues dans le temps et il n'est pas possible de se permettre de recommencer un tel travail à intervalle régulier et, d'autre part, cette solution contrarie ouvertement une des finalités du droit qui est sa constance.

Finalement, un autre mécanisme permet d'éviter ce genre d'inconvénients et se révèle plus approprié aux particularités du droit international économique : il s'agit de la formulation de règles de droit au moyen d'une norme adaptée : les standards.

b- La contribution des standards à la flexibilité de la règle de droit en droit international économique

Les standards présentent des caractéristiques particulièrement adaptées à la conciliation des valeurs juridiques avec les finalités de la matière économique. En effet, grâce à l'implantation d'une norme telle que les standards en droit international économique, on a favorisé la mobilité de la règle de droit tout en contribuant à une

⁸⁴² JACQUEMIN A. et SCHRANS G. rappellent, à ce propos, que « *l'ordre juridique est appelé à mettre en œuvre tout un système de valeurs bien plus englobant que la seule efficacité économique* » (JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique, op.cit.*, p.26).

relative stabilité des textes⁸⁴³. La règle de droit est devenue flexible, pouvant être modifiée en fonction de l'évolution des faits économiques, sans que la modification du contenant soit un préalable nécessaire. Le recours au critère de normalité auquel renvoient les standards lors de leur application aux faits de l'espèce, permet une adaptation de la règle dans le temps et dans l'espace eu égard aux différentes conceptions du comportement ou de la situation « normale ». De plus, le recours à des critères extérieurs au droit permet de prendre en compte toutes les données économiques nécessaires pour attribuer un sens à la règle de droit économique.

Les standards favorisent donc la rencontre du système juridique, stable et constant, avec le système économique, fluctuant et mobile⁸⁴⁴. C'est ainsi que l'on peut constater le développement de l'usage des standards au sein du droit international économique. Par exemple, l'emploi du standard de bonne foi favorise, dans tous les cas de figure, la flexibilité de la règle juridique en fonction des phénomènes économiques auxquels elle est susceptible de s'appliquer.

L'insertion des standards dans les règles du droit international économique révèle une finalité juridique qui est la finalité du juste : les standards vont « *alors servir de boussole dans l'application du droit* »⁸⁴⁵.

Le type de norme que sont les standards permet ainsi de concilier le minimum de constance requis par le droit avec l'efficacité recherchée par l'économie.

L'analyse de l'intensité de la production normative des standards ne s'arrête pas à leur seule élaboration. En effet, une fois élaborés, les standards sont insérés dans une source de droit, produisant également des effets de droit *ab initio*.

§2 : Les effets de droit produits *ab initio* en lien avec la source porteuse des standards

S'interroger sur les effets de droit que peuvent produire, *ab initio*, les standards du fait de la source qui les porte revient à s'interroger sur la validité de la norme. La validité

⁸⁴³ Cela se justifie car « *la première fonction, unanimement reconnue, tient à la flexibilité que [les standards] apportent à la règle de droit à laquelle ils s'intègrent* », FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », *RRJ-Droit prospectif*, 1991, n°1, p.757.

⁸⁴⁴ Dans certains cas, la flexibilité requise par le droit économique ne se satisfait pas de l'indétermination du standard et requiert la disparition pure et simple de la règle de droit. Voir en ce sens, JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique, op.cit.*, p.100.

de la norme juridique peut se mesurer grâce à la formulation de plusieurs théories de la validité mais la plus connue et la plus usitée est sans nul doute la théorie formelle. Il semble donc opportun d'apprécier la validité des standards contenus dans certaines sources à l'aune de la théorie formelle de la validité.

Selon cette conception, la validité de la norme juridique se retrouve toute entière dans sa légalité. Il s'agit là de la transcription de la théorie kelsénienne qui suppose une organisation hiérarchique faisant prévaloir les normes supérieures sur les normes qui leur sont inférieures⁸⁴⁶. Il y a donc ainsi un ordre logique et nécessaire à la création et, corrélativement, à la validité des normes juridiques. Cette organisation implique que la validité ne se fonde pas sur des faits mais sur des normes.

La validité des standards et le rôle qu'ils remplissent va donc varier selon que l'on s'interroge sur, comme le prescrit le professeur Abi-Saab⁸⁴⁷, d'une part, l'*instrumentum* des standards (A) et, d'autre part, leur *negocium* (B).

A- L'*instrumentum* des standards du droit international économique

L'*instrumentum* peut se définir comme étant l'acte formel sur lequel repose la règle de droit, ou, en d'autres termes, le « *document officiel contenant l'expression de la volonté des sujets de droit* »⁸⁴⁸.

Il est très difficile de déterminer l'*instrumentum* porteur des standards car il existe une très grande liberté en droit international, et, *a fortiori*, en droit international économique, dans la dénomination de l'acte. Un engagement peut alors revêtir des noms divers sans que l'on puisse savoir ce qui se cache derrière chacun d'eux⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », *op.cit.*, p.759.

⁸⁴⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.193. L'auteur ajoute que « seule une norme peut être le fondement de validité d'une autre norme » et rappelle que « la validité d'une norme ne peut avoir d'autres fondements que la validité d'une autre norme ; en termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle ».

⁸⁴⁷ ABI-SAAB G., « Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, édition Bruylant, Bruxelles 1993, spéc. p.61.

⁸⁴⁸ SALMON J.(dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 588.

⁸⁴⁹ La Convention de Vienne sur le droit des traités laisse aux Etats, à cet égard, la possibilité d'employer les appellations les plus diverses. En effet, son article 2§1 pose le principe suivant : « L'expression 'traité' s'entend d'un accord international [...] quelle que soit sa dénomination particulière ».

Etudier les effets de droit produits *ab initio* en fonction de l'*instrumentum* de la source porteuse des standards permet de mesurer la force normative innée des standards⁸⁵⁰.

Du fait de la source qui les porte, les standards peuvent être confrontés à la théorie de la validité et, ainsi, jouer un rôle différent selon qu'ils sont portés par une source considérée comme étant de la *hard law* (1) ou par une source considérée comme étant de la *soft law* (2).

1) Le rôle des standards dans les sources de *hard law*

Les sources considérées comme étant de la *hard law* sont les sources du droit international économique qui constituent des facteurs objectifs indiquant de façon incontestable que les parties ont voulu se lier par un engagement juridiquement valide. Il est possible d'en recenser trois types : le traité, l'accord ou la convention⁸⁵¹. En d'autres termes, les sources de droit dur sont les sources formelles du droit international.

Dans ce cas de figure, la validité des standards n'est pas remise en question et ne pose aucune difficulté. En effet, la validité de la norme juridique est toujours conditionnée à la compétence préalable de son émetteur. Les sources de *hard law* sont qualifiées comme telles en raison de leur procédure d'élaboration qui suppose qu'elles soient issues des sujets originels du droit international, les Etats, qui ont donc une compétence de droit à la création de ces sources. Les standards contenus dans ce type de sources produisent alors des effets de droit confirmés par la théorie de la validité.

Ces sources « hard » du droit international économique contiennent des standards qui, outre leur fonction naturelle de norme juridique souple, remplissent une fonction particulière : la transmission de messages politiques.

En effet, le droit international, et, *a fortiori*, le droit international économique, n'a pas seulement pour objet de régir les comportements des acteurs. Dans certaines

⁸⁵⁰ Voir les schémas en annexe, p.407

⁸⁵¹ Néanmoins, cette affirmation peut être nuancée. En effet, à la lecture de tels engagements, on peut s'apercevoir qu'aucune certitude n'est permise quant à la volonté de s'engager. Il arrive très souvent que la rédaction de ces textes soit non prescriptive. Beaucoup de traités ne sont qu'une accumulation de souhaits, d'avis et de conseils. Si leur nom semble indiquer une intention de se lier de façon contraignante, le caractère de la rédaction l'exclut.

circonstances, le droit international économique s'avère être un langage particulier permettant de communiquer des messages politiques importants.

Les standards, formule souple, permettent alors de transmettre divers types de messages politiques.

Il peut s'agir, en premier lieu, d'envoyer un message fort à la Communauté internationale dans son ensemble afin de prouver qu'un accord sur un sujet sensible politiquement a été trouvé. A ce niveau, le rôle des standards est indéniable. En effet, « *un instrument souple peut également faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement et qui rencontre des résistances de la part de certains Etats* »⁸⁵². Sur un sujet sensible, toutes les parties prenantes préfèrent un engagement de ce type qui ne lie pas s'il s'avère que la voie prise n'était la bonne⁸⁵³.

Il peut s'agir, en second lieu, de messages politiques entre les parties. Ces messages, insérés dans des instruments du droit international économique, ont pour point commun le standard d'amitié dans les relations entre les parties. Ce standard assez particulier est très présent en droit international économique, notamment dans les traités d'amitié et d'assistance mutuelle. Nous pouvons citer à titre d'exemple le Pacte d'amitié et d'assistance mutuelle entre la Finlande l'Union Soviétique de 1948 qui comprenait un volet économique⁸⁵⁴. Ainsi, dans son article 5, le Pacte disposait que « *les Hautes parties contractantes s'engagent à agir dans une atmosphère de collaboration et d'amitié pour un développement et une consolidation des relations économiques et culturelles entre la Finlande et l'Union soviétique* »⁸⁵⁵. L'amitié devient ainsi une norme juridique, un standard indéterminé et dont la détermination ne peut se faire qu'à l'aune de critères extérieurs au droit.

Les standards revêtent alors, à l'égard des destinataires, une fonction linguistique qui, profitant des apparences juridiques, lance des messages politiques solennels.

⁸⁵² DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, p.251.

⁸⁵³ C'est la thèse avancée par HILLGENBERG H. lorsqu'il précise que « *often states prefer non-treaty obligations as a simpler and more flexible foundation for their future relations* ». HILLGENBERG H. , « A fresh look at soft law », *op.cit.*, p.499.

⁸⁵⁴ Les ex-pays socialistes, dont les rapports ont été par définition fondés sur l'idéologie et sur la politique, ont conclu toute une série de traités dont les textes étaient brefs et ne contenaient parfois que trois ou quatre articles par lesquels les parties voulaient passer un message politique solennel.

⁸⁵⁵ Souligné par nos soins. Ce texte est disponible dans l'ouvrage suivant : COLLIARD C-A. et MANIN A., *Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis. Tome II – Europe*, édition Montchrestien, 1970, p.246.

Si le droit international ne connaît pas de continuum entre les instruments de *hard law* et de *soft law* mais seulement un système binaire, il convient alors d'envisager le rôle des standards dans les sources de *soft law*.

2) Le rôle des standards dans les sources de *soft law*

Les sources considérées comme étant de la *soft law* sont les sources du droit international économique qui ne constituent pas un facteur indiquant un engagement juridique clair et solide des parties. Il est d'ailleurs possible de dénombrer pas moins de 39 dénominations de ces sources⁸⁵⁶.

Au regard de la théorie de la validité des normes juridiques, les standards contenus dans des sources « soft » posent la question de leur validité et du rôle qu'ils pourraient jouer à deux points de vue. D'une part, la validité des standards peut se discuter au regard du contenant (a) et, d'autre part, leur validité est en question au regard de l'émetteur de la source (b).

a- La validité des standards au regard du contenant

Du fait d'un support « soft », les standards élaborés par la communauté internationale dans son entier⁸⁵⁷ n'auraient pas de valeur normative et n'auraient donc pas vocation à être créateurs de droits et d'obligations car ils ne sont pas contenus dans un acte qualifiable de source du droit international telle que reconnue par l'article 38 du Statut de la Cour de Justice Internationale (CIJ). Michel Virally a qualifié ce type d'actes de « *résolutions d'un organe international adressées à un ou plusieurs destinataires et impliquant une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention* »⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ C'est ce qu'il ressort de l'étude menée par Denis Myers qui donne, entre autres, ces dénominations : acte, acte final, acte général, arrangement, avenant, charte, compromis, concordat, constitution, déclaration, déclaration conjointe ou commune, échange de lettres, échange de notes, mémorandum d'accord, pacte, protocole, communiqué, code de bonne conduite, déclaration de principes, etc. (MYERS D., « The names and scope of treaties », *AJIL*, n°51, 1957, pp.574-605).

⁸⁵⁷ Nous incluons ici tant les acteurs étatiques (Etats et organisations internationales) que les acteurs non étatiques (société des marchands et société civile).

⁸⁵⁸ VIRALLY M., « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, p.68.

La doctrine justifie cette interprétation en expliquant qu'« *autant la substance des règles du droit international se doit d'être souple et évolutive pour faire face aux besoins toujours nouveaux et aux difficultés toujours renouvelées, autant l'appareil normatif se doit de satisfaire à certaines exigences permanentes de qualité* »⁸⁵⁹. Sous l'impulsion de l'article du professeur Weil⁸⁶⁰, une partie de la doctrine reproche donc à la *soft law* de provoquer une confusion conceptuelle au détriment de la théorie des sources énumérées à l'article 38 du statut de la CIJ. Plusieurs questions se posent alors : en brouillant les catégories, les obligations juridiques n'en deviennent-elles pas plus confuses ? Qu'est-ce qui est du droit, qu'est-ce qui ne l'est pas ? C'est ainsi que beaucoup d'auteurs considèrent que si les Etats ne se lient pas par un traité, c'est le plus souvent parce qu'ils n'entendent pas être engagés juridiquement et qu'ils n'ont « *ni la volonté ni le sentiment de faire du droit* »⁸⁶¹.

Cependant, il est possible d'apporter une critique à l'égard de la théorie de la validité formelle qui voudrait qu'une norme juridique produise des effets de droit seulement lorsqu'elle est contenue dans une source de droit qualifiée comme telle. En effet, grâce à la théorie du standard juridique et à son utilisation très fréquente en droit international économique, il convient de nuancer cette démonstration.

On ne peut ôter toute valeur normative aux standards, qui ont fait l'objet d'un consensus lors de leur élaboration, du seul fait de leur support. En effet, en l'état actuel des relations internationales, on ne peut omettre que les « *international agreements not concluded as treaties and therefore not covered by the Vienna Convention play an important role in international relations* »⁸⁶².

Cette vision des choses perturbe assurément la théorie traditionnelle des sources en droit international public, mais « *la prolifération contemporaine d'instruments souples de normativité nous fait prendre conscience de l'étroitesse de cette vision des sources en droit international à laquelle s'accroche aujourd'hui encore une partie de la doctrine* »⁸⁶³.

⁸⁵⁹ WEIL P., *Le droit international en quête de son identité*, *op.cit.*, p.38.

⁸⁶⁰ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *op.cit.*

⁸⁶¹ WEIL P., *ibid.*, p.233.

⁸⁶² HILLGENBERG H., « A fresh look at soft law », *op.cit.*, p.499.

⁸⁶³ DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, p.255.

Désormais, le droit est en pleine mutation laissant place à un droit dit « *post-moderne* »⁸⁶⁴, caractérisé par la complexification croissante des modes de régulation des conduites, d'un droit en voie de mondialisation et il n'y a aucune raison de penser que le droit international interdit à la *soft law* d'être une source de droit et aux standards d'avoir une certaine valeur normative. Le seul obstacle à une telle reconnaissance ne pourrait être que la violation du *jus cogens*⁸⁶⁵.

Par ailleurs, la démonstration doctrinale consistant à affirmer que des standards issus d'une source « *soft* » n'ont pas de valeur normative, peut être atténuée étant donné qu'il existe une absence de formalisme en droit international. En effet, « *tout accord de volonté peut donner naissance à une norme dès lors que l'existence de l'intention de se lier est établie* »⁸⁶⁶. En l'occurrence, il s'agit bien d'une intention de se lier puisque le processus d'inclusion des standards dans une source « *soft* » suit une procédure rigoureuse à laquelle les parties ont participé. Et « *dès lors que le processus de création du modèle de comportement est régi par le droit, qu'il respecte une procédure définie par la charte constitutive d'une organisation internationale, par exemple, n'est-on pas en présence d'un acte juridique ?* »⁸⁶⁷. La réponse semble être positive car, si l'on prend l'exemple des recommandations d'organisations internationales, on se rend très vite compte qu'elles « *reposent sur des procédures d'adoption réglementées, sont donc le produit d'une élaboration juridiquement organisée, souvent plus rigoureusement que celles des traités* »⁸⁶⁸ et que « *both treaties and non-treaty agreements are based on a coincidence of declared intentions* »⁸⁶⁹. Pour obtenir une valeur normative, l'*instrumentum* des standards doit donc être conçu par des organes ou des personnes déterminées à l'avance, selon des règles de compétences, de forme et de procédures établies : c'est bien le cas.

Il apparaît évident que l'utilisation de la *soft law* en droit international économique est aujourd'hui grandissante. Il est donc capital de remettre en question nos conceptions

⁸⁶⁴ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », *op.cit.*, p.21.

⁸⁶⁵ Voir en ce sens HILLGENBERG H., « A fresh look at soft law », *op.cit.*, p.503 : « *there is no provision of international law which prohibits such agreements as sources of law, unless, obviously, they violate jus cogens* ».

⁸⁶⁶ JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public*, *op.cit.*, p.391.

⁸⁶⁷ JACQUE J-P., *ibid.*, p.390.

⁸⁶⁸ SUR S., « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p.916.

⁸⁶⁹ HILLGENBERG H., « A fresh look at soft law », *op.cit.*, p.506.

du droit à la lumière de ces instruments « soft » et dont la multiplication ne doit plus être ignorée sur un plan théorique.

Le rôle que peuvent remplir les standards contenus dans une source de droit « soft » est remis en question par la théorie de la validité, bien que cette théorie semble perdre de son efficacité en raison de l'intensité de la production des standards en droit international économique. Néanmoins, la validité des standards ne se mesure pas seulement à l'égard de leur contenant mais également au regard de leur émetteur.

b- La validité des standards au regard de l'émetteur

Selon la théorie formelle, la validité de la norme réside dans l'habilitation de son émetteur, c'est-à-dire dans le pouvoir de celui qui pose des normes. Ainsi, il ne suffit pas d'avoir subjectivement l'intention de créer une norme juridique, il faut y être habilité objectivement. Dans le cas contraire, les actes sont juridiquement inexistant⁸⁷⁰. Ainsi, la compétence de l'émetteur de l'acte est un élément important de la validité formelle puisque le défaut d'habilitation est un facteur d'invalidité de la norme juridique. Certains auteurs qualifient cette habilitation de « *théorie de la compétence* »⁸⁷¹, d'autres parlent à cet égard de « *validité intrinsèque* »⁸⁷² qui suppose que l'acte doit être accompli conformément à la compétence de son auteur, cette dernière étant octroyée par une règle de compétence.

Cette conception, pour le moins restrictive, est aujourd'hui remise en cause avec acuité. En effet, la théorie formelle originelle de la validité ne peut rendre compte de la réalité « législative » du droit international économique. On peut, dès lors, s'interroger sur la pérennité d'une telle conception face au foisonnement des standards juridiques qui rend l'appréciation de la validité d'une norme juridique de plus en plus délicate. Il est également possible de s'interroger sur les critères de validité du droit que la conception

⁸⁷⁰ Voir à ce sujet, KELSEN H., *Théorie générale des normes*, édition PUF, 1996, spéc. p.133.

⁸⁷¹ TEBOUL G., « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDJ*, 1993, p.941. M. Teboul reprend la théorie de la validité au regard de la norme coutumière. Selon lui, la compétence conférée pour créer une coutume n'est pas auto-constituée, mais est attribuée par une norme juridique.

⁸⁷² HERAUD G., « La validité juridique », in *Mélanges Maury*, Sirey, Paris 1960, p.478.

formelle propose dans une société internationale nécessairement marquée par la globalisation⁸⁷³. De plus, la théorie de la validité formelle néglige l'influence des acteurs non étatiques sur le processus d'élaboration du droit. Or, cette influence prend une importance très nette en droit international économique, notamment au travers de la société des marchands et de la société civile qui sont les principaux émetteurs d'instrument dits « soft ».

Ainsi, l'émetteur de la norme juridique en droit international économique n'est pas nécessairement celui qui est, originellement, l'émetteur privilégié de la norme. Nombre de standards sont le fait de la « société » internationale comprise comme étant la société des marchands et la société civile. On assiste alors aujourd'hui à « *une positivation croissante des normes sociales, validées sur la base de processus décisionnels 'privés' hautement organisés* »⁸⁷⁴. Cette réalité du droit international économique laisse à penser qu'il existe une concurrence entre la validité formelle et une nouvelle forme de validation de la norme qui serait étroitement liée à l'action de la « société ». Avec d'un côté les sources de *hard law* et de l'autre les sources de *soft law*, il existe une coexistence de la validité formelle avec une approche plus « sociale » de la validité de la norme juridique. A ce stade de la réflexion, on perçoit avec quelle intensité la frontière entre le *Sein* et le *Sollen* tend à s'estomper : la relation entre le fait et le droit est de plus en plus prégnante.

Au vu de ces considérations, la définition retouchée de la validité proposée par les professeurs Ost et Van de Kerchove semble prendre toute sa dimension. Ils entendent la validité comme « *la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent* »⁸⁷⁵.

Ainsi, la théorie de la validité formelle qui veut que la norme est valide lorsque son émetteur est compétent se montre insuffisante lorsqu'il s'agit de retranscrire le rôle des standards en droit international économique. La « société » internationale, en exerçant des fonctions de participation à l'élaboration et à l'application des standards, devient le garant de la norme juridique. Ce que les standards en droit international économique changent à

⁸⁷³ Voir à ce sujet TEUBNER G., « Un droit spontané dans la société mondiale ?, in *Le droit saisi par la mondialisation*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, spéc. pp.204-205.

⁸⁷⁴ TEUBNER G., *ibid.*, p.204.

⁸⁷⁵ VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.*, p.314.

la théorie de la validité formelle, c'est le moment de la reconnaissance de la compétence de l'émetteur. Avec l'intensité et le rôle incontestable des standards, on peut tout à fait admettre que la compétence de l'émetteur peut désormais être attribuée une fois la norme émise. En effet, la force normative des standards se manifeste notamment dans l'élaboration d'instruments, certes « soft », mais qui procèdent d'une intention normative, celle des auteurs qui ambitionnent de créer des normes de conduite, d'inciter des comportements.

Si les effets de droit produits par les standards en lien avec leur *instrumentum* dépendent vraisemblablement de la qualité juridique de la source qui les porte, les effets qu'ils peuvent produire en lien avec leur *negocium* sont d'ordre différent.

B- Le *negocium* des standards du droit international économique

Le *negocium*, quant à lui, peut se définir comme étant l'acte substantiel, par opposition à l'acte formel. Plus précisément, il s'agit de l'acte juridique lui-même, de son contenu.

L'étude du contenu de l'acte exerce une grande importance à ce stade de l'étude car il va déterminer la manière dont les destinataires des standards devront les respecter. En effet, étudier les effets de droit produits *ab initio* en fonction du *negocium* de la source porteuse des standards permet de mesurer la force normative conférée des standards⁸⁷⁶.

Ainsi, les standards vont produire certains effets juridiques alors même que l'acte n'est pas entré en vigueur. Le fait d'utiliser la technique du standard emporte des conséquences juridiques de deux ordres. D'une part, les standards vont remplir un rôle dans la manière de rédiger l'acte en question. Ils exercent alors une fonction rédactionnelle importante qui va emporter des effets juridiques (1). D'autre part, les standards assureront un rôle primordial dans le degré de contrainte que renferme l'acte. La fonction contraignante des standards manifeste alors une certaine portée juridique (2).

⁸⁷⁶ Voir les schémas en annexe, p.407.

1) La fonction rédactionnelle des standards

De par leur nature flexible et indéterminée, les standards insérés dans les sources du droit international économique offrent une réelle souplesse dans leur rédaction.

Il est alors aisé de remarquer que, si la plupart des accords internationaux débutent par un chapitre intitulé « Définitions » ou « Interprétation », ce chapitre ne définit jamais les termes controversés tels que « délais raisonnables » ou encore « engagement de bonne foi ». Cette ambiguïté est volontaire et reste permise par l'emploi des standards qui ne feront l'objet d'une détermination et d'une interprétation qu'au moment de leur application aux faits de l'espèce.

Cette souplesse offerte aux parties s'explique également par le fait que « *la volonté commune des parties n'existe pas et [que] les textes retenus sont ceux dont l'ambiguïté a satisfait simultanément des prétentions opposées* »⁸⁷⁷. C'est ainsi qu'on a pu dire « *que les rouages de la diplomatie tournaient souvent mieux s'ils étaient lubrifiés par une certaine ambiguïté des textes* »⁸⁷⁸.

Cette formulation vague rendue possible par l'insertion des standards s'accompagne quasi systématiquement d'une forme grammaticale particulière : le conditionnel⁸⁷⁹. En effet, les engagements du droit international économique, pourtant conçus en bonne et due forme sur le plan de l'*instrumentum*, ont parfois recours au conditionnel sur le plan du *negocium*. On peut en donner un exemple tout à fait significatif à cet égard : la Charte des droits et devoirs économiques des Etats du 12 décembre 1974 qui regorge de ces formulations au conditionnel qui accompagnent les standards qu'elle porte⁸⁸⁰.

L'usage de ces formes rédactionnelles souples a un objectif : la protection de la souveraineté des Etats. En effet, l'usage des standards, par les acteurs étatiques du droit

⁸⁷⁷ REUTER P., *Introduction au droit des traités, op.cit.*, p.173.

⁸⁷⁸ OXMAN B. H., « Accord entre le Brésil et les Etats-Unis concernant la pêche à la crevette », *AFDI*, 1972, p.802.

⁸⁷⁹ Au contraire, en droit interne la forme grammaticale la plus usitée pour exprimer une obligation est l'indicatif présent ou le futur simple.

⁸⁸⁰ Par exemple, l'article 8 de la Charte porte le standard d'équité grâce à des formulations au conditionnel. « Article 8 : Les Etats devraient coopérer pour faciliter des relations économiques internationales plus rationnelles et plus équitables et pour encourager des transformations de structure dans le cadre d'une économie mondiale équilibrée conformément aux besoins et aux intérêts de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement, et devraient prendre des mesures appropriées à cette fin ». Souligné par nos soins.

international économique, est une façon de protéger leur souveraineté contre les rigueurs du droit. Les Etats sont contraints d'abandonner une part de leur souveraineté au profit de la coopération internationale qui suppose un droit rigide, prévisible et stable. Un droit construit de règles générales et impersonnelles, dont le contenu serait clair et précis. Néanmoins, les Etats n'abandonnent pas complètement leur souveraineté et les standards sont là pour jouer une fonction de protection de leurs intérêts. Le but d'employer la technique du standard est de laisser aux corollaires naturels de la souveraineté, c'est-à-dire la politique et la diplomatie, le soin de résoudre, le cas échéant, les problèmes survenant lors de la coopération internationale.

En d'autres termes, la recherche constante de flexibilité et de souplesse dans les engagements internationaux est la marque du tiraillement existant entre ce qui reste de la souveraineté étatique et la nécessité d'un développement de la coopération internationale.

La formulation vague et ambiguë paraît être une nécessité en droit international économique qui est un droit tout empreint de diplomatie. Les standards offrent cette possibilité en contribuant ainsi à la régulation et à la normativité du droit international économique. Néanmoins, certains auteurs, à l'instar du professeur Weil, ont soulevé le fait que la rédaction au conditionnel « *enlève tout caractère obligatoire* »⁸⁸¹. Il est vrai que les standards s'avèrent être souples au regard de leur force obligatoire.

2) La fonction obligatoire des standards

Les objectifs établis par les standards s'avèrent être des modèles de comportement, des prescriptions qui ne peuvent être observées comme des règles obligatoires et contraignantes. Ainsi, ces « *modèles de comportement qui ne sont pas obligatoires ne sauraient entrer dans le champ juridique* »⁸⁸². D'ailleurs, une partie de la doctrine s'accorde à dire que si l'on reconnaît ces prescriptions comme étant du droit, « *on risque d'introduire la confusion dans les concepts juridiques et d'acclimater l'idée qu'il y a plusieurs catégories d'obligations juridiques et que l'on peut se permettre de ne pas*

Pour une analyse de la Charte, voir COLARD D., « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *Etudes internationales*, 1975, vol.6, n°4, pp.439-461.

⁸⁸¹ WEIL P. « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », *op.cit.*, p.7.

*honorer certaines d'entre elles, sous le prétexte qu'elles ne sont pas aussi 'dures' que d'autres. L'autorité du droit peut en souffrir gravement et l'analyse juridique sombrer dans des subtilités qui en brouilleront les conclusions »*⁸⁸³.

Dans le cadre du droit international économique plus particulièrement, nombreux sont ceux qui estiment que « *strict rules are required in order to ensure predictability in economic relations* »⁸⁸⁴.

Il est vrai que les modèles de comportement n'ont pas de force obligatoire, cependant on ne peut sous estimer la force normative que peuvent revêtir de telles prescriptions. Il ne faut « *pas négliger le caractère d'engagement international que revêtent des obligations de comportement comme celle de consulter, de négocier, de tenir compte de la position de son partenaire, etc.* »⁸⁸⁵. En effet, un modèle de conduite non-obligatoire peut se définir comme étant un élément interprétatif ou comme attestant d'une *opinio juris*. Pour posséder une valeur juridique, il n'est pas nécessaire que ce modèle de conduite impose à ces destinataires une conduite déterminée. Il peut, par exemple, autoriser une certaine conduite par dérogation à une autre norme ou encore inciter les destinataires à adopter une conduite en échange d'avantages déterminés.

De plus, il est certain que « *les actes concertés non conventionnels ne se réduisent pas à de simples paroles en l'air. Les gouvernements ne discuteront pas leur rédaction pas à pas, mot à mot, avec autant d'âpreté, s'ils avaient le sentiment de ne souscrire qu'à des paroles verbales, dépourvues de toute portée* »⁸⁸⁶. En réalité, un engagement non juridique oblige d'une certaine manière : celui qui accepte d'appliquer les standards doit le faire en respectant le principe de bonne foi. D'ailleurs, « *la pratique montre au demeurant que certains engagements non juridiques sont mieux respectés que certains engagements pleinement juridiques* »⁸⁸⁷.

Certains auteurs mentionnent aussi que « *precision or lack thereof is not, however, an appropriate criterion for determining whether an agreement is binding or not* »⁸⁸⁸. En

⁸⁸² JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public, op.cit.*, p.389.

⁸⁸³ VIRALLY M., « Textes internationaux de portée juridique et dépourvus de portée juridique », Rapport à l'Institut de droit international, *AIDI*, 1993, vol.60, n°1, p.246.

⁸⁸⁴ SEIDL-HOHENVELDERN I., *International economic soft law*, RCADI 1979-2, p.182.

⁸⁸⁵ JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public, op.cit.*, p.392.

⁸⁸⁶ WEIL P., « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », *op.cit.*, p.233.

⁸⁸⁷ WEIL P., *ibid.*, p.237.

⁸⁸⁸ HILLGENBERG H., « A fresh look at soft law », *op.cit.*, p.500.

effet, indéterminé ne veut pas dire « *indéterminable* »⁸⁸⁹. En l'occurrence, les standards sont déterminables en ce sens que la détermination de leur contenu n'est pas insérée dans le texte mais renvoie au contexte. La conséquence directe de cette indétermination est que les standards vont laisser une marge de manœuvre plus importante à l'interprète que s'il était en présence d'une règle de droit directement opérationnelle⁸⁹⁰. En d'autres termes, « *soft law is something more than 'law without any obligations'* »⁸⁹¹.

Il faut dorénavant concevoir que de telles normes de comportement aient certains effets juridiques dès lors qu'il existe une *opinio juris* et une pratique naissante d'application de ces règles⁸⁹². Ainsi, les standards produisent inévitablement du droit, quelle que soit la caractéristique de la source qui les porte.

En définitive, les standards renferment bien en eux-mêmes une force normative que l'on peut considérer être latente ou potentielle. Certains auteurs ont pu qualifier cette force normative de « *force en puissance* »⁸⁹³. En effet, « *la force normative d'une norme ne dépend pas de son effectivité. Ce n'est pas parce qu'une norme n'a toujours pas été appliquée ou garantie par un juge, qu'elle ne revêt pas en elle-même un potentiel normatif* »⁸⁹⁴. La force normative des standards existante *ab initio* ne demande qu'à s'intensifier et à acquérir d'autant plus de normativité *a posteriori* grâce à leur réception par les destinataires et à l'intervention du juge.

⁸⁸⁹ Voir à ce sujet, DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, *op.cit.*, p.122.

⁸⁹⁰ Nous pouvons donner l'exemple des PPGA. Lors de la réunion annuelle du FMI en 2009, le Groupe de Travail International (GTI) sur les fonds souverains a présenté les « principes de Santiago » au Comité monétaire et financier international (CMFI). Il s'agit d'un ensemble de 24 principes visant à promouvoir l'indépendance opérationnelle dans les décisions d'investissement, la transparence et l'éthique de responsabilité. Les « principes de Santiago », également dénommés « les principes et pratiques généralement acceptés par les fonds souverains » (PPGA), constituent un cadre volontaire devant régir l'adoption de mécanismes appropriés de gouvernance et de responsabilisation ainsi que la mise en œuvre des pratiques des fonds souverains en matière d'investissement.). Lorsque le PPGA n°4.1 énonce que « *la source de financement du fonds souverain doit être rendue publique* », on est tout à fait capable de déterminer si une source de financement a été rendue publique ou pas, c'est seulement la manière de faire qui reste indéterminée dans le texte. L'obligation, pour celui qui a souscrit aux PPGA, est ici très claire : il faut rendre publique une source de financement.

⁸⁹¹ SEIDL-HOHENVELDERN I., *International economic soft law*, *op.cit.*, p.194.

⁸⁹² SEIDL-HOHENVELDERN I., *ibid.*, p.189 : « *We are willing to accept the view that such rules become binding as soon as there exists an opinio juris concerning their binding character and incipient practice* ».

⁸⁹³ NICOLAS E., « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative », in, *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, p.76.

⁸⁹⁴ BOUTONNET M., « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit » in, *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, p.498.

Section 2 : Les effets de droit produits *a posteriori* par les standards

Lorsque la source qui porte un standard juridique entre en vigueur, cela entraîne automatiquement des conséquences pour le standard qui produira tous ses effets juridiques. Ceci s'explique par le fait que l'apparition de la source dans le paysage « législatif » du droit international économique permettra aux standards d'avoir un certain impact sur le droit international économique comme autant d'indices de leur contribution à la normativité du droit international économique.

Dès leur application, dès leur insertion dans l'ordre juridique du droit international économique, les standards vont avoir une portée juridique indéniable.

Les standards, en tant que normes, vont se voir attribuer certaines fonctions du fait de leur intégration en droit international économique et par le droit international économique. Il est ainsi saisissant de voir que les standards peuvent remplir autant une fonction passive puisque naturellement accueillis par le droit international économique qu'une fonction active puisqu'ils deviennent une norme vivante en droit international économique.

Contrairement à l'étude sur les effets de droits produits *ab initio* par les standards, il s'agit ici d'étudier la force normative dynamique des standards en droit international économique⁸⁹⁵.

Les effets de droit produits *a posteriori* par les standards peuvent se révéler sous deux angles. D'une part, il s'avère que les standards produisent un certain nombre d'effets juridiques dès lors qu'ils sont accueillis par leurs destinataires (§1), qu'ils suscitent l'adhésion ou la vigilance. D'autre part, et il s'agit là du corollaire logique attaché à toute norme qui se voit appliquée, les standards arborent toute un éventail de conséquences juridiques lors de leur application juridictionnelle (§2), l'étude du travail du juge étant tout à fait nécessaire dans l'analyse du rôle des standards en droit international économique.

⁸⁹⁵ Voir les schémas en annexe, p.407.

§1 : Les effets de droit produits *a posteriori* sur les destinataires des standards

Une norme devant « être considérée non seulement dans sa structure interne mais aussi dans sa fonction vis-à-vis de ses destinataires »⁸⁹⁶, il est donc important d'analyser les effets de droit produits par les standards sur leurs destinataires.

On entend par destinataires les « personnes » auxquelles s'adressent les standards. En droit international économique, ces « personnes » ne sont autres que les acteurs étatiques et les acteurs non étatiques, selon la dichotomie classique.

Selon la catégorie de destinataires, les standards produisent des effets de droit très différents, puisque dans le cadre des acteurs étatiques, il s'agit d'effets de droit directs (**A**) alors que dans le cadre des acteurs non étatiques, il s'agit d'effets de droit indirects (**B**).

A- Les effets de droit directs produits sur les acteurs étatiques

Les effets de droit que l'on peut qualifier de « directs », sont des effets de droit qui s'appliquent sans intermédiaire entre l'émetteur des standards et son destinataire. Les conséquences juridiques engendrées par les standards sont en relation immédiate avec les acteurs étatiques, qui sont toujours à la fois les émetteurs et les destinataires des standards.

Principalement, les standards remplissent une fonction coercitive diluée (**1**) et une fonction de constatation du droit existant (**2**).

1) La fonction coercitive diluée des standards

La coercition se définissant comme « l'action de contraindre »⁸⁹⁷, l'analyse du rôle des standards en droit international économique ne peut se passer d'une étude sur la question de savoir si les standards remplissent une telle fonction c'est-à-dire de répondre à la question suivante : quelle est la pression que peuvent exercer les standards sur leurs destinataires ?

⁸⁹⁶ TIMSIT G., *Archipel de la norme, op.cit.*, p.5.

Il apparaît, dès lors, que les standards, de par leur nature de *soft law*, ne remplissent cette fonction que de façon très diluée, la Communauté internationale ne pouvant forcer au respect des standards insérés dans les conventions (a). Néanmoins, cette fonction de coercition est supplantée par la force symbolique des standards qui conduit les destinataires des standards à les respecter (b).

a- L'absence de force coercitive des standards

« *Pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effets obligatoires* »⁸⁹⁸. En d'autres termes, les standards peuvent-ils produire des effets juridiques sans avoir aucun effet obligatoire ? Cette question met en lumière une réflexion importante : la violation des standards entraînera-t-elle des sanctions de la part de la Communauté internationale ?

De façon très classique, et dans la droite ligne de l'œuvre de Kelsen, la force du droit est essentiellement rattachée à l'idée de contrainte. La contrainte est considérée comme un élément structurel du droit lui-même, comme un attribut inhérent aux normes. Le caractère contraignant serait, selon une formule du doyen Carbonnier, « *propre à la règle de droit* », ou, selon Kelsen, le droit serait « *un ordre de contrainte* » ou « *une technique de contrainte sociale* »⁸⁹⁹. Certains auteurs, à l'instar du professeur Amselek, expliquent « *cette puissance de résonance de l'idée de force ou contrainte [...] dans le droit [...] par le fait qu'en réalité cette idée est suggérée de manière cumulative de plusieurs points de vue à la fois, par différents aspects ou données que les normes du droit positif renvoient à notre conscience* »⁹⁰⁰.

Désormais, ne voir le droit seulement comme un ensemble d'obligations assorties de sanctions est une vue tronquée. En effet, « *it is generally understood today that principles or rules of international law have a real existence and create obligations for States and individuals, even though they may not be enforced by sanctions* »⁹⁰¹. En effet, et le professeur Weil a mis l'accent sur cet aspect, on ne peut considérer qu'une norme

⁸⁹⁷ Dictionnaire Larousse de Poche, 2009, p.155.

⁸⁹⁸ ABI-SAAB G., « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », *op.cit.*, p.63.

⁸⁹⁹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op.cit.*

⁹⁰⁰ AMSELEK P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, p.3.

juridique cesse de l'être seulement « *parce qu'il n'y a pas de moyens pour contraindre à son application et parce que sa violation reste dépourvue de sanction. Le système juridique n'est pas nécessairement un ordre de contrainte. La sanction n'est pas consubstantielle à l'obligation juridique* »⁹⁰².

Par ailleurs, la notion même de sanction reste très difficile à définir. C'est ce qu'il ressort du propos de Philippe Jestaz lorsqu'il écrit : « *qu'est-ce que la sanction ? Le propre du droit. Mais alors qu'est-ce que le droit ? Ce qui a reçu la sanction* »⁹⁰³.

Si la violation des standards ne donne pas lieu à une sanction, ce n'est pas pour autant qu'ils n'ont pas de signification : leur violation constituera un acte inamical. Le principe *non adimplendi non est adimplendum* est ici tout à fait applicable. En effet, « *quelle est l'essence de ces codes ? C'est l'adhésion supposée de ceux auxquels ils s'appliquent* »⁹⁰⁴. Ainsi, un Etat qui a accepté les standards établis dans une convention du droit international économique ne peut se sentir obligé de les appliquer dans ses relations avec un autre Etat signataire ne les respectant plus. Bien plus, la violation des standards peut entraîner des mesures de rétorsion de nature économique⁹⁰⁵ car c'est ce genre de sanction inorganisée, de vengeance personnelle infligée par la Communauté internationale qui prévaut en droit international économique et qui est le garant du respect des engagements du droit international. Par conséquent « *la sanction peut être entendue plus largement comme les conséquences précises attachées à la règle* »⁹⁰⁶.

Les standards, de par leur nature de *soft law*, ne remplissent qu'indirectement une fonction coercitive. Il apparaît, en effet, que leur violation peut difficilement donner lieu à une sanction puisqu'il est difficile de contraindre à leur application. Néanmoins,

⁹⁰¹ BAXTER R.R., « International law in 'her infinite variety' », *ICLQ*, vol 29, n°4, octobre 1980, p.549.

⁹⁰² WEIL P., *Le droit international en quête de son identité*, *op.cit.*, p.54.

⁹⁰³ JESTAZ Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chr. 197.

⁹⁰⁴ FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op.cit.*, p.117.

⁹⁰⁵ Voir en ce sens, GOMAA M., « Non-binding agreements in international law », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, p.243 : « *a capricious repudiation or violation of a non binding agreement, while not engaging its international responsibility, may lead to acts of retorsion from the parties, for example, of an economic nature, which though not violating any of their legal obligations towards the repudiating or violating state, can be very detrimental to its interest* ».

⁹⁰⁶ THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTDCiv*, 2003, p.605.

l'application des standards ne nécessite pas nécessairement une force de contrainte. Elle existe sur un autre plan : c'est la force symbolique des standards⁹⁰⁷.

b- La force symbolique des standards

Sur le plan de la théorie du droit, s'il est difficile de contraindre à l'application d'un standard juridique contenu dans une convention du droit international économique, il ne faut pas perdre de vue que sur le plan empirique, le droit trouve plus souvent sa force dans sa capacité à susciter un certain sentiment d'obligation. C'est dans ce sentiment que le droit international économique, tout empreint de la technique du standard, trouve sa pleine normativité. La normativité des règles du droit international économique va résider dans ce qu'elles servent à évaluer la valeur d'un comportement à l'aune d'un standard particulier. Cette approche renvoie à une perspective certes plus sociologique du droit, mais Hart lui-même présentait sa contribution à la théorie du droit comme « *un essai en sociologie descriptive* »⁹⁰⁸. En effet, cette idée même de force symbolique des standards renvoie directement aux représentations entretenues par les destinataires de ces standards et renvoie donc nécessairement du côté des sciences sociales⁹⁰⁹. Ainsi, « *toute réflexion continue sur la force symbolique du droit suppose un dépassement du formalisme esthétique dans lequel s'enferme le discours juridique moderne* »⁹¹⁰.

Les standards, en tant que technique de direction souple ou molle des conduites, servent, en quelque sorte, de boussoles à leurs destinataires en leur indiquant la marge d'action qui leur est possible de réaliser et à l'intérieur de laquelle il conviendrait que leurs actions se tiennent. Par hypothèse, les destinataires ont donc la capacité de s'en affranchir si cela leur apparaît nécessaire ou plus opportun d'après leur propre

⁹⁰⁷ Le professeur Delmas-Marty résume ainsi la contribution de certaines normes à la force symbolique : « *la graduation entre la norme qui propose [...] et celle qui impose [...], introduit en effet une première variation de la force juridique. Mais elle affecte davantage l'effectivité instrumentale que l'effectivité symbolique, car une simple déclaration, comme la DUDH, peut avoir un effet symbolique considérable même si elle n'a pas force obligatoire* », DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, op.cit., p.183.

⁹⁰⁸ HART H.L.A., *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. Van De Kerchove), Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1976, p.10.

⁹⁰⁹ Le droit est ici abordé comme un phénomène culturel auquel il est possible d'attacher des conséquences juridiques. Cette perspective a déjà été illustrée dans l'ouvrage de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, mais également par l'anthropologie juridique. Voir dans ce sens ROULAND N., *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, édition Odile Jacob, Paris 1991, 318 p.

appréciation du contexte. Ainsi, malgré leur souplesse, les standards participent bien d'une fonction directive : ils correspondent à une visée de commande de l'action de ceux à qui ils sont destinés, et non la simple expression d'une opinion par ceux qui les émettent. S'ils sont non strictement astreignants, ils n'en sont pas moins, dans leur essence même, « *des fixateurs de rectitude assignée à la volonté des intéressés* »⁹¹¹.

Cette force symbolique des standards, qui sous entend qu'ils sont respectés parce qu'ils suscitent un sentiment d'obligation, peut être rapprochée de la pensée juridique de Georg Jellinek. Au début du XXe siècle, ce théoricien allemand du droit, ouvert à la sociologie juridique, a exprimé le fait que « *le fondement de tout droit réside en dernière analyse dans la conviction que l'on a (sans pouvoir la déduire d'un autre principe) [...] de sa force normative [...]. Ainsi donc, c'est de la conviction populaire [...] qu'il dépend à un moment donné, qu'une prétendue norme possède réellement le caractère de norme véritable* »⁹¹². Pour cet auteur, le fondement premier du droit est donc d'ordre psychosociologique et relève de la conviction de la force normative. Il en va de même pour les standards : norme non contraignante, les destinataires s'y lient pourtant du fait de leur très vive conviction qu'il s'agit d'une norme juridique, sinon contraignante, du moins nécessaire dans l'établissement d'une coopération économique internationale saine et équilibrée.

Cette très vive conviction des destinataires des standards et, de ce fait, cet attachement à leur force symbolique, vient certainement du fait que ces normes, en droit international économique, font l'objet d'une répétition : les standards, bien plus qu'un simple modèle de comportement, s'avèrent être également un modèle-type de langage répétable et répété⁹¹³. Par la répétition, dans chacune des conventions du droit international économique ou dans chacun de ses instruments, les destinataires sont incités à respecter les standards en tant que droit contraignant.

⁹¹⁰ NOREAU P., « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, p.149.

⁹¹¹ AMSELEK P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *op.cit.*, p.8.

⁹¹² JELLINEK G., *L'Etat moderne et son droit*, édition Panthéon-Assas, collection Les introuvables, Paris 2005, p.544 (Traduction française de Fardis G.).

⁹¹³ Sur ces notions, voir NICOLAS E., « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force incitationnelle dans le langage juridique comme force normative », *op.cit.*

En définitive, les effets juridiques des standards sur les destinataires étatiques ne sont qu'indirects de par leur nature de *soft law*. Si la menace d'une sanction semble éloignée lors de l'inapplication des standards en raison de l'absence de force coercitive dont ils font preuve, la menace d'un effet de droit en cas de désobéissance semble être plus probable du fait de la conviction qu'ont les destinataires de se lier à une norme juridique astreignante et garante de la régulation du droit international économique.

