

Droit économique et droit international privé

Présentation – Ouverture

Mahmoud Mohamed Salah

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE** 2010/1 t. XXIV, 1, PAGES 9 À 36
ÉDITIONS **ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE**

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804160821

DOI 10.3917/ride.241.0009

Date de mise en ligne : 16/04/2010

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-9?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

DROIT ÉCONOMIQUE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Présentation – Ouverture

M. Mahmoud MOHAMED SALAH¹

Résumé: *Les rapports du droit économique et du droit international privé sont marqués par la complexité, en particulier, à l'heure de la globalisation.*

En tant qu'expression juridique du pouvoir régulateur de l'État et en tant que droit de résultat visant à agir sur le contenu des rapports économiques, le droit économique ne peut qu'entrer en conflit avec le droit international privé, droit a priori neutre. Ce conflit a incontestablement contribué à l'évolution du droit international privé. Celui-ci a non seulement incorporé des règles de conflit non neutres mais il a également développé des procédés de réglementation des rapports privés internationaux concurrents de la méthode conflictuelle qui, jusqu'ici, faisait l'originalité de cette discipline.

Mais, inversement, le droit international privé, grâce, en particulier, au nouvel essor de la loi d'autonomie et à la privatisation des modes de règlement des litiges a, à son tour, infléchi la trajectoire du droit économique, qui devient plus libéral, plus pragmatique, plus proche des opérateurs privés.

Le présent article, en même temps qu'il présente les riches contributions qui forment l'objet de ce cahier consacré aux rapports du droit économique et du droit international privé, analyse le conflit des logiques et les interférences entre les deux disciplines et envisage les perspectives de leur évolution.

- 1 Introduction
- 2 Le droit économique, facteur d'évolution du droit international privé
- 3 Le droit international privé, élément de la recomposition du droit économique
- 4 Quelles pistes pour la construction d'un droit économique international ?

Summary

1. Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Nouakchott.

1 INTRODUCTION

La mise en perspective de deux disciplines *a priori* très éloignées l'une de l'autre impose un travail préalable de définition. **Commençons par celle du droit économique.**

Le moins que l'on puisse dire est que la tâche n'est pas aisée. Le droit économique est en effet un concept relativement récent, toujours controversé quant à sa « définition, à son contenu, à sa place et son rôle dans le système juridique au point d'altérer sa valeur opérationnelle »². Il existe pratiquement autant de définitions que d'auteurs, ce qui explique que l'Association internationale de droit économique (A.I.D.E.) ait renoncé, lors de sa création, à en adopter une. Tirant les conséquences de cet état de fait, l'un des auteurs qui ont le plus contribué à l'introduction de la notion en France affirme que « *le droit économique vit sans définition et qu'une telle situation n'est pas forcément un mauvais signe de santé* » (« *les définitions ne contribuant pas toujours au progrès scientifique* »)³. Il n'en demeure pas moins que lorsqu'on prend pour champ d'étude une discipline donnée, il est nécessaire d'identifier les éléments qui permettent de la typer, bref de savoir de quoi on parle.

Que vise-t-on, aujourd'hui, par l'expression « *droit économique* » ? **Certainement pas le droit de l'économie**, non seulement pas parce qu'il y a toujours eu à toute époque et sous toutes les latitudes ou presque, des règles de droit qui se rapportent à l'économie, sans que l'on ait ressenti le besoin de recourir à un concept particulier pour exprimer cette réalité mais surtout parce qu'une définition de ce genre réduirait cette discipline à « *une juxtaposition descriptive des règles de toutes origines n'ayant en commun que leur vague référence à l'économie ; le droit de l'économie est condamné à se diluer dans son objet* »⁴. Le recours au droit économique ne se justifie que dans la mesure où seuls quelques aspects des dispositifs juridiques se rapportant aux relations économiques sont concernés par la mutation dont il est révélateur⁵. Pour la même raison, il faut rejeter les définitions qui, selon la formation d'origine de leurs auteurs, présentent le droit économique comme une excroissance du droit public de l'économie⁶ ou comme une extension du droit commercial⁷.