Cependant, les standards ne remplissent pas seulement une fonction de figuration dans l'ordre juridique international. Ils représentent, pour les destinataires, le droit le plus avancé en la matière, ce qui contribue incontestablement à la normativité du droit international économique.

2) La fonction de constatation des standards

Les standards sont en quelque sorte le reflet des tendances du droit international économique. La prolifération des standards, « *[leur] vitalité, leur incessant développement signifie qu' [ils] rendent service aux sujets de droit* »⁹¹⁴. En effet, « *si la pratique a imaginé ce procédé et lui a donné une telle ampleur, c'est de toute évidence parce que ce procédé répondait à un besoin des relations internationales* »⁹¹⁵.

Le besoin des relations internationales est en réalité double. Il s'agit tout d'abord de trouver une alternative au processus souvent trop lourd de création classique de la règle de droit international, à savoir les traités et la coutume. En effet, « *from a technical perspective, NBILAs display certain characteristics that overcome some of the drawback of international treaty and custom* »⁹¹⁶. Il est désormais clair que la complexité du processus de création des normes juridiques au sein de la Communauté internationale, fortement décentralisée, n'est plus traitée de façon adéquate par les catégories traditionnellement reconnues de la théorie positiviste des sources⁹¹⁷.

⁹¹⁴ SUR S., « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *op.cit.*, p.915.

⁹¹⁵ WEIL P., *Le droit international en quête de son identité*, *op.cit.*, p.238.

⁹¹⁶ REINICKE H. W. et MARTIN WITTE J., « Interdependence and sovereignty : the role of non-binding international legal accords », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, p.94.

⁹¹⁷ Voir en ce sens DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, spéc. p.249.

Ainsi, les standards constituent sans aucun doute la forme la plus avancée d'accord sur une norme qu'il est possible de réaliser à l'heure actuelle. Il s'agit de poursuivre plus encore l'intégration de tous les acteurs du droit international économique dans le processus de création du droit. La Communauté internationale ne peut, en effet, plus se contenter d'être seulement interétatique, elle doit pouvoir organiser un partenariat public-privé. Il est désormais nécessaire d'adopter des engagements qui réunissent l'assentiment de tous, ce qui pousse la société internationale à conclure des actes peu contraignants.

A ce titre, les standards « *represent the first important element in an evolutionary process that shapes legal relationships among and between multiple actors* »⁹¹⁸ car les traités ou la coutume ne sont pas appropriés pour façonner les relations d'acteurs multiples qui constituent la globalisation.

Ce rôle de palliatif des standards est en réalité une transition vers un droit nouveau, un droit rapide, efficace permettant la prise en compte des intérêts tant étatiques que non-étatiques. En effet, « *many actors can be seen searching for solutions to globalization's challenges and finding in soft law the quick, flexible answers needed* »⁹¹⁹.

On peut alors entrevoir la possibilité que la *soft law* d'aujourd'hui puisse, à terme, devenir la *hard law* de demain. En effet, « *la soft law peut annoncer le droit de demain et tracer pour les Etats le chemin vers l'adoption d'obligations juridiques contraignantes conventionnelles* »⁹²⁰. Il n'est pas impossible que la *soft law* explore et défriche les nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique.

Les standards revêtent cette particularité d'être le reflet des orientations et du dynamisme des relations économiques internationales. Leur nature *soft* leur permet de contourner la rigidité des règles de droit classiques et d'exercer ainsi une véritable fonction de constatation du droit en cours ou en devenir et, c'est à ce titre que les destinataires les perçoivent.

⁹¹⁸ REINICKE H. W. et MARTIN WITTE J., « Interdependance, Globalization and sovereignty : the role of non-binding international legal accords », *op.cit.*, p.76.

⁹¹⁹ O'CONNELL M-E., « The role of soft law in a global order », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, p.109.

⁹²⁰ DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, p.258.

Les acteurs étatiques, bien que sujets originels du droit international économique, ne sont pas les seuls à percevoir des effets de droit du fait de l'utilisation de la technique du standard. Les acteurs non étatiques sont également appréhendés par les standards.

B- Les effets de droit indirects produits sur les acteurs non étatiques

Les effets de droit que l'on peut qualifier d'« indirects » sont ceux qui s'appliquent de manière détournée sur les acteurs non étatiques. En tant qu'émetteurs également indirects des standards, étant donné leur statut dans l'ordre juridique international, les acteurs non étatiques reçoivent les conséquences juridiques des standards de façon plus éloignée que les acteurs étatiques. Il existe d'ailleurs une différence dans l'accueil des standards selon que l'on se place du côté de la société des marchands (1) ou du côté de la société civile (2).

1) Les effets de droit produits sur la société des marchands

La société des marchands, ou autrement dit, les sociétés transnationales, ont la particularité, en droit international économique, d'être à la fois des producteurs essentiels des standards en la matière mais également les récepteurs des standards élaborés par les autres acteurs du droit international économique.

Il est donc nécessaire d'étudier cette particularité à l'aune du rôle des standards en droit international, ce qui nous permet de constater que, d'une part, les standards issus des acteurs étatiques produisent certains effets juridiques sur la société des marchands (a) et, d'autre part, que les standards issus de la société des marchands elle-même entraînent des conséquences juridiques à l'encontre de leurs auteurs (b).

a- La société des marchands et les standards issus des acteurs étatiques, la fonction incitative des standards

Dans le contexte de l'accueil des standards par la société des marchands, les standards qui auront une fonction incitative seront principalement ceux issus des organisations internationales. En effet, on comprend que des standards élaborés dans le cadre de l'OCDE, du FMI ou encore de l'OMC revêtent une importance particulière pour la société des marchands.

Ces standards ont une réelle capacité à provoquer des comportements et à influencer des pratiques dans le domaine des firmes transnationales. Ainsi, ces standards, dont la valeur initiale s'avère n'être que recommandatoire, peuvent, sur le « terrain », se révéler dotés d'une véritable force effective. Ceci est rendu possible en raison de leur pertinence et de leur adaptation.

Ainsi, les standards élaborés au sein des organisations internationales jouent un véritable rôle d'influence. Cette fonction incitative puise son origine dans la volonté des émetteurs des standards de modeler et d'orienter les comportements de la société des marchands. Les standards ainsi élaborés exercent une influence réelle sur les praticiens. On s'éloigne quelque peu de la conception déontique de la norme selon laquelle la norme oblige, interdit ou permet. Ici, au contraire, il faut tenir compte d'une approche renouvelée de la norme qui devient une référence, un modèle à suivre ou à imiter⁹²¹.

Le corollaire de cette fonction incitative des standards, c'est leur fonction de séduction : le destinataire est séduit par la norme du fait de ses qualités ou encore du fait qu'elle a fait ses preuves et qu'elle est efficace. Les standards peuvent ensuite exercer une fonction d'*habitus*⁹²² s'ils sont reproduits et adoptés par une large majorité d'entreprises multinationales. Les standards passent donc, par leur reproduction répétée par le plus grand nombre, d'une simple norme recommandatoire à un véritable outil de travail, un instrument de référence et de modèle.

⁹²¹ Voir à ce sujet THIBIERGE C., *Au cœur de la norme, le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règles de droit*, Archives de philosophie du droit, édition Sirey, Paris 2008, t.51, spéc. p.347.

⁹²² A ce sujet, voir le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, édition LGDJ, 2^e édition, Paris 1993, p.403 et s.

Pour les multinationales, les standards deviennent alors pourvoyeurs de rigueur et de sécurité. En tant que destinataires des standards issus des acteurs étatiques, la société des marchands renforce leur force normative en raison de son adhésion envers ces normes, véritables techniques légales.

D'autre part, les standards issus de la société des marchands elle-même jouent un rôle important à son égard puisqu'ils peuvent s'avérer être source de sanction.

b- Les standards issus de la société des marchands, source de sanction

Les codes de conduite élaborés par la société des marchands et contenant bon nombre de standards⁹²³, bien qu'étant de la *soft law*, ne sont pas condamnés à rester en dehors du champ du droit. Ces standards produisent des effets de droit indéniables mais, pour pouvoir les étudier, il est nécessaire de sortir du droit international économique pour entrer dans le droit interne des Etats. En effet, on ne peut se passer de l'étude du lien entre les standards produits au niveau international et leur implication au niveau interne si l'on veut rendre compte du rôle des standards de façon juste.

Ainsi, les standards issus des multinationales peuvent, dans certains cas, être accueillis par le droit interne et faire l'objet d'une action en justice. Si un différend apparaît entre la direction et les fournisseurs, les collaborateurs ou encore les consommateurs sur le contenu ou l'application d'un code de bonne conduite, le juge judiciaire pourra être saisi dans le respect du droit international privé.

Ces codes contenant des standards sont conçus par des opérateurs du droit international économique et supposent, pour prendre leur plein effet, d'être repris d'une manière ou d'une autre par l'Etat⁹²⁴, ce qui nécessite une certaine relevance de ces textes. Cependant, il existe une réelle faiblesse des mécanismes de sanction mis en place par ces codes. On peut, en effet, noter que la question de la sanction est abordée de manière très disparate dans les codes de conduite. Une majorité d'entre eux ne traite absolument pas de

⁹²³ Voir *supra*, p. 80.

⁹²⁴ Voir à ce sujet, FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privées », *op.cit.*, spéc. pp.151-164.

la question⁹²⁵. Sur un échantillon de 118 codes d'entreprises, 58% d'entre eux ne prévoient pas de sanction ou autre conséquence en cas de non respect des codes⁹²⁶. Une minorité traite de cet aspect contraignant mais d'une manière très imprécise⁹²⁷. En effet, si les sanctions sont évoquées, il n'est généralement pas précisé quelles sont ces « sanctions ».

Il existe très peu de jurisprudence en matière de code de bonne conduite de multinationales. Pour autant, ces codes qualifiés de *soft law* ne sont pas ignorés de la *hard law* et du juge. En divulguant ces instruments, les sociétés peuvent se trouver liées juridiquement et un procès peut avoir lieu. Dans ce cas, en France, le juge devra alors analyser les termes du code de bonne conduite, et notamment des standards, pour rechercher la véritable intention de l'auteur ou des parties. Ainsi, la société Camaieu International avait-elle précisé que ses engagements n'étaient qu'« *exclusivement moraux* ». La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a néanmoins retenu que ces engagements « *moraux* » exprimaient en réalité « *la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger* » et qu'ils lui étaient « *juridiquement opposables* »⁹²⁸.

Une possibilité pour sanctionner le mauvais usage d'un code émanant d'une multinationale a été explorée aux Etats-Unis dans l'affaire Nike v. Kasky⁹²⁹. Dans ce litige, M. Kasky, consommateur américain, assigna en justice, en 1998, la société Nike estimant que ses déclarations publiques relatives aux conditions de travail de ses sous-traitants constituaient des faits qualifiables de publicité mensongère. La société Nike construisit sa défense en soutenant que ses discours ne relevaient pas de la publicité commerciale mais de la liberté d'information et donc de la liberté d'expression. Il a été jugé, dans un arrêt de 2002 de la Cour Suprême de Californie, que ces déclarations constituaient une communication publicitaire susceptible d'inciter à l'achat des produits

⁹²⁵ Voir *Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu*, Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, août 2001, TD/TC/WP(2001)10/FINAL, spéc. p.33 et s.

⁹²⁶ Voir *Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu*, Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, août 2001, TD/TC/WP(2001)10/FINAL, spéc. p.39 et s.

⁹²⁷ Voir l'étude de l'OCDE précitée, p.39 et s. Concernant les codes prévoyant des sanctions précises, on peut relever principalement l'indication par certaines sociétés qu'elles rompent les relations d'affaires qu'elles ont avec leurs partenaires économiques en cas de non respect de certaines dispositions privées (comme par exemple, l'interdiction de faire travailler des enfants de moins de 15 ans).

⁹²⁸ C.Cass Ch. Com. du 23 janvier 2007, n° du pourvoi 05-13189, publié au bulletin, rejet.

⁹²⁹ Voir à propos de cette affaire, consulter le site www.novethic.fr, spéc. l'article suivant : CHAUVEAU A., « Nike : plus de rapport de responsabilité sociale ? », mis en ligne le 16/12/2002. Voir également : TREBULLE F-G., « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression: considérations à partir de l'arrêt Nike V/Kasky », *Revue Société*, avril-juin 2004, n°2, p. 261 et s.

de la société et donc soumis à la réglementation de la publicité mensongère⁹³⁰. Actuellement, nous ne savons pas si les juges français retiendraient une telle interprétation. En France, la publicité mensongère est régie par l'article L.121-1 du Code de la Consommation⁹³¹. A première vue, les codes de conduite ne constituent pas des messages publicitaires au sens courant, c'est-à-dire des messages « *incitatifs* » car ils se présentent plus comme des documents d'information sur les activités des sociétés. Cependant, « *il est indéniable qu'en réalité ils servent d'argument commercial car ils ont une influence sur le comportement des consommateurs* »⁹³². D'ailleurs, la Cour de Cassation retient une conception particulièrement extensive du concept puisque selon elle constitue une publicité « *tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés* »⁹³³. La jurisprudence française retient ainsi une conception plus large de la publicité que les juges américains dans la mesure où elle n'exige pas la démonstration d'un caractère incitatif. Il est alors loisible de penser que les codes de bonne conduite puissent entrer dans le champ d'application du délit de publicité mensongère⁹³⁴.

D'autres possibilités pourraient être envisagées pour sanctionner en droit interne le non respect de standards édictés par des acteurs du droit international économique, comme la création d'illusion ou encore la notion d'engagement unilatéral⁹³⁵.

⁹³⁰ En 2003, la Cour suprême des Etats-Unis, saisie du litige, se déclara incompétente et renvoya l'affaire devant les juridictions californiennes pour qu'elles statuent sur le fond. Le 12 septembre 2003, la société Nike conclut un accord avec M. Kasky dans lequel la société s'engageait « à verser 1,5 million de dollars pour aider à la mise en place de programmes d'audits ainsi qu'à financer des programmes d'éducation et de crédits pour un minimum de 500 000 dollars, sur les deux prochaines années », HUSSON A.-C., « Epilogue dans l'affaire Kasky contre Nike », www.novethic.fr, mis en ligne le 16/09/2003.

⁹³¹ Selon l'article L. 121-1, est interdite « *toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, condition de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de vente ou de la présentation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualité ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* ».

⁹³² BRAC M., *Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, op.cit., p.13.

⁹³³ Cass. Crim. du 14 octobre 1998, pourvoi n° 98-80527.

⁹³⁴ Une objection à cette qualification doit être évoquée du fait de la formulation de l'article L.121-1 du Code de la consommation. Selon l'article, les allégations, les indications ou les présentations fausses ou de nature à induire en erreur doivent porter sur un ou plusieurs des éléments cités (comme par exemple sur « *l'existence, la nature, la composition, les qualités substantielles de biens ou de services* »). Or, les publicités relatives aux conditions de travail des salariés ou encore au respect de l'environnement ne semblent pas être prévues expressément dans la liste.

En tant qu'acteur du droit international économique et, plus particulièrement, en tant que destinataire des standards, la société des marchands perçoit de manière significative la technique du standard juridique.

Dans une autre perspective, les standards produisent également des effets de droit sur la société civile.

2) Les effets de droit produits sur la société civile

Bien qu'ayant un statut juridique incertain mais en voie de reconnaissance⁹³⁶, la société civile occupe une place importante dans l'étude des standards en droit international économique. Emettrice de standards juridiques, la société civile en est également la réceptrice. Les standards produisent donc certains effets de droit sur la société civile qui exerce alors sa fonction principale : l'évaluation de la norme.

En droit international économique, la norme juridique et, en l'occurrence, les standards, sont parés d'un caractère d'adaptabilité⁹³⁷. Il est alors possible d'envisager qu'une évaluation des standards intervienne une fois qu'ils ont été soumis à l'appréciation des destinataires. La société civile est, de ce point de vue, la plus à même de procéder à cette évaluation puisqu'elle est associée tant à l'élaboration qu'à l'application des standards mais également car elle est au cœur des préoccupations sur le devenir des normes édictées par les acteurs originels du droit international économique. Il s'agit véritablement d'un retour critique sur la norme juridique. Grâce à la technique de l'évaluation de la norme, qui est une véritable action des destinataires sur la norme, la société civile s'implique dans la survie de la norme une fois que celle-ci est entrée en vigueur. C'est en cela que les standards produisent un effet de droit *a posteriori* sur la société civile.

Ce retour critique, fruit de l'action de la société civile en tant que destinataire des standards, peut se rattacher à la conception de la « *sociologie législative* » du doyen

⁹³⁵ Voir à ces sujets, l'étude de BRAC M., *Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, *op. cit.*, p.15 et s.

⁹³⁶ Voir *supra*, p.93.

⁹³⁷ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », *op.cit.*, pp.21-46. L'auteur souligne que « *le droit postmoderne est adaptable : c'est un droit réflexif caractérisé par sa récursivité : au vu des résultats*

Carbonnier⁹³⁸ qui consiste à « *mesurer les résultats des politiques suivies, d'analyser les effets des actions engagées, à la fois au regard des moyens mis en œuvre et de leurs conséquences sociales* » afin de « *mettre en œuvre des mécanismes d'ajustement et de correction* »⁹³⁹.

L'évaluation des standards par la société civile conduit à évaluer les standards au travers du prisme de trois particularités principales : leur effectivité, leur efficacité et leur efficience.

Tout d'abord, s'agissant de leur effectivité, cela revient à envisager le comportement des destinataires en fonction des standards. La société civile sera amenée à savoir si le comportement des destinataires est conforme aux standards et si ce comportement est dû aux standards. En d'autres termes, il s'agira, pour la société civile, d'effectuer une comparaison entre des comportements et les standards.

Ensuite, s'agissant de leur efficacité, cela revient à rendre compte de la correspondance entre les objectifs poursuivis par les standards et les résultats attendus. La comparaison que devra effectuer la société civile se fera entre le résultat souhaité et le résultat obtenu.

Enfin, s'agissant de leur efficience, l'évaluation consistera en une sorte de bilan « coûts-avantages », ou, autrement dit, d'un dialogue entre le droit et les faits puisqu'il s'agira d'une combinaison entre la rationalité technique – le droit – et la rationalité sociale – les faits –⁹⁴⁰.

L'évaluation de la norme par la société civile informe, en définitive, l'ensemble des destinataires des standards et rend compte que le processus d'édiction d'une norme juridique ne s'arrête pas avec son adoption mais englobe également l'appréciation des effets de son application. Cette implication a pour conséquence de rendre floue la frontière entre la création et l'application de la norme juridique. En effet, « *la frontière entre son élaboration et son application s'estompe : la norme se module aujourd'hui au contact du donné social* »⁹⁴¹.

enregistrés, les dispositifs de correction seront mis en œuvre pour procéder au réajustement nécessaire », p.39.

⁹³⁸ CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, édition PUF, Paris 2004, p.276.

⁹³⁹ CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, édition LGDJ, Paris 2004, p.81

⁹⁴⁰ Voir à ce sujet CHEVALLIER J., « La rationalisation de la production juridique », in *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, édition Publisud, Paris 1991, spéc. p.42.

⁹⁴¹ DE SADELEER N., *Les principes pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, *op.cit.*, p.143.

L'accueil des standards par leurs destinataires, qu'il s'agisse des acteurs étatiques ou des acteurs non étatiques, entraîne un certain nombre d'effets juridiques qui sont autant de précisions sur le rôle juridique joué par cette norme si particulière du droit international économique et sur leur contribution à la normativité du droit international économique.

Cependant, si l'on se place dans une analyse du rôle *a posteriori*, c'est-à-dire une fois entrés en vigueur, des standards, il est nécessaire d'envisager les effets de droit qu'ils peuvent produire lors de leur application juridictionnelle.

§2 : Les effets de droits produits *a posteriori* sur l'application juridictionnelle des standards

La mondialisation place désormais le juge dans une position déterminante. En effet, « *longtemps cantonnés à l'interprétation rigoureuse du droit, les juges sont peut-être aujourd'hui les agents les plus actifs de sa mondialisation et, partant, les ingénieurs de sa transformation* »⁹⁴². Ainsi, il est clair que « *la mondialisation de l'économie place le droit de l'arbitrage international devant un défi certes ancien mais désormais accessible : l'universalité* »⁹⁴³. Ceci résulte certainement du fait que la mondialisation a pour effet que les activités économiques et commerciales se développent de moins en moins en référence à un sentiment d'appartenance nationale mais, au contraire, de plus en plus en référence aux loyautés transnationales⁹⁴⁴. Certains auteurs évoquent même « *la montée en puissance des juges* »⁹⁴⁵ au point de constituer « *le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant, des trois pouvoirs décrits par Montesquieu* »⁹⁴⁶.

Nous emploierons ici le terme « juge » afin de désigner tant le juge international siégeant dans les cours internationales, que l'arbitre siégeant dans les tribunaux arbitraux

⁹⁴² ALLARD J. et GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, édition du Seuil, Paris 2005, p.6.

⁹⁴³ ARFAZADEH H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, op.cit., p.1.

⁹⁴⁴ Nous empruntons cette expression à Thomas M. Franck : « *The emergence of transnational loyalty refernces is as functionally inevitable today as was tge eighteenth-century emergence of liberal states in direct response to the dictates of industrial revolution and competitive overseas expansion* », *The Empwered Self : Law and Society in the Age of Individualism*, édition Oxford University Press, New York 1999, pp.59-60.

⁹⁴⁵ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 3 : la refondation des pouvoirs*, op.cit., spéc. p.41 et s.

ad hoc. En effet, nous ne pouvons laisser de côté le rôle de l'arbitre en droit international économique qui est principalement et surtout le fait d'acteurs économiques privés, engagés dans des échanges de biens, de services et d'informations à l'échelle planétaire. Ces acteurs, lorsqu'un litige survient entre eux, font nécessairement appel à un arbitre qui sera alors amené à utiliser les standards lors de sa décision, tout comme le juge international lors de son jugement.

Dans le cadre du droit international économique, empreint de la technique du standard, le juge aura donc pour mission d'intégrer les standards à son processus décisionnel.

Il s'agit d'analyser ici la manière dont, par l'effort du juge, le standard peut se trouver appliqué à un fait, une situation, un acte ou un comportement déterminés. La démarche consiste à tenter d'apercevoir comment fonctionne le standard « *au moment crucial du travail juridique, c'est-à-dire lorsque l'on tente d'appliquer une règle à une réalité* »⁹⁴⁷.

On a pu dire que « *les standards reposent sur le juge, ou plus exactement sont appliqués par le juge* »⁹⁴⁸, car, en effet, les standards ne prennent vie qu'à partir du moment où ils trouvent à s'appliquer et c'est au juge qu'incombe cette tâche : il va donner vie aux standards. Il accomplira sa tâche par une énonciation linguistique qui offrira la possibilité de mesurer le degré normatif des standards ainsi inclus dans le discours du juge.

Etudier les standards en droit international économique, c'est aussi s'interroger sur la question du pouvoir normatif du juge international appliquant les standards. Si la mise en œuvre des standards n'est concevable que dans le cadre de l'application de la règle de droit à une situation de fait impliquant ainsi la détermination de la norme juridique applicable, l'analyse de cette dernière opération se confond nécessairement avec l'examen de la fonction juridictionnelle et du pouvoir du juge en droit international économique. Elle permet, en effet, d'expliquer l'opération d'application des standards à un fait ou à un comportement déterminé.

⁹⁴⁶ ALLARD J. et GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op.cit.*, p.84.

⁹⁴⁷ ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, p.1039.

⁹⁴⁸ DELEBECQUE P., « Les standards dans les droits romano-germaniques », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, p.877.

Le problème relatif au pouvoir du juge appliquant les standards permet de constater que le juge international exerce un pouvoir normatif à part entière, qu'il s'agisse d'un pouvoir normatif complémentaire (A) ou d'un pouvoir normatif originaire (B).

A- La contribution des standards au pouvoir normatif complémentaire du juge

On parle de « pouvoir normatif complémentaire » par rapport au pouvoir normatif initial qui, en droit international économique, appartient essentiellement à l'Etat ou aux organisations internationales⁹⁴⁹. Ainsi, dans cette hypothèse, le juge n'est que l'exécutant des standards auxquels il va donner vie.

Simple agent d'exécution des standards, les pouvoirs du juge n'en sont pas moins importants (1) puisqu'il devra toujours justifier sa décision (2).

1) Les pouvoirs du juge, exécutant des standards

L'exécution d'un standard par le juge, dans le cadre de son pouvoir normatif complémentaire, se fera à l'occasion de son discours juridictionnel, qu'il soit horizontal (a), c'est-à-dire la seule énonciation de la règle applicable ou qu'il soit vertical (b), c'est-à-dire l'application de la règle au cas d'espèce.

a- Les standards dans le discours juridictionnel horizontal du juge

Le discours juridictionnel horizontal du juge est celui qui consiste en l'énonciation de la règle applicable. On parle également de discours constatatif, c'est-à-dire que l'énoncé du juge se bornera seulement à communiquer l'observation de la réalité ou, en d'autres termes, le juge ne fait qu'établir le signifié d'un texte⁹⁵⁰. Ainsi, la plupart du

⁹⁴⁹ Bien qu'on ait pu démontrer que les acteurs non étatiques avaient également un rôle normatif à jouer en droit international économique, notamment lors de la création de standards juridiques.

⁹⁵⁰ Issu de la théorie du professeur Austin J.L pour qui certains énoncés du langage ne servent ni à transmettre un message, ni à décrire le monde, mais à faire quelque chose : ils constituent en eux-mêmes une action, un «*acte de langage* ».

temps, le discours produit par le juge international possède un caractère essentiellement constatatif, qui n'est finalement qu'une conséquence du principe selon lequel le juge ne doit produire qu'un discours secondaire par rapport au discours originaire de l'auteur de la norme à appliquer ou à interpréter.

Dans le cadre de ce discours, le juge ne donne qu'une interprétation littérale du sens du standard à appliquer afin de donner une solution concrète au litige. Le pouvoir normatif complémentaire du juge est alors à son point zéro, de sorte que les standards ne remplissent pas leur fonction d'assouplissement de la règle.

Une telle application des standards conduit à une solution manifestement contraire aux intentions des parties, ce qui a été décrié et c'est sans doute le juge Alvarez qui a exprimé cette position avec le plus de ferveur : « *actuellement, on s'attache strictement au sens littéral du texte [...] on fait des déductions d'une logique poussée jusqu'à l'extrême ; on emploie dans ce but toute une technique juridique ; de la sorte, on arrive souvent à des solutions déraisonnables ou inacceptables par l'opinion publique [...] il faut bannir la logique à outrance, la dialectique, la technique exclusivement juridique, et ne jamais perdre de vue la réalité, les exigences de la vie des peuples, l'intérêt général, la justice sociale* »⁹⁵¹.

En droit international économique, où l'usage des standards est de plus en plus fréquent afin de répondre aux exigences spécifiques des parties, une telle application des standards est quasiment impossible. En effet, le discours juridictionnel est souvent créatif : même s'il respecte la volonté initiale de l'auteur de la norme, le juge produit inévitablement du devoir-être. On retrouve cette solution dans le discours juridictionnel vertical du juge.

b- Les standards dans le discours juridictionnel vertical du juge

Le discours juridictionnel vertical du juge est celui qui consiste en l'application de la règle au cas d'espèce. On parle également de discours performatif qui implique une

⁹⁵¹ CIJ, *Avis sur le Sud-Ouest Africain*, Rec. 1950, p.178.

action de la part du juge. L'action du juge, en droit international économique, vient de l'utilisation très fréquente de la technique des standards qui implique une habilitation, implicite ou explicite, en faveur de celui qui est chargé d'appliquer le droit, à statuer normativement. En effet, le juge ne peut pas se contenter d'une simple formule théorique, il doit mettre en œuvre une notion dont le contenu n'a pas été élaboré avec précision par le droit. Certains auteurs ont même pu dire, à ce sujet, que « *pour interpréter et appliquer une règle qui contient un standard, le juge doit d'ailleurs créer la règle dans une mesure telle qu'on pourrait parler d'un pouvoir créateur tout à fait différent* »⁹⁵². C'est donc à ce titre qu'il est possible d'évoquer un véritable pouvoir normatif complémentaire, en ce sens qu'il est envisageable pour le juge, à l'appui du standard introduit dans l'énoncé juridique à appliquer, d'élaborer une règle.

Ce pouvoir normatif complémentaire du juge est nécessaire pour pallier l'insuffisance rédactionnelle du texte contenant un standard. Le juge devra donc utiliser toutes les ressources de l'interprétation : l'analyse du contexte, le but du texte juridique, l'effet utile. En effet, le traitement de toute notion juridique commence par l'examen du contexte dans lequel elle est énoncée et qui lui donne un sens et « *cette règle vaut tout particulièrement pour le standard qui, par définition, s'exprime en des termes généraux et vagues* »⁹⁵³. Lors de cet examen, le juge devra identifier quatre choses : la nature et le cadre concrets des relations à la régulation desquelles il participe ; l'effet de la fonction discriminatoire qu'assigne au standard la norme dans laquelle il est inséré ; le rôle procédural qui lui est assigné et, enfin, l'intérêt que son application doit contribuer à promouvoir. Cette analyse est essentielle car « *on observe, en effet, qu'une même expression standard se voit reconnaître une portée différente dans des contextes pourtant très voisins* »⁹⁵⁴.

L'application de la règle contenant un standard au cas d'espèce suppose, pour le juge, une analyse de la relation ayant existé ou existant entre les parties, de leurs intérêts respectifs et de ce qu'elles étaient en droit d'attendre l'une de l'autre. Ainsi, « *la concrétisation de la norme inscrite dans le standard se situera sur le terrain de*

⁹⁵² TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988 n°4, p.1125.

⁹⁵³ ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *op.cit.*, p.1039.

⁹⁵⁴ ORIANNE P., *ibid.*

l'intersubjectivité relationnelle des parties »⁹⁵⁵. Le juge ne devra donc pas se demander ce que le standard peut signifier en soi mais plutôt quelle est la portée que les parties ont voulu lui attribuer dans le contexte de leurs rapports. Grâce à ce travail, le juge pourra trouver dans le comportement des parties des indices révélateurs de cette portée et peut être même la reconnaissance de la réalisation du standard. Il est des cas où l'application du standard oblige le juge à procéder à une analyse du comportement de chacune des parties au regard de la donnée dont le standard prescrit la qualification.

Cependant, le juge doit toujours veiller à ne pas sortir du caractère essentiellement judiciaire de sa mission. La Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) et la CIJ ont souvent rappelé ce principe en soulignant que la Cour devait statuer en droit. Ainsi, dans son avis relatif à *La compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, la CPJI a indiqué qu'il ne lui appartenait pas de fonder sa décision uniquement sur des considérations extra-juridiques d'ordre politique ou social⁹⁵⁶. De même, dans son arrêt du 7 juin 1932, au sujet des *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, la CPJI affirma que « *le jeu d'intérêts économiques réciproques* » des Parties soulevait des questions qui « *étaient en dehors du domaine où une Cour de justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux Etats* »⁹⁵⁷.

En somme, le juge ne doit pas seulement établir la signification exacte d'un texte normatif contenant des standards, il doit également formuler la règle en remplissant le vide laissé par son créateur originaire. C'est cette opération du juge qui fait que les standards contribuent à la normativité du droit international économique.

Une fois cette opération réalisée, le juge doit rendre son jugement en justifiant sa décision fondée sur des standards.

⁹⁵⁵ ORIANNE P., *ibid.*, p.1044.

⁹⁵⁶ CPJI, *avis relatif à la compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, 1926, Série B, n°13, p.23.

⁹⁵⁷ CPJI, *affaire des Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, 1933, Série A/B, n°46, p.162.

2) La justification des décisions fondées sur les standards

Lorsqu'il est saisi d'un litige, le juge doit y apporter une solution sur la base du droit en vigueur. L'analyse de son raisonnement permet de comprendre le processus choisi pour parvenir à la solution retenue. Ainsi, la motivation, en tant que révélateur de la méthode juridictionnelle employée, permet de comprendre le raisonnement du juge confronté au standard. Il s'agit là d'un élément essentiel qu'il faut prendre en compte.

Même si l'on trouve rarement un langage judiciaire portant sur la définition ou sur la conceptualisation de l'opération que doit effectuer le juge, la doctrine ayant peu l'habitude d'analyser en détail le contenu de la décision judiciaire, il est possible de scinder en deux le processus décisionnel entre d'une part, le raisonnement décisoire du juge **(a)** et, d'autre part, son raisonnement justificatif **(b)**. On pourra alors comprendre comment le juge doit motiver un jugement basé sur l'emploi de standards.

a- Les standards dans le raisonnement décisoire du juge

On entend par raisonnement décisoire du juge, la base rationnelle, présente dans sa motivation, servant à son raisonnement.

Les standards souffrent, par définition, d'une indétermination en ce sens qu'ils ne sont pas autosuffisants ou, en d'autres termes, qu'ils ne constituent pas, en eux-mêmes, une source de sens permettant, à partir de leur seul énoncé, la mise en œuvre d'un syllogisme judiciaire classique. En effet, « *le schéma de l'emploi du standard ne correspond pas au modèle traditionnel de la subsomption syllogistique que l'on a l'habitude d'analyser* »⁹⁵⁸. Traditionnellement, il s'agit de l'addition d'une majeure (une règle générale) et d'une mineure (un fait concret), dont le juge tire généralement une conclusion déductive. Dans l'hypothèse de l'application d'un standard, le schéma est complètement différent : le fait est tout d'abord établi par le juge et évalué par rapport au standard. Il est ensuite qualifié juridiquement par la règle. Il est enfin jugé sur la base de la règle existante.

⁹⁵⁸ FAVRE J.-M., *Essai sur la notion de standard dans la jurisprudence internationale*, op.cit., p.289.

Cette distinction entre la méthode syllogistique traditionnelle et celle suivie pour les standards fait donc directement référence au raisonnement décisoire du juge puisqu'il s'agit d'une analyse rationnelle de l'emploi des standards.

En ce qui concerne l'emploi des standards, ce syllogisme spécial prend une importance particulière. D'une part, puisque les standards s'apparentent au critère d'évaluation du fait, il est nécessaire que ce dernier soit défini et établi avec précision. D'autre part, il faut que le juge mette en évidence les caractères essentiels de la situation de fait qui s'avèrent être importants pour l'application des standards. Par conséquent, si le standard à appliquer implique l'évaluation d'une conduite, le juge doit indiquer avec précision les éléments spécifiques et concrets de la conduite évaluée selon le standard⁹⁵⁹. En d'autres termes, il faut que la prémisse de fait de l'application du standard soit spécifiquement et précisément indiquée⁹⁶⁰.

Mais le raisonnement décisoire du juge ne s'arrête pas à la précision de la prémisse de fait. La prémisse évaluative doit également être indiquée de façon précise. Cela signifie que le juge ne peut pas se limiter simplement à énoncer l'évaluation du fait, il doit expliciter le ou les critère(s) de cette évaluation, sinon celle-ci pourra paraître tout à fait arbitraire. Cette exigence pose cependant un problème important : puisque les standards contenus dans la règle de droit sont abstraits et exigent d'être concrétisés à l'aune de critères extérieurs au droit, la base de l'évaluation n'est donc pas le standard pris comme formule générale, mais plutôt le critère extérieur au droit que le juge a utilisé pour appliquer le standard à un cas particulier. La prémisse évaluative, qui fonde le raisonnement décisoire du juge, n'est donc pas le standard, mais le critère extérieur au droit qui constitue la signification concrète que le juge donne au standard.

Enfin, ce qui est également important lors de ce raisonnement décisoire, c'est l'adéquation entre le fait et le standard matérialisé par un élément extérieur au droit. Cette adéquation semble être la clé de la justification du jugement⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ Par exemple, s'il s'agit de décider si un préjudice est grave, il faut que le préjudice soit établi et quantifié. Ou encore, si l'on doit décider qu'un comportement n'est pas exécuté de bonne foi, il faut indiquer les aspects particuliers du comportement qui sont considérés comme n'étant pas exécutés de bonne foi.

⁹⁶⁰ Voir l'étude de TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, spéc. pp.1131-1133. L'auteur précise que cette indication précise « *n'arrive pas souvent dans la pratique, à cause de la tendance des juges à sous-estimer l'obligation de motiver sur les faits* », p.1132.

⁹⁶¹ Le professeur Taruffo explique cette exigence en employant le terme « congruence », renvoyant ainsi à l'étude du professeur Mc Cormick, « Coherence in legal justification », in *Theory of legal science*, p.235 et s.

Le raisonnement décisoire du juge doit donc répondre à des exigences spécifiques de rationalité. Il ne s'agit pourtant que d'une étape dans la motivation du juge qui doit également avoir un raisonnement justificatif.

b- Les standards dans le raisonnement justificatif du juge

On entend par raisonnement justificatif du juge, l'argumentation présentée par le juge, dans sa motivation, pour justifier l'application du standard. Deux possibilités s'offrent au juge : il peut justifier l'emploi d'un standard soit en référence à la loi morale objective, soit en référence à la jurisprudence.

S'agissant d'une référence à la loi morale objective, il est communément admis qu'à l'occasion du jugement concret qu'il doit rendre, le juge doit accomplir ce qu'une partie de la doctrine nomme l'intégration évaluative de la règle de droit⁹⁶² : le standard doit être intégré sur la base de certains critères extérieurs au droit. En effet, c'est au juge que revient la difficile mission de remédier à l'ouverture de la règle en utilisant des critères méta-juridiques⁹⁶³, c'est-à-dire des valeurs traduites en critères d'évaluation qui, selon le lieu commun traditionnel, existent dans la société. En effet, « *all reference norms are styled from a legal centrist perspective, that of a judge who has to determine whether and to what extent a specific extra-legal norm can be 'included' in the legal considerations for reaching an equitable result in a given conflict* »⁹⁶⁴. Dans ce cas précis, le juge peut être qualifié de « *juge sociologue* »⁹⁶⁵ puisqu'il devra adapter la règle juridique au cas concret en recherchant un ou plusieurs critères(s) d'évaluation existant dans la société en utilisant, le cas échéant, la méthodologie de la recherche sociale⁹⁶⁶. Ce

⁹⁶² TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, p.1133 et s.

⁹⁶³ Expression utilisée par le professeur DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun, op.cit.*, p.131-132.

⁹⁶⁴ SCHANZE E., « International standards. Functions and links to law », in *International Standards and The Law*, p.83.

⁹⁶⁵ TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, p.1134.

⁹⁶⁶ Voir ECKHOFF T., « Guiding standards in legal reasoning », *Current Legal Problems*, 1976, vol. n°29, pp.205-209. Voir aussi, RAZ J., « The identity of legal systems », *California Law Review*, 1971, n°59, p.795 et s.

processus renvoi, en réalité, à l'idée courante que l'on a généralement du standard comme renvoi à un critère social d'évaluation du fait.

Cependant, cette théorie pose des problèmes et montre ses limites quant à l'argumentation justificative du juge. En effet, normalement la justification du choix du critère d'évaluation devrait être fondée sur l'existence de ce critère dans la société internationale à un moment donné. Par conséquent, si le critère existe réellement dans la société, alors le choix du juge est justifié *de facto*. Or, le juge ne se contente pas de déduire artificiellement le critère de l'extérieur, il le reformule. C'est précisément cette reformulation qui doit faire l'objet d'une justification. La recherche sociologique peut permettre au juge d'interpréter le standard selon les critères qui sont en vigueur dans la société, mais elle ne fournit aucune justification de l'emploi de ces critères. Il faut pourtant que le juge justifie, sur la base des valeurs qu'il partage, son choix concernant l'emploi d'un critère d'évaluation dans le cas particulier⁹⁶⁷. L'enjeu se situe alors sur le terrain du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire du juge⁹⁶⁸.

S'agissant d'une référence à la jurisprudence, il est vrai que l'emploi d'un standard peut être justifié par rapport aux autres cas où la jurisprudence a utilisé le même critère d'évaluation. Malheureusement, cette possibilité offre aussi des limites. Elle peut être valable pour le standard qui a déjà été consolidé à un niveau juridique. En revanche, elle n'a pas d'intérêt en ce qui concerne le standard qui n'a pas été consolidé dans la jurisprudence. En effet, l'utilisation d'un critère d'évaluation dans une affaire *x* n'implique pas que l'on doit à nouveau l'utiliser dans une affaire *y*. Il faudrait, d'une part, démontrer que celle-ci présente une analogie certaine avec la précédente et, d'autre part, justifier l'emploi du même critère d'évaluation. Il a notamment été démontré que l'existence d'un précédent n'est pas en soi une justification suffisante⁹⁶⁹.

La présence d'un standard dans une règle de droit international économique oblige nécessairement le juge à combler le vide laissé par le standard, faisant ainsi appel à son

⁹⁶⁷ Le professeur Rials, qui fonde sa définition de la notion de standard sur l'idée de normalité, souligne également que, dans l'application du standard, le juge doit accomplir des choix « politiques ». RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op.cit.*, p.53.

⁹⁶⁸ Voir *infra*, p. 381.

⁹⁶⁹ TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, p.1137.

pouvoir normatif complémentaire. Cependant, si ce pouvoir est important, le travail du juge n'en est pas moins encadré : tout comme dans n'importe quelle situation judiciaire, le juge doit motiver son jugement.

Il existe cependant des cas où le juge ne se trouve plus dans une situation de simple exécutant du standard, mais dans une situation où il devient un véritable créateur de standards.

B- La contribution des standards au pouvoir normatif originaire du juge

On évoque le « pouvoir normatif originaire » du juge lorsqu'il se trouve dans une situation où il n'est plus seulement un simple agent d'exécution des standards, mais bel et bien le créateur des standards.

Véritable demiurge, le juge ne va pas se contenter de donner vie aux standards, il va leur donner la vie, les engendrer. Deux sortes de standards peuvent ainsi être élaborées : d'une part, des standards dits jurisprudentiels (1) et, d'autre part, des standards liés à l'activité contentieuse du juge (2).

1) Les standards jurisprudentiels

Les standards jurisprudentiels, créés et appliqués par le juge, apparaissent comme le résultat de la combinaison de l'existence d'une lacune ou d'une insuffisance rédactionnelle de la norme juridique avec l'exigence d'un travail personnel d'appréciation et d'interprétation effectué par le juge. Par conséquent, si le juge constate une lacune dans le texte qu'il doit appliquer et qu'il se refuse à prononcer un *non liquet*, il interprétera et appliquera le texte en question sur la base d'un standard particulier créé pour l'occasion. Autrement dit, « le juge [...] se permet certaines libertés en créant de toutes pièces des standards »⁹⁷⁰. En définitive, cette hypothèse est proche de la situation où les parties demandent au juge de statuer *ex aequo et bono*.

⁹⁷⁰ DELEBECQUE P., « Les standards dans les droits romano-germaniques », *op.cit.*, p.880.

Il est vrai que ces standards ne répondent pas entièrement aux conditions d'existence des standards textuels n'étant pas des standards en eux-mêmes mais entraînant, pour le juge, l'obligation d'en formuler un pour accomplir sa mission.

Dans ce cas, le juge va adopter plusieurs comportements. Tout d'abord, il est possible de constater des situations où le juge, afin de rendre un jugement cohérent, va au-delà de la simple mise en forme du texte par l'utilisation d'un standard et va utiliser la technique du standard pour donner, au-delà de la lettre, sa pleine efficacité à l'esprit du texte.

Il est également possible de voir que le juge va transformer des standards textuels en des standards différents. Il va agir ainsi pour rechercher une plus grande commodité de mise en œuvre du texte. Pour le professeur Rials, « *il n'y a dans ce phénomène qu'une illustration de la familiarité du juge avec le mode d'expression du droit* »⁹⁷¹.

Le juge peut aussi créer, *ab nihilo*, une règle fondamentale nouvelle. Pour se faire, il doit se référer à l'idée brute de normalité et, par conséquent, créer un standard. Il n'aura pas à se poser la question de ce qui est normal au moment de la création du standard, car la solution qu'il souhaite est conçue comme normale qu'il sera poussé à la mettre en œuvre. Dans cette perspective, le juge dispose d'une assez large initiative pour l'élaboration de règles formulées à l'aide de standards.

La création de standards jurisprudentiels, s'avère être une création d'un droit « primaire » par le juge puisque, dans ce cas, la création d'une norme ne résulte pas directement de l'interprétation d'un énoncé textuel mais intervient dans un domaine « vide ». Ainsi, le juge est amené à créer des normes indéterminées qui répondent aux caractéristiques du standard juridique. Cette action créative du juge est légitime en droit international économique du fait de l'absence de législateur unique et supérieur. On ne peut donc faire le reproche au juge du droit international économique d'entreprendre une action illégitime. D'autant plus que, compte tenu de son indétermination, ce type de norme édicté par le juge autorise les « législateurs » du droit international économique, à savoir les acteurs étatiques et, parfois, les acteurs non étatiques, à intervenir *a posteriori*. En d'autres termes, en créant une règle jurisprudentielle contenant un standard, le juge permet aux acteurs du droit international économique de déterminer le contenu de la norme s'ils estiment que c'est opportun.

Les standards jurisprudentiels revêtent deux fonctions. D'une part, étant donné leur nature indéterminée, les standards permettent au juge de « *réserver son pouvoir, de ne pas l'épuiser en une formule trop rigide* »⁹⁷². D'autre part, ils introduisent, dans la norme jurisprudentielle une certaine souplesse qui permet l'instauration d'un équilibre entre les acteurs du droit international économique. En cela, les standards jurisprudentiels, au même titre que les autres standards juridiques, ont une fonction régulatrice⁹⁷³. La fonction régulatrice des standards jurisprudentiels permet au juge de devenir un véritable médiateur : la plupart du temps, le juge ne cherchera pas une solution tranchée, mais une solution qui satisfasse les parties afin de leur faire accepter la solution. Cette fonction des standards jurisprudentiels est essentielle au maintien de l'équilibre du droit international économique car, à défaut de pouvoir contraindre, le juge doit pouvoir convaincre. Il est donc nécessaire de rechercher l'adhésion autour de la décision de justice et, les standards, de par leurs caractéristiques se révèlent être l'instrument juridique approprié.

Le pouvoir normatif originaire du juge ne se cantonne pas au simple fait de créer des standards, alors qualifiés de standards jurisprudentiels. L'étendue du pouvoir normatif originaire du juge se vérifie également lorsqu'il a la possibilité d'édicter des standards lui permettant de rationaliser son travail.

2) La création de standards en matière contentieuse

Dans l'exercice de sa profession, le juge international va créer des standards liés à la pratique contentieuse. En effet, par une pratique répétée le juge énonce certains standards qui guident sa propre activité. Ces standards, par leur souplesse, lui permettent de développer son raisonnement en gardant une marge d'appréciation importante.