Plus intéressante est l'approche qui, dépassant les cloisonnements disciplinaires, entend rechercher l'unité du droit économique à travers l'originalité de son esprit vis-à-vis de la réglementation économique⁸. L'objet nouveau s'analyserait en une

2. B. Oppetit, « Droit et économie », in *Archives de Philosophie du droit*, vol. 37, Dalloz, 1992, p. 17 et suiv.

3. G. Farjat, « La notion de droit économique », in *Archives de Philosophie du droit*, *ibid.*, p. 27 et suiv.

4. B. Oppetit, « Droit et économie », *op. cit.*, p. 18.

5. G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p. 9.

6. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

7. J. Hamel, « Vers un droit économique », *Économie contemporaine*, nov.-déc. 1951, p. 1.

8. Cl. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, ch., p. 215, qui parle « *d'esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses, seul l'esprit est vraiment nouveau* ».

discipline composée de règles d'origines diverses mais marquées par des traits communs et regroupées autour d'un même pôle : l'entreprise. Un auteur ira plus loin en soutenant que la discipline s'accompagne de l'émergence d'une nouvelle branche du système juridique qui s'imposerait à côté de la *summa divisio* du droit public et du droit privé⁹, et constituerait en quelque sorte le nouveau droit commun des relations économiques¹⁰.

Du point de vue de **critères généralement retenus pour identifier une branche du droit et a fortiori un droit commun**, il ne semble pas que l'on puisse partager une telle opinion.

Le droit économique n'émerge pas à la vie juridique sous la forme d'un ensemble structuré de principes, de concepts et de règles homogènes ayant vocation à régir à titre principal les rapports économiques et à côté duquel les autres branches du droit seraient des branches dérogatoires dont les normes s'appliqueraient désormais selon un critère de spécialité bien défini. Si l'analyste peut, en effet, relever des tendances communes à la plupart des disciplines qui constituent le noyau dur du droit économique (droit de la concentration, droit de la concurrence, droit de la consommation, droit boursier, droit des entreprises en difficulté...), force est de constater que ce dernier ne se concrétise qu'à travers une floraison de réglementations, de plus en plus spécialisées, liées aux besoins spécifiques de régulation de la vie économique.

Or une addition de droits spéciaux ne donne pas nécessairement une nouvelle branche de droit. On peut, certes, rétorquer qu'il ne s'agit pas de déterminer le résultat d'une addition arithmétique, mais de qualifier le produit d'une « *combinaison chimique* », pour utiliser l'expression de G. Vedel¹¹. Il resterait, cependant, à déterminer si on est en présence d'une véritable combinaison chimique comparable à celle qui aurait donné naissance au droit du travail. Une réponse affirmative serait valable pour le droit de la concurrence mais non pour les autres secteurs du droit économique, si bien qu'on est ramené au constat premier, d'un dispositif juridique à plusieurs étages et non d'une nouvelle branche du système juridique. Comment alors appréhender celui-ci ?

Il nous semble qu'il faut distinguer entre le droit économique comme objet concret de l'ordre juridique et le droit économique en tant que méthode d'analyse des phénomènes juridiques. Comme objet concret du système juridique ou du droit

9. G. Farjat, *Droit économique*, PUF, 2^e éd., 1982, p. 701 et suiv.

10. V. sur ce point L. Boy, *Le cadre civil des affaires*, Economica, 1989, p. 22 ; Cl. Champaud, *Le droit des affaires*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005.

11. Pour lequel l'autonomie d'une matière se manifeste « *toutes les fois que l'application à cette matière* » des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes ; l'autonomie « *apparaît aussi quoique d'une façon plus subtile, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté* » (v. G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges Vigreux*, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, tome II, 1981, p. 767 et suiv., s. p. 769).

positif, le droit économique apparaît nécessairement éclaté, ce qui ne veut pas dire qu'il demeure entièrement prisonnier de la distinction traditionnelle du droit public et du droit privé. Il est vrai que plutôt que d'une véritable autonomie par rapport à ces deux grandes divisions, on peut parler « *d'espace juridique tiers* » situé entre elles, comme « *une sorte de pont entre le droit administratif et le droit commercial* »¹². Certaines de ses composantes arrivent à se frayer leur propre chemin et conquièrent progressivement une certaine autonomie par rapport à leur secteur traditionnel de rattachement. Il en est ainsi du droit de la consommation et surtout du droit de la concurrence, qui s'applique à tous les opérateurs économiques, indépendamment de leur forme publique ou privée (dès lors que leur comportement peut affecter le jeu de la concurrence), se traduit par des concepts nouveaux (comme le concept de marché pertinent) et met en œuvre des procédures spécifiques (avec l'apparition d'une quasi-juridiction économique comme le Conseil de la concurrence, devenue l'Autorité de la concurrence).

Nous sommes ici en présence d'une discipline utilisant des méthodes originales et s'assignant ouvertement des finalités économiques, ce qui en fait la branche la plus représentative du droit économique. Mais l'originalité des techniques et des méthodes est moins marquée dans d'autres disciplines. Dans ce cas, le rattachement au droit économique peut simplement résulter de l'importance accordée aux facteurs économiques dans l'élaboration et dans l'application de la règle de droit et de l'altération que cette donnée fait subir aux catégories juridiques traditionnelles (c'est le cas pour le contentieux administratif économique et pour une partie du droit de la consommation). Mais si l'éclatement des disciplines qui le composent empêche de voir dans le droit économique une nouvelle branche du système juridique, la question se pose alors de déterminer ce qui fonde son unité conceptuelle. À cet égard, il nous semble que l'orientation la plus prometteuse n'est pas celle qui consiste à en faire un nouveau continent dont les frontières seraient bien délimitées par rapport aux anciens territoires juridiques, mais plutôt celle qui l'envisage dans le cadre d'une « *classification transversale* » fondée moins sur la nature des règles juridiques que « *sur leur optique et leurs fonctions propres* »¹³.

De ce point de vue, **ce qui caractérise le plus le droit économique, c'est incontestablement sa fonction organisationnelle**. Ce qui explique que la définition la moins contestée reste celle qui en fait « *le droit de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics ou par les pouvoirs privés ou par le concert des deux* »¹⁴. Selon les époques, selon les doctrines économiques en vogue et surtout selon l'état des rapports de force économique, la balance penchera du côté du pouvoir régulateur

12. Cl. Champaud, « Droit et libéralisme économique », communication présentée aux journées d'études sur le nouvel État de droit économique du Maroc, Rabat, 16 octobre 1997.

13. L'expression est de J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil », *RTDC*, 1993, p. 59, qui l'utilise à propos du statut du droit de la consommation.

14. Définition retenue par Cl. Champaud dans sa chronique précitée (note 8), et également considérée par G. Farjat comme exprimant la réalité du droit économique.

de l'État, de celui de l'ordre privé économique ou de celui d'une forme souple de co-régulation.

Le droit économique apparaît alors comme l'expression d'une synthèse rendue à la fois possible et nécessaire par l'existence de liens entre des concepts, des institutions, voire des branches spéciales dont l'intelligence requiert une mise en perspective – que seule cette discipline peut effectuer¹⁵. Ce qui permet de faire la jonction entre des secteurs en apparence aussi éloignés que ceux « *des interventions et des aides publiques* » ou « *des fiscalités incitatives* » et du libre établissement des entreprises, qui relèvent du droit public de l'économie et ceux « *de la concurrence et du contrôle des concentrations* » ou du « *traitement des difficultés financières de l'entreprise ou de la régulation des marchés financiers* »¹⁶ par exemple, qui se rattachent plus au droit privé, c'est l'existence de traits communs aux règles de fond et de procédure qui les gouvernent. Ces traits peuvent se résumer ainsi qu'il suit :

- 1° Tendance à appréhender l'activité économique au-delà des formes juridiques (société, association, G.I.E., personne publique ou privée) qu'elle revêt et interférence marquée des sources publiques et des sources privées du droit.
- 2° Tendance à appréhender le titulaire réel du pouvoir de décision économique au-delà du titulaire formel et orientation vers le contrôle des abus de la puissance économique.
- 3° Prise en compte des objectifs économiques et sociaux lors de l'élaboration des règles de droit qui deviennent des règles finalisées, orientées vers la recherche de résultats concrets, d'où l'importance du concept de régulation¹⁷.
- 4° Sensibilité à l'égard de l'évolution du contexte économique, d'où le double caractère de souplesse et d'adaptabilité de la règle de droit (symbolisée par le recours fréquent aux règles à texture ouverte ou standards juridiques) et recours aux analyses et aux enseignements de la théorie économique.
- 5° **Nature expertale des juridictions chargées de la mise en œuvre des règles de droit économique et utilisation des méthodes d'interprétation accordant une large place aux considérations d'opportunité à côté des exigences strictes de légalité.**