Ainsi, par exemple, la règle de la preuve selon laquelle toute prétention non démontrée doit être rejetée n'est pas prise au pied de la lettre : le juge se contente

⁹⁷¹ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op.cit., p.112.

⁹⁷² RIALS S., *ibid.*, p.57.

⁹⁷³ Voir *infra*, p. 322.

d'éléments qui établissent les faits « au-delà de tout doute raisonnable ». De même, le critère de la recherche de l'intention réelle des parties est assoupli par le standard de la recherche de la détermination d'une intention raisonnable.

Mais ce qui est particulièrement marquant dans la création de standards en matière contentieuse, c'est qu'il existe désormais un droit commun de l'arbitrage international qualifié de *lex facit arbitrum*⁹⁷⁴. Cette *lex facit arbitrum* prend une ampleur particulière du fait de l'adoption de règles matérielles par des instruments internationaux d'uniformisation. On peut citer à titre d'exemple la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁹⁷⁵. Plus frappante encore est l'adoption de la Loi Modèle de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)⁹⁷⁶. L'adoption de tels instruments rend « *malaisé, sinon anachronique, le maintien de solutions divergentes par les droits étatiques* »⁹⁷⁷. A titre d'exemple, on peut citer *l'obiter dictum* dans la décision du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire Compagnie de Transports Maritimes c. Mediterranean Shipping sur la nécessité d'aligner les standards locaux sur les standards internationaux, en l'occurrence l'article II (1) de la Convention de New York comme expression d'un standard international⁹⁷⁸.

Avec l'adoption de la Loi Modèle de la CNUDCI l'arbitrage est désormais perçu comme une institution internationale, où il n'est plus nécessaire de chercher les diverses lois étatiques auxquelles se rattachent les divers aspects du processus arbitral. Il existe donc des standards liés à l'activité du juge. En effet, la Loi Modèle constituant l'expression d'un très large accord de la Communauté internationale, le juge international, dans ses sentences, se réfère très souvent à ces dispositions pour y voir, selon l'expression

⁹⁷⁴ MANN A.F., « Lex facit arbitrum », in *Liber Amicorum for Martin Domke*, pp.157-183.

⁹⁷⁵ Bien que cette Convention, adoptée par une conférence diplomatique le 10 juin 1958, ait été élaborée par l'Organisation des Nations Unies avant la création de la CNUDCI, sa promotion fait partie intégrante du programme de travail de la Commission. La Convention est largement reconnue comme un instrument fondateur de l'arbitrage international et demande aux tribunaux des États contractants de donner effet à une convention d'arbitrage lorsqu'ils sont saisis d'une action dans une matière couverte par une convention d'arbitrage ainsi que de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales rendues dans d'autres États, sous réserve de quelques exceptions limitées. Elle est entrée en vigueur le 7 juin 1959.

⁹⁷⁶ La loi Modèle de la CNUDCI fut adoptée le 21 juin 1985.

⁹⁷⁷ ARFAZADEH H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, op.cit., p. 37.

⁹⁷⁸ Cet article dispose : « Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

de la Cour de cassation française, des « *principes de l'arbitrage commercial international* »⁹⁷⁹. La Loi Modèle est un texte transactionnel, dont l'adoption a nécessité des concessions réciproques de la part des représentants de systèmes juridiques n'ayant sur l'arbitrage ni les mêmes vues ni les mêmes techniques de réglementations si bien que « *la loi-type apparaît, dans l'ensemble, comme un instrument approprié de réglementation de l'arbitrage international* »⁹⁸⁰.

Sur le contenu de la Loi Modèle, on peut retenir la clause standard de l'amicable composition dont la validité est désormais reconnue, tendant ainsi à l'universalité malgré la suspicion des pays de *common law* à son égard. De même y est incluse la clause standard de la règle de droit applicable. Il s'agit de la possibilité pour les parties de désigner toute norme qu'elles souhaitent voir appliquer, que ce soit une loi étatique déterminée, les principes généraux du droit, des règles communes aux systèmes juridiques ou encore les autres composantes de la *lex mercatoria*.

Cependant, la Loi Modèle rencontre une limite importante. En tant qu'instrument comportant des standards, il s'agit seulement d'un instrument facultatif dépourvu de toute force obligatoire. Son autorité normative dépend donc exclusivement de la volonté du législateur national dans la mesure où l'Etat, en légiférant, l'adopte ou s'en inspire. En d'autres termes, il s'agit d'une sorte de modèle législatif.

⁹⁷⁹ C.Cass., 1^e Ch. Civ., 13 octobre 1981., *Clunet* 1982.931.

⁹⁸⁰ FOUCHARD P., « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », in *Ecrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, p.385.

Conclusion du Chapitre 1

L'étude du rôle normatif des standards est riche d'enseignements.

Tout d'abord, deux enseignements peuvent être tirés de l'analyse des effets de droit produits *ab initio* par les standards.

S'agissant des effets de droit produits en relation avec l'élaboration des standards, force est de constater que la force normative des standards est directement liée à l'intention de l'auteur de la norme. En droit international économique, la norme doit revêtir un certain nombre de caractéristiques : elle doit pouvoir fédérer autour de son assentiment l'ensemble des acteurs du droit international économique et elle doit également être à même de répondre à l'exigence de flexibilité exigée par la matière. En remplissant ces fonctions, les standards acquièrent une force normative, certes faible puisque naissante, mais bien réelle conduisant même à une force normative harmonisatrice.

S'agissant des effets de droit produits en relation avec les sources porteuses des standards, l'analyse montre que la force normative des standards dépend en grande partie de la qualité de ces sources. En d'autres termes, la force normative des standards est nettement attachée à l'enveloppe formelle. On peut alors constater que, « *parfois, l'enveloppe formelle constitue une cause de fragilité de la force normative car elle réduit le caractère obligatoire et sanctionné de la norme qu'elle contient* »⁹⁸¹. C'est le cas lorsque les standards sont portés par une source de *soft law* : la force normative des standards, bien que présente, est très affaiblie car ce type de source ne permet pas d'imposer aux parties contractantes un comportement. La qualité de l'enveloppe formelle n'est cependant pas la seule à exercer une influence sur la force normative des standards : l'analyse a permis de mettre en évidence que le contenu des sources, le *negocium*, influe nécessairement sur la force normative. Ainsi, l'accueil des standards par des instruments de *hard law* ne constitue pas automatiquement la garantie d'une force normative absolue des standards. En effet, la rédaction de la norme va exercer une influence certaine sur sa force normative en déterminant la manière dont devra s'effectuer son respect.

⁹⁸¹ BOUTONNET M., « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit », *op.cit.*, p.485.

Ainsi, tant l'enveloppe formelle que le contenu normatif vont jouer un rôle déterminant quant à la force normative des standards. Si ces éléments sont susceptibles de fragiliser leur force normative, il n'en demeure pas moins que cette force normative ne peut être niée. Il serait, en effet, incorrect de chercher à insérer les standards dans un moule positiviste, ou même de les reléguer à des propositions d'ordre métajuridique car il est certain qu'ils contribuent à la régulation du droit international économique puisqu'ils sont, en quelque sorte, des idéaux régulateurs contribuant à la diffusion de valeurs dans le droit international économique positif. En d'autres termes, « *la nature de l'acte ne constitue pas un critère fiable de sa force* »⁹⁸².

Ensuite, plusieurs enseignements peuvent être tirés de l'étude des effets de droit produits *a posteriori* par les standards.

Premièrement, il apparaît que les standards agissent sur les sujets du droit international économique, mais plus largement sur ses acteurs. En effet, tant les acteurs étatiques, sujets originels du droit international économique, que les acteurs non étatiques sont concernés par les conséquences de l'utilisation de la technique du standard. A cet égard, la force normative des standards varie selon leurs destinataires. Ainsi, les standards bénéficient d'une force normative directe lorsqu'ils s'adressent aux acteurs étatiques, alors que, pour ces mêmes standards, la force normative est indirecte quand ils s'adressent aux acteurs non étatiques. Autrement dit, la force normative des standards peut se retranscrire seulement telle qu'elle est perçue par les destinataires. Il s'agit là d'une approche plus subjective de la force normative des standards et « *c'est [précisément] le degré de réception de la norme [...] par ses destinataires, qui semble déterminer l'intensité de [sa] force normative* »⁹⁸³. La force normative présente *ab initio* dans les standards va donc s'intensifier du fait de leur réception par les destinataires de la norme.

Deuxièmement, il apparaît désormais évident que les standards du droit international économique font désormais partie intégrante du travail du juge, qu'ils s'immiscent dans le pouvoir normatif originaire ou complémentaire du juge, même si des risques quant aux qualités intrinsèques du droit existent⁹⁸⁴. Désormais, avec les standards, « *le juge échappe à son destin de machine – 'machine jugeante' ou 'machine à calculer' – chargée de*

⁹⁸² THIBIERGE C., *La force normative. Naissance d'un concept*, op.cit., p.765.

⁹⁸³ CHERITAT V., « La force normative de la formule notariale en droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, p.526.

⁹⁸⁴ Voir *infra*, p. 352.

l'application mécanique de la loi »⁹⁸⁵. En effet, le juge ne se base plus sur une règle abstraite et simplifiée de la réalité pour établir si des situations sont égales ou différentes entre elles. Les standards permettent de prendre en compte l'inégalité fondamentale et structurelle qui existe dans la réalité préservant ainsi au juge, agent chargé de leur mise en œuvre, toute son autonomie. Cette étude permet alors de réviser les dogmes du positivisme et notamment celui de la soumission stricte du juge au commandement complet et clair du législateur. Grâce à l'analyse du rôle des standards en droit international économique, il est désormais possible d'écarter l'idée positiviste qui consiste à considérer que « *le juge n'apporte rien d'original dans l'application d'une norme mais qu'il ne fait qu'en reproduire le contenu prédéterminé* »⁹⁸⁶. Du point de vue de la normativité, la force des standards est donc associée aux effets qui leur sont conférés par le juge.

D'un point de vue de l'efficacité des standards quant à leur contribution à la normativité du droit international économique, il est indéniable qu'ils atteignent l'objectif visé par ceux qui les édictent, que ce soit les acteurs étatiques ou les acteurs non étatiques.

Les standards, qui remplissent une fonction normative indéniable, ont également la particularité d'être une norme adaptable, remplissant alors une fonction régulatrice tout aussi indispensable à l'équilibre du droit international économique.

⁹⁸⁵ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n°78, avril-juin 1996, p.394.

⁹⁸⁶ KOLB R., *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2006, p.2.

Chapitre 2 : Le rôle régulateur des standards en droit international économique

La mondialisation justifie un renouvellement profond des normes qui composent l'ordre international économique. La mondialisation influe sur les modes de formulation et de mise en œuvre du droit au sein de l'ordre international économique. En effet, la mondialisation se traduit par une accélération de l'évolution sociale, qui appelle des modes de création du droit à même d'intégrer rapidement les changements. En d'autres termes, la mondialisation ne s'accommode pas d'un mode de création du droit qui soit figé. Ainsi, le développement croissant des relations économiques, qui nécessitent parfois une prise de décision très soudaine, joue en faveur d'un pragmatisme juridique de moins en moins soucieux des formes, notamment traditionnelles. Le droit international économique utilise de plus en plus des instruments juridiques très divers, dont le choix est commandé par le résultat à atteindre. Le droit international économique est donc tout emprunt du phénomène de régulation.

La mise en œuvre de la technique de régulation nécessite d'adopter un certain type de normes à même de répondre à ses objectifs que l'on peut qualifier de « *triptyque d'exigences* »⁹⁸⁷, c'est-à-dire des normes qui puissent intégrer à la fois les caractéristiques de rapidité, de flexibilité et d'évolution. A ce titre, les standards sont choisis pour réaliser les enjeux de la régulation, notamment en raison du caractère rapide de leur élaboration mais également en raison de la flexibilité qu'ils peuvent apporter aux acteurs du droit international économique. En effet, le droit classique et, plus précisément, son mode d'élaboration, est considéré comme trop lent pour assurer la mise en œuvre des techniques de régulation. Sa rigidité « *peut conduire à ce que le résultat soit limité à des règles à contenu faible ou minimaliste* »⁹⁸⁸ et, plus encore, le choix des modes traditionnels d'élaboration du droit peut entraîner « *une aversion des Etats à être liés par des règles qui par la suite risquent d'être caduques face à un secteur dont l'évolution demande des réactions rapides sans cesse fluctuantes* »⁹⁸⁹.

Les standards remplissent alors parfaitement un rôle de normes régulatrices du droit international économique. Ce rôle de régulateur permet de renouveler la normativité du droit international économique. Afin de cerner au mieux ce rôle, il convient

⁹⁸⁷ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.34.

⁹⁸⁸ BOISSON DE CHAZOURNES L., *ibid.*, p.35.

d'appréhender tant les moyens (**Section 1**) que les buts (**Section 2**) de la régulation du droit international économique par les standards.

Section 1 : Les moyens de la régulation du droit international économique par les standards

La régulation du droit international économique doit nécessairement atteindre un but d'équilibre et d'harmonie entre les intérêts en présence.

Deux moyens, inhérents au droit de la régulation, peuvent alors être mis en œuvre grâce aux standards. Tout d'abord, un moyen *ratione materiae*, c'est-à-dire la réalisation de la régulation du droit international économique par la technique juridique (§1). Ensuite, un moyen *ratione personae*, c'est-à-dire la concrétisation de la régulation du droit international économique par l'intervention d'autorités compétentes, qu'elles soient étatiques ou non (§2).

§1 : La régulation du droit international économique par la technique juridique

La complexité croissante de la société internationale et des problèmes qui y sont liés, impose de recourir à des mécanismes plus souples de coordination et d'intégration. Dans ce contexte, la régulation est alors « *conçue comme destinée à annuler l'effet des perturbations extérieures, en maintenant l'équilibre homéostatique du système juridique* »⁹⁸⁹. La régulation ne nécessite donc pas l'intervention de tout droit mais l'intervention d'un certain type de normes, c'est-à-dire les standards (**A**). Ce type de norme entraîne alors des finalités propres à assurer la régulation du droit international économique (**B**).

⁹⁸⁹ BOISSON DE CHAZOURNES L., *ibid.*.

⁹⁹⁰ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Revue Droit et Société*, n°49, 2001, p.831.

A- L'usage de normes particulières : les standards

La régulation, contrairement à la réglementation, nécessite d'utiliser une certaine catégorie de normes répondant à des exigences particulières. Il s'agit des standards juridiques. La régulation implique alors une rupture avec la conception classique du « droit ». Cette rupture induite se situe tant au plan structurel qu'au plan structural de la normativité⁹⁹¹.

Sur le plan structurel, la régulation est porteuse de normes qui ne revêtent pas la texture formelle du droit international classique. En effet, à travers la régulation on voit se développer des « *formes progressives et graduées d'émergence du droit, visant par l'édition de règles souples et flexibles, à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur autodiscipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes* »⁹⁹². Avec le processus de régulation, on se rend compte qu'il existe, comme l'a écrit la Commission du droit international (CDI), des « *voies différentes [...] par lesquelles des obligations internationales peuvent prendre naissance* »⁹⁹³. En d'autres termes, « *penser la régulation suppose que l'on se détache des vieux schémas – des schémas de la pensée monologique et statocentrique de la loi, dont l'emprise, presque inconsciente, interdit d'imaginer même d'autres formes de la normativité* »⁹⁹⁴.

Ces nouvelles formes s'apparentent alors à un guidage d'action dans le cadre d'un système organisé ayant des échanges avec son environnement et mettant en œuvre des processus d'adaptation. D'un point de vue purement formel, la régulation emprunte des voies que certains ont qualifié de para-juridiques à savoir les déclarations, les résolutions, les programmes ou encore les codes de bonne conduite. La régulation débouche ainsi sur un « droit mou » (*soft law*), relevant d'une « *direction juridique non autoritaire des conduites* »⁹⁹⁵. Il s'agit donc d'un droit radicalement différent du droit international traditionnel, et notamment par son mode de production. En effet, de par son but, il associe les destinataires au processus d'élaboration de la norme. La régulation repose sur la

⁹⁹¹ Voir BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*.

⁹⁹² AUTIN J-L., « L'usage de la régulation en droit public », in *La régulation entre droit et politique*, édition L'harmattan, Paris 1995, p.43.

⁹⁹³ ACIDI, 1976, vol.II, deuxième partie, p.74, §2.

⁹⁹⁴ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *op.cit.*, p.383.

confrontation et l'arbitrage d'intérêts qu'il s'agit d'harmoniser : ces intérêts doivent donc se faire entendre et doivent intervenir dans le processus de décision. Le droit devient ainsi un droit négocié, fruit d'une délibération collective. En d'autres termes, la régulation passe par l'intervention d'acteurs multiples et l'Etat n'apparaît plus comme le seul foyer de droit. La régulation suppose donc l'idée d'harmonie des intérêts. Avec la régulation, on ne distingue plus entre destinataire et destinataire de la norme.

Sur le plan structural, la régulation induit que la norme juridique connaisse des transformations dans son contenu. Le droit formé par la régulation est un droit gouverné par une logique d'efficacité marquée par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir. Efficacité également car le droit de la régulation donne lieu à sa mise en œuvre individualisée, il indique une orientation qui donne lieu à déclinaison au cas par cas.

Ainsi, un des moyens de favoriser la régulation en droit international économique et ainsi de contribuer à sa normativité, est de favoriser l'émergence d'un certain type de droit auquel les standards sont la norme la plus à même de répondre de par leurs caractéristiques. Pour assurer la régulation du droit international économique, les standards remplissent certaines finalités spécifiques à la régulation.

B- Les finalités des standards comme moyen de régulation

Si la régulation a pu sembler être une notion fonctionnelle à profils multiples⁹⁹⁶, elle reste comprise comme étant « *l'organisation, le maintien et la pérennité d'un équilibre dans son ensemble* »⁹⁹⁷. De cette conception émerge deux idées principales. D'une part, l'idée que la régulation nécessite d'offrir un cadre aux initiatives des acteurs du droit international économique afin que leurs initiatives ne causent des

⁹⁹⁵ AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op.cit.*, p.287.

⁹⁹⁶ FRISON-ROCHE M-A., « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p.5 et s.

⁹⁹⁷ FRISON-ROCHE M-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *op.cit.*, p.44.

dysfonctionnements de nature à perturber un équilibre d'ensemble. Les acteurs du droit international économique se voient alors offert un espace de tolérance grâce aux standards (1). D'autre part, l'idée que la régulation nécessite que soient élaborées des lignes directrices que les acteurs du droit auront le loisir d'appliquer. Les standards semblent donc être l'édiction d'une obligation de moyens (2).

1) L'établissement d'un espace de tolérance

Si « réguler, c'est encadrer de manière fine – et constamment modulée – les comportements économiques, pour que la logique de marché ne se substitue pas à celle des intérêts supérieurs de l'économie et de la société »⁹⁹⁸, il apparaît très clairement que la régulation conduit à ce que les acteurs du droit international économique, par leur comportement, n'outrepassent pas les limites d'un certain espace de tolérance dans lequel ils doivent cantonner leurs actions.

Cet espace de tolérance est précisément délimité par les standards juridiques insérés dans les règles de droit. En d'autres termes, les standards juridiques sont l'expression juridique de l'espace de tolérance impliqué par la régulation.

Cette idée est particulièrement visible si l'on prend en considération le standard du raisonnable. En insérant ce standard, l'objectif de la régulation sera d'éviter que la liberté d'action des acteurs du droit international économique ne dérive vers le déraisonnable. Le standard de raisonnable « trace alors la ligne de partage entre le domaine du déraisonnable et l'espace de tolérance où les agissements des acteurs économiques sont présumés raisonnables jusqu'à preuve du contraire »⁹⁹⁹. Afin de déterminer ce qui est raisonnable de ce qui est déraisonnable, c'est l'efficacité qui semble être le critère principal. On entend ici par efficacité, non la rentabilité économique ou la recherche du profit, mais plutôt l'action de tous les moyens possibles pour qu'une opération voulue par les parties puisse être effectivement réalisée. L'efficacité est alors une notion qui allie la détermination d'un but à atteindre et la réussite dans cette action. Ainsi, le standard de raisonnable est un facteur de régulation destiné à encadrer les agissements des acteurs du droit international économique.

⁹⁹⁸ RAPP L., « Les nouvelles régulations économiques », *AJDA*, 20 juin 2001, n°6, p.568.

Les standards juridiques, en tant que facteur de régulation, visent à endiguer la marge de manœuvre des acteurs du droit international économique dans les limites d'un espace de tolérance au sein duquel les initiatives sont présumées être raisonnables ou encore appliquées de bonne foi, jusqu'à la preuve du contraire.

Par ailleurs, les standards sont le reflet de la régulation en ce sens qu'ils édictent des lignes directrices que les opérateurs du droit international économique peuvent mettre en application de la manière dont ils le souhaitent. En ce sens, les standards édictent une obligation de moyens à l'encontre des sujets de droit.

2) L'édition d'une obligation de moyens

Propre au droit des contrats, on définit de manière classique l'obligation de moyens comme étant l'obligation par laquelle le débiteur s'engage uniquement à mettre certains moyens en œuvre pour parvenir à un résultat. Dans cette hypothèse, on se retrouve confronté au standard du droit interne de bon père de famille. En effet, on est en présence d'une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire qu'il y a référence à un modèle abstrait, ici, le bon père de famille. Dans une obligation de moyens, le débiteur doit avoir agi comme le bon père de famille.

Par analogie, on peut considérer qu'en droit international économique, les standards puissent s'apparenter à une véritable obligation de moyens. En premier lieu, le droit international économique est constitué pour l'essentiel de traités, technique qui correspond à la technique contractuelle c'est-à-dire une convention par laquelle une ou plusieurs entités s'obligent envers une ou plusieurs autres¹⁰⁰⁰. En second lieu, si l'obligation de moyens astreint l'une des parties à employer les meilleurs moyens possibles en vue d'un résultat aléatoire dans l'esprit des parties au moment de la conclusion de l'acte, il s'avère que les standards répondent à cette définition puisqu'ils sont de véritables lignes directrices de comportement ou d'action, les acteurs du droit

⁹⁹⁹ DUONG L-M., *La notion de raisonnable en droit économique*, Thèse 2004, Nice Sophia-Antipolis, p.79-80.

¹⁰⁰⁰ Sur la technique contractuelle, voir MOUSSERON J-M., MOUSSERON P., RAYNARD J. et SEUBE J-B., *Technique contractuelle*, éditions Francis Lefebvre, 4^e édition, Paris 2010, 718 pages.

international économique étant libres quant aux modalités d'application de ces lignes directrices.

Il est évident, en effet, que lorsque les parties s'engagent par le standard de bonne foi ou par le standard de commerce loyal, le résultat qu'ils escomptent est totalement aléatoire. Par contre, il n'en demeure pas moins que les parties vont s'engager à tout faire pour atteindre ce résultat. En ce sens, les standards s'apparentent tout à fait à la technique contractuelle de l'obligation de moyens.

Néanmoins, la régulation du droit international économique ne passe pas exclusivement par l'apparition d'un nouveau type de droit. La fonction de certaines autorités compétentes induit la régulation.

§2 : La régulation du droit international économique par des autorités compétentes

« *Telle un 'Prométhée', la régulation défie l'Etat* »¹⁰⁰¹. En effet, la régulation entraîne une recomposition de la place de l'Etat. Dans la pensée classique dire le droit est l'attribut de la souveraineté étatique. Désormais, le droit émanant de l'Etat n'occupe plus la même place et, comme l'a analysé le professeur Arnaud, il se retrouve relayé, suppléé et même supplanté¹⁰⁰².

La régulation suppose l'« *image du tiers régulateur comme instance de régulation* »¹⁰⁰³ capable de maintenir l'équilibre. En droit interne, le rôle de tiers régulateur est tenu par les Autorités Administratives Indépendantes (AAI). Il est tout à fait loisible de faire un parallèle entre droit interne et droit international économique puisqu'il existe également des sortes d'autorités indépendantes qui peuvent se scinder en deux catégories : d'une part, les autorités étatiques (**A**) et, d'autre part, les autorités non étatiques (**B**).

¹⁰⁰¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.24.

¹⁰⁰² ARNAUD A-J., « Introduction », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.75-84.

¹⁰⁰³ ARNAUD A-J., *Critique de la raison juridique. Tome 2 : gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, édition LGDJ collection droit et société, Paris 2003, p.76.

A- La régulation par des autorités étatiques usant des standards

Afin de favoriser la régulation du droit international économique, sont apparues ce que l'on peut nommer des « *instances de régulation de nature transnationale dont la fonction s'exerce notamment par le canal du droit et la production de normes juridiques* »¹⁰⁰⁴. Ces instances de nature étatiques sont, bien sûr, les organisations internationales. S'il nous a déjà été donné d'étudier la place qu'elles faisaient aux standards, tant juridiques que techniques¹⁰⁰⁵, nous allons alors nous employer ici à étudier leur place dans la régulation du droit international économique, et plus précisément, le rôle joué par les standards qu'elles ont élaboré dans la régulation.

En effet, si ces organisations internationales ont été créées par voie d'accords entre Etats, il n'en demeure pas moins qu'« *elles disposent bien, dans la sphère de compétence qui leur a été reconnue, d'une capacité de régulation autonome dont l'influence se fait sentir, à travers le filtre étatique, sur les acteurs économiques et sociaux* »¹⁰⁰⁶.

Cette capacité de régulation peut, notamment, se constater en ce qui concerne les institutions financières internationales telles le groupe de la Banque Mondiale et le FMI. En effet, en subordonnant l'octroi de leurs concours financiers à des programmes stricts d'assainissement, elles apparaissent comme de véritables autorités de tutelle pour les Etats qui font appel à elles. Ainsi, l'exemple des Politiques et Standards Opérationnels de la Banque Mondiale¹⁰⁰⁷ est, à cet égard, significatif.

C'est également le cas pour l'OMC qui, en raison de la part qu'elle fait aux standards¹⁰⁰⁸ et grâce au règlement juridique des différends qu'elle a mis en place, est devenue le régulateur des échanges internationaux. En effet, les accords sur le libre échange influencent beaucoup les techniques de régulation internes des Etats car ces techniques reprennent l'obligation d'abandonner les tarifs douaniers mais elles permettent

¹⁰⁰⁴ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *op.cit.*, p.836.

¹⁰⁰⁵ Voir *supra*, p. 142.

¹⁰⁰⁶ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *op.cit.*, p.836.

¹⁰⁰⁷ Les politiques et les standards permettent de veiller à ce que les opérations de la Banque mondiale soient saines des points de vue économique, financier, social et environnemental. Elles sont codifiées dans le manuel opérationnel qui inclut les objectifs essentiels du développement et les instruments pour les mettre en œuvre, ainsi que les conditions applicables aux opérations de prêts financées par la Banque.

¹⁰⁰⁸ Voir *supra*, p.144.

également de revoir d'autres mesures nationales qui pourraient limiter la circulation de biens et services comme les autorisations discrétionnaires, les licences contingentées ou encore les subventions.

A l'instar des AAI créées par le droit administratif interne, les organisations internationales s'avèrent être de véritables autorités régulatrices du droit international économique.

Néanmoins, eu égard aux caractéristiques propres du droit international économique, d'autres autorités jouent le rôle de tiers régulateur : il s'agit des autorités non étatiques.

B- La régulation par des autorités non étatiques usant des standards

La régulation du droit international économique est également assurée par des instances qui, éloignées du prisme de l'Etat, favorisent la régulation du droit international économique.

Les autorités non étatiques régulatrices du droit international économique que nous allons étudier sont essentiellement composées des praticiens. En effet, « *pour le praticien, il est, en vérité, question de droit, toutes les fois qu'il est question de régulation* »¹⁰⁰⁹. Ainsi, la société des marchands, par les standards qu'elle élabore¹⁰¹⁰, fait office d'instance de régulation du droit international économique. La régulation qu'elle offre se manifeste par la construction d'un droit corporatif propre, autrement dénommé *Lex Mercatoria*. Ainsi, « *en matière de droit du commerce international et notamment dans le domaine des investissements, les comportements des sociétés privées contribuent à forger certaines règles* »¹⁰¹¹ qui ne sont pas ignorées du droit international économique, participant ainsi à sa régulation. Par exemple, dans l'affaire *Aminoil*¹⁰¹², le tribunal arbitral a pris en compte

¹⁰⁰⁹ DIEUX X., « Corporate Governance – De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens », *R.J.T.*, 2005, n°2, p.57.

¹⁰¹⁰ Voir *supra*, p. 80.

¹⁰¹¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p.25.

¹⁰¹² *Aminoil c. Koweit*, sentence arbitrale du 24 mars 1982, *JDI* 1982, pp.903-904.

le comportement des entreprises pétrolières pour tenter d'identifier les règles applicables en matière d'indemnisation en cas de nationalisation. Ainsi, « *les marchands d'aujourd'hui, les grandes entreprises internationales, influencent certainement la création de réglementations destinées à défendre au plus haut niveau les libertés économiques* »¹⁰¹³.

La société des marchands est également présente sous une autre forme dans la régulation du droit international économique : ils constituent des associations professionnelles qui sont un mélange d'acteurs publics et privés mettant en place des standards destinés à favoriser la régulation. Cette tendance est tout à fait significative dans le secteur financier qui a vu son activité régulatrice fortement se diversifier au nom de l'adaptabilité normative. Depuis la fin des années 1990, la régulation financière est devenue la réponse à la libéralisation financière due à l'innovation exponentielle en la matière qui a vu l'apparition de nouveaux standards. Les acteurs de cette régulation financière internationale sont, entre autres, l'OICV, le Comité de Bâle¹⁰¹⁴, le Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)¹⁰¹⁵ ou encore la CCI. Ces instances ont largement contribué à la diffusion de standards en matière financière comme

¹⁰¹³ D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », *RDP*, 2006, n°1, p.241.

¹⁰¹⁴ Le Comité de Bâle ou Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (en anglais *Basel Committee on Banking Supervision, BCBS*) est un forum où sont traités de manière régulière (quatre fois par an) les sujets relatifs à la supervision bancaire. Il est hébergé par la Banque des règlements internationaux à Bâle. Le Comité se compose de représentants des banques centrales et des autorités prudentielles des treize pays suivants : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse. Au cours de la session des 10 et 11 mars 2009, il a été décidé de l'élargir à l'Australie, au Brésil, à la Chine, à la Corée, à l'Inde, au Mexique et à la Russie. Le 10 juin 2009, il a, en outre, été ouvert à Hong Kong et à Singapour, ainsi qu'à d'autres membres du G20 : Afrique du Sud, Arabie saoudite, Argentine, Indonésie et Turquie. Les missions du Comité de Bâle sont : le renforcement de la sécurité et de la fiabilité du système financier, l'établissement de standards minimaux en matière de contrôle prudentiel, la diffusion et la promotion des meilleures pratiques bancaires et de surveillance, la promotion de la coopération internationale en matière de contrôle prudentiel.

¹⁰¹⁵ Selon le site www.fatf-gafi.org, « le Groupe d'action financière (GAFI) est un organisme intergouvernemental qui a pour objectif de concevoir et de promouvoir des politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme aussi bien à l'échelon national qu'international. Le Groupe d'action est donc un organisme de décision qui s'efforce de susciter la volonté politique nécessaire pour réformer au plan national les lois et réglementations dans les domaines de sa compétence.

Le GAFI surveille les progrès réalisés par ses membres dans la mise en œuvre des mesures nécessaires, examine les techniques et contre-mesures propres au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme, et encourage l'adoption et la mise en œuvre des mesures adéquates au niveau mondial. Le GAFI, dans l'exercice de ces activités, collabore avec d'autres organismes internationaux engagés dans cette même lutte.

Le GAFI n'a ni structure précisément définie, ni durée de vie illimitée. Le Groupe d'action réexamine sa mission tous les cinq ans. Le GAFI existe depuis 1989. En 2004, les Ministres représentant les 35 pays membres du GAFI ont convenu de prolonger le mandat du Groupe d'action financière jusqu'en 2012. Ce mandat, d'une durée de 8 ans, démontre que les membres du GAFI restent unis dans leur engagement de

en témoigne les principes de régulation des valeurs créés en 1994 par l'OICV ou encore les standards pour un contrôle bancaire effectif créés en 1997 par le Comité de Bâle. De même, le Comité International des Standards Comptables et la Fédération Internationale des Comptables (IFAC) ont participé à l'élaboration de standards largement reconnus en la matière, c'est-à-dire en matière d'audit et de comptabilité.

Comme l'explique le professeur Boisson de Chazournes, « *bien que non obligatoires, ces standards sont souvent appliqués par les autorités nationales d'un pays donné* »¹⁰¹⁶. C'est en ce sens que les associations de professionnels, par le biais de leurs standards, participent à la régulation du droit international économique. D'ailleurs, « *une pression politique ou économique peut être exercée pour la mise en œuvre de ces standards* »¹⁰¹⁷. C'est ce genre de politique qui a été mise en place aux Etats-Unis car les investisseurs américains exigent que soient appliqués les standards de régulation financière américains pour investir aux Etats-Unis et en dehors. La pression peut également venir des organisations internationales elles-mêmes, tels le FMI ou la Banque Mondiale qui adoptent une politique d'encouragement à l'égard de leurs membres pour adopter ces standards. Ici, la régulation par des autorités non étatiques se mêle à la régulation par des autorités étatiques si bien que « *l'impact de ces standards transcende le cadre restrictif des entités qui les ont élaboré* »¹⁰¹⁸.

La régulation du droit international économique fait donc appel aux deux instruments de la régulation, à savoir l'adoption d'un certain type de droit et la mise en place d'autorités indépendantes de l'Etat qui assurent l'équilibre et l'harmonie entre les acteurs du droit international économique.

Si le droit international économique s'avère être un terrain propice aux techniques de régulation, c'est dans le but de remplir efficacement des objectifs essentiels à l'épanouissement de relations économiques.

lutter contre le terrorisme et le crime international, et constitue un signe de la confiance que les États membres accordent au GAFI et de reconnaissance de l'importance de ce dernier dans cette lutte ».

¹⁰¹⁶ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p. 37.

¹⁰¹⁷ BOISSON DE CHAZOURNES L., *ibid.*.

¹⁰¹⁸ BOISSON DE CHAZOURNES L., *ibid.*.

Section 2 : Les buts de la régulation en droit international économique

Instaurer des mécanismes de régulation en droit international économique, notamment grâce à l'utilisation fréquente de la technique du standard juridique, permet d'atteindre des buts de logique juridique tels que la recherche de l'équilibre (§1) et la recherche de la sécurité juridique (§2).

Néanmoins, l'usage des standards dans la régulation du droit international économique remplit également un but économique. En effet, il est tout à fait envisageable de calculer la valeur économique d'un standard juridique. C'est ce que démontre Marie Obidzinski en donnant une estimation économique chiffrée de la flexibilité d'un standard¹⁰¹⁹.

§1 : La recherche de l'équilibre par les standards

Les standards permettent la recherche de l'équilibre, c'est-à-dire la recherche d'une position stable, à deux points de vue. D'une part, les standards permettent la recherche d'un équilibre entre les objectifs juridiques du droit international et les objectifs économiques du droit international économique (A). D'autre part, les standards favorisent l'harmonie et l'équilibre entre des intérêts divergents (B).

A- La recherche d'un équilibre entre objectif juridique et objectif économique

La régulation du droit international économique favorise l'application d'un droit dont les normes sont dites « molles » et consensuelles. La multiplicité des auteurs de la norme explique, en effet, qu'elle se trouve être très souvent le résultat d'un consensus, d'un accord entre des intérêts divergents. Son application ne peut donc pas être une application automatique ; il faut, en effet, prendre en compte les particularités factuelles de l'espèce.

Dans cette optique, les standards sont l'instrument privilégié de la formulation de la règle de droit dans le cadre de la régulation du droit international économique. Ils

¹⁰¹⁹ OBIDZINSKI M., *Economie d'un droit flexible*, Thèse Nancy II, 2006, spéc. p.40 et s.

contribuent à la recherche d'un équilibre entre toutes les finalités du droit¹⁰²⁰. La recherche de cet équilibre est nécessaire à la subordination de phénomènes économiques au droit. Ainsi, afin de donner un contenu aux différents standards du droit international économique, il est nécessaire de parvenir à un équilibre entre les objectifs liés à la recherche de l'efficacité économique et d'autres objectifs, sans lien directs avec le droit économique. En effet, le droit, même s'il s'applique à la matière économique, protège différentes valeurs, qui relèvent de systèmes divers. La finalité relative à l'efficacité économique doit nécessairement se concilier avec d'autres finalités. Les standards en droit international économique, compte tenu de leur indétermination mais aussi du renvoi qu'ils impliquent à des systèmes exogènes, détiennent une fonction importante. Le standard de concurrence déloyale est particulièrement éloquent dans la mesure où il apparaît, dans sa formulation même, qu'il concilie deux finalités, relevant respectivement du domaine économique et du domaine éthique ou moral : la concurrence et la loyauté¹⁰²¹. Ainsi, le juge chargé de déterminer le contenu du standard de concurrence déloyale dans chaque cas d'espèce devra trouver un équilibre entre les finalités économiques et d'autres finalités à portée morale.

La méthode liée à la régulation du droit international économique est donc la suivante : la formulation de la règle de droit au moyen de standards permettant de parvenir à un équilibre entre les objectifs du marché et d'autres objectifs.

L'utilisation du standard juridique favorise ainsi la logique de la régulation, plus efficace en droit international économique que celle de la réglementation qui réside dans l'application autoritaire d'une règle de droit précise et déterminée et n'impliquant pas la recherche d'un équilibre entre valeurs opposées. La formulation de la règle de droit au moyen d'un standard présente donc l'avantage de permettre son application selon une méthode adaptée aux phénomènes économiques.

¹⁰²⁰ Emprunter cette voie dans la formulation de la règle de droit international économique peut aboutir à une mise en danger des qualités juridiques. C'est ce que nous nous emploierons à démontrer dans le chapitre suivant.

¹⁰²¹ Ce standard relève essentiellement des droits nationaux, mais l'OMC doit parfois lui donner un contenu, au cas par cas, afin d'examiner dans quelle mesure les législations nationales relatives à la concurrence déloyale peuvent se concilier avec les dispositions des accords de l'OMC relatives au commerce libre et ouvert. L'accord antidumping discipline les mesures antidumping mais vise essentiellement à dire comment les gouvernements peuvent ou ne peuvent pas réagir au dumping.

Le droit de la régulation, formé par l'utilisation des standards juridiques, nécessite d'aller plus loin encore dans la recherche d'un équilibre idéal régissant les relations entre les acteurs du droit international économique. Dans cette branche du droit international, les rapports de force sont tels qu'il est nécessaire de trouver un équilibre entre les intérêts en présence.

B- La recherche d'un équilibre entre les forces en présence

Etant donné que « *c'est l'articulation permanente de ces jeux de puissance [...] qui est l'objet direct du droit de la régulation* »¹⁰²², les standards se doivent de favoriser l'équilibre entre les rapports de force en présence pour permettre « *cette relation toujours dialectique entre le droit et la force* »¹⁰²³.

Le rôle des standards en la matière est alors d'utiliser le droit pour organiser ces rapports de force et les agencer d'une manière telle qu'ils produiront de l'équilibre. Les standards se trouvent être des sortes d'« *ingrédients* »¹⁰²⁴ permettant que les rapports de force et d'opposition restent actifs mais non plus nocifs et devenant ainsi source d'équilibre. Les standards sont « *la possibilité de parvenir à un juste équilibre entre les groupes sociaux en présence* »¹⁰²⁵.

En d'autres termes, les standards activent les rapports de force tout en les encadrant suffisamment car « *l'idée est que le rapport de force est bénéfique lorsqu'il est équilibré* »¹⁰²⁶. En effet, l'utilisation de la technique du standard juridique n'a pas pour objet d'empêcher les rapports de force, mais simplement de les apaiser afin que leur maturation puisse aboutir à l'équilibre des puissances et, de ce fait, à l'équilibre des intérêts.

Grâce aux standards juridiques, ce n'est plus la loi du plus fort qui s'exprime mais les rapports de force sont soumis à un droit qui permet d'atteindre l'équilibre par la mise en place de nouveaux rapports. Le seul jeu de ces nouveaux rapports donne l'espoir d'obtenir les équilibres souhaités. Avec les standards juridiques, on entrevoit à la fois la

¹⁰²² FRISON-ROCHE M-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p.5.

¹⁰²³ FRISON-ROCHE M-A., *ibid.*.

¹⁰²⁴ FRISON-ROCHE M-A., *ibid.*.

¹⁰²⁵ CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », in *La régulation entre droit et politique*, édition L'harmattan, Paris 1995, p.87.

¹⁰²⁶ FRISON-ROCHE M-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *op.cit.*, p.5.

possibilité de contraindre les rapports de force et la volonté de laisser jouer ces rapports de forces structurellement modifiés par le droit.

Ainsi, les standards, ce droit de la régulation, se situent à mi-chemin entre le dirigisme provenant de l'extérieur et l'autorégulation provenant de l'intérieur.

Si l'équilibre, favorisé par l'usage de la technique du standard, qu'il soit dû à un ajustement entre le droit et l'économie ou à un ajustement entre les rapports de force, est une des facettes de la régulation, l'autre visage de la régulation impose que soit assurée la sécurité juridique.

§2 : La recherche de la sécurité juridique

Si « *le juriste est préoccupé, et à juste titre, par la sécurité juridique* »¹⁰²⁷, il n'existe pourtant pas de définition officielle et exhaustive de la sécurité juridique. Il semblerait qu'il soit plus facile de la comprendre que de la définir¹⁰²⁸. Néanmoins, la sécurité juridique forme un concept à la fois universel et immuable. Le mot « sécurité » a pour origine le terme « securitas, securus » qui apparaît au XII^{ème} siècle. Il fallut, cependant, attendre le XVII^{ème} siècle pour qu'il entre dans la langue française sous la forme qu'on lui connaît.

Les plus grands théoriciens du droit ont tenté de définir avec le plus de précision possible ce que revêt le terme de « sécurité juridique ». Ainsi, le doyen Roubier considère que la sécurité juridique constitue une valeur essentielle du système juridique mais il ne la définit que par sa fonction. Selon lui, elle est assurée au premier chef par la forme extérieure de la règle de droit : « *c'est une des qualités essentielles de la sécurité juridique que de garantir la sécurité des résultats de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux* »¹⁰²⁹. Pour Sauer, en revanche, « *la sécurité juridique signifie ordre et stabilité dans la vie juridique de l'Etat de droit* »¹⁰³⁰. Enfin,

¹⁰²⁷ PERELMAN Ch., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *op.cit.*, p. 132.

¹⁰²⁸ En ce sens, voir CRISTAU A., « L'exigence de sécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2002, p.2814, spéc. p.2815.

¹⁰²⁹ ROUBIER P., *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, édition Sirey, 2^e édition, Paris 1951, p.317.

¹⁰³⁰ SAUER W., *Sécurité juridique et justice*, trad. par Paul Roubier et Henri Mankiewicz dans *Introduction à l'étude du droit comparé Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. 5, Paris, L.G.D.J., 1938, p. 34.

selon la définition retenue par le Doyen Cornu, la sécurité juridique désigne la « *situation où est assurée sans surprise la bonne exécution des obligations et exclue l'incertitude dans la réalisation du droit* » ou encore la « *situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques* »¹⁰³¹.

Toujours est-il que « *là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister : le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cède la place [...] à de pures considérations d'opportunité* »¹⁰³². Le droit international économique, en tant que partie de l'ordre juridique international, a nécessairement besoin que la sécurité juridique soit assurée. Etant donné que « *la sécurité juridique implique un environnement juridique fiable* »¹⁰³³, il est légitime de se demander si elle peut être garantie dans un corpus juridique qui laisse une large place aux standards, notion indéterminée. Si des doutes peuvent apparaître lorsqu'on envisage les impératifs classiques de sécurité juridique (A), ils se dissipent lorsqu'on envisage les exigences modernes de sécurité juridique (B).

A- Les standards et les impératifs classiques de sécurité juridique

Si le contenu du concept de sécurité juridique semble difficile à définir¹⁰³⁴, la doctrine semble s'harmoniser en évoquant un triptyque d'exigences à remplir pour garantir la sécurité juridique. Il s'agit de l'accessibilité (1), de la prévisibilité (2) et de la stabilité du droit (3). En effet, au-delà des variations de vocabulaire que l'on peut rencontrer selon les auteurs, c'est bien à ces trois impératifs que l'on fait référence quand on envisage la sécurité juridique. « *Ces trois notions constituent des sous-exigences plus précises généralement déduites de l'impératif de sécurité juridique* »¹⁰³⁵.

En confrontant ces trois impératifs à la technique juridique du standard, il devient légitime de se demander comment les standards peuvent induire la sécurité juridique.

¹⁰³¹ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, édition PUF, Paris 2007, p.750.

¹⁰³² ROUBIER P., *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op.cit., p.334.

¹⁰³³ MATHIEU B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du droit constitutionnel*, 2001, n°11, p.111.

¹⁰³⁴ Voir en ce sens, PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, édition Defrénois, Paris 2009, 627 pages.

¹⁰³⁵ PIAZZON Th., *ibid.*, p.17

1) L'accessibilité du droit et la technique du standard juridique

La notion d'accessibilité du droit implique que le justiciable ait à la fois un accès matériel au droit, c'est-à-dire que la règle de droit applicable ne doit pas être secrète et un accès intellectuel, c'est-à-dire que la règle de droit applicable doit être compréhensible. En d'autres termes, « *la sécurité juridique implique un droit clair, précis et objectivement compréhensible* »¹⁰³⁶.

De manière générale, cette exigence d'accessibilité a une valeur primordiale en droit au vu, notamment, des fondements qui lui sont assignés comme l'égalité, la liberté, la justice, la légitimité du droit ou encore l'effectivité du droit. L'accès au droit est donc « *le dogme par excellence* »¹⁰³⁷.

Les standards juridiques remplissent-ils cet impératif d'accessibilité du droit ? Tant d'un point de vue de l'accessibilité matérielle que de l'accessibilité intellectuelle, les standards remplissent l'impératif de sécurité juridique.

En effet, l'interprétation d'un standard juridique par le juge lors d'un cas d'espèce est nécessairement rendue publique lors de la publication de l'arrêt. Dans le cadre de l'OMC, l'objectif d'accessibilité est d'autant plus atteint grâce au développement de l'outil informatique et plus particulièrement grâce au site internet de l'OMC. En effet, la qualité du site de l'organisation¹⁰³⁸ permet une indiscutable vulgarisation des règles du commerce international puisque cette base de données informatisée autorise des recherches croisées sur tout ou partie des zones d'identification, des liens ou du texte des documents la constituant. De ce fait, l'accès au droit est facilité car l'informatique apporte son secours dans ce domaine grâce à sa souplesse d'utilisation. Il en va de même dans le cadre du CIRDI ou de la CPA.

De l'accessibilité matérielle découle l'accessibilité intellectuelle. En effet, les principaux intéressés qui recherchent le contenu d'un standard juridique sont les plus à même d'en comprendre le sens. D'autant plus qu'il est indispensable de ne pas faire d'amalgame : accessibilité ne veut pas dire simplification. L'accessibilité clarifie mais ne simplifie pas nécessairement. Il s'agit seulement de la simplification de l'accès au droit mais pas de la

¹⁰³⁶ BEN MARZOUK E., *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse Paris II, 2003, p.395.

¹⁰³⁷ MOLFESSIS N., « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD. Civ.*, 2000, p.662.

¹⁰³⁸ Adresse du site de l'OMC : www.wto.org

simplification du droit lui-même. En d'autres termes, « *ce qui est simple est clair, ce qui est clair n'est pas forcément simple* »¹⁰³⁹.

Par ailleurs, pour certains auteurs, ce qui compte plus que l'accessibilité c'est la fiabilité du système. C'est le cas notamment pour Mme Frison-Roche et M. Baranès qui estiment que « *l'accès au droit est une notion distincte du principe de sécurité juridique car on peut très bien concevoir un système fiable et auquel on n'a pas accès* »¹⁰⁴⁰.

En définitive, la caractéristique principale des standards, à savoir l'indétermination, ne fait absolument pas obstacle à l'accessibilité du droit, facette de la garantie de la sécurité juridique utile à la régulation du droit international économique. Il en va de même pour l'impératif classique de stabilité du droit.

2) La stabilité du droit et la technique du standard juridique

S' « *il est banal de relever la rapidité avec laquelle la société évolue et l'accélération de l'histoire [...] il est alors vain de prétendre fonctionner dans un système juridique immuable* »¹⁰⁴¹. Pour autant, une des facettes de la sécurité juridique reste la stabilité du droit.

Le terme « stabilité » renvoie à ce « *dont le caractère est constant* »¹⁰⁴². Ainsi, par définition, les sujets de droit doivent pouvoir s'appuyer sur un droit certain et incontestable. En d'autres termes, les acteurs du droit international économique ont besoin d'un droit permanent et inébranlable. A ce titre, il est vrai que « *la stabilité se confond alors avec la certitude que la règle est à l'abri de remises en cause plus ou moins intempestives* »¹⁰⁴³. Ainsi, la stabilité du droit revient à chercher l'absence de changement du contenu de la règle. *A contrario*, un droit instable est un droit qui connaît des modifications de solutions apportées à un problème déjà connu.

¹⁰³⁹ ZARADNY A., « Codification et simplification du droit », *LPA n°104*, 24 mai 2007, p.11.

¹⁰⁴⁰ FRISON-ROCHE M-A. et BARANES W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, n°25, p. 364.

¹⁰⁴¹ MATHIEU B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *op.cit.*, p.106.

¹⁰⁴² Dictionnaire Larousse Poche, 2009, p.772.

L'OMC elle-même prône la stabilité du droit en expliquant que « *lorsqu'il y a stabilité et prévisibilité, l'investissement est encouragé, des emplois sont créés et les consommateurs peuvent profiter pleinement des avantages qui résultent de la concurrence, c'est-à-dire du choix et de la baisse des prix. Le système commercial multilatéral concrétise l'effort que font les gouvernements pour rendre l'environnement commercial stable* »¹⁰⁴⁴.

Pour autant, le droit international économique, tout empreint de la technique juridique du standard, peut-il offrir cet impératif de stabilité ? Si des doutes subsistent quant à la réalisation de cet impératif par les standards juridiques, il existe néanmoins des indices de la stabilité qu'offrent les standards. En effet, l'instabilité ce n'est pas le changement en tant que tel mais la multiplication du changement. Or, si le contenu d'un standard juridique varie en fonction du moment où le cas d'espèce est jugé, c'est-à-dire en fonction de l'idée de ce qui est normal au moment du rendu de l'arrêt, il n'en demeure pas moins que cette idée de normalité ne peut changer de manière radicale en un laps de temps court. Bien que la société internationale et les valeurs qu'elle véhicule évoluent rapidement, cette évolution est le résultat du comportement et des attentes des acteurs du droit international économique puisqu'il n'existe aucun législateur en la matière. Si bien que les sujets du droit international économique ne peuvent se prévaloir du changement du contenu d'un standard puisque ce sont eux-mêmes qui ont motivé ce changement. C'est en ce sens que l'on peut évoquer la stabilité des standards juridiques et par là même évoquer la sécurité juridique car elle suppose notamment que soient prises en compte les attentes légitimes des sujets de droit qu'il convient de respecter.

Par ailleurs, il est indéniable que l'idée même de stabilité, au sens étroit du terme, n'est pas la panacée dans la réalisation de la sécurité juridique. Cette idée a été développée par Portalis qui écrivait qu' « *il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover* »¹⁰⁴⁵. On retrouve ici la problématique entre la stabilité et le progrès comme fondement de la sécurité juridique¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, op.cit., p.32.

¹⁰⁴⁴ www.wto.org

¹⁰⁴⁵ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, édition Confluences, réédition 1999, p.20.

¹⁰⁴⁶ Voir *supra*, p.336

La variabilité du contenu du standard en fonction de ce qui apparaît comme normal lors d'un cas d'espèce peut entraîner des doutes quant à la stabilité du droit comme impératif de la sécurité juridique. Or, de par les caractéristiques de l'ordre juridique international, il apparaît que la stabilité des standards juridiques est fonction des acteurs du droit international économique, engendrant par là la sécurité juridique.

En définitive, au vu de l'analyse de l'accessibilité et de la stabilité du droit au travers du prisme de la technique juridique du standard, on s'aperçoit que la sécurité juridique concerne avant tout les rapports entre le droit et le temps. Finalement, ces deux notions contribuent à mettre en valeur l'élément le plus fondamental de la sécurité juridique, à savoir la prévisibilité du droit.

3) La prévisibilité du droit et la technique du standard juridique

Si la stabilité du droit est une notion qui entretient des relations avec le temps, elle concerne essentiellement le respect du passé. Au contraire, la prévisibilité du droit, qui est également en corrélation avec le temps, concerne le futur. En d'autres termes, assurer la prévisibilité du droit, c'est assurer que les sujets de droit puissent « *bâtir des prévisions* »¹⁰⁴⁷. En effet, le droit moderne doit pouvoir « *offrir aux sujets de droit la possibilité de construire des prévisions individuelles juridiquement sanctionnées* »¹⁰⁴⁸.

A cet égard, des doutes peuvent voir le jour lorsqu'on confronte la technique du standard juridique avec l'impératif de prévisibilité du droit comme gage de sécurité juridique. En effet, on peut voir dans les standards un risque d'imprévisibilité, même s'il existe des solutions acceptables pour minimiser ce risque et garantir ainsi la sécurité juridique.

Définir ce qu'est l'imprévisibilité reste très difficile car ce qui est imprévisible se définit par référence à un standard : le raisonnable¹⁰⁴⁹. Ainsi, le vocabulaire juridique de l'Association CAPITANT définit le terme imprévisible de cette manière : « *qui échappe à toute prévision raisonnable* ».

¹⁰⁴⁷ Terme employé par Thomas Piazzon. PIAZZON Th., *La sécurité juridique, op.cit.*, p.45.

¹⁰⁴⁸ PIAZZON Th., *ibid.*

Pour autant, l'imprévisibilité ou encore l'incertitude de la décision rendue par le juge qui applique le standard est une réalité. Le droit n'étant pas une science exacte on peine fréquemment à deviner la solution du litige, en particulier en présence de standards, c'est-à-dire d'une notion vague, à contenu variable. En effet, les standards sont une source d'imprévisibilité même si, par le travail du juge¹⁰⁵⁰, les notions peuvent être rendues moins fluctuantes. Cette source d'imprévisibilité est inconsciemment dans tous les esprits des juristes, même lorsqu'ils sont certains d'avoir résolu le problème juridique¹⁰⁵¹.

En matière d'imprévisibilité des standards, il est possible de distinguer entre, d'une part, les situations dans lesquelles le standard interférera ou non et, d'autre part, les situations où l'on ignore totalement que la notion interviendra. Prenons alors l'exemple du standard du raisonnable appliqué dans deux cas pratiques.

Dans le premier cas, un industriel attrait devant l'arbitre pour refus de paiement invoquera le caractère déraisonnable du délai de délivrance de l'objet du contrat, à supposer que celui-ci soit omis. S'il s'agit d'une vente de marchandises, la Convention de Vienne pourra s'appliquer. S'il s'agit au contraire de la remise d'une usine clés en main, il ne s'agira plus de la vente d'objet mobilier corporel et ni la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable, ni la Convention de Vienne du 11 avril 1980 ne seront applicables. L'arbitre appliquera donc la règle de conflit raisonnable : premier élément d'imprévisibilité. Le conflit de lois résolu, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit, qui pourra éventuellement être la *lex mercatoria*. Si la *lex mercatoria* est appliquée, il peut être intéressant de s'inspirer des Principes d'UNIDROIT. La disposition pertinente desdits principes ne nous apprend rien sur ce qu'est un délai raisonnable¹⁰⁵² :

¹⁰⁴⁹ Voir *supra*, p. 160.

¹⁰⁵⁰ Voir *supra*, p. 302.

¹⁰⁵¹ Le professeur Lando a ainsi pu écrire : « *I believe that in many arbitrators, as in many lawyers, there are two conflicting attitudes. One wishes the law to be a perfect and stringent system of rules which the good lawyer can always find the true and only solution. To apply the law is the same as to apply theorems of mathematics. This will produce certainty and predictability for citizen. The other attitude tells the arbitrator that absolute predictability is not attainable. Each legal system has many gaps and most provident legislator close them all. Nor can he prevent new gaps from arising when sociological conditions change. No legal system provides certain solutions to all problems. Even the best lawyer in the most highly-developed country is often in doubt. Besides, predictability is only one of the several legal values* », LANDO O., *Introduction of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome 1994, pp. viii et ix.

¹⁰⁵² ARTICLE 6.1.1 (*Moment de l'exécution*)

Le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations:

a) si une date est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à cette date;

deuxième élément d'imprévisibilité. Si c'est la loi nationale qui est appliquée, tout dépendra alors de l'appréciation par l'arbitre de ce qu'est, en l'espèce, un délai raisonnable : troisième élément d'imprévisibilité.

Dans le second cas, les parties ignorent totalement ce que le standard de raisonnable leur réserve. Par exemple, le contrat utilisé étant un contrat-type, les parties ont négligé d'en combler les vides et de préciser ce qu'il fallait ou faudrait entendre par « raisonnable ». La lettre du contrat-type étant par nature neutre, une recherche téléologique devra être faite pour essayer de saisir le sens du concept. Cette recherche, trop subjective, sera objectivée par l'appréciation de la morale sociale, c'est-à-dire sera déterminée en fonction de ce qui est normal à un moment donné. Et c'est à cet endroit précis du travail de l'arbitre que le standard de raisonnable pourra interférer en faveur de l'une ou l'autre partie.

La sécurité juridique est définie, de manière classique, par la réunion de trois impératifs : l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité. A ces mots les standards répondent : indétermination, adaptation et flexibilité. Pour autant, la sécurité juridique, nécessaire à la régulation du droit international économique ne semble pas tant ébranlée. D'autant plus que les standards répondent aux exigences modernes de sécurité juridique.

B- Les standards et les exigences modernes de sécurité juridique

La sécurité juridique, bien qu'étudiée comme un concept fondamental irriguant l'ensemble des ordres juridiques, qu'il s'agisse des ordres juridiques interne, communautaire et international, s'avère être, à notre sens, plus un ressenti qu'une réalité factuelle. Les sujets de droit ont besoin de « se sentir en sécurité juridique ».

Classiquement, ce besoin est garanti par les trois impératifs toujours mis en avant pour tenter de rassurer les sujets de droit. Or, la sécurité juridique est désormais assurée par d'autres exigences modernes formulées par les acteurs du droit international

-
- b) si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le choix du moment appartienne à l'autre partie;
 - c) à défaut, dans un délai raisonnable (souligné par nos soins) à partir de la conclusion du contrat.

économique eux-mêmes. Ainsi, « *dans la sécurité juridique réside sans doute l'idée d'une participation de tous à l'élaboration de la règle commune et à sa relative stabilité* »¹⁰⁵³. Avec le droit international économique, il apparaît très clairement une volonté de « démocratisation » de la production du droit, en y incluant la société civile mais également la société des marchands. De cette volonté émerge un nouveau droit que certains qualifient de droit dialogué¹⁰⁵⁴. La régulation juridique, et plus particulièrement, la régulation du droit international économique est tout empreinte de ce droit dialogué, d'un droit qui remet en cause la place de l'Etat comme unique producteur de la sécurité juridique. Les standards juridiques, de par leurs caractéristiques, font resurgir ce nouveau droit. Ainsi, les standards offrent désormais toutes les garanties nécessaires à la sécurité juridique puisqu'ils sont produits par les acteurs mêmes des secteurs régulés.

Etant donné qu'il est rare, en droit comme dans d'autres matières, d'agir avec une certitude parfaite puisque la certitude absolue n'existe pas, les standards du droit international économique remplissent la fonction essentielle de tendre à cette sécurité juridique. De toute évidence, c'est bien plus le procès qui est source d'incertitude que le droit qui s'y verra appliqué. En d'autres termes, « *la sécurité juridique qui est la certitude du droit ou des droits n'est donc pas l'absence de tout aléa judiciaire* »¹⁰⁵⁵.

Les exigences modernes de sécurité juridique ont trait à l'efficacité du droit. En effet, l'efficacité du droit est sa capacité à atteindre les objectifs qui lui ont été assignés par ses auteurs. En cela, les sujets du droit international économique ont besoin de savoir que les standards qu'ils ont insérés dans les règles de droit censées les régir rempliront les objectifs qui leur ont été assignés. C'est ici que réside la sécurité juridique. Or, il a été démontré que les standards se définissent par leur objectif et que leur respect s'évalue par les résultats obtenus.

Ainsi, les standards sont l'outil le plus efficace et indispensable au service de la flexibilité et de l'adaptabilité du droit, qui sont absolument nécessaires au droit. En effet, c'est également une source de sécurité que la norme soit adaptée au contexte. Les sujets de droit se sentent nécessairement plus en sécurité s'ils se voient appliquer une norme

¹⁰⁵³ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, édition Larcier, Bruxelles 2008, p.344.

¹⁰⁵⁴ BOY L., *ibid.*, p.339.

¹⁰⁵⁵ PIAZZON Th., *La sécurité juridique, op.cit.*, p.64-65. L'auteur explique qu'il est alors utile de faire une différence entre le risque juridique qui intéresse le droit lui-même et le risque judiciaire qui concerne les faits appréciés au cours du procès.

adaptée à l'environnement contemporain plutôt qu'une norme répondant à des exigences d'un autre temps.

L'efficacité et l'adaptabilité sont les deux exigences modernes de sécurité juridique qui sont garanties par les standards juridiques.

Conclusion du Chapitre 2

De par la définition, certes problématique, de la régulation et de son implication en terme de normativité du droit international économique, « *la régulation est l'une des formes, réellement nouvelle et palpable de la normativité juridique, comme réponse à la complexité croissante des sociétés développées* »¹⁰⁵⁶. De ce fait, le rôle des standards dans la régulation du droit international économique s'avère être à la fois complexe et révélateur.

Complexe, car le droit international économique, comme tout droit, a besoin d'un certain nombre de sûretés pour être viable. Les standards doivent alors contribuer à cette sûreté malgré leurs caractéristiques qui les en éloignent pourtant. Néanmoins, la technique juridique du standard offre un moyen convaincant de la régulation du droit international économique. En effet, les standards permettent la régulation grâce à l'établissement d'un espace de tolérance, c'est-à-dire la mise en place d'un cadre au-delà duquel les acteurs du droit international économique ne doivent pas placer leurs actions. Cet espace de tolérance, qui apparaît comme moins strict qu'une réglementation traditionnelle, permet d'apporter une réponse au besoin de régulation du droit international économique. La mise en place d'un tel espace de tolérance doit néanmoins s'accompagner de l'édiction d'une obligation de moyens à l'encontre des sujets du droit international économique.

En d'autres termes, la régulation du droit international économique use d'un moyen souple de contrainte : les acteurs du droit connaissent l'espace dans lequel ils peuvent évoluer car il se délimite par ce qui est considéré comme normal et sont laissés libres quant au choix des moyens pour atteindre ce qui est justement considéré comme normal.

Complexe également, car la régulation du droit international économique est produite par certaines autorités compétentes, qu'elles soient étatiques ou non, qui usent de la technique du standard. S'il n'existe pas de législateur unique en droit international, la multiplication de ces « législateurs » rend complexe le rôle que les standards peuvent

¹⁰⁵⁶ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op.cit.*, p.335.

remplir dans la régulation du droit international économique, notamment par le fait qu'ils émanent d'autorités aux intérêts divergents.

Néanmoins, le rôle des standards s'avère être tout à fait révélateur de la réalisation des buts classiques assignés au droit. En effet, si les standards sont une norme aux caractéristiques particulières, il n'en demeure pas moins qu'ils tendent aux mêmes résultats que les normes classiques du droit. Les standards favorisent ainsi l'équilibre et la sécurité juridique qui sont les deux pans essentiels d'un système basé sur le droit. Ainsi, entre la recherche de l'équilibre et la recherche de la sécurité juridiques, les buts juridiques de la régulation du droit international économique semblent être atteints grâce à l'usage de la technique du standard.

Cependant, bien que le rôle régulateur des standards, et plus encore leur rôle dans la mise en œuvre du droit, paraissent clairs et précis, il existe des zones d'ombre quant à l'emploi de la technique du standard en droit international économique qui rendent le rôle des standards très controversé.

Conclusion du Titre 1

L'analyse du rôle particulier des standards en droit international économique et, plus particulièrement, dans sa mise en œuvre, nous donne une bonne mesure de la force normative des standards.

On s'aperçoit ainsi que les standards remplissent un véritable rôle normatif, rôle originel d'une norme juridique. Leurs effets en tant que norme juridique peuvent se mesurer soit *ab initio*, c'est-à-dire avant même toute application, soit *a posteriori*, c'est-à-dire au moment de leur application. Cette mesure des effets normatifs nous révèlent alors deux choses sur la force normative des standards¹⁰⁵⁷.

En premier lieu, lorsqu'on étudie les standards *ab initio*, on se rend compte que la force normative des standards atteint, en quelque sorte, un degré zéro. En effet, lorsque l'angle d'analyse de la force normative se situe au moment de la seule détermination théorique du rôle des standards, leur force normative est quasi nulle ou statique. Une atténuation quant à cette force normative nulle peut cependant être apportée. Ainsi, lorsqu'on se base uniquement sur l'*instrumentum* des standards il est vrai que la force normative des standards est nulle puisqu'elle est innée, c'est-à-dire contenue dans la source porteuse du standard, qu'elle soit qualifiée de *hard law* ou de *soft law*. Alors que lorsqu'on se base sur le *negocium* des standards, la force normative des standards leur est conférée, soit par la rédaction utilisée, soit par la contrainte instituée. De ce fait, la force normative des standards n'est plus nulle, mais son degré augmente.

En second lieu, lorsqu'on étudie les standards *a posteriori*, on se rend compte que la force des standards atteint un degré supplémentaire. En effet, lorsque l'angle d'analyse de la force normative se situe au moment de l'observation empirique du rôle des standards, leur force normative s'accroît, elle devient dynamique. Cette force normative dynamique leur est, tout d'abord, octroyée par les destinataires qui ont une certaine perception du rôle normatif qu'ont à tenir les standards. Il s'agit alors de la force normative perçue, qui confère aux standards une certaine valeur normative en fonction du ressenti de leurs destinataires, qu'il s'agisse des acteurs étatiques ou des acteurs non étatiques. Cette force

¹⁰⁵⁷ Voir les schémas en annexe, p.407.

normative dynamique atteint son paroxysme lorsque l'angle d'analyse de la force normative ne se situe plus au moment de l'observation empirique du rôle des standards mais quand on mesure techniquement ce rôle. En d'autres termes, la force normative des standards atteint un degré additionnel quand ils sont appliqués par le juge qui leur attribue leur réelle force normative, conformément au cas d'espèce qu'il a à trancher. Il s'agit alors de la force normative attribuée.

Au-delà de ce rôle normatif originel propre aux normes juridiques, les standards appliqués au droit international économique jouent un rôle déterminant dans les relations économiques internationales : il s'agit d'un rôle de régulation.

Le rôle régulateur des standards emprunte des moyens divers mais passe principalement par la technique juridique qui consiste en l'usage d'un certain type de normes, les standards, pour réguler le droit international économique. Les standards remplissent alors comme rôle d'offrir un espace de tolérance aux différents acteurs du droit international économique, les standards n'édicte qu'une obligation de moyens. La régulation du droit international économique passe également par l'usage des standards qu'en font différentes autorités, étatiques ou non.

Ces différents moyens convergent vers une seule finalité : la stabilité des relations économiques. Cette stabilité nécessite que soit mis en œuvre des standards qui auront pour but de garantir l'équilibre et la sécurité juridique en la matière.

Le rôle des standards dans la mise en œuvre du droit international économique s'avère donc très particulier puisqu'il combine à la fois un rôle originel, la normativité, et un rôle original, la régulation. Pour autant, ce tableau idyllique du rôle des standards en droit international économique et, plus particulièrement, dans sa mise en œuvre, est loin de l'assentiment automatique et reste largement controversé.

Titre 2 : Le rôle controversé des standards dans la mise en œuvre du droit international économique

En tant que norme du droit international économique, les standards participent naturellement à la mise en œuvre du droit. Ils sont accueillis par les acteurs du droit international économique et ils sont appliqués tant par leurs destinataires que par leurs interprètes. Nul doute, en effet, que la mise en œuvre du droit international économique passe nécessairement, à un moment donné, par l'application d'un standard juridique.

Pour autant, cette constatation ne fait pas obstacle au scepticisme qu'évoquent les standards juridiques quant à la mise en œuvre du droit. Pour exister, les standards juridiques nécessitent une réciprocité entre les acteurs. En effet, « *for standards to be successful they need other actors who use standards. If no users exist, a standard setter will sooner or later cease its activities* »¹⁰⁵⁸. C'est précisément dans cette notion de réciprocité que résident les doutes quant au rôle des standards dans la mise en œuvre du droit en raison de leur contenu indéterminé. Puisque c'est au moment de leur application par l'interprète que leur contenu est déterminé, tous les acteurs du droit international économique n'attribuent pas toujours le même contenu aux différents standards dans leurs relations.

Cet état de fait sur la caractéristique intrinsèque des standards remet alors en cause la cohérence juridique du système (**Chapitre 1**) puisque des problèmes vont apparaître quant à leur interprétation débouchant alors sur des conflits et des divergences de jurisprudence.

Néanmoins, force est de constater que les standards, en tant que norme voulue par l'ensemble des acteurs du droit international économique, ne sont pas un instrument juridique négatif et qu'il faut relativiser l'atteinte à la cohérence juridique qu'ils pourraient susciter (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les standards, un instrument d'atteinte à la cohérence juridique

Chapitre 2 : Les standards, une atteinte à la cohérence juridique à relativiser

¹⁰⁵⁸ ARTS B. et KERWER D., « Beyond legalization ? How global standards work », in *Law and legalization in transnational relations*, édition Routledge, New-York et Londres 2007, p.145.

Chapitre 1 : Les standards, un instrument d'atteinte à la cohérence juridique

Si ce qui est cohérent peut se définir par des éléments qui se tiennent et s'harmonisent ou s'organisent logiquement, il est naturel de se demander, à ce stade de l'étude, si les standards, en tant que normes du droit international économique, sont à même de maintenir cette logique d'articulation entre les éléments de l'ordre juridique international et ainsi contribuer à la normativité du droit international économique.

En effet, les caractéristiques intrinsèques des standards rendent cette norme très particulière et son application dans l'ordre juridique international n'est pas sans poser quelques difficultés, au regard notamment des problèmes classiques de tout système juridique, comme par exemple les problèmes d'interprétation de la norme (**Section 1**) ou de divergences de jurisprudence (**Section 2**). Ces difficultés, certes traditionnelles en droit, posent de réels questionnements sur le maintien de la cohérence juridique et, par là même, sur le degré de sécurité juridique que peuvent offrir les standards.

Section 1 : Les standards et le problème de leur interprétation

Le terme même d'« interprétation » est loin d'être clair. En effet, « *le terme reçoit un très grand nombre de significations et recouvre une infinité de pratiques distinctes* »¹⁰⁵⁹. Cependant, l'étude du rôle des standards en droit international économique ne peut faire l'impasse sur la question de l'interprétation étant donné que « *c'est essentiellement au stade de l'interprétation que les enjeux apparaissent les plus fondamentaux, dans la mesure où la marge de manœuvre du juriste [...] apparaît la plus étendue* »¹⁰⁶⁰. De ce fait, « *interpretation is indispensable for understanding the content*

¹⁰⁵⁹ BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, 2011, n°2, p.311. L'auteur explique ainsi que l'interprétation peut être vue comme une activité ou comme le résultat de cette activité. « *Ainsi, l'interprétation consisterait en une activité de connaissance lorsque l'interprète cherche à clarifier le sens d'un texte ou à en dresser les différentes significations possibles. Elle serait une activité de volonté lorsque l'interprète se trouve en situation de choisir librement la signification d'un texte ou d'une pratique* » (pp.311-312). L'auteur finit en démontrant qu'il est difficile de parvenir à la frontière entre les deux.

¹⁰⁶⁰ CORTEN O., « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *RGDIP*, 2011, n°2, p.352.

and effects of international acts and instruments and is therefore extensively treated both in doctrine and in jurisprudence »¹⁰⁶¹.

Toutefois, « *pour les internationalistes, la question se pose de façon originale, car elle est conditionnée par des données assez différentes de celles que prennent en considération les autres juristes* »¹⁰⁶². En effet, le juriste internationaliste devra se référer à la Convention de Vienne de 1969 qui codifie le droit des traités. Cette convention, dans son article 31 considéré par Paul Reuter comme l'« *une des réussites les plus remarquables de la Convention de Vienne* »¹⁰⁶³, énonce des règles d'interprétation qu'elle tient pour des règles coutumières du droit international¹⁰⁶⁴.

Néanmoins, et contrairement au langage naturel où on emploie le mot « interprétation » de façon multiple puisqu'on interprète des phrases, des gestes ou des faits, dans la tradition juridique on interprète des mots. En effet, chez les juristes on interprète des règles telles qu'elles résultent d'actes juridiques mais on n'interprète pas les faits. Tout au plus, on procède à leur qualification si bien que « *l'interprétation paraît cantonnée au monde des éléments de droit et des actes* »¹⁰⁶⁵. A ce propos, il est souvent affirmé que l'interprétation se réfère plus aux qualités artistiques que scientifiques du juriste¹⁰⁶⁶ si bien que « *l'interprétation occupe une place de choix à la charnière du droit et de la politique, véritable 'instrument de mesure' de la cohérence juridique* »¹⁰⁶⁷.

En vertu de ces considérations, il résulte que l'interprétation doit se baser sur des actes juridiques. A cet égard, la maxime *in claris non fit interpretatio* est catégorique : l'acte clair ne doit pas donner lieu à interprétation. Il existe donc des actes qui, du fait de leur clarté, sont soustraits au champ d'application des règles d'interprétation. En d'autres termes, les règles de droit peuvent se diviser en deux avec, d'un côté les règles claires qui

¹⁰⁶¹ ORAKEHLASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 285.

¹⁰⁶² SANTULLI C., « Rapport général », *RGDIP*, 2011, n°2, p.297.

¹⁰⁶³ REUTER P., *Introduction au droit des traités*, *op.cit.*, p.103.

¹⁰⁶⁴ Il faut cependant souligner que pour certaines instances, comme le CIRDI, les règles interprétatives énoncées dans la Convention ne constituent qu'un cadre interprétatif regroupant des standards très souples. C'est ce qu'il ressort de l'affaire *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n°ARB/07/16 du 8 novembre 2010. Dans le texte, le tribunal a utilisé le terme d'« *interpretative framework* » (§221).

¹⁰⁶⁵ SANTULLI C., « Rapport général », *op.cit.*, p.300.

¹⁰⁶⁶ Par exemple, il a été affirmé que l'interprétation doit s'entendre de « *principes qu'il faut comprendre comme des standards plus que comme des règles rigides, tant il est vrai que c'est d'un art qu'il est ici question et moins que jamais d'une science* », ALLAND D., *Droit international public*, édition PUF, Paris 2000, p.237.

échappent à l'interprétation et, de l'autre côté, les règles non-claires soumises à interprétation. Eu égard aux caractéristiques des standards, il est tout à fait naturel de placer la règle juridique contenant un standard dans la deuxième catégorie d'acte, à savoir l'acte à interpréter.

Si les standards doivent nécessairement faire l'objet d'une interprétation en raison de leurs caractéristiques, il n'en demeure pas moins que leur interprétation pose problème portant ainsi atteinte à la cohérence juridique.

De ce fait, la problématique de l'interprétation des standards se pose au regard des techniques interprétatives classiques (§1) mais peut trouver un prolongement vers la problématique de l'interprétation évolutive dont les standards pourraient être un support (§2).

§1 : La difficulté d'interprétation des standards à l'aune des techniques interprétatives

Il s'agit ici d'entrevoir non pas les modes d'interprétation mais bien les techniques d'interprétation. Les modes d'interprétation ont trait à la détermination de qui a le pouvoir d'interpréter et par quelle procédure il opère. Ceci a déjà été traité dans notre étude¹⁰⁶⁸. Désormais, nous allons nous attacher à déterminer les techniques qui permettent d'interpréter un acte juridique. En effet, si « *on admet que l'interprétation porte sur les règles et décisions individuelles résultant des actes, alors les méthodes d'interprétation se trouvent fortement prédéterminées par la théorie générale de l'acte juridique* »¹⁰⁶⁹.

A partir de ce postulat, deux possibilités s'offrent aux juristes. Dans un premier temps, l'acte juridique est conçu comme un fait dont ses effets de droit sont conformes à la volonté de son auteur. Cette conception engendre comme conséquence que la technique interprétative ne peut tendre à autre chose qu'à déterminer la volonté de l'auteur. C'est ce que certains auteurs dénomment l'interprétation subjective¹⁰⁷⁰ ou encore l'interprétation

¹⁰⁶⁷ SOREL J-M, « Commentaire de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 », in *La convention de Vienne sur le droit des traités. Commentaire articles par articles*, CORTEN O. et KLEIN P. (dir), édition Bruylant, Bruxelles 2006, p.1293.

¹⁰⁶⁸ Voir *supra*, p. 302.

¹⁰⁶⁹ SANTULLI C., « Rapport général », *op.cit.*, p.303.

¹⁰⁷⁰ Voir ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, édition Pédone, Paris 1977, 392 pages. Spéc. p.202 et s.

statique¹⁰⁷¹. Au regard de la caractéristique des standards, cette méthode d'interprétation pose nécessairement des difficultés (A).

Dans un deuxième temps, il apparaît très clairement que la seule technique subjective ne permet pas toujours d'interpréter un acte juridique de la manière la plus cohérente possible. L'interprète aura alors recours à une interprétation objective¹⁰⁷² ou dynamique¹⁰⁷³, qui permettra de dégager l'intérêt général. Là encore, des difficultés persistent quant aux caractéristiques des standards (B).

A- L'interprétation subjective des standards

Qualifier l'interprétation de « subjective » revient à focaliser la technique interprétative sur la recherche de l'intention des parties (1). En d'autres termes, « *il s'agit de ne pas s'arrêter à la simple formulation juridique mais de dégager à travers le texte ce que les parties ont réellement voulu* »¹⁰⁷⁴.

Cependant, cette opération ne saurait amener le juge à sortir du texte car le consensualisme qui prévaut en droit international le lui interdit. Ainsi, l'interprétation subjective des standards entraîne certaines limites quant à la recherche de l'intention des parties (2).

1) La recherche de l'intention des parties

En droit international économique, la recherche de l'intention des parties se heurte à une première difficulté : dans la quasi-totalité des cas, il ne s'agit pas de rechercher l'intention d'individus, personnes physiques, mais celle d'Etats, personnes morales. Pour autant, il semble clair que la recherche de l'intention des parties prend une place particulière dans le processus interprétatif puisque « *l'interprétation, en fonction de laquelle la volonté que les parties avaient eues au moment de l'élaboration du texte, doit constituer le critère fondamental à l'aune duquel tous les autres doivent être évalués* »¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷¹ Voir PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », in *L'interprétation dans le droit. Archives de philosophie du droit*, édition Sirey, Paris 1972, pp.29-37.

¹⁰⁷² Voir ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, *op.cit.*, spéc. p.202 et s.

¹⁰⁷³ Voir PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », *op.cit.*

¹⁰⁷⁴ ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, *op.cit.*, p.205.

¹⁰⁷⁵ Voir CORTEN O., « Les technique reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *op.cit.*, p.353. C'est également l'idée

Le processus de recherche de l'intention des parties n'est pas un processus récent. En effet, Grotius affirmait déjà que « *la règle générale d'une bonne interprétation c'est de juger du sens qu'une personne a eu dans l'esprit par les signes et les indices les plus vraisemblables* »¹⁰⁷⁶. Ainsi, il apparaît que la recherche de la commune intention des parties soit un travail traditionnel dans le processus interprétatif. La tâche de l'interprète peut se résumer ainsi : « *deduce the meaning exactly of what has been consented to and agreed* »¹⁰⁷⁷.

Procéder à ce travail de recherche se pose avec encore plus d'acuité si l'on prend en considération la technique du standard juridique. En effet, les standards, bien qu'indéterminés, ont été introduits dans le texte par les parties pour certaines raisons ; ils ne sont en aucun cas introduits de manière irraisonnée. Ainsi, comme l'avait souligné Charles de Visscher, « *l'interprétation ne peut trahir la confiance légitime que les déclarants ont placé dans l'emploi des termes sur lesquels ils se sont mis d'accord* »¹⁰⁷⁸. D'ailleurs, dans le droit international des investissements, la référence à l'intention des parties à un Traité Bilatéral d'Investissement (TBI) permet de contenir l'étendue de la protection accordée aux investissements¹⁰⁷⁹.

Cependant, marque de l'atteinte à la cohérence juridique que cela peut engendrer, certaines instances du droit international économique ne font que peu référence à l'intention des parties. C'est le cas notamment de l'ORD qui ne fait référence à l'intention des parties que si cela s'avère réellement nécessaire¹⁰⁸⁰.

développée par Lauterpacht dans son cours sur « les travaux préparatoires et l'interprétation des Traités » de 1934 (LAUTERPACHT H., *Les travaux préparatoires et l'interprétation des Traités*, RCADI 1934, vol. 48, pp.709-815).

¹⁰⁷⁶ GROTIUS H., *Du droit de la paix et de la guerre*, vol. II, Chap. XVI, §1. Ouvrage traduit par Jean Barbeyrac aux Presses Universitaires de Caen, 2011.

¹⁰⁷⁷ ORAKEHLASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, *op.cit.*, p.286.

¹⁰⁷⁸ DE VISSCHER Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, édition Pédone, Paris 1963, p.50.

¹⁰⁷⁹ C'est ce qui ressort de l'affaire *Telenor c. Hongrie* dans laquelle le tribunal déclare que « *ce qui doit être appliqué n'est pas un vague principe abstrait de protection de l'investissement en faveur d'un investisseur potentiel qui n'est pas partie au traité et qui, au moment de sa conclusion, n'est pas même connu mais l'intention des Etats contractants* ». *Telenor c. Hongrie*, aff. n°ARB/04/15 du 13 septembre 2006.

¹⁰⁸⁰ Ce fut le cas dans l'affaire *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996. Dans ce cas, la recherche de l'intention des parties est liée aux travaux préparatoires. Ce fut également le cas dans l'affaire *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, 16 janvier 1998. Dans ce second cas, la recherche de l'intention des parties avait pour objectif de constater la volonté des Etats et un éventuel sens particulier concernant la notion de risque dans l'accord SPS.

Ainsi, le rôle des standards dans la mise en œuvre du droit peut tout à fait être la recherche de l'intention des parties cachée derrière les standards puisqu'il s'agirait, en définitive, de rechercher ce qui est apparu comme normal pour les parties. Néanmoins, des limites quant à cette recherche apparaissent immédiatement, fragilisant ainsi la cohérence juridique et la normativité du droit international économique.

2) Les limites engendrées par la recherche de l'intention des parties

Rechercher l'intention des parties en droit international économique, semble se heurter, en premier lieu, à des difficultés matérielles. Il paraît tout à fait évident qu'il sera toujours plus ou moins difficile pour l'interprète de dégager concrètement l'intention des parties en la matière puisque « *l'une des règles de la négociation [des traités] c'est précisément de ne point toujours dévoiler ses intentions* » car « *l'art de faire des traités c'est, en partie, l'art de camoufler les différences irréductibles entre les Etats contractants* »¹⁰⁸¹. Dès lors, l'interprète qui va déterminer une prétendue intention des parties va nécessairement se heurter à des contestations. Cet obstacle de fait est d'autant plus mesurable à l'aune de la technique du standard : quelle a pu être l'intention des parties placée derrière un terme indéterminé ? Par ailleurs, si les parties avaient eu une intention plus précise, ne l'auraient-elles pas exprimé plus explicitement ? En effet, cette remarque s'inscrit logiquement dans le cadre de la société internationale où les sujets de droit sont des Etats représentés par des diplomates auxquels il serait infantile d'imputer une quelconque défaillance dans l'emploi des termes qui lient le consentement des deux parties. Par ailleurs, l'emploi d'un standard ne justifie-t-il pas au contraire que les parties n'avaient pas d'intention particulière ? Autant de questions qui permettent de mesurer les difficultés matérielles auxquelles va nécessairement se confronter l'interprète du standard.

En second lieu, se pose une autre difficulté : quel type d'intention va-t-il falloir chercher ? En effet, deux théories se font face en la matière. Il s'agit, d'une part, de la *Willenstheorie* qui consiste à conduire l'interprétation à partir de l'intention véritable de l'Etat. Dans cette hypothèse, l'interprète sera amené à effectuer une recherche plus

psychologique dont on comprend qu'elle se prête mal à la vie internationale des affaires. D'autre part, il s'agit de l'*Erklärungstheorie* qui implique de rechercher l'intention des parties dans le texte juridique, c'est-à-dire que l'interprète devra déterminer le sens normal du texte tel qu'il peut être compris de tous. On retrouve, dans cette théorie, l'idée de normalité inhérente aux standards. Cette difficulté est en partie résolue par le choix du droit international au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui fait primer la volonté déclarée sur la volonté réelle¹⁰⁸². D'ailleurs, « *tous les sujets et acteurs du droit international semblent se conformer à la lettre ou à l'esprit de cet article, nonobstant des divergences consécutives aux choix que laissent les méthodes d'interprétation* »¹⁰⁸³.

En d'autres termes, établir l'intention que les parties ont placé derrière un standard semble peu réaliste car « *la recherche de l'intention des parties est toujours plus ou moins délicate et artificielle* »¹⁰⁸⁴. La technique de l'interprétation subjective à l'aune des standards révèle alors toute ses faiblesses, mettant en péril la cohérence juridique du droit international économique et, par là même, sa normativité.

Il convient désormais d'analyser l'interprétation objective des standards afin de déterminer s'il existe également, dans cette hypothèse, des difficultés quant au rôle des standards dans la mise en œuvre du droit à l'aune des techniques interprétatives.

B- L'interprétation objective des standards

L'interprétation objective est l'interprétation qui s'avère être indépendante de la volonté des parties. Il s'agit ici de se baser uniquement sur le texte. Dans cette hypothèse, l'interprète devra, par exemple, se demander si les standards ne sont pas, en fait, une valeur sociale objective et parfaitement indépendante de la volonté des parties. Certains auteurs ont nettement penché pour cette technique interprétative, à l'instar d'Antoine

¹⁰⁸¹ PESCATORE P., « Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes : les principes d'interprétation suivis par la Cour », Discussion, in *Dix ans de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963, édition Heymann, Berlin 1965, p.202.

¹⁰⁸² L'article 31 dispose : « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

¹⁰⁸³ SOREL J-M, « Commentaire de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 », *op.cit.*, p.1308.

¹⁰⁸⁴ ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, *op.cit.*, p.225.

Favre qui écrivait, à propos du standard de bonne foi, que « *la norme de bonne foi ne dépend pas de la volonté des parties contractantes. Elle s'impose à leur volonté avec une autorité indiscutable [...]. La norme de bonne foi est un élément objectif et essentiel de l'ordre juridique* »¹⁰⁸⁵. Ainsi, dans l'hypothèse d'une interprétation objective des standards, le processus interprétatif des standards se déploie, non pas à partir de l'intention des parties, mais sur la base de valeurs sociales qui leur sont extérieures. On retrouve ici les caractéristiques des standards à savoir des notions juridiques délibérément indéterminées permettant une mesure des situations en termes de normalité à l'aune de divers critères.

L'interprétation objective des standards peut également être la clarification de termes qui semblent obscurs. Ainsi, « *as a legal tool, interpretation is concerned with the clarification of the meaning of legal acts and rules* »¹⁰⁸⁶. Certains auteurs qualifient cette démarche de « *cognitive* »¹⁰⁸⁷, c'est-à-dire que l'interprète devra identifier le sens correct des termes employés par les parties. Au regard de la technique du standard, énoncer que le texte ait tel sens peut être considéré comme un acte de volonté de la part de l'interprète étant donné l'indétermination de ce type de langage normatif. Il est clair, en effet, qu'une telle indétermination contraint l'interprète à faire des choix quant à la signification d'une disposition.

Toujours est-il que cette technique interprétative est très usitée en droit international économique, et plus particulièrement en droit international des investissements, étant donné le contenu assez évanescent de certains standards conventionnels, notamment en matière de traitement ou de protection des investissements. En effet, « *même lorsque les tribunaux CIRDI sont confrontés à des règles conventionnelles, l'imprécision de certaines dispositions laisse aux parties et aux arbitres la possibilité de déployer des trésors d'interprétation* »¹⁰⁸⁸.

Le rôle des standards dans la mise en œuvre du droit étudié à l'aune des techniques interprétatives révèle les atteintes à la cohérence juridique que l'interprétation des

¹⁰⁸⁵ FAVRE A., « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *ASDI*, 1960, p.80.

¹⁰⁸⁶ ORAKEHLASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law, op.cit.*, p. 285.

¹⁰⁸⁷ BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *op.cit.*, spéc. p.313.

¹⁰⁸⁸ LATTY F., « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011, n°2, p.465.

standards peut engendrer. En effet, leur rôle est ici controversé puisqu'il reste très difficile pour l'interprète d'identifier le sens à donner aux standards, même sur la base de techniques interprétatives fixées par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Néanmoins, il existe une autre technique interprétative qui prête plus à la controverse mais qui semble trouver un écho avec la technique du standard juridique. Il s'agit de l'interprétation évolutive dont les standards peuvent se faire le support.

§2 : Les standards, support à l'interprétation évolutive ?

Le terme d'interprétation évolutive est quelque peu trompeur. En effet, il ne s'agit pas ici de considérer que c'est l'interprétation qui va évoluer mais bien que c'est le sens des termes employés par les parties à un traité qui sont susceptibles d'évoluer. Par analogie, l'évolution du sens des termes va influencer sur l'interprétation. Ainsi, avec l'interprétation évolutive, il s'agit de « *(re-)donner de la vie à un texte* »¹⁰⁸⁹. En d'autres termes, « *la théorie de l'interprétation évolutive revient simplement à considérer que, au moment de l'adoption de l'acte, les auteurs ont entendu établir un régime destiné à s'adapter aux évolutions sociologiques* »¹⁰⁹⁰.

Les standards, de par leurs caractéristiques essentielles à savoir l'indétermination mais également la mesure d'une situation en fonction de ce qui est normal à un moment donné de la vie de la société internationale, peuvent être considérés comme un support idéal à la théorie de l'interprétation évolutive. En effet, les standards permettent de prendre en compte les évolutions postérieures à la conclusion de l'acte international puisque l'interprète devra se baser, pour leur donner un contenu, sur ce qui est considéré comme normal. Il est tout à fait envisageable que l'interprète considère ce qui est normal, non pas au moment de la conclusion de l'acte mais bien au moment de son interprétation. En tout état de cause, rien n'indique le contraire : les parties, conscientes de l'emploi des termes indéterminés et aguerries à la technique du standard, ont alors établi un régime « vivant » permettant la prise en compte de susceptibles évolutions postérieures. Dans cette perspective, le rôle des standards dans la mise en œuvre du droit semble s'affirmer.

¹⁰⁸⁹ DISTEFANO G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, 2011, n°2, p. 373.

¹⁰⁹⁰ SANTULLI C., « Rapport général », *op.cit.*, 307.

Le droit international économique n'est d'ailleurs pas indifférent à la technique de l'interprétation évolutive. En témoigne la récente affaire *Tza Yap Shum* porté devant le CIRDI¹⁰⁹¹.

Certains auteurs envisagent deux types d'interprétations évolutives : d'une part, l'interprétation évolutive endogène (A) et, d'autre part, l'interprétation évolution exogène (B)¹⁰⁹². Dans les deux cas, la technique du standard s'avère être le support idéal à ce type d'interprétation, atténuant quelque peu le rôle controversé des standards dans la mise en œuvre du droit et l'atteinte qu'ils peuvent porter à la cohérence juridique.

A- L'interprétation évolutive endogène et la technique du standard

L'interprétation évolutive endogène correspond à un changement de mode de pensée des parties, à une modification des faits sociaux ou encore à l'apparition de nouveaux phénomènes inhérents à la société internationale et qui touchent inévitablement les parties au traité considéré. Ainsi, les parties adaptent le traité à leur nouveau mode de pensée.

Au vu de ces considérations, les standards peuvent tout à fait se prêter comme support de l'interprétation évolutive endogène puisque l'une de leurs caractéristiques est de faire référence à ce qui est considéré comme normal à un « instant T ». De ce fait, il ne semble pas illogique que le standard juridique inséré dans la règle de droit par les parties suive leur conception de la normalité.

Pour que l'interprète applique cette technique de l'interprétation évolutive endogène, les parties au traité devront avoir, sur l'énoncé à interpréter, une pratique commune, convergente et uniforme. Ainsi, « *le comportement ultérieur des parties dans l'application d'un traité qui remplira ces trois conditions sera considéré comme un moyen*

¹⁰⁹¹ *Tza Yap Shum c. Pérou*, aff. n°ARB/07/6, 19 juin 2009. Dans cette affaire, le tribunal a interprété très extensivement la clause de règlement des différends du TBI Chine/Pérou qui limitait textuellement la compétence du tribunal aux « différends relatifs au montant de l'indemnisation pour expropriation ». Pour étendre sa compétence à l'ensemble des questions relatives à l'expropriation, le tribunal s'est appuyé sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il a également avancé des considérations intertemporelles qui laissent à penser que les arbitres n'ont pas été insensibles à la technique de l'interprétation évolutive des traités. Sur cette question, voir LATTY F., « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2009, pp.685 et s.