Mais, dira-t-on, si l'unité du droit économique est nécessairement construite, peut-il être autre chose qu'un type d'approche particulier des phénomènes juridiques, une méthode d'analyse ?¹⁸ En réalité, si le droit économique se développe comme méthode particulière d'approche des phénomènes juridiques, c'est aussi parce qu'il

15. É. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n° 9.

16. Cl. Champaud, communication précitée aux journées d'études sur le nouvel État de droit économique du Maroc.

17. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron., pp. 610-616.

18. Que certains appellent « *l'analyse substantielle* » ; v. à ce sujet : G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *op. cit.*, p. 9 et suiv. ; et également : J.-B. Racine et F. Siirainem, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, p. 259.

émerge, certes de façon non linéaire et non formelle, comme sous-système dans le système juridique.

Mais, de quelque manière qu'on l'aborde (comme objet éclaté du système juridique ou comme méthode d'analyse), le droit économique se révèle un droit expansionniste. Si son noyau dur est le droit de la concurrence, on comprend que l'expansionnisme ait été présenté comme opérant à la manière d'une « *métastase qui envahit tout le corps social* »¹⁹. L'extension du modèle du marché à la quasi-totalité des relations sociales²⁰ explique en effet que le droit de la concurrence, droit du marché, ait envahi toutes les disciplines juridiques y compris le droit du travail²¹. Elle explique en même temps que l'expansion de la commercialité « *hors de ses frontières initiales* » et son aptitude à englober l'ensemble des activités économiques et professionnelles²² ne rencontrent plus de limites. Ce que l'on présente quelquefois, du côté des publicistes, comme un retour offensif du droit privé n'est en réalité qu'un redéploiement du droit économique à la faveur des progrès du marché. L'internationalisation, voire la transnationalisation de l'économie, donne à ce redéploiement une dimension particulière et multiplie les occasions de contact de la discipline avec le droit international privé. **Qu'en est-il de la définition de celui-ci ?**

À première vue, les controverses sont, ici, beaucoup plus apaisées. Certes, comme le droit économique, le droit international privé a, lui aussi, eu « *son débat existentiel* »²³. Mais ce débat n'y a pas revêtu la même acuité. De plus, si les divergences existent sur l'étendue de la matière, il n'est guère contesté que l'objet du droit international privé porte sur les relations privées qui sont affectées d'un élément d'extranéité²⁴.

Il est vrai que déjà à ce premier niveau de l'appréhension de la matière, on pressent que le rapport avec le droit économique, droit fait d'interpénétration du public et du privé, ne peut être un rapport simple. L'impression se renforce lorsqu'on aborde ce qui, depuis Savigny, est présenté comme constituant l'originalité du droit international privé, à savoir la méthode conflictuelle. Celle-ci, on le sait, est fondée sur le présupposé que chaque rapport de droit, conçu de manière abstraite, a un lien avec un lieu déterminé ou, si l'on veut, « *est pourvu a priori de son siège au sein d'un ordre juridique* ». Dès lors, en présence de rapports juridiques présentant un élément d'extranéité, la règle de conflit doit désigner la loi du pays avec lequel ce

19. L. Boy et A. Pirovano, « Ambiguïtés du droit économique. Éléments de méthodologie », *Revue Procès*, 1981, n° 7.

20. M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », in *Archives de Philosophie du droit*, tome 40, Dalloz Sirey, 1996, p. 287 et suiv.

21. B. Edelman, « À bas le droit du travail – Vive la concurrence », *D. S.*, 1992, chron., 1.

22. B. Oppetit, « L'expérience française de la codification en matière commerciale », *D.*, 1990, chron., 1.

23. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, partie générale, PUF, Thémis Droit, 1^{re} éd., 2007, s. n° 8, p. 26.

24. Nonobstant la question de savoir si le droit international se rattache plus au droit public ou au droit privé.

rapport présente un rattachement logique. Telle est l'une des conséquences les plus importantes du « tournant copernicien » par lequel Savigny a rompu avec la méthode statutaire pour inaugurer la découpe du nouveau droit international privé assis sur le « rapport de droit »²⁵. Il en résulte, d'une part, que la règle de conflit ne résout pas directement la question posée mais se borne à désigner le droit dont elle relève, et, d'autre part, que cette règle peut déboucher indifféremment sur la désignation du droit du for ou d'un droit étranger. La neutralité de la règle de conflit, son indifférence à l'égard de la teneur du droit matériel désigné sont les conséquences du présupposé de l'identité des rapports de droit dans les différentes législations nationales, fondement de l'idée d'une communauté de droit, d'où la conception très restrictive de l'ordre public qui continue de prévaloir en droit international privé.

À l'évidence, le droit économique s'inscrit en porte-à-faux par rapport à cette construction et ce, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, en tant que droit issu de la pratique et des mutations du système économique moderne, il ne peut s'accommoder des catégories de rattachement (supports des rapports de droit) du droit international privé, lesquels « *correspondent aux grandes catégories du droit civil interne* », le plus souvent hérité du droit romain²⁶.

En second lieu, et plus fondamentalement, en tant qu'expression juridique du rôle régulateur de l'État dans la vie économique et sociale, **il heurte de front le caractère abstrait et neutre de la méthode conflictuelle**. La multiplication et la diversification des interventions de l'État dans l'économie, en particulier dans la quasi-totalité des États du Nord, lesquelles ne sont pas sans rapport avec l'accroissement de la puissance économique de certains agents économiques, ont donné naissance à un corps de règles qualifiées « *d'ordre public économique* »²⁷ et orientées vers la réalisation d'objectifs économiques et sociaux précis. En dépit des transformations qui l'ont affecté²⁸, cet ordre public particulier demeure caractérisé par la volonté d'imposer le contenu des règles en formant l'ossature.

Le conflit des logiques entre le droit économique, droit tout orienté vers le contenu des rapports juridiques, et le droit international privé, dominé par la méthode savignienne des conflits des lois, était inévitable. Il a été pour beaucoup dans l'évolution du droit international privé (2). Mais les rapports entre les disciplines ne sont pas à sens unique. Le droit international privé, tout en étant

25. M. Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé*, RCADI, tome 29, 1929, p. 291 et suiv.

26. Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 3^e éd., Dalloz, 1989, s. n° 10; B. Audit, *Droit international privé*, 3^e éd., Économica, 2000, s. n° 89, p. 72, sauf à multiplier les règles de conflit spéciales.

27. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1962, préface B. Goldman.

28. M.-M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.

principalement un droit de méthodes, ne s'est évidemment pas formé dans l'indifférence à l'égard de l'économie.

Dans le cadre d'un ordre économique dominé, au départ, par les États-Nations, le droit international privé a pu organiser «*la coexistence des lois nationales au moyen desquelles il est globalement possible de faire du commerce international, hormis l'existence de règles proprement internationales provenant de conventions internationales*»²⁹. Grâce, en particulier, à cette règle de conflit, de portée universelle, qu'est la loi d'autonomie en vertu de laquelle les parties à un contrat international ont la liberté de désigner le droit applicable à leur relation contractuelle, les transactions commerciales internationales ont connu un essor sans précédent, confirmant l'opinion de M. Batiffol³⁰. La possibilité conférée aux parties de choisir la loi qui va régir leur contrat leur garantit, en effet, face à l'incertitude qui naît de la multiplicité des ordres juridiques intéressés, une prévisibilité certaine tout en leur permettant de soumettre leur opération au droit dont la teneur leur paraît plus adaptée. Aussi, tout en présentant formellement l'aspect d'une règle de conflit bilatérale, la loi d'autonomie s'apparente en fait à une véritable règle matérielle favorisant le développement du commerce international.