¹⁰⁹² Voir l'étude de la question par DISTEFANO G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale, *op.cit.*

authentique d'interprétation »¹⁰⁹³. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que toutes les parties aient un comportement actif dans l'évolution des termes de l'accord, il suffit qu'elles acceptent la pratique sans se prévaloir d'une faute d'une des autres parties.

Finalement, cette technique interprétative envisagée à l'aune des standards revient à la technique de la recherche de l'intention des parties. Cependant, une différence existe entre ces deux techniques : dans le cas de l'interprétation évolutive endogène, l'interprète ne doit pas seulement se fier à la volonté commune des parties, il doit également faire prévaloir l'application effective du traité. En effet, il doit vérifier que toutes les parties appliquent l'énoncé à interpréter de la même manière ou qu'aucune des parties ne s'offusquent de la manière dont le traité est appliqué. Ainsi, il est nécessaire « *pour l'interprète d'effectuer une construction pratique du traité aux fins interprétatives* »¹⁰⁹⁴.

Les standards juridiques revêtent toutes les caractéristiques pouvant appuyer la théorie de l'interprétation évolutive endogène. En effet, le droit international économique évolue nécessairement avec les circonstances et les traités qui sont conclus au sein de son ordre juridique ne peuvent être sclérosés dans le temps. L'insertion des standards, combinée avec une approche interprétative évolutive endogène permet d'éviter que l'engagement pris par les parties ne soit anéanti par des réalités étrangères au cadre normatif originel. On évite ainsi la caducité des engagements du droit international économique qui sont forcément évolutifs et qui ont besoin de flexibilité.

L'ORD a déjà utilisé l'interprétation évolutive endogène dans l'affaire des *Boissons alcooliques* à propos de la pratique des rapports des groupes spéciaux à l'époque du GATT de 1947 confirmée par la pratique ultérieure des parties contractantes¹⁰⁹⁵. L'ORD a cependant également rejeté ce type d'interprétation soit parce que la pratique ultérieure n'était pas uniforme¹⁰⁹⁶, soit parce que le laps de temps était trop court pour constater une véritable pratique pertinente¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ DISTEFANO G., *ibid.*, pp.376-377.

¹⁰⁹⁴ DISTEFANO G., *ibid.*, p. 377. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort de l'avis consultatif de la CPJI du 23 juillet 1926 lorsque la Cour déclare qu' « *il peut suffire d'observer que la Cour, en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée* », CPJI Rec. B 13, p.19.

¹⁰⁹⁵ OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996. Dans ce rapport, l'organe d'appel précise qu'une pratique est considérée comme ultérieure « *lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations concordants, communs et d'une certaine constance, suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité* ».

¹⁰⁹⁶ OMC, *CE – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, spéc.§96.

¹⁰⁹⁷ OMC, *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24/AB/R, 10 février 1997. Dans cette affaire, l'ORD refuse même de prendre en compte la pratique des parties concernant les accords OMC, jugés trop récents.

La controverse sur le rôle des standards dans la mise en œuvre du droit international économique semble commencer à s'éloigner si l'on prend en considération la technique de l'interprétation évolutive endogène. Néanmoins, la cohérence juridique n'est pas totalement assurée puisque l'interprétation évolutive endogène du droit peut être ressentie comme une source présumée d'insécurité du fait que l'interprète fasse évoluer le cadre normatif originel au regard de la pratique (et non de l'intention comme dans le cas d'une interprétation subjective) des parties.

Les standards sont également le support d'une autre part de l'interprétation évolutive, il s'agit de l'interprétation évolutive exogène.

B- L'interprétation évolutive exogène et la technique du standard

Dans le cadre de l'interprétation évolutive exogène, ce n'est pas la pratique des parties qui a évolué, mais le système normatif entourant le traité. Dans ce cas, l'interprète devra interpréter le traité au regard du nouvel environnement normatif existant au moment de son application.

L'interprétation évolutive exogène est rendue possible grâce à l'usage de « *termes intrinsèquement évolutifs* »¹⁰⁹⁸, tels que les standards. Ainsi, ces termes évoluent en fonction de l'évolution de l'environnement normatif et vice versa. En d'autres termes, le droit étant évolutif, les standards insérés par les parties à une convention le sont aussi automatiquement¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ DISTEFANO G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale, *op.cit.*, p. 390.

¹⁰⁹⁹ C'est ce que la CIJ a consacré dans son célèbre avis sur la question du *Sud-Ouest Africain* : « *sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte – « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » et « le bien-être et le développement » des peuples intéressés – n'étaient pas statiques mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de « mission sacrée de civilisation ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Dans ce domaine, comme dans les*

Dans cette optique, on peut alors concevoir que ce sont les parties elles-mêmes qui ont voulu insérer des notions évolutives dans le traité les liant. Dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier*, la CIJ précise à cet égard qu' « *il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés – ou à certains d'entre eux – un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international* »¹¹⁰⁰. On voit bien ici l'atteinte à la cohérence juridique puisqu'il s'avère très difficile, dans la plupart des cas, de savoir si les parties ont eu l'intention d'attribuer une telle fonction aux standards. Il est alors nécessaire de recourir à des présomptions, ce qui ne favorise pas la cohérence et, par là même, la sécurité juridique puisque « *dire qu'une notion est intrinsèquement évolutive signifie présupposer qu'elle poursuit un but sous-jacent qui requiert à l'interprète de l'adapter* »¹¹⁰¹.

Afin de déterminer le sens nouveau du traité au regard de son nouvel environnement normatif, les juridictions font parfois appel à la théorie de l'effet utile. Ce fut par exemple le cas de l'ORD qui s'assure cependant que les transformations du droit soient réelles, que les parties les aient acceptées et que se dégage déjà une forme d'*opinio juris* en faveur de cette évolution. En témoigne l'affaire des *Crevettes* dans laquelle l'ORD a eu l'occasion d'interpréter d'une manière évolutive, sur la base de l'effet utile, la notion de ressources naturelles épuisables à la lumière du droit en vigueur¹¹⁰².

Grâce à la doctrine de l'interprétation évolutive, on s'aperçoit, comme l'avait déjà mentionné le professeur Perelman, que « *les textes légaux constituent un élément, mais pas l'unique point de départ, de l'interprétation juridique* »¹¹⁰³.

Au regard des considérations sur les problèmes que peut poser l'interprétation des standards, on s'aperçoit que la cohérence juridique est mise en cause et

autres, le corpus juris gentium s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer » (§53). Souligné par nos soins.

¹¹⁰⁰ Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, §204.

¹¹⁰¹ DISTEFANO G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale, *op.cit.*, p. 394.

¹¹⁰² *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, OMC, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

¹¹⁰³ PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », *op.cit.*, p.29.

qu' « *interprétation et sécurité juridique semblent parfois antinomiques, tant est grande la liberté laissée à l'interprète* »¹¹⁰⁴.

L'interprétation n'est pas la seule atteinte portée à la cohérence juridique par les standards. En effet, les divergences de jurisprudence concernant les standards sont tout autant facteur d'atteinte à la cohérence juridique.

Section 2 : Les standards et les problèmes de divergences de jurisprudence

Il est question de divergences de jurisprudence lorsque deux juridictions adoptent des solutions contraires ou différentes à propos d'un même point de droit. Ces divergences sont inhérentes à l'organisation du droit international et, *a fortiori*, du droit international économique. En effet, à l'instar du droit interne, il n'existe pas, en droit international économique, de précédent obligatoire dont découle l'indépendance de chacune des juridictions du droit international économique.

Ces divergences sont d'autant plus fréquentes en la matière qu'elles reposent essentiellement sur la technique du standard juridique. En effet, les standards ne prennent tout leurs sens que lorsque l'interprète détermine leur contenu. Etant donné leurs caractéristiques, à savoir leur rapprochement avec l'idée de normalité et avec des éléments exogènes au droit, il arrive fréquemment qu'un standard revête des contenus différents.

C'est en ce sens que les standards portent atteinte à la cohérence juridique puisqu'une certaine unité de jurisprudence est indispensable à la sécurité juridique. Il est convient alors d'analyser la perte de cohérence juridique selon les différents conflits de jurisprudence possibles (§1) avant d'entrevoir les conséquences qu'ils emportent (§2).

§1 : Les conflits de jurisprudence générés par les standards

Le droit international économique, essentiellement composé de standards juridiques donnant ainsi une texture molle au droit, connaît des courants de jurisprudences multiples voire contraires. En effet, ainsi que l'a précisé Franck Latty, « *nombre de normes internationales relatives à l'investissement se caractérisent par une imprécision*

¹¹⁰⁴ SOREL J-M, « Commentaire de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 », *op.cit.*, p.1332.

telle qu'elles laissent à l'arbitre une faculté d'interprétation – et de déploiement de techniques interprétatives – à l'origine de courants contraires »¹¹⁰⁵.

Deux types de conflits de jurisprudences peuvent être pris en compte. Il s'agit, d'une part, des conflits horizontaux de jurisprudence (A) et, d'autre part, des conflits verticaux de jurisprudence (B).

A- Les conflits horizontaux de jurisprudence engendrés par les standards

Le conflit horizontal de jurisprudence se situe au sein d'une même juridiction, c'est-à-dire qu'une même juridiction donne un contenu différent à un même standard.

A cet égard, la jurisprudence du CIRDI est éloquente en la matière. En effet, « régulièrement saisi sur le fondement de traités de protection des investissements et rendant dans ce cadre quelques dizaines de décisions chaque année, le CIRDI est devenu l'interprète incontournable de la norme internationale »¹¹⁰⁶.

Ainsi, par exemple, le standard du traitement de la nation la plus favorisée a donné lieu à des interprétations contradictoires. Depuis l'affaire *Maffezini*¹¹⁰⁷, plusieurs tribunaux CIRDI ont étendu l'application du standard de la nation la plus favorisée au mécanisme de règlement des différends investisseur/Etat¹¹⁰⁸. Grâce à cette extension, le principe dit de l'identité de genre (*ejusdem generis*), l'objet et le but des TBI concernés ainsi que la pratique conventionnelle des Etats parties ont pu être invoqués. Or, certains tribunaux ont refusé de considérer que la clause NPF permette à l'investisseur protégé par un TBI de bénéficier de la procédure de règlement des différends plus favorable prévue par un autre TBI¹¹⁰⁹. Dans cette perspective, ces tribunaux se sont pourtant fondés sur des techniques interprétatives communes. De ce fait, la divergence ne porte plus seulement sur l'interprétation du standard mais également sur les principes interprétatifs dont la mise en œuvre a produit des résultats contraires.

¹¹⁰⁵ LATTY F., « Les techniques interprétatives du CIRDI », *op.cit.*, p.461.

¹¹⁰⁶ LATTY F., « Les techniques interprétatives du CIRDI », *op.cit.*, p.460.

¹¹⁰⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, aff. n°ARB/03/24, 25 janvier 2000.

¹¹⁰⁸ A ce sujet, voir CARREAU D., « Investissements », *Répertoire international Dalloz*, n°281, août 2008 et LEBEN Ch., « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire international Dalloz*, n°139-145, mars 2010.

¹¹⁰⁹ C'est le cas dans les affaires *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Jordanie*, aff. n°ARB/02/132004 du 9 novembre 2004, *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, aff. n°ARB/03/24 du 8 février 2005 et *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. n°ARB/04/14 du 8 décembre 2008.

Ainsi, un même standard et une même méthode interprétative peuvent aboutir à des résultats distincts selon la sensibilité de l'interprète. Il en va ainsi de la référence à l'objet et au but du traité, comme la CDI l'a constaté relativement aux clauses contenant le standard de la nation la plus favorisée. Selon elle, « *l'interprétation du traité n'intervient pas dans le vide* » et à ce titre « *la manière dont l'interprète abordera une clause NPF dépendra en partie de la conception qu'il a de la nature de telles clauses* »¹¹¹⁰. En d'autres termes, l'application du standard de la nation la plus favorisée aux clauses de règlement des différends est, pour une large part, soumise aux objectifs que l'interprète assigne au TBI en question¹¹¹¹.

La multiplication de jurisprudences contraires concernant les standards au sein du CIRDI, si elle porte atteinte à la cohérence juridique, peut cependant s'expliquer par le fait que le CIRDI n'est pas une juridiction mais un centre d'arbitrage qui offre des « *moyens [...] d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements [...]* »¹¹¹². En raison de cette caractéristique, chaque affaire fait naître, à partir de la liste des arbitres fournie par le Centre, son propre tribunal produisant « *sa propre alchimie* »¹¹¹³. De ce fait, « *l'unicité de chaque formation arbitrale n'est pas de nature à favoriser la cohérence dans l'interprétation de la norme internationale* »¹¹¹⁴. De plus, s'il existe des comités *ad hoc*, ils n'agissent pas en cour suprême s'abstenant de fixer, dans une décision de principe, une quelconque ligne directrice dans l'interprétation des standards. Néanmoins, on peut trouver trace de tentatives ponctuelles de fournir une cohérence dans la jurisprudence transnationale en posant une méthode d'interprétation de certains standards. Il est de rigueur de citer à ce titre l'affaire *CMS Gas Transmission*¹¹¹⁵, pour laquelle le comité a précisé une méthode d'interprétation du standard de nécessité au vu de « *l'éclatement* » de la jurisprudence sur l'argument de la nécessité dans les affaires

¹¹¹⁰ Rapport du groupe de travail de la Commission du droit international sur le clause de la nation la plus favorisée, A/CN.4/L.719, 20 juillet 2007, §29.

¹¹¹¹ A cet égard, le rapport du groupe de travail de la Commission du droit international sur le clause de la nation la plus favorisée précité précise que « *s'il envisage les clauses NPF comme ayant pour objectif de favoriser la non-discrimination et l'harmonisation, l'interprète d'un traité peut alors considérer que l'objet même de la clause est d'autoriser, et à vrai dire, d'encourager la recherche systématique du traité le plus favorable. Si l'interprète considère qu'une clause NPF a pour objectif économique de permettre une concurrence fondée sur l'égalité des chances, il sera peut-être plus enclin à favoriser une distinction fond/procédure dans l'interprétation d'une clause NPF* » (§30).

¹¹¹² Article 1^{er} de la Convention de Washington de 1965 instituant le CIRDI.

¹¹¹³ Expression de Franck Latty. LATTY F., « Les techniques interprétatives du CIRDI », *op.cit.*, p.466.

¹¹¹⁴ LATTY F., *ibid.*

¹¹¹⁵ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence arbitrale du 12 mai 2005.

argentines¹¹¹⁶. Sa décision qui prône une articulation entre la clause de sauvegarde contenue dans le TBI et l'état de nécessité au sens du droit coutumier, a fait autorité dans la jurisprudence postérieure permettant alors une unification de l'interprétation de ce standard¹¹¹⁷.

Les standards génèrent des divergences de jurisprudence au sein d'une même juridiction, portant ainsi atteinte à la cohérence juridique. Cette atteinte se fait également ressentir lorsqu'on envisage les conflits verticaux de jurisprudence.

B- Les conflits verticaux de jurisprudence engendrés par les standards

Le conflit vertical de jurisprudence se situe entre deux juridictions, c'est-à-dire qu'on retrouve des contenus différents pour un même standard selon des juridictions différentes.

Il est possible d'illustrer ce propos en s'appuyant sur une étude comparant la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)¹¹¹⁸ et la jurisprudence de l'ORD. Cette comparaison est particulièrement intéressante étant donné les similitudes que l'on peut retrouver entre le droit communautaire économique¹¹¹⁹ et le droit international économique.

Ainsi, il semble que les groupes spéciaux chargés de résoudre les litiges au sein de l'ORD s'inspirent de la jurisprudence communautaire notamment lors de l'examen, au regard de certains standards, des mesures nationales visant à entraver le libre échange. Il en résulte que l'ORD applique le standard de proportionnalité de ces mesures par rapport

¹¹¹⁶ Voir à ce sujet, CHRISTAKIS Th., « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine », *RGDIP*, 2007, p.880 et s.

¹¹¹⁷ Cette interprétation a, par exemple, été retenue dans l'affaire *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n°ARB/03/9 du 5 septembre 2008.

¹¹¹⁸ Nous utilisons le terme « CJCE » et non celui de « CJUE » qui prévaut depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne car les jurisprudences citées par la suite sont celles émanant de la CJCE de l'époque.

¹¹¹⁹ A ce propos, voir la thèse d'Elsa Bernard qui étudie les standards juridiques en droit communautaire et qui se penche fréquemment sur le droit communautaire économique. BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op.cit.

aux objectifs imposés par l'OMC et ce, au regard de l'article XX du GATT¹¹²⁰. Néanmoins, l'application du standard de proportionnalité effectué par l'ORD semble être plus restrictive que celle effectuée par la CJCE. En effet, le standard de proportionnalité ainsi appliqué conduit généralement à la condamnation des législations nationales qui violent les règles du libre échange. Il est vrai que l'ORD a toujours refusé d'admettre que des considérations liées à l'intérêt général puissent venir entraver la liberté des échanges commerciaux. Au contraire, dans l'ordre juridique communautaire, les mesures nationales entravant le libre échange entre Etats membres sont toujours analysées au regard du standard de proportionnalité et du standard d'intérêt général. La CJCE a donc l'obligation de concilier les standards d'intérêt général et de proportionnalité.

Néanmoins, il est possible d'entrevoir un rapprochement entre l'OMC et la CE. En effet, l'ORD a accepté que des législations nationales puissent entraver le libre échange lorsqu'elles poursuivent un intérêt général « *important et vital au plus haut niveau* »¹¹²¹. C'est ce qui ressort du rapport de l'organe d'appel du 12 mars 2001 dans l'affaire *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*¹¹²² où il a été admis que l'importation d'amiante pouvait être interdite au titre d'un intérêt général supérieur relatif à la santé publique. En d'autres termes, l'organe d'appel a considéré que la restriction aux échanges répondait bien à un objectif de santé publique. Pour la première fois, l'exigence de la protection de la santé publique a prévalu « *sur le sacro-saint principe de liberté des échanges* »¹¹²³.

On se rend compte ainsi que « *le contenu attribué par ces instances juridictionnelles aux standards permettant des dérogations au libre-échange n'est pas le même* »¹¹²⁴, même s'il est possible qu'un rapprochement s'effectue.

Ceci s'explique par le fait que les deux ordres juridiques auxquels se rattachent les juridictions ont des buts différents. M. Slotboom pose cette distinction en ces termes : « *It is well known that the trade rules of the World Trade Organization and the trade rules of the European Community have different objects and purposes. While the former merely*

¹¹²⁰ D'après l'article XX du GATT, les Etats membres ont le droit d'adopter certaines mesures entravant le libre échange si, et seulement si, elles sont nécessaires dans certains cas. C'est en ce sens que l'ORD effectue un contrôle de proportionnalité, afin de savoir si les mesures nationales en questions sont nécessaires et donc proportionnelles aux objectifs de libre échange.

¹¹²¹ Voir le rapport de l'organe d'appel du 12 mars 2001 dans l'affaire *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, OMC, WT/DS135/AB/R.

¹¹²² *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, OMC, WT/DS135/AB/R.

¹¹²³ BLIN O., « Communautés européennes et Organisation Mondiale du Commerce, *Jurisclasseur Europe*, Tome 6, fasc. 2260.

¹¹²⁴ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op.cit., p.499.

aim to gradually eliminate trade barriers among WTO Members, the latter have a much further reaching object and purpose, inter alia, the creation of an internal market among the EC Member States »¹¹²⁵.

En définitive, les standards invoqués par les Etats membres pour déroger au Traité CE n'ont pas les mêmes fonctions que ceux invoqués pour déroger aux règles de l'OMC. Dès lors, le contenu conféré aux standards par les juges des deux ordres juridiques à des standards identiques – comme le standard de proportionnalité – s'en trouve affecté. Dans les deux cas, l'utilisation de la technique du standard favorise l'équilibre, mais ce sont des équilibres différents. De ce fait, si le contenant, c'est-à-dire le terme qualifié de standards, ne change pas, le contenu, lui, varie.

Il est clair que cette abondance de jurisprudences contraires ne manque pas de poser des problèmes juridiques en termes de prévisibilité et donc de sécurité juridique, emportant ainsi certaines conséquences.

§2 : Les conséquences des conflits de jurisprudence générés par les standards

Les divergences de jurisprudence, que l'on peut rencontrer lors de l'interprétation puis de l'application des standards, renforcent l'idée qu'ils portent atteinte, dans la mise en œuvre du droit, à la cohérence juridique. En effet, comment les sujets du droit international économique peuvent-ils élaborer une stratégie juridique lors du procès s'il existe de telles divergences de jurisprudence au sein d'une même juridiction ou entre deux juridictions ? Les conséquences semblent se poser en termes de sécurité juridique **(A)**.

Pour autant, ce ne sont pas là les seules conséquences que l'on peut tirer des conflits de jurisprudence générés par les standards. En effet, le problème de tels conflits impose d'entrevoir quelles sont les conséquences en termes d'autorité de la chose jugée **(B)**.

¹¹²⁵ SLOTBOOM M., « Do public health measures receive similar treatment in European Community and World Trade Organization Law ? », *Journal of World Trade*, 2002, pp.553-596.

A- Les conséquences en termes de sécurité juridique

Les conflits de jurisprudence concernant l'interprétation des standards sont susceptibles de mettre à mal les prévisions juridiques des sujets de droit. En effet, les prévisions juridiques des sujets sont déjouées et c'est en ce sens que la sécurité juridique se trouve perturbée. En d'autres termes, « *l'adéquation entre la règle de conduite suivie par les sujets de droit et la règle de solution posée par la jurisprudence nouvelle est rompue* »¹¹²⁶.

Si les prévisions juridiques des parties à l'instance sont contrecarrées, il en va de même pour tous les autres sujets de droit qui se trouvent dans une situation comparable, c'est-à-dire tous ceux qui ont bâti leurs prévisions sur l'interprétation d'un standard donné par une juridiction de l'ordre international économique « *indépendamment de l'existence effective d'un procès* »¹¹²⁷. Parfois même, alors que les divergences de jurisprudence sont sans incidence pour la sécurité juridique des parties au litige, elles peuvent s'avérer néfastes pour d'autres sujets de droit dont la situation se trouve dans la dépendance de l'interprétation à venir du standard en cause.

Ainsi, au-delà du cercle des intéressés immédiats, les divergences de jurisprudence concernant les standards remettent en cause les prévisions juridiques d'autres sujets de droit. Il est donc difficile de déterminer avec précision l'étendue des répercussions des divergences de jurisprudence en termes de sécurité juridique.

Néanmoins, à ce stade de l'étude sur les conséquences en termes de sécurité juridique des conflits de jurisprudence engendrés par les standards, il est nécessaire d'apporter quelques éclaircissements quant à l'atteinte causée à la sécurité juridique. En effet, « *la sécurité juridique n'est véritablement en cause que lorsque des prévisions juridiques sont perturbées dans leur élaboration* »¹¹²⁸. Dans les cas qui nous intéressent, les prévisions juridiques doivent être remises en cause une fois qu'elles ont été légitimement et raisonnablement élaborées. En d'autres termes, les divergences de jurisprudence engendrées par les standards ne portent atteinte à la sécurité juridique que pour autant qu'il y ait eu une prévision juridique élaborée en amont ou encore que la

¹¹²⁶ PIAZZON Th., *La sécurité juridique, op.cit.*, p.340.

¹¹²⁷ HERVIEU A., « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », RRJ, 1989, p.257 et s., spéc.§9 p.269.

prévision juridique apparaisse comme légitime et raisonnable au regard de l'interprétation ancienne du standard. Par ailleurs, on peut aller plus loin dans la réflexion en considérant qu'une solution jurisprudentielle n'est pas en elle-même imprévisible car le juge ne fait que révéler une sorte de « pré-droit » ambiant dans la société internationale. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on prend en considération les standards juridiques dont le contenu évolue en fonction de ce qui est normal à un certain moment de la vie de la société internationale. Ainsi, « *il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par le juge* »¹¹²⁹.

En d'autres termes, la sécurité juridique est bien mise à mal par les conflits de jurisprudence générés par l'interprétation des standards mais seulement si les prévisions juridiques des sujets de droit sont existantes et légitimes et qu'il n'y ait eu aucune possibilité pour eux d'entrevoir une interprétation différente du standard en cause.

Les conséquences des conflits de jurisprudence générés par les standards se posent donc en termes de sécurité juridique, les prévisions établies par les sujets de droit pouvant se trouver anéanties par des interprétations divergentes, ce qui atténue indéniablement la contribution des standards à la normativité du droit international économique.

Pour autant, ce ne sont pas les seules conséquences. En effet, si l'on entreprend une étude sur la jurisprudence internationale traitant des standards, il est nécessaire de se poser la question de l'autorité de la chose jugée d'une décision interprétant un standard et remise en cause par une jurisprudence postérieure.

¹¹²⁸ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, *op.cit.*, p.339. Voir *supra*, p.339.

¹¹²⁹ ZENATI F., « Clore enfin le débat », contribution à « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », *RTD civ.*, 1992, p.154-155.

B- Les conséquences en termes d'autorité de la chose jugée

« Dans le droit international, la chose jugée se rapporte au caractère obligatoire et définitif de la sentence »¹¹³⁰. Si l'existence du principe de l'autorité de la chose jugée semble faire débat, il n'en demeure pas moins que ce principe semble trouver sa place en droit international¹¹³¹.

A cet égard, l'étude des conflits de jurisprudence générés par les standards ne saurait faire l'impasse de l'étude des conséquences de ces conflits en termes d'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire en termes de prévision légale.

En droit international, le principe du « *stare decisis* » anglo-saxon, qui pose le principe de l'autorité normative générale de la jurisprudence, n'a pas été transposé. Ainsi, s'il est vrai que les juridictions internationales se rapprochent des conditions de continuité jurisprudentielle caractéristique de la tradition anglo-saxonne¹¹³², elles sont cependant libres par rapport aux décisions analogues précédemment jugées. Il en résulte que les juridictions, lorsqu'elles interprètent un standard, ne sont pas obligées de suivre leur propre jurisprudence antérieure ou la jurisprudence d'une autre juridiction quant au contenu du standard en cause. Il existe donc une « *liberté des juridictions internationales face aux décisions précédentes analogues* »¹¹³³.

Les conséquences des conflits de jurisprudence générés par l'interprétation d'un standard sont donc minimales en termes d'autorité de la chose jugée puisque s'il est logique et parfois nécessaire que le juge international se rapporte à un raisonnement antérieur¹¹³⁴, il n'est pourtant pas obligé de le faire. Ainsi, « *la liberté du juge pour écarter un précédent juridictionnel selon sa convenance n'est pas mise en danger* »¹¹³⁵.

A ce stade de l'analyse, il convient cependant de soulever la conception inverse d'une partie de la doctrine à ce sujet. En effet, pour une partie de la doctrine, le juge doit se référer à sa jurisprudence antérieure. L'autorité du précédent viendrait alors du fait

¹¹³⁰ BRANT L.N.C, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, édition LGDJ, Paris 2003, p.1.

¹¹³¹ Voir à ce sujet, BRANT L.N.C, *ibid.*, 391 pages.

¹¹³² Par exemple, la CIJ n'hésite pas à invoquer dans la motivation de ses arrêts et avis sa « jurisprudence constante ».

¹¹³³ BRANT L.N.C, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op.cit.*, p.149.

¹¹³⁴ Voir à ce sujet, HAUT F., *Autorité de la chose jugée et effets directs des décisions de justice*, Thèse, Paris 1979, spéc. p. 153.

¹¹³⁵ BRANT L.N.C, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op.cit.*, p.149.

qu'une certaine logique conditionne les juges à décider des litiges analogues en appliquant les mêmes principes juridiques. Cette idée se fonde principalement sur la jurisprudence de la CPA qui déclare, dans l'affaire des *Grisbadarna*, que « *dans le droit des gens, c'est un principe bien établi qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps* »¹¹³⁶. Une autre justification peut être trouvée dans la notion d'intérêt social, comme l'avait proposé Georges Scelle¹¹³⁷. Selon cette doctrine, l'autorité du précédent juridictionnel se fonde sur une nécessité sociale de sécurité et de stabilité juridique, exprimée dans la continuité de la jurisprudence qui permettra aux sujets de droit parties à l'instance de « *disposer d'un minimum de certitude juridique, de points de référence, d'indications impartiales qui soient susceptibles d'orienter la conduite des acteurs internationaux* »¹¹³⁸. A cet égard, les conséquences des conflits de jurisprudence générés par l'interprétation d'un standard sont donc plus palpables et renvoient au problème de la sécurité juridique.

¹¹³⁶ Affaire des *Grisbadarna* (Norvège c. Suède), sentence arbitrale du 23 octobre 1909. Rec. des sentences arbitrales, vol.XI, pp. 147-166.

¹¹³⁷ Voir SCELLE G., « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome III : les sources des diverses branches du droit*, édition Duchemin, Paris 1977, p.428.

¹¹³⁸ CONDORELLI L., « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI Colloque de Lyon, édition Pédone, Paris 1987, p.312.

Conclusion du Chapitre 1

L'étude de la question du rôle controversé des standards dans la mise en œuvre du droit a permis de mettre en relief la technique du standard juridique à l'aune de grandes problématiques du droit en général.

Ainsi, la question de l'interprétation des normes juridiques trouve un retentissement certain au regard de la technique du standard. En effet, de par leurs caractéristiques, l'interprétation d'un standard pose de multiples questions. Il ressort de notre étude que les techniques interprétatives traditionnelles de la norme juridique, si elles sont appliquées nécessairement aux standards faute d'autres possibilités, ne permettent pas de recouvrir toutes les particularités des standards. Il en résulte que la technique du standard, aussi simple qu'elle puisse paraître puisqu'il ne s'agit que de l'emploi de termes vagues et flous, dissimulent de multiples conséquences qui, elles, ne sont pas simples à appréhender par les techniques traditionnelles du droit. Pour autant, quelques courants doctrinaux divergents semblent s'approcher au plus près des réalités juridiques que peuvent recouvrir les standards. Il en va ainsi de l'interprétation dite évolutive dont les standards offrent un support idéal.

De même, le problème des conflits de jurisprudence apparaît comme tout à fait symptomatique de l'usage de la technique du standard alors que traditionnellement cela pose un véritable problème en termes de cohérence juridique. Les standards, au contraire, génèrent ces conflits qui, s'ils sont problématiques pour la cohérence juridique au travers du prisme traditionnel, s'avèrent être tout à fait indispensable à la régulation du droit international économique. En effet, les sujets du droit international économique ont besoin de savoir que les standards, cette norme qu'ils ont volontairement inséré dans la règle de droit, pourront suivre leurs propres besoins. D'ailleurs, si l'on considère que « *l'autorité du précédent répond [...] à un besoin pratique et non à une formalité du droit* »¹¹³⁹, si bien qu'en ce qui concerne les standards juridiques, il n'est guère besoin d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, si l'on se réfère strictement aux

¹¹³⁹ BRANT L.N.C, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op.cit., p.154.

caractéristiques des standards, les acteurs du droit international économique ont besoin que le contenu donné aux standards soit flexible et évolue dans le temps en référence à l'idée de normalité à un moment donné de la vie de la société internationale.

Ainsi, l'atteinte portée à la cohérence juridique par les standards reste à relativiser. En effet, « *la critique adressée aux standards qui seraient facteurs d'insécurité juridique pour l'interprétation des règles les contenant et supprimeraient toute prévisibilité, paraît exagérée* »¹¹⁴⁰.

¹¹⁴⁰ FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », *op.cit.*, p.768.

Chapitre 2 : Les standards, une atteinte à la cohérence juridique à relativiser

La cohérence juridique ne peut s'apprécier que si on la relie à quelque chose, en l'occurrence à la norme juridique. Cette relation permet de mettre en évidence que l'ordre juridique international n'est cohérent que s'il est mis en œuvre par des normes juridiques qui le servent, qui lui permettent d'assurer justement « l'ordre ».

Au vu de ces considérations, il ressort de l'étude des standards en droit international économique que l'atteinte qu'ils pourraient porter à la cohérence du système juridique international n'est pas absolue. En effet, cette atteinte n'est pas parfaite et les standards, loin de mettre en danger l'ordre juridique du droit international économique, sont à son service.

Ainsi, il s'avère que les standards, bien qu'étant une norme originale du droit international économique, respectent les qualités intrinsèques du droit (**Section 1**) et représentent même une nouvelle façon de penser le droit international économique (**Section 2**).

Section 1 : Le respect des qualités intrinsèques du droit par les standards

Dans le cas précis d'une étude du rôle des standards et de leur application à l'aune du respect des qualités intrinsèques du droit, il est possible de rapprocher le terme « application » au même terme utilisé dans le domaine de l'informatique. Ainsi, dans ce domaine l'application désigne simultanément l'activité d'un utilisateur susceptible d'être automatisée et le logiciel qui automatise cette activité.

Adaptée au domaine du droit international économique, cette définition nous informe que les standards peuvent à la fois être appliqués dans un certain sens par leurs destinataires, à savoir la sensation d'appliquer la « loi » (§1) et que le juge peut automatiser cette perception lorsqu'il les applique dans les différents cas d'espèce (§2).

§1 : Le respect des qualités intrinsèques du droit lors de l'application des standards par les destinataires

Le respect des qualités intrinsèques du droit à travers l'application que font les destinataires des standards ne peut s'apprécier que si l'on étudie leur ressenti vis-à-vis des standards (A). Se pose alors la question de la qualité des standards juridiques en tant que norme du droit international économique (B).

A- Le ressenti des destinataires lors de l'application des standards

L'atteinte à la cohérence juridique, et, par là même, à la sécurité juridique, doit être relativisée notamment au moment de l'application, par les destinataires, des standards juridiques. En effet, si les juristes éprouvent de réelles difficultés à cerner la notion de standard, il n'en va pas de même pour les sujets de droit qui en sont les principaux destinataires.

Il reste tout à fait probable, par exemple, qu'un Etat ou une société transnationale, sache parfaitement s'il (elle) exécute de bonne ou de mauvaise foi son engagement contractuel ou conventionnel. « *Ainsi, le standard apparaît comme le moyen de donner force de droit à ce que le juge ne connaît pas toujours d'emblée, mais que le justiciable connaît souvent comme étant recommandé ou au contraire peu recommandable* »¹¹⁴¹. Ainsi, les standards dont on pourrait penser qu'ils sont incompatibles avec la certitude de l'injonction juridique, produisent un tout autre effet. Il vaut parfois mieux aboutir à la conclusion d'une règle de droit contenant un standard qu'à aucun accord. Les divergences trop profondes sont ainsi masquées et, dans ce cas, « *le droit international peut être mieux servi si ce désaccord est ouvertement admis que s'il est caché derrière des formules dilatoires qui créent l'apparence d'une volonté commune ou d'un engagement quelconque, voué à être déçu* »¹¹⁴². Les destinataires des standards appliquent d'autant mieux un standard juridique qu'un semblant d'obligation qui ne sera pas respecté.

A travers l'application qu'en font les destinataires, c'est la question de l'efficacité des standards en tant que norme juridique qui se pose. En effet, il est tout à fait primordial

¹¹⁴¹ JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », in *Les standards dans les diverses systèmes juridiques*, RRJ, 1988, p.1192.

de tenter d'évaluer les effets concrètement produits par les standards bien que cela soulève de nombreuses difficultés puisque « *quand bien même un accord peut se dessiner sur un étalon d'efficacité pour une règle ou un texte donné, la mesure des effets produits en aval demeure source de difficultés* »¹¹⁴³.

Les destinataires des standards s'engagent donc à les respecter et il est tout à fait indéniable que cet engagement peut être qualifié de juridique en raison du caractère prescriptif du contenu des standards et du consentement exprimés à appliquer les standards. En effet, il serait très réducteur de voir dans l'engagement des destinataires des standards une simple forme de moralité. S'il est vrai qu'au premier abord la décision des destinataires de se conformer aux standards semble répondre à une logique essentiellement sociologique, il ne faut pas occulter la dimension juridique d'un tel engagement car les standards s'intègrent dans un processus juridique¹¹⁴⁴.

Par ailleurs, lorsque les standards produits par des institutions de coopérations doivent être transposés dans les droits internes pour être applicables, comme c'est le cas, par exemple, pour les standards financiers¹¹⁴⁵, on s'aperçoit très nettement que ces standards sont perçus et appliqués comme des obligations internationales. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils sont transposés dans les ordres juridiques internes. S'il est vrai que peu de standards sont exclusivement destinés à une catégorie limitée d'acteurs privés, ils sont largement perçus par les autorités publiques comme devant être appliqués spontanément par ces derniers¹¹⁴⁶.

Les standards, loin d'apporter à leurs destinataires le flou qui les caractérise, s'avèrent être des normes respectant une des qualités intrinsèques du droit, à savoir le sentiment, pour les destinataires, d'appliquer « la loi ». En d'autres termes, il s'avère que la technique du standard juridique semble bien moins dangereuse pour la cohérence

¹¹⁴² KOLB R., *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, op.cit., p.59.

¹¹⁴³ FATIN-ROUGE STEFANINI M. et VIDAL-NAQUET A., « Préface », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, p.15.

¹¹⁴⁴ Voir *supra*, p. 254.

¹¹⁴⁵ Voir à ce sujet, BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op.cit., spéc. pp. 525 et s.

¹¹⁴⁶ Ce propos peut être illustré par les standards de l'OICV sur les agences de notation. L'OICV a misé (la crise de l'automne 2008 nous a enseigné que ce fut à tort) sur une application spontanée du code de bonne conduite par les agences de notation en raison du fait le nombre d'agence de dimension internationale est limité et inférieur au nombre d'Etats dans lesquels elles opèrent. Les standards prescrits dans le code de bonne conduite ont été perçus par les autorités publiques comme devant être appliqués par les agences.

juridique qu'il peut paraître, « *faute de quoi on ne comprendrait d'ailleurs pas qu'[elle] rencontre un pareil succès* »¹¹⁴⁷. Il est donc naturel de se poser la question de la qualité des standards en tant que norme du droit international économique.

B- La qualité des standards en tant que norme du droit international économique

Derrière le ressenti des destinataires dans l'application des standards, se glisse la question de la qualité des standards en tant que norme juridique.

En effet, « *la dénonciation de la mauvaise qualité des règles juridiques, de leur nombre excessif comme de leur caractère peu soigné, occupe une place centrale dans la réflexion des praticiens et observateurs du droit* »¹¹⁴⁸. Il existe une réelle exigence de qualité des normes, vue comme une nécessité voire même comme un impératif. Il est donc tout naturel que la question se pose de savoir si les standards juridiques répondent à cet absolu de qualité.

La « qualité » d'une norme s'entend comme les exigences que l'on souhaite promouvoir, c'est-à-dire les caractères requis pour qu'une norme offre le moins de difficultés possibles dans son application. Plus particulièrement, la qualité d'une norme juridique « *correspond à la fois à sa qualité propre, sa qualité intrinsèque, et à sa qualité par rapport à son environnement et son contexte, sa qualité extrinsèque* »¹¹⁴⁹. Peut-on alors mesurer la qualité intrinsèque et la qualité extrinsèque des standards ?

Pour mesurer la qualité intrinsèque des standards, il faut se demander si les standards entretiennent une cohérence générale et s'il s'agit des dispositions les plus appropriées. En effet, la mondialisation de l'économie a mis en exergue l'existence de normes qui semblent être improvisées et désordonnées afin de répondre à des volontés contradictoires ce qui apparaît en nette contradiction avec la stabilité du droit. Pour autant, les standards réunissent les qualités intrinsèques suffisantes¹¹⁵⁰ pour être qualifiés de normes appropriées du droit international économique, entretenant une cohérence générale qui conduit à maintenir l'équilibre du droit international économique grâce à une participation pertinente à sa normativité.

¹¹⁴⁷ JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », *op.cit.*, p.1192.

¹¹⁴⁸ FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L. et PINI J., « Préface », *op.cit.*, p.13.

¹¹⁴⁹ BERGEL L., « Esquisse de méthodologie législative comparée », in *Autour de la qualité des normes*, p.148.

Pour mesurer la qualité extrinsèque des standards, il est nécessaire de regarder l'environnement et le contexte entourant les standards du droit international économique. A ce titre, pour être de « bonne qualité », la norme doit être adaptée ou doit pouvoir s'adapter aux faits sociaux. « *Elle ne peut d'ailleurs être acceptée ou digérée par ses destinataires que si elle répond aux réalités et aux valeurs qu'ils peuvent percevoir* »¹¹⁵¹. Les destinataires des standards ayant l'impression réelle d'appliquer le droit positif en la matière¹¹⁵², on ne peut que qualifier les standards de norme de « bonne qualité ».

Pour autant, le sentiment d'appliquer « la loi » n'est pas du seul ressort des destinataires. Les juges s'emparent également des standards pour les appliquer au mieux, dans le respect des qualités intrinsèques du droit.

§2 : Le respect des qualités intrinsèques du droit lors de l'application des standards par le juge

L'utilisation des standards par le juge revêt une limite en ce qui concerne les pouvoirs du juge. On peut alors constater deux types de limitations. D'une part, il semble qu'il y ait une absence de contrôle dans l'utilisation des standards qui conduit nécessairement à un pouvoir discrétionnaire du juge, voire lui confère un pouvoir arbitraire. En effet, qui, par exemple, a le pouvoir d'estimer raisonnable tel élément d'un contrat international ou telle situation ? « *Entre les mains d'un juge déraisonnable, la réponse est inquiétante* »¹¹⁵³.

Ces critiques à l'égard du pouvoir du juge proviennent du fait que l'application d'un standard par le juge implique nécessairement un jugement de valeur qui est, par définition, strictement personnel. De plus, « *de par son imprécision, le standard implique, à chaque application, une mise en question du sens du juste* »¹¹⁵⁴. Ce nécessaire jugement de valeur inquiète puisqu'il peut être à l'origine d'un débordement des pouvoirs du juge allant du discrétionnaire à l'arbitraire. Cependant, l'indétermination des standards

¹¹⁵⁰ Voir *supra*, p. 375.

¹¹⁵¹ BERGEL L., « Esquisse de méthodologie législative comparée », *op.cit.*, p.151.

¹¹⁵² Voir *supra*, p. 376.

¹¹⁵³ WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, *op.cit.*, p.429.

¹¹⁵⁴ GENIAUT B., « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », *op.cit.*, p.183.

n'engendre que du discrétionnaire, qui peut être parfaitement légitime ; c'est l'indéterminabilité des standards qui engendre de l'arbitraire. Ceci dit, entre le discrétionnaire (A) et l'arbitraire (B) existe une très étroite frontière qu'il convient de délimiter lors de l'application des standards par le juge.

A- Le pouvoir discrétionnaire du juge

Selon le « *Vocabulaire Juridique* » du professeur Cornu, le terme discrétionnaire « *se dit du droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus* »¹¹⁵⁵.

L'arbitrage est le lieu de prédilection du discrétionnaire, lorsque les litiges sont insolubles en droit, devant l'autorité judiciaire : l'autorité morale des arbitres fait office de discrétion, d'autant plus que le droit matériel du droit international économique regorge de standards. D'ailleurs, « *l'idée que les prescriptions textuelles indéterminées ouvrent la voie à un large pouvoir discrétionnaire du juge est depuis longtemps dominante dans la doctrine* »¹¹⁵⁶. Il est clair que l'auteur normatif originaire, que ce soit l'Etat ou les organisations internationales, de même que les auteurs normatifs complémentaires (société des marchands ou société civile) qui utilisent la technique du standard, se rendent nécessairement compte du flou qu'ils engendrent. En effet, ils savent pertinemment qu'ils font, de cette manière, référence à un élément normatif non-juridique. Ainsi, l'utilisation d'un contenu normatif extra-juridique par celui qui « fait » le droit oblige celui qui l'applique à préciser ce qui a été volontairement désigné sous une dénomination globalisante.

Le juge bénéficie alors d'un pouvoir judiciaire quasi autonome¹¹⁵⁷ dans ce sens qu'il lui est possible d'interpréter le standard tout en respectant scrupuleusement la

¹¹⁵⁵ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, édition PUF, Paris 2007.

¹¹⁵⁶ FAVRE J-M., *Essai sur la notion de standard dans la jurisprudence internationale*, *op.cit.*, p.304.

¹¹⁵⁷ L'identification d'un tel pouvoir est le résultat de l'analyse de la théorie de Kelsen. Pour Kelsen, le fait d'utiliser une notion juridique à contenu variable est une technique qu'il a qualifiée d'*indétermination volontaire*. Cette dénomination fait référence à la distinction fondamentale faite par lui entre l'indétermination volontaire (ou intentionnelle) et l'indétermination involontaire (ou accidentelle) de l'acte d'application du droit. Cette distinction structure toute la théorie de l'interprétation chez l'auteur. Kelsen montre bien, en effet, qu'il y a ce que l'on pourrait appeler un abus de langage dans le fait d'utiliser le mot interprétation pour qualifier l'activité intellectuelle de spécification de l'indétermination volontaire. Il

volonté du « pouvoir législatif ». Par exemple, si l'on retient le standard du raisonnable, l'interprète pourra, généralement pour des raisons de politique judiciaire, décider de ne pas définir avec précision le standard et abordera immédiatement l'étape de son application au fait concret. Mais l'interprète pourra également décider de définir le standard en question et de préciser les facteurs et les valeurs devant nécessairement être évalués, eu égard au champ particulier du droit à l'intérieur duquel opère le standard.

Le pouvoir discrétionnaire du juge, qui n'est donc pas un abus de pouvoir mais plutôt une habilitation, s'exerce pleinement lorsque le juge se retrouve dans un cas où il doit créer des valeurs individuelles¹¹⁵⁸. On rencontre cette situation lorsque, faute de critères sociaux d'évaluation, le juge décide sur la base de valeurs qui sont propres aux parties au litige. Dans ce cas, le critère d'évaluation du fait est donné par les valeurs retenues par les parties et la base de l'évaluation se trouve dans le fait que le juge adopte ces valeurs comme critères de jugement. Cependant, le juge doit fournir une justification de validité, c'est-à-dire une argumentation qui fonde l'adoption de ce critère par le juge. Il est difficile d'entrevoir, dans une telle situation, une véritable justification rationnelle de l'évaluation faite par le juge puisque le critère étant fondé seulement sur des situations ou des réactions typiquement personnelles, on ne peut donc pas parler d'universalisation du critère d'évaluation. On ne peut pas non plus employer le critère de l'acceptabilité des conséquences du jugement, car l'acceptabilité des conséquences du jugement est mesurée seulement par rapport aux préférences de l'individu particulier. Pourtant, le juge international devra justifier son choix et il pourra le faire en démontrant qu'il est juste, selon les valeurs généralement acceptées, de remplir le vide juridique par la réalisation d'une valeur individuelle. En définitive, ce qui pourra être universalisé c'est le choix

s'agit en fait, pour le juriste autrichien, d'une activité qui est fondamentalement créatrice, autrement dit d'un pur acte de volonté. Il faudrait donc, en toute logique, soit exclure complètement de la problématique de l'interprétation toute l'activité visant au comblement d'une lacune éventuelle (*praeter* ou *infra legem*), soit distinguer clairement un sens étroit de la notion d'interprétation, qui ne couvrirait que l'activité tendant à réduire l'indétermination volontaire, d'un sens large couvrant, d'une part, cette activité que Kelsen qualifie lui-même de scientifique et, d'autre part, l'autre qu'il définit comme un acte de volonté. L'auteur tente aussi de réduire la confusion relative au terme interprétation dans le langage juridique en affirmant que le comblement d'une lacune ne doit pas s'intituler « activité d'interprétation » : « *le comblement d'une soi-disant lacune dans le droit est une fonction de création du droit qui ne peut être accomplie que par un organe d'application du droit [...] et ce n'est pas par voie d'interprétation du droit en vigueur que se réalise cette fonction* ». Au plan dogmatique, l'admission de la notion d'indétermination volontaire implique donc la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire autonome. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op.cit.*

¹¹⁵⁸ Voir à ce sujet, TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, p.1139 et s.

d'adopter les valeurs d'une partie comme critère du jugement. En d'autres termes, ce que l'on universalise de cette façon n'est pas le critère concret d'évaluation, mais simplement une méthode de jugement.

La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'utilisation de la technique des standards est un préalable nécessaire à leur application. La confiance placée dans la rationalité du juge est indispensable à la bonne application des standards. Cependant, « *l'expression du standard dans la loi lui indique en effet qu'il faudra accomplir une œuvre personnelle* »¹¹⁵⁹, sans pour autant franchir le pas vers l'arbitraire.

B- L'improbable arbitraire du juge

Si le procédé du standard juridique est fondé sur une liberté d'action plus ou moins grande pour le juge, il est possible de craindre « *que le pouvoir d'appréciation qui résulte pour le juge de la liberté d'action ne tourne à l'arbitraire* »¹¹⁶⁰.

Cette crainte est notamment possible lorsque le juge se retrouve dans une situation où il va devoir créer le critère d'évaluation du standard¹¹⁶¹. En effet, il existe des cas où la morale sociale ne peut fournir aucune indication satisfaisante, surtout lorsqu'il est impossible d'établir l'adéquation entre le critère d'évaluation du standard et le cas particulier ou lorsque le juge refuse de retenir le critère éventuellement applicable. On rencontre généralement cette situation chaque fois que le standard renvoie à un critère social d'évaluation qui n'est pas encore consolidé internationalement¹¹⁶². Si le juge n'arrive pas à employer un critère extérieur, il doit lui-même établir un critère d'évaluation du standard. Dans cette hypothèse, son pouvoir créateur est à son maximum et l'on peut alors se demander si le pouvoir du juge ne frôle pas l'arbitraire et même si l'exercice d'un tel pouvoir demeure compatible avec le système juridique international positif puisque « *l'arbitraire du juge est contraire à la certitude du droit* »¹¹⁶³.

¹¹⁵⁹ ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *op.cit.*, p.1065.

¹¹⁶⁰ STATI M., *Le standard juridique*, *op.cit.*, p.135.

¹¹⁶¹ TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », *op.cit.*, p. 1141.

¹¹⁶² Pour la distinction entre principes déjà consolidés dans la jurisprudence et principes pas encore consolidés, voir ESSER J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, édition Tübingen, 1964, 394 pages. (Cité par Taruffo M., p.1141).

¹¹⁶³ TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *op.cit.*, p.250.

Si le risque d'arbitraire de la part du juge existe, l'exigence d'une justification rationnelle du jugement devient, dans cette hypothèse, totalement indispensable. Il est clair que le raisonnement du juge ne doit pas être une action gratuite ou irrationnelle mais doit aboutir à une conclusion qui doit présenter un caractère concret et logique. Cela signifie que le pouvoir arbitraire du juge ne peut être exercé d'une manière acceptable que si le juge donne une justification rationnelle de l'emploi des standards qu'il a utilisés dans le contexte de son jugement. En d'autres termes, l'arbitraire du juge est quasiment impossible étant donné l'obligation qu'il a de motiver sa décision. Le juge doit justifier, de manière satisfaisante, les choix qui sont à la base de son jugement. L'obligation de motiver concerne donc particulièrement les diverses évaluations qui ont été effectuées par le juge et dont la décision finale n'est que la conséquence juridique. Cette obligation de motiver s'avère fondamentale quand le jugement implique l'utilisation de standards pouvant amener de l'arbitraire dans la décision. D'ailleurs, « *en matière d'arbitrage international, la quasi-totalité des sentences sont motivées* »¹¹⁶⁴. En effet, les tribunaux arbitraux, et en particulier ceux soumis à la Chambre de Commerce Internationale (CCI) exigent une forte motivation, dès lors que les membres de cette juridiction d'exception proviennent de différents pays dans lesquels une décision judiciaire tenant en trente lignes est strictement impensable. On est donc loin de la citation de Lord Mansfield selon laquelle « *considérez ce que vous considérez que la justice requiert et agissez en ce sens. Mais ne donnez jamais vos raisons ; parce que votre jugement sera probablement juste, mais vos raisons seront certainement fausses* »¹¹⁶⁵.

Ainsi, dans l'hypothèse où le juge doit créer lui-même le critère d'évaluation du standard, il existe plusieurs conditions pour que le jugement rendu ne le soit pas sur une base arbitraire. Le juge doit formuler une justification rationnelle sur la base des conséquences.

La première condition est une pré-condition juridique selon laquelle les conséquences de l'évaluation ne doivent pas être en opposition avec le système juridique positif. C'est ce que l'on peut appeler la condition de légalité.

¹¹⁶⁴ FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, édition Litec, Paris 1996, p.980.

¹¹⁶⁵ Cité par DEVOLVE J-L., « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1989, n°149.

La deuxième condition est la condition de cohérence axiologique. Selon cette condition, le critère d'évaluation n'est justifié que s'il conduit, après avoir été correctement appliqué au cas concret, à des conséquences acceptables par rapport au système de valeurs en vigueur. Enfin, la troisième condition est la condition d'universalité, c'est-à-dire que les conséquences de l'évaluation ne seront acceptables que si elles peuvent être universalisées. Cela signifie que les conséquences ne doivent pas seulement paraître justes ou convenables dans un cas déterminé, mais qu'elles doivent être acceptables dans tous les autres cas et, en particulier, dans tous les cas semblables. Cette condition correspond au principe de justice qui prévoit un traitement identique pour les situations semblables.

Ainsi, imaginer que le juge abuse de son pouvoir discrétionnaire allant jusqu'à juger arbitrairement, « *c'est à se représenter le juge comme une entité constituée uniquement de propriétés déplaisantes ou fâcheuses et dépourvue de clairvoyance moyenne ou du bon sens commun* »¹¹⁶⁶ alors, qu'au vu de ce que l'on vient de démontrer, « *la crainte que le pouvoir d'appréciation reconnu au juge ne tourne à l'arbitraire se saurait donc être que purement chimérique* »¹¹⁶⁷. Par ailleurs, le professeur Al Sanhoury avait précisé que les rapports économiques régis par des standards sont « *soumis à des lois assez précises qu'on peut tirer, non pas de dogmes juridiques, mais de la nature même des choses. Et il y aura là des lisières imposées par la nature des choses à la libre appréciation de l'homme, partant du juge, dans l'application des standards* » et qui contribueront dans une large mesure, à stabiliser les appréciations individuelles et flottantes¹¹⁶⁸.

L'analyse des critiques à l'égard des pouvoirs du juge qui applique des standards est donc particulièrement intéressante parce qu'elle permet, d'une part, de constater que le juge dispose à cet égard d'un véritable pouvoir discrétionnaire et, d'autre part, de montrer que le juge est obligé de motiver rationnellement sa décision, la justification rationnelle s'opposant alors à la décision arbitraire. Ces deux postulats, la discrétion et la rationalité

¹¹⁶⁶ STATI M., *Le standard juridique, op.cit.*, p.137.

¹¹⁶⁷ STATI M., *ibid.*, p.141.

¹¹⁶⁸ AL SANHOURY A.A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique, op.cit.*, p.66-67.

du juge, mettent en exergue le rôle joué par les standards dans la normativité du droit international économique.

Ainsi, au-delà du respect des qualités intrinsèques du droit, les standards, loin d'être une atteinte à la cohérence juridique, peuvent s'identifier comme étant une nouvelle façon de penser le droit international économique.

Section 2 : Les standards, une nouvelle façon de penser le droit international économique

A ce stade de l'étude, de nombreux aspects du rôle des standards en droit international économique ont été évoqués et étudiés. Il en reste cependant un, peut-être moins apparent que les autres : les standards juridiques contribuent à l'adaptation du droit international économique aux nouvelles logiques juridiques (§1).

Pour autant, cet aspect de la spécificité fonctionnelle des standards n'est pas un hasard. En effet, si les standards permettent de mettre en œuvre un certain nombre de nouvelles logiques juridiques et trouvent à s'appliquer en droit international économique, c'est certainement parce que le droit international économique, de par ses caractéristiques intrinsèques, est un terrain propice à l'expérimentation juridique (§2).

§1 : Les standards, une « implémentation » des nouvelles logiques juridiques en droit international économique

Le terme « nouvelles logiques juridiques » renvoie à l'idée que le droit est en constante évolution. En effet, il est nécessaire que le droit, tant d'un point de vue de son contenu que de son contenant, change pour répondre aux transformations sociales et rester en adéquation avec la société qu'il régit.

Ainsi, ce n'est pas seulement le contenu du droit qui doit évoluer, c'est également la technique juridique qui doit s'adapter aux transformations qui ne manquent pas de toucher la société internationale.

La vision classique du droit devient parachronique, en ce sens qu'appliquer le droit tel qu'il a été conçu originellement à des situations juridiques actuelles, revient à nier l'évolution de la société internationale et, inévitablement, à commettre des erreurs de droit.

La réponse à ces transformations sociales fait appel à des termes variés tel que le droit « post-moderne », le droit « en réseau » ou encore la « gouvernance ». Si ces termes appellent souvent au scepticisme, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une réalité. Parfois critiqués en raison d'un effet de mode, ces termes revêtent une existence certaine en droit, et plus particulièrement en droit international économique, puisque, de toute évidence, le droit n'est pas hermétique au phénomène du « *savoir à la mode* »¹¹⁶⁹.

S'il est donc vrai que l'étude des nouvelles logiques juridiques correspond à une vision dite « à la mode », dans le cadre d'une thèse sur les standards en droit international économique, cela correspond surtout à un besoin. Il est indéniable que l'existence de telles normes dans un système juridique aussi particulier que le droit international économique implique une réflexion sur la métamorphose du droit et, par conséquent, sur les nouvelles logiques juridiques.

Nous sommes passés d'un ordre juridique économique mondial fondé sur la souveraineté et la toute puissance étatique à un ordre juridique fondé sur la multiplicité de ses acteurs. Cette mutation des rapports juridiques implique nécessairement des conséquences sur la règle de droit au sens large. Que ces conséquences trouvent leur formulation dans des standards juridiques n'est pas un hasard mais révèle un besoin d'une application souple de la norme juridique.

C'est ainsi que les standards ont des répercussions tant sur la structuration du droit international économique (A) que sur sa signification (B).

A- Les standards et les nouvelles logiques juridiques liées à la structuration du droit international économique

Ainsi qu'il a pu être constaté, le droit international économique n'est plus seulement d'origine étatique. Tous ses acteurs participent à son élaboration, à sa construction et ainsi à son évolution. La société des marchands ainsi que la société civile n'hésitent plus à imposer leur besoin d'une régulation normative faisant preuve de souplesse et les acteurs étatiques, qu'il s'agisse des Etats ou des organisations internationales, doivent s'efforcer de répondre à ses besoins ; ce qu'ils se sont attachés de faire par l'adoption des standards.

¹¹⁶⁹ ATIAS Ch., *Epistémologie juridique*, édition Dalloz, collection Précis, Paris 2002, pp.78-79.

La restructuration du droit international économique est donc bien réelle et se révèle être double. En effet, cette restructuration passe par une transformation des rapports de droit : le modèle kelsenien de la pyramide, s'il existe encore, voit émerger à ses côtés d'autres types de rapport qui fonctionnent comme une sorte de réseau dans lequel les standards jouent un rôle important (1). La restructuration passe également par une transformation de la place de l'Etat : les Etats, loin de rester des « êtres » tout puissants du droit international économique complètement souverains doivent entrer en compétition les uns les autres et pour ce faire doivent faire en sorte d'appliquer des standards de bonne gouvernance s'ils veulent rester compétitifs (2).

1) Le rôle des standards dans le droit en réseau

De manière générale, il est indéniable que ce nouveau siècle est le siècle des réseaux, quels qu'ils soient¹¹⁷⁰. La notion de réseau revêt plusieurs caractéristiques qui en font une notion complexe et difficile à cerner. Le réseau s'avère être une notion à la fois rigide et souple puisqu'elle met en évidence d'une part, le contrôle et, d'autre part, l'autorégulation. C'est également une notion à la fois formelle et informelle, visible et invisible ou encore une vision de l'Etat et du marché. Le réseau est à la fois matériel, puisqu'il a pour objet d'organiser l'espace, et spirituel dans le sens où il tend à organiser la société humaine. En d'autres termes, le terme « réseau » revêt des sens divers et fait référence à une multitude d'images qui sont parfois contradictoires¹¹⁷¹.

Etymologiquement, le terme « réseau » renvoie à l'idée d'entrecroisement de fils et de fibres textiles, formant un tissu. On peut ainsi définir le réseau comme étant « *une trame ou une structure, composée d'éléments ou de points, souvent qualifiés de nœuds ou de sommets, reliés entre eux par des liens ou des liaisons, assurant leur interconnexion ou leur interaction et dont les variations obéissent à certaines règles de fonctionnement* »¹¹⁷². Le réseau a donc une structure horizontale puisqu'aucun point n'est subordonné à un autre.

¹¹⁷⁰ Voir à ce sujet, PARROCHIA D. (dir.), *Penser les réseaux*, édition Champ Vallon, Seyssel 2001, 267 pages.

¹¹⁷¹ Voir à ce sujet, BAKIS H., *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, édition PUF, Paris 1993, 127 pages.

¹¹⁷² OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.*, p.24.

Cette définition du terme permet de le mettre en relation avec l'idée de pyramide qui a, jusque là, irrigué la conception classique du droit. En effet, le droit en réseau est désormais une composante de la structure juridique qui tend à se développer aux côtés du droit en pyramide¹¹⁷³. Ainsi, d'un droit étatiste et hiérarchique, on tend vers un droit interdisciplinaire dont la hiérarchie n'a plus de valeur puisque la norme de droit ne revêt pas des valeurs prônées uniquement par la loi mais des valeurs liées à une balance d'intérêts variable en fonction du contexte de son application.

L'apparition de ce droit en réseau est concomitante avec l'apparition de nouveaux organes de diffusion du droit dont les normes ne peuvent pas s'inscrire dans une pyramide de normes étatiques. De ce fait, le réseau est conditionné par un jeu d'interactions. De la structure juridique fermée de la pyramide on passe à une structure ouverte et plus complexe. Mais surtout, le mode de production du droit change.

En effet, c'est la régulation qui prime désormais, plutôt que la réglementation fondée sur un commandement souverain. Le droit en réseau s'accompagne nécessairement d'une gestion souple et évolutive des phénomènes sociaux qui s'efforce de tenir compte des différentes sources de droit.

Si le droit en réseau nécessite que soit mis en place la régulation pour que soit pris en considération la réalité des faits sociaux, ce sont bien les standards, de par leur rôle régulateur¹¹⁷⁴, qui servent au mieux le droit en réseau. En effet, une telle structure du droit en réseau favorise l'application des standards, seule norme susceptible de cohabiter des intérêts divergents. La société internationaliste devenant pluraliste quant à la production du droit, les standards sont les seuls à pouvoir apporter la flexibilité et l'adaptabilité nécessaire à ce genre de société. Avec les standards, « *un méta-principe de relativité généralisée s'insinue [...] au cœur de la rationalité juridique* »¹¹⁷⁵. Ils permettent, en effet, d'atténuer les rigueurs de la structure pyramidale comme celle de la souveraineté de l'auteur de la norme puisqu'avec les standards l'auteur de la norme n'est pas celui qui lui donne son contenu.

¹¹⁷³ C'est ce qu'on pu constater François Ost et Michel Van De Kerchove en précisant que « *de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant les résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation* ». OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *ibid.*, p.14.

¹¹⁷⁴ Voir *supra*, p. 320.

¹¹⁷⁵ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op.cit.*, p.18.

Le droit international économique ne répondant pas aux seules caractéristiques de la structure pyramidale, le rôle des standards en ce domaine est donc tout à fait adapté au contexte du droit international économique.

Le droit en réseau est une nouvelle logique juridique qui, de par ses caractéristiques, offre une place privilégiée aux standards juridiques, seule norme susceptible de pouvoir mettre en œuvre le droit en réseau.

Néanmoins, les standards n'ont pas seulement un rôle à jouer dans le droit en réseau. En effet, il existe une autre nouvelle logique juridique dont l'impact touche la structure juridique et pour laquelle les standards ont une fonction particulière. Il s'agit de la gouvernance.

2) Le rôle des standards dans la gouvernance

Si l'on peut faire remonter le terme « gouvernance » au XII^e siècle avec un sens très technique, c'est-à-dire la direction des baillages¹¹⁷⁶, actuellement le terme reste une notion à la fois vague et controversée. En effet, la gouvernance est définie et entendue de manière très diverse et parfois contradictoire. Il existe deux types d'acception de la gouvernance : la gouvernance privée et la gouvernance publique.

S'agissant de la gouvernance privée, on évoque très souvent la gouvernance d'entreprise¹¹⁷⁷, c'est-à-dire l'ensemble des organes et règles de décision, d'information et de surveillance permettant aux ayants droit et partenaires d'une institution, de voir leurs intérêts respectés et leurs voix entendues dans le fonctionnement de celle-ci¹¹⁷⁸. En d'autres termes, il s'agit d'un terme d'économie qui concerne l'ensemble des dispositifs

¹¹⁷⁶ Voir en ce sens, MOREAU DEFARGES Ph., *La gouvernance*, édition PUF, collection Que sais-je ?, 3^e édition, Paris 2008, p. 5 et s.

¹¹⁷⁷ Le terme anglais, *corporate governance*, est très souvent utilisé.

¹¹⁷⁸ La commission générale de terminologie et de néologie a publié au JO du 22 avril 2009 un avis quant à la définition du terme gouvernance. La définition qui doit en être retenue par les institutions publiques et les entreprises chargées de missions de service public se simplifie singulièrement : « *Manière de concevoir et d'exercer l'autorité à la tête d'une entreprise, d'une organisation, d'un État* ». Il est toutefois précisé en note que « *la gouvernance s'apprécie non seulement en tenant compte du degré d'organisation et d'efficacité, mais aussi et surtout d'après des critères tels que la transparence, la participation, et le partage des responsabilités* ».

de coordination interne à une entreprise, qui apparaissent comme plus efficaces que le marché pour organiser certains échanges. Si cette première acception pourra nous servir de grille de lecture, nous n'étudierons pas le rôle des standards dans ce système de gouvernance.

S'agissant de la gouvernance publique, on évoque généralement la gouvernance mondiale ou encore la bonne gouvernance. Ce terme est apparu dans les années 1980 dans le champ des relations internationales : celui-ci décrit alors, pour les organisations financières, les critères d'une bonne administration publique dans les pays soumis à des programmes de réajustement structurel. Pour les organismes de prêts, une « bonne gouvernance » requiert donc des réformes institutionnelles nécessaires à la réussite des programmes économiques. Nous nous proposons alors d'étudier le rôle des standards dans la gouvernance publique, c'est-à-dire la transposition du système de gouvernance privée aux relations économiques internationales.

Ce système de gouvernance oblige à repenser toute la structure du droit international économique puisque, dans ce système, il est indispensable de penser la somme des différentes façons dont les acteurs du droit international économique gèrent leurs affaires communes. C'est donc un processus continu de coopération et d'accommodement entre des intérêts divers et parfois conflictuels¹¹⁷⁹. Les standards juridiques, en tant que normes du droit international économique, ont alors nécessairement un rôle à jouer dans cette restructuration par la gouvernance. En effet, avec la gouvernance, « *l'Etat n'est plus une entité fermée et souveraine, ne rendant de compte qu'à elle-même* »¹¹⁸⁰. C'est que Kofi Annan, alors secrétaire général des Nations Unies avait évoqué en précisant que « *la souveraineté étatique, dans son sens le plus fondamental, est en pleine redéfinition* »¹¹⁸¹.

La restructuration du droit international économique passe donc par une transformation du rôle et de la légitimité de l'Etat. Si celui-ci reste indéniablement l'entité

¹¹⁷⁹ C'est ce qu'il ressort du rapport de la Commission de Gouvernance Globale, *Our global neighbourhood*, qui donne la définition suivante : « *Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest* », *Our global neighbourhood*, Chapitre 1.

¹¹⁸⁰ MOREAU DEFARGES Ph., *La gouvernance*, *op.cit.*, p.38.

fondamentale du système international, il n'est désormais qu'un acteur important en compétition avec d'autres. La place modifiée de l'Etat se vérifie à l'aune des standards juridiques : si les Etats sont les seuls à pouvoir les rendre effectifs, leur origine est de moins en moins étatique puisque c'est essentiellement le marché qui en fait la demande. En effet, les standards sont un besoin qui s'avère être la traduction de l'intérêt général. A ce titre, on se rend compte que l'intérêt général n'est plus monopolisé par l'Etat mais pluriel, c'est-à-dire exprimé par une multiplicité d'entités tant publiques (outre les Etats, les organisations internationales) que privées (société des marchands et société civile).

Ainsi, la traduction de l'intérêt général par les standards juridiques permet de répondre à deux impératifs de la gouvernance. D'une part, les standards répondent à un impératif démocratique : tous les acteurs du droit international économique peuvent formuler les standards juridiques qui auront toutes les chances d'être suivis puisqu'ils traduisent un besoin, souvent impérieux, de régulation. D'autre part, les standards répondent à un impératif de gestion : les problèmes rencontrés par les acteurs du droit international économique sont nécessairement mieux gérés par eux-mêmes puisqu'ils seront les plus aptes à traiter de la question dans des termes plus concrets. On retrouve là une des caractéristiques des standards, à savoir leur ancrage dans le concret. En d'autres termes, les standards permettent la gouvernance puisqu'un des aspects de la gouvernance c'est l' « *impératif de rassembler tous les acteurs pertinents, tous ceux qui, à des titres divers [...] peuvent et doivent contribuer à la solution du problème* »¹¹⁸². D'après Moreau-Defarges, la communication est une dimension essentielle de la gouvernance. Les standards permettent cette communication et jouent, en ce sens, un rôle capital dans la gouvernance.

Par ailleurs, ce même auteur met en évidence que la gouvernance est indissociable de la régulation. Il est alors clair que les standards, en tant que norme principale permettant la régulation¹¹⁸³, donnent lieu à la gouvernance étant donné que « *la régulation, ses valeurs – fluidité, flexibilité, légèreté, diversité, créativité ... – annoncent la gouvernance* »¹¹⁸⁴.

¹¹⁸¹ ANNAN K., «Two Concepts of Sovereignty», *The Economist*, 18 septembre 1999, pp. 49-50.

¹¹⁸² MOREAU DEFARGES Ph., *La gouvernance*, *op.cit.*, p.58.

¹¹⁸³ Voir *supra*, p. 320.

¹¹⁸⁴ MOREAU DEFARGES Ph., *op.cit.*, p.63.

La gouvernance peut s'envisager comme étant une régulation d'un genre nouveau, non plus seulement fondée sur le droit comme dans l'ordre classique mais sur une sorte d'éthique globale. En d'autres termes, la restructuration du droit international économique doit passer par un autre type de droit, plus adapté, c'est-à-dire qui mette en place des méta-principes correspondant à des valeurs communes fondamentales partagées par le plus grand nombre et susceptibles d'évoluer. Ces principes doivent consister à rendre compatibles les différents systèmes juridiques en faisant émerger une certaine cohérence globale. Si tel est le but de la gouvernance, alors les standards y jouent nécessairement un rôle central. En effet, de par leurs caractéristiques, il ressort que les standards sont l'instrument juridique le plus approprié pour véhiculer les méta- principes permettant l'harmonisation¹¹⁸⁵.

En définitive, les mécanismes de la gouvernance tels qu'évoqués mettent en évidence la nécessité des standards qui deviennent des normes efficaces car utiles.

S'il est indéniable que le droit international économique connaît une restructuration, de par l'équilibre des forces en présence et la place de l'Etat, l'insertion des standards dans les nouvelles logiques juridiques, qui répondent à ces défis, correspond à un besoin et force le juriste à penser autrement le droit international économique.

Pour autant, il n'y a pas que l'évolution de la structure du droit international économique qui nécessite l'usage des nouvelles logiques juridiques. En effet, les nouvelles logiques juridiques sont également présentes dans la transformation de la signification du droit international économique, pour laquelle les standards ont une fonction particulière.

B- Les standards et les nouvelles logiques juridiques liées à la signification du droit international économique

Le droit international économique, suivant le modèle dit « classique » du droit, est fondé sur la toute puissance de l'Etat. Ainsi, la légitimité du droit s'appuie sur l'idée de

¹¹⁸⁵ Voir *supra*, p. 260.

rationalité : « *la domination légale est légitime dans la mesure où le droit est rationnel à la fois dans ses règles et dans sa procédure* »¹¹⁸⁶. Cette domination légale, qui traduit la prééminence du droit étatique, s'identifie à « *la soumission à des règles objectives et impersonnelles, formellement valides, qui ne commandent l'obéissance qu'au regard d'un domaine d'application formellement limité* »¹¹⁸⁷. Il y a donc ainsi une identité entre l'Etat et le droit dès lors que le pouvoir de l'Etat est juridiquement réglé.

C'est en ce sens qu'est vue la signification classique du droit international économique : un droit légitimé par une intervention légale. Pour autant, cette logique juridique est dès lors mise à mal puisque « *l'Etat est désormais placé dans un contexte d'interdépendance structurelle, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté* »¹¹⁸⁸. En effet, la société internationale est désormais complexe et multidimensionnelle et l'Etat ne dispose plus de cette puissance suprême ; il est obligé de composer avec les autres acteurs avec lesquels il va entretenir des rapports d'interdépendance¹¹⁸⁹.

Ces nouveaux rapports d'interaction ont nécessairement modifié les conditions de production du droit et, par là même, la signification du droit international économique. Ces phénomènes d'interaction caractérisent le droit dit « post-moderne »¹¹⁹⁰. Ce droit répond aux évolutions économiques et sociales consécutives au mouvement de la mondialisation.

Il apparaît néanmoins un grand scepticisme quant à ce concept de droit « post-moderne ». Il a été qualifié, par exemple, de « *catch-all concept* »¹¹⁹¹ par certains auteurs car « *à bien regarder les sollicitations multiples auxquelles se trouve soumise la catégorie 'post-modernité', on finit par s'en inquiéter : n'est-elle pas en mesure de dire et de contenir tout et son contraire ? Non seulement parce qu'il s'agit d'une catégorie nomade*

¹¹⁸⁶ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op.cit., p.562.

¹¹⁸⁷ WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, édition J.C.B Mohr, 5e édition, Tunbingen 1980, traduction française, *Sociologie du droit*, édition PUF, Paris 1986.

¹¹⁸⁸ CHEVALLIER J., « L'Etat post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, n°39, 2004, p.108.

¹¹⁸⁹ C'est ce que précise Jacques Chevallier en expliquant que « *les Etats ne sont donc plus les seuls acteurs de la vie internationale ; ils doivent composer avec d'autres acteurs, qui déploient eux aussi leur action dans un espace mondial et avec lesquels ils sont en interaction permanente – qu'il s'agisse de partenaires à ménager, d'alliés à conquérir ou d'adversaires à combattre* ». CHEVALLIER J., « L'Etat post-moderne : retour sur une hypothèse », *ibid.*, p.109.

¹¹⁹⁰ CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, op.cit.

¹¹⁹¹ CAILLOSSE J., « Une approche 'tranquillisante' de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier », *Droits*, n°39, 2004, p.123.

capable de s'adapter à tous les terrains comme à tous les publics, mais parce qu'elle se montre, dans le même temps, d'une incroyable légèreté »¹¹⁹².

Il ressort ainsi que « *nous n'avons plus affaire à une théorie, mais bien plutôt à une sorte de thème diffus, dont le noyau n'est plus assignable à tel ou tel. De fait, l'image d'un changement d'ère en cours de réalisation dans le monde du droit ressortit désormais à l'ordre du lieu commun »¹¹⁹³. En d'autres termes, le droit post-moderne est devenu une sorte d'idée-force obsessionnelle au travers de laquelle les juristes lisent, en réalité, le même phénomène, c'est-à-dire la « *transformation en profondeur des modes de penser concernant la relation des éléments entrant dans la composition du système juridique qui se ferait jour »¹¹⁹⁴.**

Pour autant, le droit dit post-moderne est une nouvelle logique juridique qui innerve toutes les branches du droit et, plus particulièrement, le droit international économique. Cette nouvelle logique juridique se détermine par un droit que l'on peut, dès lors, qualifier de « droit doux »¹¹⁹⁵, de « droit spontané »¹¹⁹⁶ ou encore de « droit soluble »¹¹⁹⁷. Ainsi, ce type de droit est particulièrement favorable à l'application de normes contenant des standards juridiques. Le standard s'inscrit, en effet, dans la logique juridique « post-moderne » puisqu'il contribue à l'adaptation de la norme juridique à la complexité et à la diversité des situations de faits issues du mouvement de la mondialisation. C'est ce qui ressort de la définition du droit post-moderne donnée par le professeur Arnaud qui explique que le droit post-moderne « *pourrait être, d'une certaine manière, l'inverse du produit de l'abstraction et de l'axiomatisation du droit, du subjectivisme, de la simplicité et de la sécurité des relations juridiques, de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, de l'universalisme et de l'unité de la raison juridique. Il se caractériserait par une volonté de pragmatisme et de relativisme, l'acceptation du décentrement du sujet, d'une pluralité des rationalités, du risque qui y est attaché, un*

¹¹⁹² CAILLOSSE J., *ibid.*, p.122.

¹¹⁹³ DE BECHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *op.cit.*, p. 47.

¹¹⁹⁴ DE BECHILLON D., *ibid.*, p. 48.

¹¹⁹⁵ Voir ZAGREBELSKY G., *Le droit en douceur*, édition Economica, Paris 2000, 153 pages.

¹¹⁹⁶ Voir TEUBNER G., « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *op.cit.*, p.197 et s.

¹¹⁹⁷ Voir BELLEY J-G. (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, édition LGDJ, collection Droit et Société, Paris 1996, 279 pages.

*retour à la société civile et l'appréhension des relations juridiques dans le cadre complexe de logiques éclatées »*¹¹⁹⁸.

En d'autres termes, les standards répondent à la singularité de la logique juridique de la post-modernité. En effet, la post-modernité agit sur l'impérativité du droit puisqu'elle demande une forme de droit moins prescriptive que la forme classique. En cela, les standards jouent un rôle important dans la post-modernité du droit. La signification du droit international économique subit donc une transformation : la matière s'accommode de contours évanescents dont les standards sont les silhouettes. Finalement, le droit international économique a changé de texture et « *c'est notre façon de penser l'efficacité juridique qui doit changer* »¹¹⁹⁹.

L'évolution du droit moderne vers le droit post-moderne s'est accompagnée d'une transformation de la signification du droit international économique. A une règle précise et contraignante se substitue une norme indéterminée et souple, à savoir les standards. Désormais, la substance de la norme dépend des analyses contextuelles liées à l'idée de normalité qui seront effectuées lors de son application.

Plus que dans n'importe quel autre système de droit, le rôle du standard juridique dans l'application de la règle de droit au travers des nouvelles logiques juridiques est mis en valeur dans l'ordre international économique, le droit international économique étant un terrain propice à l'expérimentation juridique.

§2 : Le droit international économique, un terrain propice à l'expérimentation juridique

La référence au modèle pyramidal et au droit moderne atteste que le droit international économique n'entre pas de ce cadre. A l'ère de la mondialisation, la structure et la signification du droit international économique ont changé et, désormais, cet ordre juridique brouille la conception classique de l'Etat exclusivement souverain et autoritaire.

¹¹⁹⁸ ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, édition LGDJ, collection Droit et Société, Paris 1998, p.152.

¹¹⁹⁹ CAILLOSSE J., « Une approche 'tranquillisante' de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier », *op.cit.*, p.129.

L'Etat n'est plus exclusivement souverain puisqu'il subit la concurrence de nouveaux acteurs qui remettent en cause le monopole traditionnel que l'Etat détenait sur les relations internationales. Ce pluralisme entraîne nécessairement des conséquences quant à l'autorité du droit étatique. Si « *l'unité de la régulation juridique étatique prenait en effet appui sur la construction unitaire de l'appareil d'Etat* »¹²⁰⁰, désormais le mode de production du droit a évolué et c'est le marché pris dans son ensemble qui est à l'origine des normes du droit international économique. En effet, l'Etat n'apparaît plus comme le seul foyer de droit.

Cette restructuration complète d'un système de droit n'a été possible seulement eu égard aux caractéristiques du droit international économique. En effet, une telle évolution, que l'on peut retrouver dans d'autres systèmes juridiques¹²⁰¹, ne peut avoir lieu qu'à l'intérieur d'un système décentralisé et contenant, en lui-même, une multitude d'intérêts divergents. Si cette condition peut se retrouver pour le droit international général, elle revêt une coloration particulière en droit international économique où les intérêts des Etats sont si forts qu'on parle parfois de « guerre économique ».

Le droit international économique, fort de ses caractéristiques et afin de permettre un encadrement des agissements de ses acteurs, a vu se mettre en place une nouvelle forme de droit. Il s'agit d'un droit certes plus souple, mais qui permet de ressembler l'assentiment de tous, préalable nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre économique. Cette nouvelle forme de droit est représentée par les standards juridiques qui ont trouvé là un terrain propice pour se développer.

Le droit international économique combine alors le modèle pyramidal et le modèle du réseau. En effet, d'un côté l'application des règles de droit international économique présente des spécificités résultant de la nécessité de préserver la marge d'appréciation des Etats et, d'un autre côté, il est tout à fait nécessaire de conserver une certaine uniformité du droit international économique. Dès lors, l'application de la règle de droit implique une recherche constante d'équilibre, si bien que la formulation du droit international économique au moyen de notions rigides se révèle, à bien des égards, inadéquate. La

¹²⁰⁰ CHEVALLIER J., « L'Etat post-moderne : retour sur une hypothèse », *op.cit.*, p.112.

¹²⁰¹ C'est également le cas dans le cadre du droit communautaire. En effet, l'Union européenne partage certaines caractéristiques avec le droit international économique étant donné la prédominance économique

combinaison de ces deux paradigmes s'explique par le fait que le droit international économique devient un droit aux origines multiples ce qui rend obsolètes les logiques juridiques classiques. La souplesse qu'offrent les standards juridiques permet de palier les obstacles qu'engendre un tel pluralisme juridique. En d'autres termes, les standards juridiques permettent la mise en œuvre de nouvelles logiques juridiques qui sont indispensables à l'existence de l'ordre économique international compte tenu de ses caractéristiques.

Le droit international économique peut alors être qualifié de « *laboratoire* »¹²⁰² dans lequel sont expérimentées de nouvelles logiques juridiques et dont les standards juridiques en sont l'émanation normative.

du droit communautaire. Voir à ce sujet, BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire, op.cit.*

¹²⁰² Ce terme a notamment été employé par le professeur Delmas-Marty. Voir DELMAS-MARTY M., « Réinventer le droit commun », *Daloz Sirey*, Chroniques vol.1, 1995, spéc. p.4.

Conclusion du Chapitre 2

Les critiques quant à l'affaiblissement du droit international économique en raison de l'usage d'une norme souple, molle ou encore « *soft* » se trouvent, sinon réfutées, du moins écartées. En effet, l'atteinte à la cohérence juridique par les standards reste largement à relativiser en raison même de la nature des standards. Ainsi, leur nature n'est pas propre à les désavantager dans la sphère du droit international économique, mais bien à les avantager. Le fait qu'il s'agisse de normes au contenu indéterminé n'est pas synonyme d'un affaiblissement du droit, mais bien d'une transformation de la vision que l'on a du droit et, par là même, un renforcement de ce droit.

En effet, les qualités intrinsèques du droit restent réellement respecter par les standards que ce soit au niveau de leur élaboration ou au niveau de leur application. Dans ces deux cas, les standards ne diffèrent aucunement des autres normes du droit que l'on considère pourtant comme classiques. Le droit, dans ce qu'il a de plus noble, est conservé, voire même protégé par le garde-fou que constitue le juge.

Bien plus, l'intensification de l'usage des standards en droit international économique nous oblige à transcender notre perception classique du droit pour constater que cette technique juridique se révèle être une véritable nouvelle façon de penser le droit international économique. Le droit international économique, de part sa nature et ses qualités intrinsèques, est un lieu propice où peuvent s'expérimenter les nouvelles logiques juridiques décrites déjà depuis plusieurs années. Il s'agit désormais de considérer qu'une vision trop étroite du droit est obsolète et ne répond plus aux problématiques actuelles de l'ordre juridique international, comme en témoigne l'actualité récente de la crise économique. L'usage répandu des standards permet au moins de palier une difficulté : la réunion de tous les acteurs du droit international économique sur des sujets sensibles en vue d'un assentiment général. Moins contraints, les Etats et les acteurs non étatiques seront plus respectueux de leurs engagements.

Conclusion du Titre 2

Le rôle des standards en droit international économique, bien que très particulier, n'en est pas moins controversé. En d'autres termes, le statut des standards en droit international est l'objet de vifs débats doctrinaux, suscités par des avis divergents. Cette polémique tient à la fois de la nature des standards, norme souple par excellence, et de la vision classique du droit qui doit être rigide et contraignant.

Comme toute controverse, le rôle des standards en droit international économique révèle deux facettes. Ainsi, il est naturel d'envisager que les standards sont un instrument d'atteinte à la cohérence juridique puisque tant leur interprétation que la jurisprudence qu'ils peuvent engendrer sont sujettes à difficulté. Mais l'étude de leur rôle laisse également entrevoir que les standards ne sont qu'une menace relative à la cohérence de l'ordre juridique économique international puisque le droit est tout à fait respecté dans ses qualités intrinsèques et, bien plus encore, les standards servent une nouvelle façon de penser le droit international économique.

Finalement, la controverse sur le rôle des standards en droit international économique ne fait que révéler la puissance juridique dont sont porteurs les standards. En effet, au-delà du simple fait qu'ils ne produisent aucun effet pervers sur l'ordre juridique économique, on se rend compte qu'ils facilitent sa compréhension, voire même son ordonnancement. Loin d'être une simple norme, souple de surcroît, les standards poussent à rendre intelligible le droit international, et, *a fortiori*, le droit international économique qui est le terrain de choix d'expérimentation de cette nouvelle forme juridique.

Conclusion de la Partie 2

L'étude du rôle des standards en droit international économique revient à faire une analyse de la mesure de la force normative des standards en tant que norme.

Cette mesure nous apprend que le rôle des standards est très particulier car dual. En effet, les standards ont un double rôle : ils remplissent à la fois un rôle normatif et un rôle régulateur. Cette dualité fait des standards une norme à la fois très complexe et très complémentaire du droit international économique.

Cette complexité est d'autant plus avérée lorsqu'on considère l'aspect normatif des standards puisqu'ils revêtent différents degrés de normativité¹²⁰³. Ces divers degrés dans la normativité des standards révèlent toute la puissance normative que peuvent renfermer les standards juridiques avec en toile de fond la question suivante : ne vaut-il pas mieux une disposition prospective utile, qu'une disposition contraignante vaine ? Les standards répondent à cette question en alliant à la forme prospective l'efficacité juridique.

L'efficacité juridique ainsi trouvée se couple avec le deuxième rôle des standards, à savoir celui d'être un instrument de la régulation du droit international économique. Efficacité et régulation sont deux notions complémentaires qui trouvent un liant par le biais de la technique du standard juridique.

Pour autant, ce rôle d'efficacité joué par les standards peine à être effectif en raison de la controverse qui entoure cette norme juridique et notamment sur le fait de savoir si les standards ne mettent pas à mal la cohérence du système juridique. Or, si l'on peut soulever des doutes en ce domaine, on s'aperçoit très vite qu'il n'en est rien. En effet, l'instrument juridique que sont les standards est loin de porter atteinte à la cohérence juridique. Plus encore, il permet de mettre en œuvre les nouvelles logiques juridiques au sein même du droit international économique. Ces nouvelles logiques juridiques qui imprègnent tous les systèmes de droit sont le résultat de l'évolution sociétale en la matière, c'est-à-dire qu'elles répondent à un véritable besoin de la société internationale. Pour autant, de nombreuses hésitations subsistent quant à la possibilité de les utiliser

¹²⁰³ Voir les schémas récapitulatifs en annexe, p.407.

pleinement et de leur accorder la place équivalente au rôle important qu'elles peuvent jouer. A ce titre, le droit international économique s'avère être le terrain le plus propice à leur expérimentation en raison de ses caractéristiques et l'usage des standards ne fait que mettre en lumière une tendance qui irrigue tout le droit.

Enfin, on ne peut que déplorer que les standards soient si timides et si effacés quant au rôle qu'ils pourraient tenir au vu des besoins de la Société internationale.

CONCLUSION GENERALE

L'étude de la contribution normative des standards à l'ordre économique international a permis de mettre en lumière que les standards ont une place manifeste dans le droit international économique mais que leur rôle, quant à lui, reste latent.

L'analyse des standards *ratione personae* donne lieu au constat que l'ensemble des acteurs du droit international économique sont concernés par cette technique juridique. Les standards s'avèrent alors être une véritable puissance normative en ce sens que « *la puissance normative n'a que la norme comme instrument privilégié, voire exclusif, d'action internationale* »¹²⁰⁴. On s'aperçoit même que cette puissance normative affiche un nouveau rapport au monde traduisant un souci permanent de réduire le jeu régalien des Etats puisque dans nombre de cas, les Etats ne font que traduire une demande du marché qui s'affiche en amont de l'élaboration étatique des standards. L'ordre privé – le marché – ne cherche pas à faire disparaître l'ordre international économique public pour autant, mais seulement à considérer les Etats comme des acteurs au même titre que les multinationales.

Tous les acteurs sont pris en compte dans l'élaboration des standards et tous les acteurs ont un rôle à jouer dans la normativité internationale. Le droit international économique est donc un droit fondé exclusivement sur la notion d'interdépendance. Avec la technique du standard juridique, on se rend d'autant mieux compte que la souveraineté étatique n'a qu'un rôle supplétif dans l'ordre économique international. En effet, en droit international économique, la seule volonté étatique ne peut être prise en compte. Il est nécessaire que ceux qui pratiquent le droit international économique au quotidien le soient également. D'ailleurs, certains affirment que « *le droit international économique se constitue avec les pierres qu'apportent les praticiens* »¹²⁰⁵.

L'analyse des standards *ratione materiae* aboutit au constat que, sous leurs divers aspects – qu'ils soient généraux ou particuliers – les standards se retrouvent dans tous les domaines du droit international économique. Si la technique juridique du standard se

¹²⁰⁴ LAIDI Z., *La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, édition Les Presses de Science-Po, 2^e édition, Paris 2008, p.63.

¹²⁰⁵ VELLAS P., *Aspects du droit international économique*, édition Pedone, Paris 1990, p.27.

développe ainsi dans le droit international économique, c'est parce que les acteurs des relations économiques internationales se trouvent souvent dans l'impossibilité d'apporter des solutions aux problèmes qu'ils rencontrent par les techniques classiques du droit international qui restent inopérantes. En effet, le droit international économique « *doit son existence, en tant que technique juridique particulière, à l'impossibilité d'appliquer aux relations économiques internationales des techniques beaucoup plus évoluées transposées du droit interne, ou celles inopérantes du droit international public général* »¹²⁰⁶.

La présence des standards juridiques en droit international économique correspond exactement à ce qu'il est possible d'accepter, juridiquement parlant, dans la société économique internationale actuelle afin de résoudre les problèmes précis qui se posent entre les acteurs du droit international économique. En effet, la société économique internationale est en perpétuelle changement et le droit qui la régit doit alors être en perpétuelle adaptation. Les standards sont la technique juridique la plus à même d'assurer ces adaptations constantes. Cette technique juridique s'avère alors utile puisqu'elle permet la résolution des conflits étant donné qu'elle est adoptée dans le cadre d'un réalisme juridique.

Finalement, la technique du standard juridique appliquée au droit international économique ne fait que ressortir une de ses principales caractéristiques : un droit empirique, c'est-à-dire en adéquation avec les faits et la réalité.

Malgré l'utilité avérée des standards, et la place importante qu'ils occupent en droit international économique, les standards n'ont qu'un rôle latent, c'est-à-dire que ce rôle existe mais qu'il ne se manifeste que peu. Ceci est dû à la perception que le monde juridique – acteurs du droit international économique comme doctrine – a de la technique juridique du standard.

Il est ainsi aisé de critiquer la technique juridique qu'emprunte le droit international économique pour s'efforcer d'adapter des règles à l'évolution rapide de la vie économique. Mais cette critique aboutit toujours à dire que le droit international économique se retrouve dans une sorte de précarité. Pourtant, nous y voyons plutôt un signe de durée. En effet, au travers une vision constructiviste des standards en droit international économique, il est alors possible d'aborder la norme sous un autre angle. Sans préjuger de l'effectivité ou de l'efficacité des diverses institutions élaborant les

¹²⁰⁶ VELLAS P., *ibid.*, p.16.

standards, il est alors possible de refuser de penser le système international sur la base d'un clivage entre « force » et « règle » puisque ces termes sont définitivement des construits sociaux qui varient nécessairement dans le temps. Ce qui compte véritablement c'est la norme renvoyant à l'idée de standards de comportements repérables et reconnus, voire légitimés, prescrivant des conduites. Ce qui ne varie pas dans le temps, c'est que les standards renferment des prescriptions codifiées dont la mise en œuvre et le respect sont réputés nécessaires par ceux qui les émettent. Ces standards sont légitimes au fur et à mesure qu'ils sont acceptés.

En d'autres termes, si le contenu des standards peut évoluer au fil du temps et de la vie internationale, ce qui ne changera pas c'est le fait que les standards vont toujours renvoyer à l'idée d'une « règle »¹²⁰⁷ acceptée dont on va attendre qu'elle débouche sur une conduite donnée en vue d'un résultat escompté. Ce que l'on attend de ce comportement dont on espère qu'il soit suivi par tous les acteurs du droit international économique, c'est la stabilité de l'ordre international.