Mais les potentialités de la règle vont au-delà de ces considérations. Durant les deux dernières décennies, elle a été mobilisée à la faveur du mouvement de déréglementation et de libéralisation qui a gagné la quasi-totalité des États du monde par les opérateurs économiques (la technique du dépeçage aidant) qui, profitant de la concurrence que se livrent les systèmes juridiques nationaux, en ont fait un instrument de contractualisation généralisée du droit. Le résultat en est une modification sensible de l'architecture du droit économique qui devient plus souple, plus flexible, plus proche des acteurs privés. L'évolution, largement favorisée par la privatisation des modes de règlement des litiges, transforme le droit international privé en élément de la recomposition du droit économique (3). Il reste à évaluer les effets de cette recomposition.

Les déséquilibres dont elle est porteuse sont nombreux et appellent la construction d'un véritable droit économique international (4).

29. J.-M. Jacquet, «Intervention», in É. Loquin et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, s. p. 79.

30. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, s. p. 140, qui voyait dans la loi d'autonomie «*le procédé le plus approprié à la multiplication et à l'utilité des relations privées*».

2 LE DROIT ÉCONOMIQUE, FACTEUR D'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le droit économique contribue à l'évolution du droit international privé de deux manières.

Tout d'abord, en s'assignant comme objectif la protection de la partie faible dans un large éventail de contrats, il a contribué au développement de règles de conflit à caractère substantiel³¹, c'est-à-dire des règles de conflit qui « *ont perdu leur neutralité et qui incluent dans leur présupposé l'obtention d'un certain résultat (auquel) la détermination de la loi applicable est subordonnée* »³². Ce procédé, consacré d'abord par la jurisprudence française en matière de contrat de travail (qui décidait que la loi applicable au contrat de travail est « *la loi du lieu d'exécution du contrat de travail sauf dispositions plus favorables de la loi choisies par les parties* »)³³ et par plusieurs législations nationales, a été repris avec des nuances et une formulation différente par les articles 5 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la *loi applicable aux obligations contractuelles*, à propos du contrat de consommation et du contrat de travail (le Règlement « Rome I » ne modifie pas fondamentalement les choses en la matière).

Plus original est le phénomène qu'analyse, dans ce cahier, Martine Béhar-Touchais (« Abus de puissance économique et droit international privé ») de « *l'apparition, en matière de pratiques anticoncurrentielles, de règles de conflit qui se concentrent autour de la loi de l'État dont le marché est affecté ou susceptible de l'être* » (voir notamment l'article 6 du Règlement « Rome II »).

L'affectation du marché devient ainsi un critère de rattachement, critère original par rapport aux rattachements du droit international privé classique.

La mise en œuvre du critère implique une analyse concrète faisant appel aux enseignements de la théorie économique. De plus, dans la mesure où la valeur protégée est le marché, M. Béhar-Touchais rappelle la jurisprudence qui qualifie d'action délictueuse l'action en responsabilité des victimes des pratiques concurrentielles, « *qu'elles aient lieu dans un contexte contractuel ou hors du contexte contractuel* ». Mais la règle de conflit bilatérale, quels que soient les infléchissements subis, est-elle appropriée dans une matière fondée sur les « *principes de territorialité et d'unilatéralisme* », en raison des objectifs d'ordre public qu'elle a vocation à réaliser ? La question se pose d'autant plus que l'auteur montre que le plus souvent, la règle de conflit n'apporte pas grand-chose par rapport à la loi de police de l'État dont le marché est affecté ou susceptible de l'être. Il s'agit d'une « *règle perfectible* ». Les problèmes sont cependant ailleurs. Ils se rapportent, comme le montre l'auteur,

31. Sur ces règles, v. par exemple, P.-M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, Georg, 1985.

32. J.-M. Jacquet, « Intervention », in *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1994-1995, p. 41.

33. Ph. Coursier, *Le conflit des lois en matière de contrat de travail. Étude de droit international privé français*, LGDJ, 1993, p. 31 et suiv.

aux stratégies de contournement utilisées par les opérateurs économiques privés à travers la stipulation de clauses attributives de juridiction et surtout celle de clauses compromissaires pour échapper aux lois de police nationales contraignantes. Face à cette situation, quels peuvent être les remèdes ? Recours à la soupape de sûreté que constitue la fraude ? On en connaît les limites. Renforcement du contrôle sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales par le biais de l'ordre public ? La jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui considère que la violation de l'ordre public international doit « être flagrante, effective et concrète », n'incite pas à l'optimisme en la matière.