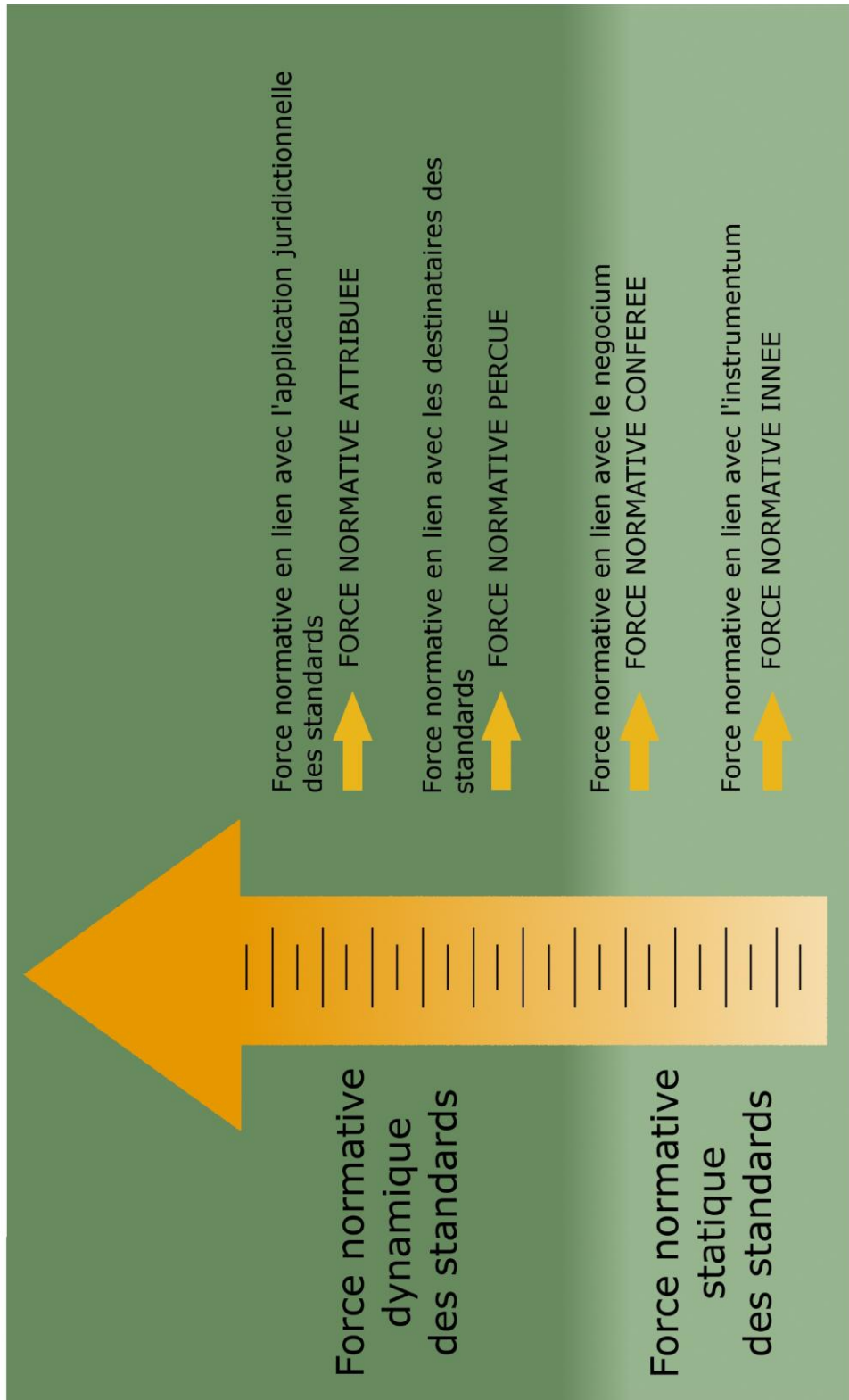
Les standards semblent avoir une réelle efficacité et un réel impact sur le droit international économique, notamment en termes de contribution à la normativité de celui-ci, bien qu'il soit certain que le problème de l'efficacité est tributaire de l'écriture même du droit¹²⁰⁸. En effet, si le problème de l'efficacité des standards se trouvent indéniablement déterminé par l'interprétation qu'il en fait, il résulte de la présente étude qu'accepter que la technique juridique du standard soit appliquée au droit international économique dans toute sa globalité et qu'elle ne soit pas seulement vue comme une simple originalité de passage permettrait sans nul doute de contribuer à fonder un réel système normatif du droit international économique et de dénoncer cette pensée constante que le droit international économique subit une crise d'inefficacité.

¹²⁰⁷ Le terme « règle » est mis entre guillemets car il ne renvoie pas à la définition de la règle juridique suivie de façon contrainte mais à la définition de la règle sociale, c'est-à-dire la règle suivie volontairement.

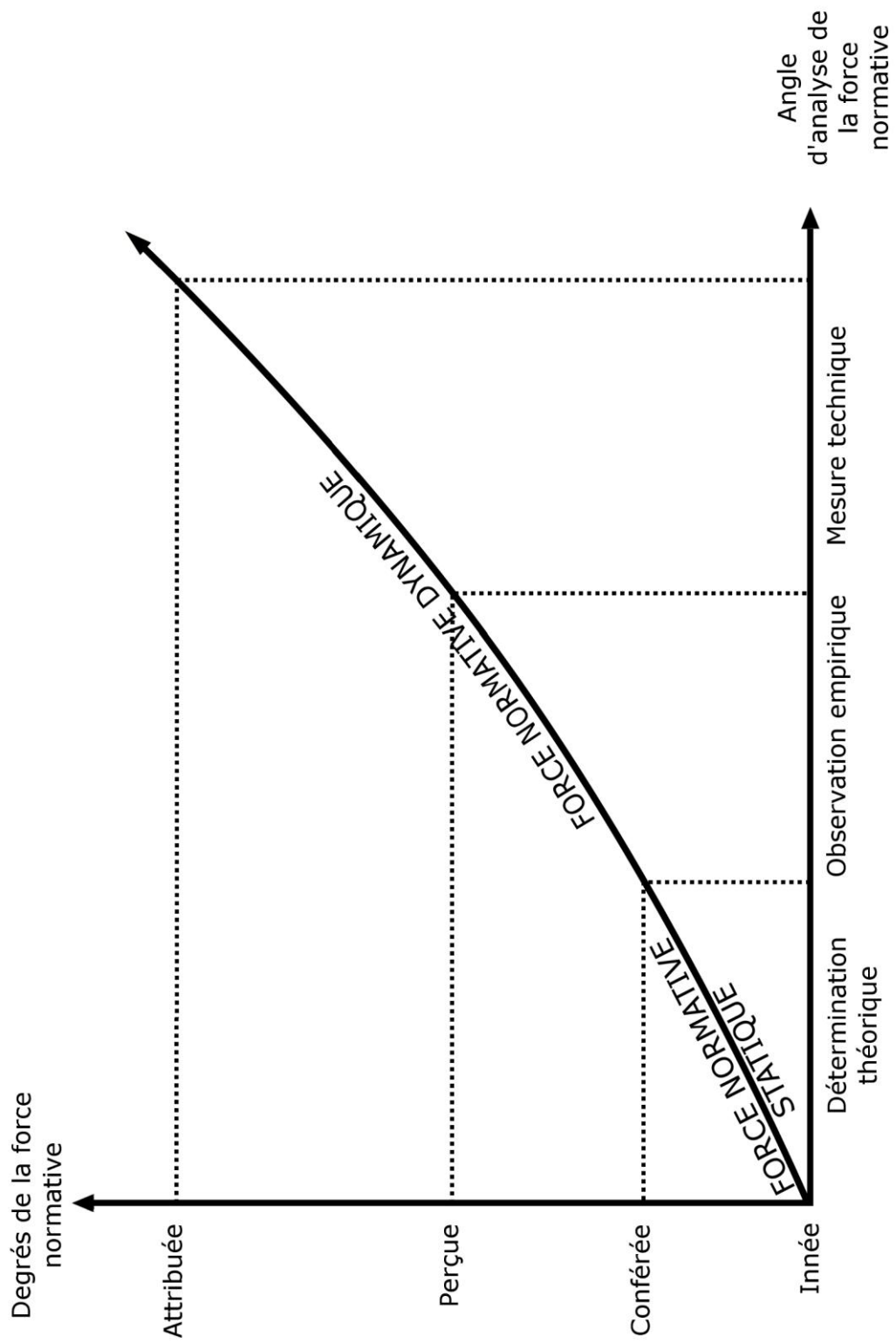
¹²⁰⁸ Voir à ce sujet, CAILLOSSE J., « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, pp.153-159.

ANNEXES

LA FORCE NORMATIVE DES STANDARDS



LA MESURE DE LA FORCE NORMATIVE DES STANDARDS



BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

I- Dictionnaires

A- Dictionnaires juridiques généraux

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, édition PUF LAMY, Paris 2003.

ARNAUD A-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, édition LGDJ, 2^e édition, Paris 1993, 758 pages.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, édition PUF, Paris 2007.

Lexique des termes juridiques, édition Dalloz, 15^e édition, Paris 2005, 662 pages.

B- Dictionnaires juridiques de droit international

Dictionnaire de la terminologie du droit international, publié sous le patronage de l'Union académique internationale, édition Sirey, 1960, 755 pages.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, 1198 pages.

II- Manuels

A- Manuels de droit

DELEBECQUE P. et GERMAIN M., *Traité de droit commercial. Tome II*, édition LGDJ, 17^e édition, Paris 2004, 1323 pages.

DRUFFIN-BRICCA S. et HENRY L-C., *Introduction générale au droit*, édition Gualino, Paris 2007, 484 pages.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, édition Dalloz, 8^e édition, Paris 2009, 656 pages.

B- Manuels de droit international

CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, édition Précis Dalloz, 4^e édition, Paris 2010, 744 pages.

CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2009, 291 pages.

DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public*, édition LGDJ, 8^e édition, Paris 2009, 1709 pages.

DUPUY R.-J. (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, édition Martinus Nijhoff Publishers, 2^e édition, 1998, 967 pages.

HAQUANI Z., SAUNIER Ph., *Droit international économique*, , édition Ellipses, Paris 2007.

JACQUET J.-M. et DELEBECQUE P., *Droit du commerce international*, édition Dalloz, collection cours, 2^e édition, Paris 2000, 413 pages.

LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, édition Dalloz, 9^e édition, Paris 2007, 1025 pages.

III- Ouvrages

A- Ouvrages de droit

ALLARD J. et GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, édition du Seuil, Paris 2005, 96 pages.

ATIAS Ch., *Epistémologie juridique*, édition Dalloz, collection Précis, Paris 2002, 230 pages.

BELLEY J.-G. (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, édition LGDJ, collection Droit et Société, Paris 1996, 279 pages.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, édition Dalloz collection méthodes du droit, 4^e édition, Paris 2004, 374 pages.

BOY L., *Droit économique*, édition l'Hermès, Lyon 2002, 256 pages.

BOY L., RACINE J-B. et SIIRIAINEN F. (dir), *Sécurité juridique et droit économique*, édition Larcier, Bruxelles 2008, 586 pages.

BURGENMEIER B., *Politiques économiques du développement durable*, édition De Boeck, collection Ouvertures économiques, Bruxelles 2008, 280 pages.

CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, édition PUF, 8^e édition, Paris 1999, 224 pages.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, édition PUF, Paris 2004, 415 p.

CASTESTS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, édition L'Harmattan, Paris 2003, 516 pages.

HAZEL F. et COMMAILLE J. (dir), *Normes juridiques et régulation sociale*, édition LGDJ collection droit et société, Paris 1991, 426 pages.

CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, édition LGDJ, Paris 2004, 226 pages.

CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, 454 pages.

DE BECHILLON D., *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, édition Odile Jacob, Paris 1997, 302 pages.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, édition Economica collection recherches juridiques, Paris 2002, 477 pages.

DUMARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, édition Presses de sciences po et dalloz, collection amphi, Paris 2004, 601 pages.

DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, édition PUF, collection Léviathan, Paris 1995, 515 pages.

FARJAT G., *Pour un droit économique*, édition PUF, Paris 2004, 209 pages.

JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le droit économique*, édition PUF, collection Que sais-je ?, 3^e édition, Paris 1982, 126 pages.

JELLINEK G., *L'Etat moderne et son droit*, édition Panthéon-Assas, collection Les introuvables, Paris 2005, 593 pages (Traduction française de Fardis G.).

JOLLIVET M. (dir.), *Le développement durable, de l'utopie au concept. De nouveaux chantiers pour la recherche*, édition Elsevier, collection Environnement, Paris 2001, 288 pages.

KELSEN H. :

- *Théorie générale des normes*, édition PUF, 1996, 604 pages.
- *Théorie pure du droit*, édition Dalloz, Paris 1962, 496 pages.

LABBEE X., *Les critères de la norme juridique*, édition Presses Universitaires de Lille, 1994, 118 pages.

LE BOT O. (dir.), *La sincérité en droit*, édition Larcier, Bruxelles 2011, 282 pages.

MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, édition L'harmattan, Paris 1995, 271 pages.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, édition des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 2002, 596 pages.

PERELMAN Ch. et VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984, 377 pages.

PERELMAN Ch. :

- *L'empire rhétorique : rhétorique et argumentation*, édition Librairie philosophique, 2^e édition, Paris 2009, 224 pages.
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, édition LGDJ, collection Bibliothèque de philosophie du droit, Paris 1984, 203 pages.

PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, édition Defrénois, Paris 2009, 627 pages.

POMADE A., *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, édition LGDJ, Paris 2010, 698 pages.

RAWLINGS R. (dir.), *Law, society and Economy. Centenary essays for the London School of Economics and Political Science. 1895-1995*, édition Oxford University Press, 1997, ??p.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, édition LGDJ, Paris 1980, 564 pages.

SERVERIN E. et BERTHOUD A. (dir.), *La production des normes entre Etat et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre Etat et société civile*, édition L'harmattan, Paris 2000, 315 pages.

SUEUR J-J., *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, édition Presses de l'Université Laval, Montréal 2011, 331 pages.

THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, 891 pages.

TIMSIT G. :

- *Archipel de la norme*, édition PUF, Paris 1997, 252 pages.
- *Les noms de la Loi*, édition PUF, Paris 1991, 199 pages.

VAN DE KERCHOVE M. et OST F. :

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 2002, 597 pages.
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, édition PUF collection les voies du droit, Paris 1988, 254 pages.

VIRALLY M., *La pensée juridique*, édition LGDJ, collection théorie générale du droit, Paris 1998, 222 pages.

ZAGREBELSKY G., *Le droit en douceur*, édition Economica, Paris 2000, 153 pages.

B- Ouvrages de droit international

ADDA J., *La mondialisation de l'économie. Genèse et problèmes*, édition La Découverte, 7^e édition, Paris 2006, 256 pages.

Annales de la régulation (volume 1), édition LGDJ, collection bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris 2006, 659 pages.

ARFAZADEH H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, édition Bruylant, LGDJ et Schultess, Bruxelles 2005, 352 pages.

ARNAUD A-J. :

- *Critique de la raison juridique. Tome 2 : gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, édition LGDJ, collection Droit et Société, Paris 2003, 433 pages.
- *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, édition LGDJ, collection Droit et Société, Paris 1998, 185 pages.

ASCENSIO H., DECAUX E. et PELLET A. (dir.), *Droit international pénal*, édition Pédone, Paris 2000, 1053 pages.

AUDIT M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, édition LGDJ, collection bibliothèque de droit privé, Paris 2002, 423 pages.

BEDJAOUI M. (dir.), *Droit international. Bilan et perspectives. Tome 2*, édition Pédone, Paris 1991, 1361 pages.

BELANGER M., *Institutions économiques et internationales. La mondialisation économiques et ses limites*, édition Economica, collection droit international, 6^e édition refondue, Paris 1997, 218 pages.

BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, édition Bruylant, Bruxelles 2010, 643 pages.

BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2011, 795 pages.

BOISSON DE CHAZOURNES L. et MEHDI R. (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, 391 pages.

BOISSON DE CHAZOURNES L., DESGAGNE R., MBENGUE M. M. et ROMANO C., *Protection international de l'environnement*, édition Pédone, Paris 2005, 808 pages.

BRANT L.N.C, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, édition LGDJ, Paris 2003, 391 pages.

BRETON-LE GOFF G., *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, 263 pages.

BROSSET E. et TRUILHE MARENGO E. (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, 334 pages.

BRUNSSON N. et JACOBSSON B. (dir.), *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, 188 pages.

BRÛTSCH Ch. et LEHMKUHL D. (dir.), *Law and legalization in transnational relations*, édition Routledge, New-York et Londres 2007, 244 pages.

CAVARE L., *La notion de bonne foi et quelques unes de ses applications en droit international public*, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1963-1964, 65 pages.

CHARVIN R., *Relations internationales, droit et mondialisation. Un monde à sens unique*, édition L'Harmattan, collection logiques juridiques, Paris 2000, 344 pages.

CHEDLY L., *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, édition Centre de publication universitaire, Tunis 2002, 671 pages.

CHEMILLIER-GENDREAU M. et MOULIER-BOUTANG Y. (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, édition PUF, Paris 2001, 216 pages.

CHENG B., *General principles of law. As applied by international courts and tribunals*, édition Cambridge University Press, Londres 2006, 490 pages.

CORDELLIER S. (dir.), *Mondialisation au-delà des mythes*, édition La découverte, collection Les dossiers de l'état du monde, Paris 1997, 174 pages.

CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, 696 pages.

COURET A. et MALECKI C. (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, édition Joly, Paris 2010, 510 pages.

CREPEAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, 294 pages.

DAILLIER P., DE LA PRADELLE G. et GHERARI H. (dir.), *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, 1119 pages.

DE SADELEER N., *Les principes pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, édition Bruylant, Bruxelles 1999, 437 pages.

DELMAS-MARTY M. (dir.) :

- *Critique de l'intégration normative*, édition PUF, Paris 2004, 330 pages.
- *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, édition société de législation comparée, Paris 2001, 157 pages.

DELMAS MARTY M. :

- *Trois défis pour un droit mondial*, édition du Seuil, Paris 1998, 200 pages.
- *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, édition PUF, collection essais-débats, Paris 2004, 388 pages.
- *Les forces imaginantes du droit. Tome 1 : le relatif et l'universel*, édition du Seuil, Paris 2004, 439 pages.
- *Les forces imaginantes du droit. Tome 2 : le pluralisme ordonné*, édition du Seuil, Paris 2006, 303 pages.
- *Les forces imaginantes du droit. Tome 3 : la refondation des pouvoirs*, édition du Seuil, Paris 2007, 299 pages.
- *Pour un droit commun*, édition du Seuil, 1994, 306 pages.

DELMAS-MARTY M., FRONZA E. et LAMBERT-ABDELGAWAD E. (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la CPI*, édition Société de législation comparée, Paris 2004, 488 pages.

DELMAS-MARTY M., MUIR WATT H. et RUIZ FABRI H. (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, édition société de législation comparée, Paris 2001, 485 pages.

DELPLANQUE M., *Gouvernance globale. Gouvernement du monde*, éditions Bénévent, Nice 2004, 337 pages.

DUPUY P-M. et VIERUCCI L. (dir.), *NGOs in international law. Efficiency in flexibility ?*, édition Edward Elgar, 2008, 281 pages.

DUPUY R-J., *Dialectiques du droit international. Souveraineté des Etats, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité*, édition Pédone, Paris 1999, 371 pages.

Enforcing environmental standards : economic mechanisms as viable means ?, édition Rüdiger Wolfrum, collection Springer, 640 pages.

FOUCHARD P., *Ecrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, édition du Comité français de l'arbitrage, Paris 2007, 802 pages.

FOUCHARD P., GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, édition Litec, Paris 1996, 1225 pages.

GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI. Volume II*, édition Pédone, Paris 2010, 750 pages.

GHERARI H. et SZUREK S. (dir), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, édition Pédone, collection cahiers internationaux, n°18, Paris 2003, 350 pages.

GOLDSMITH L. J. et POSNER A. E., *The limits of international law*, édition Oxford University Press, 2005, 262 pages.

GUZMAN T. A. et SYKES O. A., *Research Handbook in international economic law*, édition Edward Elgar, Northampton 2007, 624 pages.

HANSON D., *CE marking, product standards and world trade*, édition Cheltenham, Northampton 2005, 236 pages.

JACQUEMOT F., *Le standard européen de société démocratique*, édition Université Montpellier I, Monéditeur.com, 713 pages.

JOLIVET E., *Les INCOTERMS. Etude d'une norme du commerce international*, édition Litec, collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris 2003, 486 pages.

KAHN Ph. et WALDE W. Th., *Les aspects nouveaux du droit des investissements*, édition Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, 1036 pages.

KASSIS A., *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats, arbitrage internationaux et lex mercatoria*, édition LGDJ, Paris 1984, 602 pages.

KIEFFER B., *L'OMC et l'évolution du droit international public*, édition Larcier, Bruxelles 2008, 371 pages

KISS A. et BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, édition Pédone, 3^e édition, Paris 2004, 424 pages.

KIRTON J.J. et TREBILCOCK M.J., *Hard choices, soft law. Voluntary standards in global trade, environment and social governance*, édition Ashgate, Burlington 2004, 372 pages.

KOLB R. :

- *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, édition Bruylant, Bruxelles 2006, 959 pages.
- *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, édition PUF, Paris 2000, 756 pages.
- *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, édition Bruylant, Bruxelles, 2003,

KONE M., *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, édition LGDJ, collection Bibliothèque de droit privé, Paris 2003, 410 pages.

KRIEGER-KRYNICKI A., *L'organisation mondiale du commerce. Structures juridiques et politiques de négociation*, édition Vuibert, 2^e édition, Paris 2005, 260 pages.

La mondialisation entre illusion et utopie, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, 530 pages.

LAIDI Z., *La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, édition Les Presses de Science-Po, 2^e édition, Paris 2008, 291 pages.

LAVIEC J-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, édition PUF, Paris 1985, 331 pages.

LEBEN Ch. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, édition LGDJ, Paris 2006, 396 pages.

LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel français et la CEDH*, édition LGDJ collection bibliothèque constitutionnelle et de science-politique, Paris 2005, 401 pages.

LOQUIN E. et KESSEDJIAN C. (dir.), *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, 612 pages.

LOVE P. et LATTIMORE R., *Le commerce international. Libre, équitable et ouvert ?*, édition Les essentiels de l'OCDE, Paris 2009, 223 pages.

LUFF D., *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, 1278 pages.

MAHMOUD M-S., *Les contradictions du droit mondialisé*, édition PUF, Paris 2002, 250 pages.

MOCKLE D. (dir.), *Mondialisation et Etat de droit*, édition Bruylant, Bruxelles 2002, 411 pages.

MORAND Ch-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, 477 pages.

MOREAU DEFARGES Ph., *La gouvernance*, édition PUF, collection Que sais-je ?, 3^e édition, Paris 2008, 127 pages.

MOUSSERON J-M., FABRE R., RAYNAUD J. et PIERRE J-L., *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise*, édition Litec, Paris 1997, 515 pages.

ORAKHELASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, édition Oxford University Press, Oxford 2008, 594 pages.

OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, édition LGDJ, Paris 1992, 515 pages.

PANIZZON M., *Good faith in the jurisprudence of the WTO. The protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute settlement*, édition Schulthess, Oregon 2006, 396 pages.

PICKER B. C., BUNN D. I. et ARNER W. D. (dir.), *International economic law. The state and future of the discipline*, Oxford and Portland edition, Oregon 2008, 337 pages.

REMICHE B. et RUIZ FABRI H. (dir.), *Le commerce international. Entre bi- et multilatéralisme*, édition Larcier, Paris 2010, 395 pages.

REUTER P., *Introduction au droit des traités*, édition PUF, 3^e édition, Paris 1995, 251 pages.

ROSIK P., *Les transformations du droit international économique ; les Etats et la société civile face à la mondialisation économique*, édition L'Harmattan, Paris 2003, 330 pages.

RUIZ FABRI H. et GRADONI L. (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, édition Société de législation comparée, vol.16, Paris 2009, 575 pages.

SANDS Ph., *Principles of international environmental law. Vol 1 : Frameworks, standards and implementation*, édition Manchester University Press, 2005, 773 pages.

SANTOS A. P. et TOE J. Y., *OHADA. Droit commercial général*, édition Bruylant, collection Juriscope, Bruxelles 2002, 478 pages.

SCHEPEL H., *The constitution of private governance. Product standards in the regulation of integrating markets*, , édition Oxford University Press, 2005, 460 pages.

SHELTON D. (dir.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, 560 pages.

SIORAT L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, édition LGDJ, Paris 1958, 479 pages.

SMOUTS M-C. (dir.), *Les nouvelles relations internationales. Pratiques et théories*, édition Presses de Science-Po, Paris 1998, 410 pages.

STERN B., *Un nouvel ordre économique international ? Volume 1*, édition Economica, Paris 1983, 740 pages.

STIGLITZ J.E., *Le rapport Stiglitz. Pour une vraie réforme du système monétaire et financier international*, édition LLL, Paris 2010, 298 pages.

STIGLITZ J.E. et CHARLTON A., *Pour un commerce mondial plus juste*, édition Fayard, Paris 2007, 420 pages.

SUR S., *L'interprétation en droit international public*, édition LGDJ, Paris 1974, 449 pages.

TIGER P., *Le droit des affaires en Afrique. OHADA*, édition PUF, collection Que sais-je ?, Paris 1999, 127 pages.

VELLAS P., *Aspects du droit international économique*, édition Pedone, Paris 1990, 237 pages.

VIOLET F., *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, édition Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 533 pages.

VOGEL L. (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éditions Panthéon Assas, édition Droit comparé, Paris 2001, 149 pages.

WEIL P., *Ecrits de droit international*, édition PUF, collection doctrine juridique, Paris 2000, 423 pages.

IV- Mélanges

Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales, édition Litec, Paris 1982, 427 pages.

Etudes offertes à Pierre Bellet, édition Litec, Paris 1991, 534 pages.

Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco : Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration, LUKE G., RESS G., WILL M. R. (dir), édition Carl Heymanns Verlag KG, 1983, 984 pages.

Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy, édition Pédone, Paris 1991, 382 pages.

Internationalité dans les institutions et le droit ; convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey, édition Pédone, Paris 1995.

L'Etat moderne : horizon 2000 ; mélanges offerts à P-F Gonidec, édition LGDJ, Paris 1985, 543 pages.

L'évolution du droit international ; mélanges offerts à Hubert Thierry, édition Pédone, Paris 1998, 427 pages.

L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité ; mélanges offerts à Georges Abi-Saab, BOISSON DE CHAZOURNES L. et GOWLLAND-DEBBAS V. (dir.), édition Martinus Nijhoff, 2001, 849 pages.

Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas, BOISSON DE CHAZOURNES L. et KOHEN M. (dir.), édition Brill, 2010.

Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter, édition Pédone, Paris 1981, 584 pages.

Liber Amicorum Guy Horsmans, édition Bruylant, Bruxelles 2004, 1198 pages.

Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, LEBEN C., LOQUIN E. et SALEN M. (dir), édition Litec, Dijon 2000, 717 pages.

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, édition Bruylant, Bruxelles 1993, 659 pages.

Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éditions Frison-Roche, 1999, 587 pages.

Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, édition Dalloz, Paris 2007, 1740 pages.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Tome II : les sources générales des systèmes juridiques actuels, édition Duchemin, Paris 1977, 573 pages.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Tome III : les sources des diverses branches du droit, édition Duchemin, Paris 1977, 546 pages.

V- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)

ABI-SAAB G., *Cours général de droit international public*, RCADI 1987-7, vol 207, pp.9 à 464.

JACQUE J-P., *Acte et norme en droit international public*, RCADI 1991-2, vol 227, pp.361 à 417.

JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI 1994-6, vol 250.

KAUFMAN E., *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 1935-4, vol. 54, pp.309 à 620.

KESSEDJIAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, RCADI 2002, vol. 300, pp.83-308.

LAUTERPACHT H., *Les travaux préparatoires et l'interprétation des Traités*, RCADI 1934, vol. 48, pp.709-815.

LEBEN Ch., *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, RCADI 2003, pp. 201 à 386.

PASTOR RIDRUEJO J. A., *Le droit international à la veille du 21^{ème} siècle : normes, faits et valeurs*, RCADI 1998, vol 274, pp.13 à 308.

ROUCOUNAS E., *Facteurs privés et droit international public*, RCADI 2002, vol 299, 420 pages.

SCHWARZENBERGER G., *The principles and standards of international economic law*, RCADI 1966-I, vol 117, pp.5 à 98.

SEIDL-HOHENVELDERN I., *International economic soft law*, RCADI 1979-2, pp. 174 à 265.

STRENGER I., *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, RCADI 1991-2, vol 227, pp.211 à 350.

WEIL P., *Le droit international en quête de son identité*, RCADI 1992-6, vol 237, 369 pages.

VI- Actes de colloques

Aspects du droit international économique ; élaboration, contrôle, sanction, SFDI Colloque d'Orléans, édition Pédone, Paris 1972.

BEN ACHOUR R. et LAGHMANI S. (dir.), *Acteurs non étatiques et droit international*, Actes du colloque de Tunis des 6, 7 et 8 avril 2006, édition Pedone, Paris 2007, 398 pages.

BOURCIER D. et MACKAY P. (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Actes du séminaire de Royaumont d'octobre 1991, édition LGDJ, Paris 1992, 486 pages.

CHEMAIN R. (dir.), *La refondation du système monétaire et financier international. Evolutions réglementaires et institutionnelles*, Actes du colloque de l'OCDE des 16 et 17 mars 2010, édition Pédone, collection Cahiers internationaux n°25, Paris 2011, 361 pages.

DERAINS Y. et GHESTIN J., *La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989, édition LGDJ, Paris 1990, 170 pages.

ETRE C., *Valeur juridique des codes de conduite d'entreprises et étude de leur portée au sein de la distribution*, Colloque d'Avignon de mars 2007 sur les relations entre industrie et grande distribution alimentaire, 19 pages.

FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L. et PINI J., *Autour de la qualité des normes*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008, édition Bruylant, collection A la croisée des droits, Bruxelles 2010, 327 pages.

FATIN-ROUGE M., GAY L. et VIDAL-NAQUET A., *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 5 et 6 novembre 2010, édition Bruylant, collection A la croisée des droits, Bruxelles 2012, 352 pages.

HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque de Tunis des 3 et 4 mars 2006, édition Pédone, Paris 2007, 338 pages.

L'élaboration du droit international, SFDI Colloque de Toulouse, édition Pédone, Paris 1975, 224 pages.

La bonne foi. Journées louisianaises, édition Litec, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris 1994, 585 pages.

La juridiction internationale permanente, SFDI Colloque de Lyon, édition Pédone, Paris 1987, 439 pages.

La nécessité en droit international, SFDI Colloque de Grenoble, édition Pédone, Paris 2007, 382 pages.

La réorganisation mondiale des échanges, SFDI Colloque de Nice, édition Pédone, Paris 1996, 337 pages.

Les grandes clauses des contrats internationaux, 55^e séminaire de la commission droit et vie des affaires (Bruxelles 11 et 12 mars 2005), édition Bruylant, Bruxelles 2005, 386 pages.

Les standards dans les divers systèmes juridiques, Colloque de l'Université de droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, RRJ 1988 n°4, pp.805 à 1193.

MALJEAN-DUBOIS S. et MEHDI R. (dir.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable*, Actes du colloque d'Aix des 15 et 16 janvier 1999, édition Pedone, Paris 1999, 205 pages.

PAILOT P., *La protection des normes sociales fondamentales dans les relations inter-organisationnelles : les exemples de l'autoréglementation et de la régulation unilatérale*, XV^{ème} Conférence Internationale de Management Stratégique, Annecy/Genève, 13-16 juin 2006.

SUEUR J-J. (dir.), *Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Toulon, édition Bruylant, Bruxelles 2007, 366 pages.

VII- Contributions dans des ouvrages collectifs

ABI-SAAB G., « Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, édition Bruylant, Bruxelles 1993, pp. 59-68.

AL SANHOURY A.A., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Tome II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, édition Duchemin, Paris 1977, pp.144-156.

ARNAUD A.-J., « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, pp.13-18.

ARTS B. et KERWER D., « Beyond legalization ? How global standards work », in *Law and legalization in transnational relations*, édition Routledge, New-York et Londres 2007, pp.144-165.

ASANTE K.B.S., « Droit international et investissements », in *Droit international. Bilan et perspectives. Tome 2*, édition Pédone, Paris 1991, pp.711-737.

AUBY J.-B., « Prescription juridique et production juridique », in *Normes juridiques et régulation sociale*, édition LGDJ collection droit et société, Paris 1991, pp.159-170.

AUDEOUD O., « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les ONG », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, édition Pédone, collection Cahiers internationaux, n°18, Paris 2003, pp.23-32.

AYED I. et ABIDA M., « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain (2004) et canadien (2005), in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque de Tunis des 3 et 4 mars 2006, édition Pédone, Paris 2007, pp.139-151.

BADIE B., « De la souveraineté à la capacité de l'Etat », in *Les nouvelles relations internationales. Pratiques et théories*, édition Presses de Science-Po, Paris 1998, pp.37-58.

BARRIERE-BROUSSE I., « La création normative des Etats. Point de vue privatiste », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, pp.133-148.

BEN ACHOUR R., « Les entités non étatiques et la justice internationale », in *Acteurs non étatiques et droit international*, pp.45-60.

BEN ACHOUR Y., « Etat, cultures et mondialisation », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, pp. 101-122.

BOISSON DE CHARZOURNES L. :

- « Normes, standards et règles en droit international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp. 43-56.

- « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, pp.351-376.
- « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 19-42.
- « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », *Pour un droit commun de l'environnement*, édition Dalloz, Paris 2007, pp.39-57.
- « Policy guidance and compliance : the world bank operational standards », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.281-303.

BOTHE M., « The evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law », in *Enforcing environmental standards : economic mechanisms as viable means ?*, édition Rüdiger Wolfrum, collection Springer, pp.13-38.

BOUSTANY K. et HALDE N., « Mondialisation et mutations normatives : quelques réflexions en droit international », in *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, pp. 37-59.

BOUTONNET M., « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit » in, *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, pp.479-498.

BOY L. :

- « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.183-196.
- « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp. 57-79.
- « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, édition Larcier, Bruxelles 2008, pp.333-353.

BOYE A., « Ce que 'dire' le droit international veut dire ou, comment, par qui et où s'élabore actuellement le droit international », in *L'Etat moderne : horizon 2000 ; mélanges offerts à P-F Gonidec*, édition LGDJ, Paris 1985, pp.453-468.

BROSSET E. et TRUILHE-MARENGO E., « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.13-42.

BROWN WEISS E., « Conclusions : understanding compliance with soft law », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.535-553.

BRUNSSON N. et JACOBSSON B. :

- « Following standards », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.127-137.
- « The contemporary expansion of standardization », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.1-17.
- « The pros and cons of standardization. An epilogue », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.169-173.

BRUNSSON N. :

- « Organizations, Markets and standardization », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.21-39.
- « Standardization and uniformity », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.138-150.

CASTILLO M., « Les grandes étapes de l'évolution de l'ordre économique international », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.9-17.

CAZALA J., « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre 'règle pertinente de droit international applicable entre les parties' en tant que 'passerelle' jetée entre systèmes juridiques différents », in *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, édition Société de législation comparée, vol.16, Paris 2009, pp.95-136.

CHARNEY L.J., « Compliance with international soft law », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.115-118.

CHASSAGNARD-PINET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative. Naissance d'un concept*, édition LGDJ-Bruylant, Paris 2009, pp.153-163.

CHEMAIN R. :

- « L'ordre économique international à l'heure de la mondialisation », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.19-29.
- « Vers une meilleure coordination internationale des politiques économiques ? Le cadre du G20 pour une croissance forte, durable et équilibrée », in *La refondation du système monétaire et financier international. Evolutions réglementaires et institutionnelles*, Actes du colloque de l'OCDE des 16 et 17 mars 2010, édition Pédone, collection Cahiers internationaux n°25, Paris 2011, pp. 87-114.

CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le droit international et la régulation », in *La régulation entre droit et politique*, édition L'harmattan, Paris 1995, pp.57-70.

CHEVALLIER J. :

- « De quelques usages du concept de régulation », in *La régulation entre droit et politique*, édition L'harmattan, Paris 1995, pp.71-93.
- « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.21-46.

CHINKIN Ch., « Normative development in the international legal system », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.21-42.

COHEN-TANUGI L., « Le droit sans les Etats ? », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, pp.285-289.

COMBACAU J., « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponses », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, édition Pédone, Paris 1981, pp.181-204.

COSNARD M., « La création normative des Etats. Point de vue publiciste », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, pp.149-172.

COURET A., « La dimension internationale de la production du droit. L'exemple du droit financier », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.197-205.

DAILLIER P. :

- « La soft law », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.123-130.
- « Les organisations internationales économiques », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.59-66.

DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la régulation (volume 1)*, édition LGDJ, collection bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris 2006, pp.3- 43.

DELMAS-MARTY M. et IZORCHE M-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, édition société de législation comparée, Paris 2001, pp. 73-99.

DIMA-EHONGO P., « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale et mondiale », in *Critique de l'intégration normative*, édition PUF, Paris 2004, pp. 179-225.

DUONG L., « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in *Sécurité juridique et droit économique*, édition Larcier, Bruxelles 2008, pp.207-233.

DUPUY P-M., « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, édition Pedone, collection cahiers internationaux, n°18, Paris 2003, pp.5-18.

FARJAT G. :

- « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, édition Litec, Dijon 2000, pp.613-661.
- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privées », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.151-164.

FIN-LANGER L., « L'intégration du droit du contrat en Europe », in *Critique de l'intégration normative*, édition PUF, Paris 2004, pp.37-111.

FONTAINE M. :

- « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux, 55^e séminaire de la commission droit et vie des affaires* (Bruxelles 11 et 12 mars 2005), édition Bruylant, Bruxelles 2005, pp.1-15.
- « Les principes UNIDROIT et l'arbitrage international », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, pp.443-460.

FORTEAU M., « Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par la France », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pedone, Paris 2004, pp.755-763.

FOUCHARD Ph., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*. A l'initiative de LEBEN Charles, LOQUIN Eric, SALEN Mahmoud, édition Litec, Dijon 2000, pp.95-115.

FRISON-ROCHE M-A., « Le droit des deux mondialisations », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, pp.17-23.

FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans la mondialisation*, édition PUF, Paris 2001, pp.57-75.

FURUSTEN S., « The knowledge base of standards », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.71-84.

GAILLARD E., « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, édition Litec, Paris 1991, pp.203-217.

GALLAND J-P, « L'Europe et la normalisation technique », in *La production des normes entre Etat et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre Etat et société civile*, édition L'harmattan, Paris 2000, pp.259-265.

GAY L., « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, édition Bruylant, collection A la croisée des droits, Bruxelles 2012, pp. 107-139.

GENIAUT B., « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, éditions Bruylant et LGDJ, Paris 2009, pp.183-197.

GIANFALDONI P., « Modèles économiques de l'organisation et modèles d'organisation productive : les différentes conceptions de la normalisation », in *La production des normes entre Etat et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre Etat et société civile*, édition L'harmattan, Paris 2000, pp.267-296.

GIARDINA A., « La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, édition Bruylant, Bruxelles 1993, pp.223-234.

GOMAA M., « Non-binding agreements in international law », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, pp.228-250.

GRANDE STEVENS F., « Economie à l'échelle mondiale et circulation de modèles juridiques », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, pp.487-500.

GRAZ J-Ch., « La gouvernance hybride du commerce mondial : l'OMC et la politique réglementaire », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, pp.227-246.

HAAS. M. P., « Choosing to comply : theorizing from international relations and comparative politics », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in*

the international legal system, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp. 43-64.

HENNING R., « Selling standards », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.114-124.

HEUSCHLING L., « 'Effectivité', 'efficacité', 'efficience' et 'qualité' d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, édition Bruylant, collection A la croisée des droits, Bruxelles 2012, pp.27-59.

HIGGINS R., « The reformation in international law », in *Law, society and Economy. Centenary essays for the London School of Economics and Political Science. 1895-1995*, édition Oxford University Press, 1997, pp.207-224.

HORCHANI F., « Rapport introductif », in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque de Tunis des 3 et 4 mars 2006, édition Pédone, Paris 2007, pp.3-16.

JACOBSSON B., « Standardization and expert knowledge », in *A world of standards*, édition Oxford University Press, 2000, pp.40-49.

JACQUET J-M., « Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*. A l'initiative de LEBEN Ch., LOQUIN E., SALEN M., édition Litec, Dijon 2000, pp.75-93.

JAUFFRET-SPINOSI C., « Les instruments de l'harmonisation du droit (commission Lando et unidroit) », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, édition Bruylant, Bruxelles 2004, pp.559-573.

JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, édition LGDJ, collection droit et sociétés recherches et travaux, Paris 1998, pp.47-72

JENNINGS R.Y., « Law-making and package deal », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, édition Pédone, Paris 1981, pp.347-355.

JOUANNET E., « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, pp.191-232.

JUILLARD P. :

- « Existe t-il des principes généraux du droit international économique ? », in *Internationalité dans les institutions et le droit ; convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, édition Pédone, Paris 1995, pp.243-252.

- « Les organisations internationales économiques », in *Manuel sur les organisations internationales*, édition Martinus Nijhoff Publishers, 2^e édition, 1998, pp.649-683.

KAHN Ph. :

- « A propos des sources du droit du commerce international », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éditions Frison-Roche, 1999, pp.185-192.
- « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, édition Litec, Paris 1982, pp.97-107.
- « L'autorégulation », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, pp. 197-207.

LAJOIE A., ROBIN R. et CHITRIT A., « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous », in *Lire le droit : langue, texte et cognition*, édition LGDJ, Paris 1992, pp.155-169.

LAMBERT-ABDELGAWAD E., « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la CPI*, édition Société de législation comparée, Paris 2004, pp.97-134.

LANFRANCHI M-P., « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.187-198.

LATTY F., « Le droit transnational économique », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.109-119.

LEBEL A. G., « La mondialisation : une hypothèse galvaudée aux effets dramatiques », in *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, pp.18-33.

LEBEN Ch. :

- « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*. A l'initiative de LEBEN Charles, LOQUIN Eric, SALEN Mahmoud, édition Litec, Dijon 2000, pp.119-175.
- « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international ; mélanges offerts à Hubert Thierry*, édition Pédone, Paris 1998, pp.247-280.

LE MASSON D. et STENAY S., « Les INCOTERMS », in *La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989*, édition LGDJ, Paris 1990, pp.37-54.

LOQUIN E., « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, édition Litec, Dijon 2000, pp.23-51.

M'RAD H., « La participation des acteurs non étatiques aux conférences internationales », in *Acteurs non étatiques et droit international*, pp. 79-99.

MALJEAN-DUBOIS S. :

- « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.199-231.
- « Environnement et développement, les Nations Unies à la recherche d'un nouveau paradigme », in *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable*, édition Pédone, Paris 1999, pp.9-33.

MARTIN SERF A., « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, pp. 179-182.

MBENGUE M.M., « Technique de l'opting-out : acceptation par les Etats des normes techniques internationales », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.121-151.

MEHDI R., « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Travaux du CERIC, édition Bruylant, Bruxelles 2005, pp.9-18.

MERLE M. :

- « Le concept de transnationalité », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, édition Pédone, Paris 1991, pp.223-231.
- « Un imbroglio juridique : le 'statut' des OING entre le droit international et les droits nationaux », in *Internationalité dans les institutions et le droit ; convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, édition Pédone, Paris 1995.

MICHALET Ch-A. :

- « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », in *Souveraineté étatique et marchés*

internationaux à la fin du 20^{ème} siècle ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, édition Litec, Dijon 2000, pp.433-451.

- « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, pp.11-38.

MORAND C.-A., « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation ? », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, pp.153-175.

MORIN P-F., « Place des acteurs privés dans le processus de normalisation du Codex alimentarius », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.175-186.

MUIR WATT H., « Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, pp.243-262.

NOUGARET G., « *Les sources non conventionnelles internationales* », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pédone, Paris 2004, pp.105-108.

O'CONNELL M. E., « The role of soft law in a global order », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp. 100-114.

PELLET A. :

- « La lex mecatorea, tiers ordre juridique ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, édition Litec, Dijon 2000, pp.53-74.
- « Vers une mondialisation du droit international ? », in *Mondialisation au-delà des mythes*, édition La découverte, collection Les dossiers de l'état du monde, Paris 1997, pp.93-100.

PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », in *L'interprétation dans le droit. Archives de philosophie du droit*, édition Sirey, Paris 1972, pp.29-37.

PROULX P-P., « La mondialisation de l'économie et le rôle de l'Etat », in *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, édition Bruylant, Bruxelles 1997, pp.123 à 137.

REINICKE H. W. et MARTIN WITTE J., « Interdependance, Globalization and sovereignty : the role of non-binding international legal accords », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.75-100.

RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984, pp.39 à 53.

RICHARD V., « Normes techniques internationales : articulations, collisions et perspectives », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.265-281.

RIFFARD J-F., « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'Etat de droit », in *Mondialisation et Etat de droit*, édition Bruylant, Bruxelles 2002, pp.275-290.

ROTH-ARRIAZA N., « Soft law in a hybrid organization : the international organization for standardization », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.263-281.

RUBIO F., « L'impact des acteurs non étatiques sur la rédaction des traités internationaux », in *Acteurs non étatiques et droit international*, pp. 62-78.

RUIZ FABRI H., « Les enjeux de la normalisation internationale », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.315-321.

SACCO R., « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, édition société de législation comparée, Paris 2001, pp.195-199.

SALMON J. :

- « Changements et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, édition Bruylant, Bruxelles 1993, pp. 427-442.
- « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984, pp.251-268.

SANDERS P., « Codes of conduct and sources of law », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, édition Litec, Paris 1982, pp.281-298.

SANDS Ph. :

- « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, pp.85-103.

- « Vers une transformation du droit international », in *Droit international n°4, Institut des Hautes Etudes International de Paris*, édition Pédone, Paris 2000, pp.179-268.

SCHANZE E., « International standards. Functions and links to law », in *International Standards and The Law*, édition Stämpfi Publishers, Berne 2005, pp.83-103.

SEVE R., « La mondialisation entre illusion et utopie », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, édition Dalloz, collection archives de philosophie du droit, Tome 47, pp.3-16.

SHELTON D., « Law, non law and the problem of soft law », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.1-18.

SILVA ROMERO E., « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale », in *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Nouveaux développements*, édition LGDJ, Paris 2006, pp.331-343.

SIMMA B. et PAULUS A., « Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit) », in *Droit international pénal*, édition Pédone, Paris 2000, pp.55-69.

SIMMONS B., « International efforts against money laundering », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp. 244-261.

SIMON D., « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco : Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration*, édition Carl Heymanns Verlag KG, 1983, pp.707-719.

SOREL J-M, « Commentaire de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 », in *La convention de Vienne sur le droit des traités. Commentaire articles par articles*, CORTEN O. et KLEIN P. (dir), édition Bruylant, Bruxelles 2006, pp.1289-1338.

STERN B. :

- « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, édition Pédone, Paris 1981, pp.479-499.
- « La nécessité économique et financière », in *La nécessité en droit international*, SFDI Colloque de Grenoble, édition Pédone, Paris 2007.

SUSANI N., « L'encadrement juridique de l'investissement sur le continent américain », in *Droit de l'économie internationale*, édition Pedone, Paris 2004, pp.733-738.

SZUREK S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, édition Pédone, collection Cahiers internationaux, n°18, Paris 2003, pp. 49-75.

TEUBNER G., « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, édition Bruylant, Bruxelles 2001, p.197 et s.

THOME N., « Participation et représentation des Etats dans l'élaboration des normes du Codex Alimentarius », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Travaux du CERIC, édition La documentation française, collection Monde européen et international, Paris 2006, pp.91-104.

THOUVENIN J-M., « Les objectifs du 'système monétaire et financier international' : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », in *La refondation du système monétaire et financier international. Evolutions réglementaires et institutionnelles*, Actes du colloque de l'OCDE des 16 et 17 mars 2010, édition Pédone, collection Cahiers internationaux n°25, Paris 2011, pp.15-29.

TOUSCOZ J., « La réorganisation mondiale des échanges : quelques questions juridiques », in *La réorganisation mondiale des échanges*, SFDI Colloque de Nice, édition Pédone, Paris 1996, pp.5-31.

VALTICOS N., « La crise du droit international et l'avenir des organisations internationales », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, édition Martinus Nijhoff, 2001, pp.719-729.

VAN HOUTTE H., « La modélisation substantielle », in *La mondialisation du droit*, édition Litec, Paris 2000, pp. 207-236.

VELLAS P., « Les sources informelles du droit international public », in *L'élaboration du droit international*, SFDI Colloque de Toulouse, édition Pédone, Paris 1975, pp.70-80.

VIVIEN F-D., « Histoire d'un mot, histoire d'une idée : le développement durable à l'épreuve du temps », in *Le développement durable, de l'utopie au concept. De nouveaux chantiers pour la recherche*, édition Elsevier, collection Environnement, Paris 2001, pp.19-60.

WAEDELDE Th., « Multilateral investment agreements in the year 2000 », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, édition Litec, Dijon 2000, pp.389-431.

WEIL P. :

- « Droit international et contrats d'Etat », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, édition Pédone, Paris 1981, pp.549-582.
- « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », in *Aspects du droit international économique ; élaboration, contrôle, sanction. Colloque d'Orléans pour la SFDI*, édition Pédone, Paris 1972, pp.1-34.
- « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in *Etudes offertes à Berthold Goldman : le droit des relations économiques internationales*, édition Litec, Paris 1982, pp.387-414.

WIRTH A. D., « Compliance with non-binding norms of trade and finance », in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, édition Oxford University Press, New-York 2000, pp.330-344.

VIII- Articles de revue

AMSELEK P. :

- « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, pp.7-10.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp.275-294.
- « La teneur indéfinie du droit », *RDP* n°2, 1991, pp.1199 à 1216.

ARNAUD A-J. :

- « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue Droit et Société* 1997, n°35, pp.11-35.
- « Le droit comme produit », *Revue Droit et Société* 1994, n°27, pp.293-300.

BAIRD D. et WEISBERG R., « Rules, standards and the battle of the form », *Virginia Law Review*, vol.68, n°6, septembre 1982, pp.1217-1262.

BAXTER R.R., « International law in 'her infinite variety' », *ICLQ* vol 29, n°4, octobre 1980, pp.549-566.

BEHRENS P., « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », *RIDE* 2003, pp.339-356.

BODANSKY D., « Rules and standards in international law », *NYU Law school*, mars 2003.

BOURDEAUX G., « Bâle III et la résilience du secteur bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, Mars 2012, n°2, pp.1-14.

BISMUTH R., « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de stabilité financière », *JDI*, n°1, Janvier 2007, pp.1-22.

BONELL M. J., « The UNIDROIT principles of international commercial contracts and the harmonisation of international sales law », *RJT* n°36, 2002, pp.335-354.

BOY L. :

- « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RIDE*, 2003, pp.471-493.
- « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, Etudes et doctrines.

BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, 2011, n°2, pp.311-327.

BUZZINI G.P., « La théorie des sources face au droit international général. Réflexion sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2002, n°3, pp.581-615.

CHEVALLIER J. :

- « La régulation juridique en question », *Revue Droit et Société* n°49, 2001, pp.827-846.
- « L'Etat post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, n°39, 2004, pp.107-120.

CORTEN O., « Les technique reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *RGDIP*, 2011, n°2, pp. 351-366.

D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », *RDP*, 2006, n°1, pp.231-243.

DARANKOUM E.S., « L'application des principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *RJT* 2002 n°36, pp.421-480.

DEBLOCK Ch., « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », *Centre études internationales et mondialisation, Cahier de recherche 05-07*, Octobre 2005, 17 pages.

DEBLOCK Ch., BRUNELLE D. et RIOUX M., « Globalisation, investissements et concurrence, la voie du régionalisme : le projet des Amériques », *Centre études internationales et mondialisation, Cahier de recherche 01-09*, Septembre 2001, 62 pages.

DELEBECQUE Ph., « Les standards dans les droits romano-germaniques », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.871-885.

DELMAS-MARTY M., « Réinventer le droit commun », *Dalloz Sirey, Chroniques* vol.1, 1995, pp.1-4.

DIESSE F., « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI* 2002 n°1, pp.55-112.

DISTEFANO G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, 2011, n°2, pp.373-396.

DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, 2007 (Hors-Série), pp.245-268.

ECKHOFF T., « Guiding standards in legal reasoning », *Current Legal Problems*, 1976, vol. n°29, pp.205-209.

FARJAT G., « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, pp. 511-531.

FORAY D., « Standardisation et concurrence : des relations ambivalentes », *Revue d'économie industrielle* n°63, 1^e trimestre 1993, 19 pages.

FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », *RRJ-Droit prospectif* n°1, 1991, pp.755-768.

FRISON-ROCHE M-A. :

- « L'élaboration d'un système comptable globalement unifié aboutira à la création d'un standard juridique mondial », *LPA*, 10 décembre 1999, n°246, p.4.
- « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, n°110, 3 juin 2002, pp.3-7.
- « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p.5 et s.

GAILLARD E., « Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, pp.5-30.

GAMBELLI F., « Définitions et typologies des normes techniques », *LPA*, 11 février 1998, n°18, p.5.

GRAZ J-Ch., « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue Etudes Internationales*, vol.35, n°2, juin 2004, pp.233-260.

HILLGENBERG H., « A fresh look at soft law », *EJIL* 1999, vol.10, n°3, pp. 499-515.

HORCHANI F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI* 2004, n° 2, pp.367-417.

HUET J., « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle lex mercatoria ? », *LPA*, 10 novembre 1995, n°135, p.8.

JUILLARD P. :

- « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *AFDI*, 2004, vol 50, pp.669-682.
- « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *JDI*, 1979, pp.274-325.

KAPLOW L., « Rules versus standards : an economic analysis », *Duke Law Journal*, vol.42 n°3, pp.557-629.

KESSEDJIAN C., « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par l'UNIDROIT », *Revue critique de droit international privé* n°4, 1995, pp.84-670.

KOROBKIN B. R., « Behavioral analysis and legal form : rules versus standard revisited », *Oregon Law Review*, vol. 79 n°1, 2000.

KRASNER D.S., « Structural causes and regime consequences : regimes as intervening variables », *International Organization*, vol.36, n°2, 1982, pp.185-203.

LANORD-FARINELLI M., « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* n°2, 2005, pp.738-751.

LATTY F., « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011, n°2, pp. 459-480.

LEBEN Ch., « Entreprises multinationales et droit international économique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* n°4, 2005, pp.777-788.

MANCIAUX S., « Analyse de la crise économique actuelle au regard du droit des investissements internationaux », *Revue de droit bancaire et financier*, Septembre-Octobre 2009, pp.13-19.

MATHIEU B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du droit constitutionnel*, 2001, n°11, pp.106-111.

MATTLI W. et BÜTHE T., « Setting international standards. Technological rationality or primacy power ? », *World Politics*, vol.56, n°1, octobre 2003, pp.1-42.

MODERNE F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* n°2, 1999, pp.722-742.

MUZNY P., « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ*, 2006, n°1, pp.31-49.

- MYERS D., « The names and scope of treaties », *AJIL*, n°51, 1957, pp.574-605.
- NAVARRO J-S., « Standards et règles de droit », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.833-846.
- ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.1037-1068.
- OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ* 1995, pp.509-531.
- PACLOT Y., « Vers une régulation financière mondiale », *Revue de droit bancaire et financier*, Novembre-décembre 2009, p.1.
- PATTARO E., « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.813-822.
- PERNOLLET J., « Le processus d'élaboration des normes techniques aux plans national, communautaire et international », *LPA*, 11 février 1998, n°18, p.12.
- PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.825 et s.
- PONS J-F., « Mobilité bancaire : les bonnes pratiques au sein de l'Union Européenne », *Revue Banque* n°699, février 2008, pp.47-49.
- POULAIN B., « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *RGDIP* 2007-4, pp.803-827.
- RABU G., « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *RIDE*, 2008, pp.335-356.
- RAPP L., « Les nouvelles régulations économiques », *AJDA*, 20 juin 2001, n°6, pp.560-573.
- RAYMOND G., « Problems and prospects in the study of international norms », *Mershon International Studies Review*, vol.41, n°2, novembre 1997, pp.205-245.
- RICHARD P., « Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste », *RIDC*, n°4, 2005, pp.900-920.

ROMI R., « Codex Alimentarius : de l'ambivalence à l'ambiguïté », *RJE* n°2, 2001, pp.201- 213.

SALAH M.M.M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE* 2001 n°3, pp.252-302.

SUR S., « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, pp.901-923.

TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur des 'standards' », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.1123-1147.

TEBOUL G., « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDP*, 1993, pp.939-948.

THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD Civ*, 2003, pp.599-628.

THOMSON E.J., « Norms in international relations : a conceptual analysis », *International Journal of Group Tensions*, vol.23, n°1, 1993, pp.67-83.

THOYER S. et TUBIANA L., « Les légitimités de la régulation internationale : Etats, acteurs et institutions dans l'économie politique des échanges », *Revue Economies et sociétés* n°4, 1998, pp.149-167.

TIMSIT G. :

- « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n°78, avril-juin 1996, pp.375-394.
- « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, pp.39-75.

TRAHAN A-M., « Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *RJT* 2002 n°36, pp.623-636.

TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, 1970, vol 22 n°2, pp.247-261.

ULLRICH H. :

- « Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes », *RIDE* 2003, pp.206-213.
- « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE* 2003, pp.291-311.

WEBER R. et GERTSCH R., « L'importance des standards internationaux pour la surveillance des marchés financiers », *Revue de politique économique* n°3, 2005, pp.16-19.

WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n°1, pp.5-47.

WITZ C., « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilan et perspectives », *JDI* 2006, n°1, pp.5-25.

WROBLEWSKI J., « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp.847-867.

XUE-BACQUET B., « Une régulation complexe dans l'intégration financière », *Revue Droit et Société* n°46, 2000, pp.457-473.

YOKARIS A., « L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988 n°4, pp. 929-939.

IX- Articles parus sur internet

BRAC M., *Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, www.glose.org/CEDCACE3.pdf

CHATZISTAVROU F., « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, décembre 2007, <http://leportique.revues.org/index591.html>

GUILLAUME G., « La justice internationale à l'aube du XXIème siècle », *Perspectives internationales et européennes*, juillet 2005, <http://revel.unice.fr/pie/index.html?id=33>

LEBEN Ch., *L'évolution du droit international des investissements*, www.jurispolis.com

PEETERS A., *Les codes de conduite, instruments de régulation des multinationales ? Le meilleur ou le pire*, juin 1999, <http://users.skynet.be>

QUEINNEC Y., *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Un statut juridique en mutation*, www.asso-sherpa.org

RAMEL F., *Diplomatie de catalyse et création normative. Le rôle des ONG dans l'émergence de la Cour Pénale Internationale*, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/AFRI%2046.pdf>

X- Travaux de recherche

AL SANHOURY A.A, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Bibliothèque de l'Institut du droit comparé de Lyon, édition Giard, Paris 1925, 361 pages.

BEN MARZOUK E., *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse Paris II, 2003, 577 pages.

BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Thèse 2006, Strasbourg III, 562 pages.

BOURCIER D. et TAUZIAC V., *Du standard technique à la norme juridique. Impacts et enjeux*, Rapport final, CNRS et Université de Paris I, Ministère de la Justice, Mission de recherche droit et justice, 1995, 95 pages.

BROT V., *Le droit et la morale. Etude sur les standards juridiques relatifs à la moralité*, Mémoire de DEA, Université d'Aix-Marseille, 124 pages.

CARDON M., *La compétence internationale de l'Etat en droit international économique. L'effet extraterritorial des normes du commerce international*, Thèse 2001, Lyon III, 654 pages.

DUONG L., *La notion de raisonnable en droit économique*, Thèse 2004, Nice Sophia-Antipolis, 448 pages.

FAVRE J-M., *Essai sur la notion de standard dans la jurisprudence internationale*, Thèse 1994, Paris I, 719 pages.

GITTON Y., *L'APEC (Asia Pacific Economic Cooperation) et les règles du droit international économique dans la région Asie Pacifique : un modèle pour la coopération au XXIe siècle ?*, Thèse 2008, Paris I, 604 pages.

MORIN P-F, *La régulation sociale des sociétés transnationales*, Thèse 2007, Aix-Marseille III, 526 pages.

OBIDZINSKI M., *Economie d'un droit flexible*, Thèse Nancy II, 2006, 218 pages.

OKILASSALI M., *La détermination du droit applicable dans la jurisprudence arbitrale du centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, Thèse 2000, Paris V, 553 pages.

RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse de 1978, édition LGDJ, Paris 1980.

STATI M.O., *Le standard juridique*, thèse 1927, Paris, 398 pages.

WALDE W. Th., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, édition Pédone, Institut des hautes études internationales de Paris, Cours et travaux n°2, Paris 2004, 78 pages.

WEISBERG G., *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, Thèse 2003, Paris II, 520 pages.

XI- Documentation officielle

Assessing the implementation of standards : a review of experience and next steps, FMI et Banque Mondiale, janvier 2001, 37 pages.

Charte éthique et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, Groupe ALPHA, mars 2004, 15 pages.

Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaires et financières : déclaration de principe, FMI 1999, 17 pages.

Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes, Guide de référence 2007, OCDE 2007, 144 pages.

Code de la libéralisation des mouvements de capitaux, OCDE 2007, 184 pages.

Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, Juin 2000, document n°TD/TC/WP(99)56/FINAL.

Comprendre le codex alimentarius, 3^e édition, OMS et FAO, 2006, 51 pages.

Fair and equitable treatment standard in international investment law, OCDE 2004, document de travail sur l'investissement international, n°2004/3, 44 pages.

FATOUROS A.A., *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, OCDE, DAF/IME/RD(99)3, septembre 1999, 14 pages.

Groupe Thalès, *Guide de référence. Ethique du commerce. Prévention de la corruption*, 2002, 25 pages.

KRUT R., *Globalization and civil society. NGO influence in international decision-making*, United Nations Research Institute for Social Development, Discussion paper, Avril 1997.

L' « expropriation indirecte » et le « droit de négociier » dans le droit international de l'investissement, OCDE 2004, document de travail sur l'investissement international n°2004/4, 24 pages.

La gouvernance européenne, Livre Blanc de la commission européenne, COM (2001) 428 final, du 25 juillet 2001, 40 pages.

Les avantages de la libéralisation des échanges et de l'investissement, OCDE 1998, 128 pages.

Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu, Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, août 2001, TD/TC/WP(2001)10/FINAL, 120 pages.

Multilateral influences on the OECD guidelines for multinational enterprises, OCDE 2005, document de travail sur l'investissement international n°2005/2, 14 pages.

OIT, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite*, 1998, GB.273/WP/SDL/1.

Rapport du Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, 159 pages.

Rapport sur le commerce mondial 2008, *Le commerce à l'heure de la mondialisation*, OMC, 222 pages.

Répertoire des rapports et des décisions (1995-2004), Organe d'appel de l'OMC, Genève 2005, 790 pages.

Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics, OCDE 2001, 120 pages.

XII- Jurisprudences

A- Jurisprudences internes

C.Cass., 1^e Ch. Civ., 13 octobre 1981.

CC, décision n°93-323 DC, 5 août 1993.

Cass. Crim., 14 octobre 1998.

CA Grenoble, ch. Com., 21 octobre 1999.

C.Cass., Ch.Com., 23 janvier 2007.

B- Jurisprudences internationales

1) Sentences arbitrales

AAPL c. Sri Lanka, sentence arbitrale du 27 juin 1990.

Affaire des Grisbadarna (Norvège c. Suède), sentence arbitrale (CPA) du 23 octobre 1909.

Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine, sentence arbitrale du 8 novembre 2010.

AMCO c. Indonésie, sentence arbitrale du 25 septembre 1983.

Aminoil c. Koweït, sentence arbitrale du 24 mars 1982.

Aramco c. Arabie Saoudite, sentence arbitrale du 23 août 1958.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, sentence arbitrale du 12 mai 2005.

Continental Casualty Company c. Argentine, sentence arbitrale du 5 septembre 2008.

Desert Line Projects LLC c. Yémen, sentence arbitrale du 6 février 2008.

Emilio Agustin Maffezini c. Espagne, sentence arbitrale du 25 janvier 2000.

Enron c. Argentine, sentence arbitrale du 22 mai 2007.

Loewen c. Etats-Unis, sentence arbitrale du 26 juin 2003.

Metalclad c. Mexique, sentence arbitrale du 30 août 2000.

Noble Ventures c. Roumanie, sentence arbitrale du 12 octobre 2005.

Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili, sentence arbitrale du 8 mai 2008.

Plama Consortium Ltd c. Bulgarie, sentence arbitrale du 8 février 2005.

Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Jordanie, sentence arbitrale du 9 novembre 2004.

SD Meyers c. Canada, sentence arbitrale du 12 novembre 2000.

Sentence CCI n°2291, 1975.

Sentence CCI n°5065, 1986.

Sentence CCI n°7365, 1997.

TecMed c. Mexique, sentence arbitrale du 29 mai 2003.

Telenor c. Hongrie, sentence arbitrale du 13 septembre 2006.

Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. c. République Arabe de Libye, sentence arbitrale du 19 janvier 1977.

Tza Yap Shum c. Pérou, sentence arbitrale du 19 juin 2009.

Waste Management c. Mexique, sentence arbitrale du 30 avril 2004.

Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine, sentence arbitrale du 8 décembre 2008.

2) **Jurisprudences de l'ORD**

Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil, WT/DS241, 19 mai 2003.

Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis, OMC, WT/DS155/R, 19 décembre 2000.

Australie – Mesures visant les importations de saumon, OMC, WT/DS18/RW, 18 février 2000.

Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques réchappés, OMC, WT/DS332/16, 29 août 2008.

Canada – Automobiles, WT/DS139/12,

Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques, OMC, WT/DS114/13,

CE – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998.

CE – Désignation commerciale des sardines, OMC, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, 16 janvier 1998.

CE – Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant, OMC, WT/DS135/AB/R.

Chili – Boissons alcooliques, WT/DS87/15,

Etats-Unis – Loi sur la compensation, OMC, WT/DS217/14,

Etats-Unis – Normes concernant l’essence nouvelle et ancienne formules, OMC, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

Etats-Unis – Prohibition à l’importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, OMC, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

Etats-Unis – Restrictions à l’importation de thon, OMC, WT/DS21R/R, 3 septembre 1991.

Etats-Unis – Restrictions à l’importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, OMC, WT/DS24/AB/R, 10 février 1997.

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, OMC, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996.

3) Jurisprudences de la CIJ

CIJ, affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, 1974.

CIJ, affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010.

CIJ, affaire du *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), 3 juin 1985.

CIJ, affaire *ELSI*, 20 juillet 1989.

CIJ, affaire sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949.

CII, *Avis sur le Sud-Ouest Africain*, 11 juillet 1950.

4) **Jurisprudences de la CPJI**

Affaire des Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex, 1933.

Avis relatif à la compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron, 1926.

XIII- Sites internet

Site internet de l'OCDE : www.oecd.org

Site internet de l'OMC : www.wto.org

Site internet du FMI : www.imf.org

Site internet du Groupe de la Banque Mondiale : www.banquemondiale.org

INDEX

A

Accord,
 Accord Général sur le Commerce des Services, 145
 Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce, 145
 Accord sur les mesures concernant les investissements et liés au commerce, 145
 Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, 145
 Accord sur les obstacles techniques au commerce, 145
 Accord sur les subventions et mesures compensatoires, 145
 Accords de Bretton Woods, 16
 Accords de Marrakech, 16
 Accord antidumping, 331
 Accord de Libre Echange, 130, 132
 Accord de Libre Echange Nord Américain, 130, 132, 133, 181, 195
 Accord Général sur le Commerce des Services, 145
 Accord Multilatéral sur l'Investissement, 99
 Accord sur les obstacles techniques au commerce, 147
 Accords Commerciaux Régionaux, 129, 130, 135, 137
ACR *Voir* Accords Commerciaux Régionaux
Affaire *Aminoil*, 327
AFNOR *Voir* Association Française de Normalisation
ALE *Voir* Accord de Libre Echange
ALENA *Voir* Accord de Libre Echange Nord Américain

American National Standards Institute, 50
ANSI *Voir* American National Standards Institute
APEC *Voir* Asia Pacific Economic Cooperation
Arbitraire du juge, 310, 381
Asia Pacific Economic Cooperation, 134, 135, 136, 137
Association Française de Normalisation, 50
Association Internationale des Contrôleurs d'Assurances, 3, 222
Autorité des Marchés Financiers, 224

B

Banque mondiale, 98

C

CCI *Voir* Chambre du Commerce Internationale
Chambre du Commerce Internationale, 233
Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 283
Charte des Nations Unies, 61
Charte internationale des droits de l'Homme *Voir* droits de l'Homme
CIJ, 54, 55, 60, 77, 109, 167, 184
CIRDI, 180, 181, 182, 184
Clause CIRDI, 202
Clause de hardship, 239
Clause de la nation la plus favorisée, 172
Clause de stabilisation, 206
Clauses d'*electio juris*, 204
Codes de bonne conduite, 58
 Codes hybrides, 105
 Codes opérationnels, 104

Codes de conduite, 57, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 103, 104, 105, 118, 119
 Codex Alimentarius, 147
 Codification, 45
 Comité de Bâle, 219, 328
 Commission Lando, 229
 Compendium of standards, 211
 Conférence de la Havanne, 143
 Conseil de Stabilité Financière, 4, 210
 Contrats d'Etat, 25, 79, 203
 Convention d'Helsinki du 17 mars 1992, 59
 Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 314
 Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 131
 Coutume, 16, 17, 18, 19, 20, 63, 126

D

Déclaration de Marrakech, 171, 172
 Déclaration universelle *Voir* droits de l'Homme
 Directive, 23
 Discrétionnaire du juge, 377, 378, 379
 Doctrine Calvo, 133
 Droit en réseau, 385
 Droit international de l'environnement, 56
 Droit négocié, 30
 Droits de l'Homme, 54

E

Effet utile, 305
Erklärungstheorie, 353

F

Fédération Internationale des Comptables, 328
 Flexibilité, 25, 57, 63, 79, 80, 109, 167
 Forum de Stabilité Financière, 4, 211

G

GATT *Voir* General Agreement on Tariffs and Trade
 General Agreement on Tariffs and Trade, 97, 143, 144, 145, 147, 148, 164
 Georg Jellinek, 291, 292
 Globalisation, 9, 48, 81, 122, 123, 127
 Gouvernance, 387
 Bonne gouvernance, 388
 Gouvernance d'entreprise, 387
 Gouvernance mondiale, 388
 Greenpeace, 106, 118
 Groupe d'Action Financière, 328

H

Harmonisation, 62
 Hart, 42, 290

I

IASC *Voir* International Accounting Standards Committee
 Incoterms, 233
 Indemnisation prompte, adéquate et effective, 200
 Indétermination, 34
 Instrumentum des standards, 274, 279, 281
 International Accounting Standards Committee, 139
 International Organization for Standardization, 47, 49, 51, 58
 International Union for Conservation of Nature, 118
 Interprétation, 12, 37, 38, 41, 99, 113, 120, 122, 125, 162, 164, 178, 182, 257, 264, 266, 267, 277, 282, 298, 301, 304, 305, 311, 312, 335, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 360, 379, 417, 419, 424, 428, 431, 435
 Interprétation évolutive, 356
 Interprétation objective, 354
 Interprétation subjective, 351

ISO *Voir* International Organization for Standardization

J

Joint Forum, 223

Jus commune, 125

K

Kelsen, 19, 52, 288, 378

L

Lex facit arbitrum, 313

Lex mercatoria, 114, 115, 116, 166, 229, 327

Libertés fondamentales *Voir* droits de l'Homme

Libre-échange, 132, 171, 181, 326

M

Mondialisation, 9, 25, 45, 61, 62, 63, 69, 74, 77, 79, 80, 92, 93, 94, 95, 97, 109, 110, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 129, 130, 134, 140, 142, 191, 230, 248, 301, 302, 314, 319

Montesquieu, 62

N

Negocium des standards, 274, 281

Non liquet, 311

Normalisation, 29, 37, 47, 48, 49, 50, 52, 58, 83, 147, 148

Normalité, 36

Norme, 29

Norme Spéciale de Diffusion des Données, 5, 213

O

Obstacles techniques au commerce

Normes techniques, 50

OCDE *Voir* Organisation de Coopération et de Développement Economique

OGM *Voir* Organismes Génétiquement Modifiés

OHADA *Voir* Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

OICV *Voir* Organisation Internationale des Commissions de Valeurs Mobilières

OIT *Voir* organisation international du travail

OMC *Voir* organisation mondiale du commerce

ONG *Voir* organisations non gouvernementales

Opération de délimitation maritime *Voir* droit international de la mer

Ordre international économique, 319

Organe d'appel, 144, 145, 164

Organisation de Coopération et de Développement Economique, 58

Organisation européenne de coopération économique, 148

Organisation Internationale des Commissions de Valeurs Mobilières, 126

Organisation Internationale du Travail, 55

Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, 134

Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, 137, 138, 139, 140

Organisations internationales, 48, 49, 57, 77, 94, 97, 98, 102, 109, 122, 140, 141, 142, 143, 146, 148

Organisations non-gouvernementales, 69, 77, 79, 84, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 117, 118, 119, 425

Organismes Génétiquement Modifiés, 118

P

Pacta sunt servanda, 166

Pays d'Europe Centrale et Orientale, 124

PECO *Voir* Pays d'Europe Centrale et Orientale
Politiques et Standards Opérationnels de la Banque Mondiale, 326
Principe du « *stare decisis* », 368
Principe *ejusdem generis*, 362
Principes Directeurs de la Banque Mondiale, 192, 193, 199, 201
Principes généraux de droit, 13

R

Raisonnement décisive du juge, 307, 308
Rapport sur l'Observation des Normes et Codes, 214
Ratio Cooke, 220
Règle de droit, 11
Régulation, 9, 25, 37, 47, 48, 52, 60, 62, 64, 69, 74, 81, 83, 84, 85, 87, 99, 101, 102, 103, 110, 112, 115, 119, 122, 123, 126, 132, 137, 164, 169, 229, 242, 263, 265, 278, 283, 292, 305, 317, 318, 319, 320, 321, 322
Risque, 14, 85, 158, 181, 183, 211, 218, 262, 263, 284, 338, 341, 352, 381, 392
Risque de liquidité, 219
Risque de marché, 219
Risque de solvabilité, 219
Risque politique, 183
RONC *Voir* Rapport sur l'Observation des Normes et Codes

S

Sécurité juridique, 138, 167, 234, 333, 340
Accessibilité du droit, 334, 335
Prévisibilité du droit, 337, 338
Stabilité du droit, 334, 336, 337, 338
Sein et Sollen, 281
Société des marchands, 19, 20, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 89, 92, 111, 112, 113, 114, 263, 277, 280, 294, 295, 296, 299, 378

Sociétés transnationales, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 90, 100, 103, 104, 106, 116, 124, 149
Soft law, 26, 53, 57, 63, 89, 91, 92, 124, 293, 321
Souveraineté, 78, 79, 109, 110, 122, 123, 129, 140
Standard,
Standard d'abus de droit, 131
Standard d'amitié, 275
Standard d'échange d'informations, 216
Standard d'erreur manifeste d'appréciation, 131
Standard d'exigence impérative d'intérêt général, 131
Standard d'ordre public, 131, 259, 260
Standard de bonne foi, 150, 159, 164, 165, 273, 324, 354
Standard de collaboration, 239
Standard de commerce loyal, 89, 325
Standard de conditions de travail équitables, 88
Standard de confiance légitime, 131
Standard de coopération contractuelle, 231
Standard de coopération loyale, 131
Standard de déclaration, 217
Standard de defeasance, 263
Standard de force majeure, 131
Standard de l'open door, 195
Standard de la « meilleure technologie disponible », 59
Standard de la clause d'encouragement, 194
Standard de la due diligence, 179, 183, 184
Standard de la nation la plus favorisée, 133
Standard de nécessité, 363
Standard de pleine et entière protection et sécurité, 198
Standard de procès équitable, 131
Standard de proportionnalité, 131, 364

Standard de raisonnable, 144, 159,
160, 164, 169, 323, 339, 340
Standard de renégociation, 239
Standard de société démocratique, 131
Standard de subsidiarité, 131
Standard de transparence, 86, 144,
145, 211
Standard de vigilance, 217
Standard du commerce libre et ouvert,
135, 170, 172, 173
Standard du développement durable,
170, 174, 178
Standard du traitement de la nation la
plus favorisée, 362
Standard du traitement juste et
équitable, 151, 179, 180, 183, 198
Standard international minimum de
traitement, 198
Standards d'émission, 58
Standards de procédé, 58
Standards de produit, 58
Standards de qualité, 58
Standards empiriques, 170
Standards en matière contentieuse, 313
Standards éthiques, 86, 87, 112
Standards jurisprudentiels, 42, 131,
311
Standards systématiques, 169
Standards techniques de résilience, 220
Standard minimal de protection *Voir*
droits de l'Homme

Standardisation, 63
Standards internationaux du travail, 55
Standards techniques, 45, 47, 48, 49, 51,
52, 146
Système monétaire et financier
international, 209

T

Théories de la validité de la norme, 273
Third World Network, 118
Traité sur le Fonctionnement de l'Union
Européenne, 6, 228
Traitement national, 172, 198
Traités bilatéraux, 191

U

UE *Voir* Union européenne
UNIDROIT, 229, 231, 236, 237, 238,
239, 240, 258, 339
Union européenne, 130

V

Vente internationale de marchandises,
125, 139, 229, 230

W

Willenstheorie, 353
WWF, 118

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	1
TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	7
I. PRECISIONS TERMINOLOGIQUES SUR LE STANDARD.....	10
A. L'identification du standard au regard des autres notions juridiques.....	11
1) L'identification du standard « par la négative ».....	11
a- Les standards et la règle de droit.....	11
b- Les standards et les principes généraux de droit.....	13
c- Les standards et la coutume.....	16
α- L'approche analytique des éléments composant la norme.....	18
β- La combinaison des deux éléments composant la norme.....	21
d- Les standards et les directives.....	23
2) L'identification du standard « par la positive ».....	24
a- Le standard : hard law ou soft law ?.....	24
b- Le standard : source ou norme ?.....	27
B. La notion de standard.....	30
1) Approche sémantique.....	31
a- Essai de définition du standard.....	31
b- Les difficultés liées à la définition du standard.....	33
c- Les critères de définition du standard.....	34
α- L'indétermination comme critère de définition du standard.....	34
β- La référence à la normalité comme critère de définition du standard.....	37
γ- Le recours à des domaines extérieurs au droit comme critère de définition du standard.....	39
2) Approche historique.....	41
II. INTERET DE L'ETUDE.....	44
A- L'objet de l'étude.....	45
1) Le rejet de la seule analyse économique du droit.....	45
2) L'exclusion des standards techniques.....	47
B- Le champ de l'étude.....	54
1) L'existence des standards en droit international.....	54
a- Les standards en droit international des droits de l'Homme.....	54
b- Les standards en droit international de l'environnement.....	57
c- Les standards en droit international de la mer.....	60
2) Le choix du droit international économique.....	61
III. ORIENTATIONS METHODOLOGIQUES.....	65
A- Le choix d'un courant théorique : l'objectivisme.....	67
B- Le choix d'une science juridique : la normativité.....	68
IV. PROBLEMATIQUE RETENUE.....	70
PARTIE 1 : LA PLACE MANIFESTE DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE.....	73
TITRE 1 : LA PLACE <i>RATIONE PERSONAE</i> DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE..	77
Chapitre 1 : Les standards, une demande du marché.....	79
Section 1 : La force de proposition de la société des marchands dans l'élaboration des standards.....	80
§1 : La nature juridique des standards élaborés par la société des marchands.....	81
A- Le processus d'élaboration des standards issus de la société des marchands.....	82
1) Un processus spontané.....	83

2) Un processus volontaire	84
B- Le contenu des standards issus de la société des marchands	85
1) Les standards relevant d'une pratique éthique en lien avec le droit international économique	86
2) Les standards relevant du droit international économique	88
§2 : Les ambiguïtés quant au régime juridique des standards élaborés par la société des marchands	90
A- Les apparences d'un droit dur	90
B- L'absence de tout caractère obligatoire	91
Section 2 : La force de proposition de la société civile dans l'élaboration des standards	93
§1 : L'influence de la société civile en amont de l'élaboration des standards	94
A- Le statut juridique de la société civile, élément clé de son influence dans l'élaboration des standards	95
1) Le défaut de statut juridique international, frein à l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards	96
2) La reconnaissance internationale, moteur de l'influence de la société civile sur l'élaboration des standards	98
B- Les moyens d'influence de la société civile dans l'élaboration des standards	100
1) Une faculté d'empêcher	100
2) Une faculté de proposer	101
§2 : L'influence de la société civile en aval de l'élaboration des standards	104
A- La participation de la société civile à l'élaboration des standards contenus dans les codes opérationnels	104
B- La participation de la société civile à l'élaboration des standards contenus dans les codes-types	106
Conclusion du Chapitre 1	108
Chapitre 2 : Les standards, une réponse des autorités	110
Section 1 : L'élaboration des standards par les Etats isolés	111
§1 : La mise en œuvre, par les Etats, des standards proposés par le marché	112
A- La mise en œuvre, par les Etats, des standards élaborés par la société des marchands	112
1) La contractualisation des codes de bonne conduite	113
2) L'effort d'insertion des codes de bonne conduite	115
B- La mise en œuvre, par les Etats, des standards élaborés par la société civile	118
1) L'inclusion des standards proposés par la société civile dans les instruments juridiques internationaux	118
2) Le contrôle de la société civile dans la mise en œuvre des standards	120
§2 : L'élaboration des standards par mimétisme	122
A- Les causes du mimétisme : le dépassement de l'Etat	123
B- Les conséquences du mimétisme : l'harmonisation des droits nationaux	125
Section 2 : L'élaboration des standards par les Etats regroupés	129
§1 : L'élaboration des standards par concertation : les Etats en groupes régionaux	130
A- La place des standards dans les groupes régionaux du Nord	131
1) Le cas de l'UE	131
2) Le cas de l'ALENA	133
B- La place des standards dans les groupes régionaux du Sud	135
1) Le cas de l'APEC	136
2) Le cas de l'OHADA	139
§2 : L'élaboration des standards par les organisations internationales à vocation économique	142
A- Le pouvoir normatif des organisations internationales à vocation économique : motif de l'élaboration des standards par le regroupement d'Etats	142
B- Le pouvoir normatif des organisations internationales à vocation économique : exemples d'élaboration de standards par le regroupement d'Etats	144
1) Les organisations internationales économiques mondiales, l'exemple de l'OMC	144
a- Les standards juridiques contenus dans les accords de l'OMC	145

b-	Le renvoi aux standards internationaux dans les accords de l'OMC	147
2)	Les organisations internationales économiques transrégionales, l'exemple de l'OCDE	150
	Conclusion du Chapitre 2.....	154
	Conclusion du Titre 1	155
TITRE 2 : LA PLACE RATIONE MATERIAE DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE		157
.....		
Chapitre 1 :	Les standards à caractère général du droit international économique	158
Section 1 :	Les standards systématiques	159
§1 :	Le standard du raisonnable	160
A-	L'appréhension de la notion du raisonnable comme préalable à la qualification de standard	160
B-	La qualification du raisonnable comme standard juridique	162
§2 :	Le standard de bonne foi.....	165
A-	L'appréhension de la notion de bonne foi comme préalable à la qualification de standard juridique	165
B-	La qualification de la bonne foi comme standard juridique	167
Section 2 :	Les standards empiriques	170
§1 :	Les standards concourant à la formulation du niveau final des objectifs	170
A-	Le standard du commerce libre et ouvert	170
1)	L'appréhension de la notion de commerce libre et ouvert comme préalable à la qualification de standard	171
2)	La qualification de la notion de commerce libre et ouvert comme standard juridique	172
B-	Le standard du développement durable.....	174
1)	L'appréhension de la notion de développement durable comme préalable à la qualification de standard	174
2)	La qualification du développement durable comme standard juridique	176
§2 :	Les standards concourant à la qualification de l'action réglementaire des Etats	179
A-	Le standard du traitement juste et équitable.....	179
1)	L'appréhension de la notion du traitement juste et équitable comme préalable à la qualification de standard	179
2)	La qualification du traitement juste et équitable comme standard juridique	181
B-	Le standard de la due diligence	184
1)	L'appréhension de la notion de due diligence comme préalable à la qualification de standard	184
2)	La qualification de la notion de due diligence comme standard juridique	185
	Conclusion du Chapitre 1.....	188
Chapitre 2 :	Les standards à caractère particulier du droit international économique	189
Section 1 :	La présence des standards à caractère particulier dans les relations macro-économiques	189
§1 :	Le droit international des investissements et la technique du standard	190
A-	Les traités bilatéraux d'investissements et la technique du standard	191
1)	Les standards concernant l'accueil des investissements	192
a-	Le standard d'admission des investissements des Principes Directeurs de la Banque Mondiale.....	193
b-	Le standard européen d'accueil des investissements.....	194
c-	Le standard américain d'accueil des investissements.....	195
2)	Les standards concernant le traitement des investissements	197
3)	Les standards concernant la garantie des investissements	200
4)	Les standards concernant le règlement des différends en matière d'investissement	201
B-	Les contrats d'Etat et la technique du standard	204
1)	La clause standard d'electio juris	205
2)	La clause standard de stabilisation	206
§2 :	Le système monétaire et financier international et la technique du standard	209

A-	L'identification des standards monétaires et financiers internationaux	211
1)	Le standard de transparence	212
2)	Les standards de surveillance	216
3)	Les standards de résilience	219
B-	Les particularités des standards monétaires et financiers internationaux	221
1)	Le particularisme de l'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux	222
a-	L'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux par l'autorégulation	222
b-	L'élaboration des standards monétaires et financiers internationaux par la régulation externe	224
2)	Le particularisme de la nécessaire intégration des standards monétaires et financiers	226
a-	L'intégration des standards monétaires et financiers dans les droits nationaux	226
b-	L'intégration des standards monétaires et financiers dans le droit communautaire	227
Section 2 : La présence des standards à caractère particulier dans les relations micro-économiques		229
§1 : La vente internationale de marchandises et la technique du standard		230
A-	Le standard de coopération contractuelle	231
B-	Les INCOTERMS, standards de la vente internationale de marchandises	234
§2 : Les contrats internationaux et la technique du standard		237
A-	Les standards dogmatiques des contrats internationaux	238
B-	Les standards pratiques des contrats internationaux	239
Conclusion du Chapitre 2		242
Conclusion du Titre 2		243
Conclusion de la Partie 1		244

PARTIE 2 : LE ROLE LATENT DES STANDARDS EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE **247**

TITRE 1 : LE ROLE ESSENTIEL DES STANDARDS DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE **251**

Chapitre 1 : Le rôle normatif des standards en droit international économique **253**

Section 1 : Les effets de droit produits ab initio par les standards **253**

§ 1 : Les effets de droit produits ab initio par les standards en lien avec l'élaboration de la norme **254**

A- La fonction fédératrice des standards en droit international économique **255**

1) Les standards, un instrument de conciliation **255**

a- La recherche du consensus **256**

b- Un consensus nécessaire à la construction du droit international économique **259**

2) Les standards, un instrument d'harmonisation **260**

a- Le rôle des standards dans l'objectif d'harmonisation **262**

b- Les standards comme passerelle entre les différentes branches du droit international **264**

B- La fonction spécifique des standards dans le passage du fait au droit **267**

1) Les standards, une norme adaptée aux évolutions temporelles **269**

2) Les standards, une norme adaptée aux évolutions temporelles de l'ordre juridique économique **270**

a- Une flexibilité nécessaire de la règle de droit en droit international économique **271**

b- La contribution des standards à la flexibilité de la règle de droit en droit international économique **272**

§2 : Les effets de droit produits ab initio en lien avec la source porteuse des standards ... **273**

A- L'instrumentum des standards du droit international économique **274**

1) Le rôle des standards dans les sources de hard law **275**

2)	Le rôle des standards dans les sources de soft law	277
a-	La validité des standards au regard du contenant.....	277
b-	La validité des standards au regard de l'émetteur.....	280
B-	Le <i>negotium</i> des standards du droit international économique.....	282
1)	La fonction rédactionnelle des standards	283
2)	La fonction obligatoire des standards	284
Section 2 :	Les effets de droit produits a posteriori par les standards.....	287
§1 :	Les effets de droit produits a posteriori sur les destinataires des standards.....	288
A-	Les effets de droit directs produits sur les acteurs étatiques.....	288
1)	La fonction coercitive diluée des standards	288
a-	L'absence de force coercitive des standards.....	289
b-	La force symbolique des standards.....	291
2)	La fonction de constatation des standards	293
B-	Les effets de droit indirects produits sur les acteurs non étatiques.....	295
1)	Les effets de droit produits sur la société des marchands	295
a-	La société des marchands et les standards issus des acteurs étatiques, la fonction incitative des standards.....	296
b-	Les standards issus de la société des marchands, source de sanction.....	297
2)	Les effets de droit produits sur la société civile	300
§2 :	Les effets de droits produits a posteriori sur l'application juridictionnelle des standards	302
A-	La contribution des standards au pouvoir normatif complémentaire du juge.....	304
1)	Les pouvoirs du juge, exécutant des standards	304
a-	Les standards dans le discours juridictionnel horizontal du juge.....	304
b-	Les standards dans le discours juridictionnel vertical du juge.....	305
2)	La justification des décisions fondées sur les standards	308
a-	Les standards dans le raisonnement décisoire du juge.....	308
b-	Les standards dans le raisonnement justificatif du juge.....	310
B-	La contribution des standards au pouvoir normatif originaire du juge.....	312
1)	Les standards jurisprudentiels	312
2)	La création de standards en matière contentieuse	314
Conclusion du Chapitre 1.....		317
Chapitre 2 :	Le rôle régulateur des standards en droit international économique.....	320
Section 1 :	Les moyens de la régulation du droit international économique par les standards	321
§1 :	La régulation du droit international économique par la technique juridique.....	321
A-	L'usage de normes particulières : les standards.....	322
B-	Les finalités des standards comme moyen de régulation.....	323
1)	L'établissement d'un espace de tolérance	324
2)	L'édiction d'une obligation de moyens	325
§2 :	La régulation du droit international économique par des autorités compétentes.....	326
A-	La régulation par des autorités étatiques usant des standards.....	327
B-	La régulation par des autorités non étatiques usant des standards.....	328
Section 2 :	Les buts de la régulation en droit international économique.....	331
§1 :	La recherche de l'équilibre par les standards.....	331
A-	La recherche d'un équilibre entre objectif juridique et objectif économique.....	331
B-	La recherche d'un équilibre entre les forces en présence.....	333
§2 :	La recherche de la sécurité juridique.....	334
A-	Les standards et les impératifs classiques de sécurité juridique.....	335
1)	L'accessibilité du droit et la technique du standard juridique	336
2)	La stabilité du droit et la technique du standard juridique	337
3)	La prévisibilité du droit et la technique du standard juridique	339
B-	Les standards et les exigences modernes de sécurité juridique.....	341
Conclusion du Chapitre 2.....		344
Conclusion du Titre 1.....		346
TITRE 2 :	LE ROLE CONTROVERSE DES STANDARDS DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE.....	349

Chapitre 1 : Les standards, un instrument d'atteinte à la cohérence juridique.....	350
Section 1 : Les standards et le problème de leur interprétation	350
§1 : La difficulté d'interprétation des standards à l'aune des techniques interprétatives ...	352
A- L'interprétation subjective des standards.....	353
1) La recherche de l'intention des parties	353
2) Les limites engendrées par la recherche de l'intention des parties	355
B- L'interprétation objective des standards	356
§2 : Les standards, support à l'interprétation évolutive ?.....	358
A- L'interprétation évolutive endogène et la technique du standard	359
B- L'interprétation évolutive exogène et la technique du standard	361
Section 2 : Les standards et les problèmes de divergences de jurisprudence	363
§1 : Les conflits de jurisprudence générés par les standards	363
A- Les conflits horizontaux de jurisprudence engendrés par les standards.....	364
B- Les conflits verticaux de jurisprudence engendrés par les standards.....	366
§2 : Les conséquences des conflits de jurisprudence générés par les standards	368
A- Les conséquences en termes de sécurité juridique.....	369
B- Les conséquences en termes d'autorité de la chose jugée.....	371
Conclusion du Chapitre 1.....	373
Chapitre 2 : Les standards, une atteinte à la cohérence juridique à relativiser	375
Section 1 : Le respect des qualités intrinsèques du droit par les standards.....	375
§1 : Le respect des qualités intrinsèques du droit lors de l'application des standards par les destinataires	376
A- Le ressenti des destinataires lors de l'application des standards	376
B- La qualité des standards en tant que norme du droit international économique ...	378
§2 : Le respect des qualités intrinsèques du droit lors de l'application des standards par le juge.....	379
A- Le pouvoir discrétionnaire du juge	380
B- L'improbable arbitraire du juge.....	382
Section 2 : Les standards, une nouvelle façon de penser le droit international économique ..	385
§1 : Les standards, une « implémentation » des nouvelles logiques juridiques en droit international économique	385
A- Les standards et les nouvelles logiques juridiques liées à la structuration du droit international économique	386
1) Le rôle des standards dans le droit en réseau	387
2) Le rôle des standards dans la gouvernance	389
B- Les standards et les nouvelles logiques juridiques liées à la signification du droit international économique	392
§2 : Le droit international économique, un terrain propice à l'expérimentation juridique .	395
Conclusion du Chapitre 2.....	398
Conclusion du Titre 2	399
Conclusion de la Partie 2	400
CONCLUSION GENERALE.....	403
ANNEXES	407
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.....	411
INDEX.....	453
TABLE DES MATIERES	459