Sans se résigner, il faut prendre acte du fait que le recours des opérateurs économiques aux stratégies de contractualisation du droit s'inscrit dans une évolution qui éclaire l'autre face du droit économique contemporain (*infra* 3).

Mais l'influence du droit économique sur le droit international privé ne s'est pas seulement traduite par l'altération de la pureté de la méthode conflictuelle. Elle a également contribué au développement de procédés concurrents de cette méthode.

Le premier de ces procédés est celui des lois de police. J.-B. Racine rappelle fort opportunément dans l'étude qu'il nous livre (« Droit économique et lois de police ») que dans la mesure où les lois de police ont pour « *terreau les matières d'ordre public* » (qu'il faut distinguer de l'exception d'ordre public au sens du droit international privé, laquelle présuppose la mise en œuvre préalable du procédé conflictuel dont elle rectifie *a posteriori* et de manière exceptionnelle le résultat) et qu'elles sont des lois d'application immédiate³⁴ et nécessaires³⁵, elles constituent un moyen « *d'affirmer un ordre public économique dans le domaine international* ». En d'autres termes, elles sont un procédé d'extension du droit économique au droit international privé.

Qu'il s'agisse d'assurer la protection d'une catégorie de contractants ou la régulation d'un secteur d'activité donné, les exemples de recours aux lois de police dans les législations et les jurisprudences nationales sont nombreux. Pourtant, et l'auteur ne manque pas de le relever, les critères de qualification de la loi de police demeurent incertains ; à preuve, le brusque revirement jurisprudentiel à propos de la loi de 1975 sur la sous-traitance. Au-delà, il existe une tendance à considérer que le recours au procédé des lois de police doit être strictement limité aux situations dans lesquelles l'État a un intérêt propre à faire valoir. La définition adoptée par la CJCE dans l'arrêt *Arbalade* du 23 novembre 1999³⁶, dans la filiation de celle pro-

34. En ce qu'elles doivent être appliquées « *selon l'État qui (les) a édictées à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle(s) appartient(nen)t, lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit des lois* », v. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, s. p. 284.

35. En ce qu'il importe qu'elles soient appliquées à une situation donnée « *pour des raisons spécifiques liées à (leur) contexte et à (leur) but* », B. Audit, *Droit international privé*, *op.cit.*, spéc. n° 113.

36. CJCE, 23 novembre 1999, *Arbalade*, *Rev. crit.*, 2000, p. 711 et suiv., note M. Fallion. La Cour y affirme dans un attendu remarqué « *qu'est constitutive d'une loi de police, la disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou*

posée par Ph. Francescakis³⁷, s'inscrit dans ce courant de pensée. Prise à la lettre, cette définition exclurait du champ des lois de police les lois qui ne contiennent pas des éléments organisationnels et remettrait en cause, au moins partiellement, la jurisprudence française relative aux lois protectrices de la partie faible³⁸. L'intrusion du droit communautaire en la matière produit une autre conséquence qui modifie quelque peu l'effet d'immédiateté attachée à ce type de loi.

L'application d'une loi de police nationale même lorsque la légitimité de l'intérêt qu'elle protège est incontestée demeure soumise à sa comptabilité avec les objectifs de l'ordre juridique communautaire, comme la CJCE a eu à le souligner dans l'arrêt *Mazzoleni* du 15 mars 2001³⁹.

La question essentielle que l'auteur n'esquive pas (rejoignant ainsi la problématique soulevée par Martine Béhar-Touchais) reste celle de l'effectivité des lois de police en cas de stipulation de clause de règlement des litiges (voir *infra* 3).

À côté de ce procédé des lois de police, le droit international privé connaît un autre mode de réglementation des rapports internationaux différent de la méthode savignienne⁴⁰; il s'agit des lois matérielles.

Les règles matérielles sont des règles qui fournissent directement la solution à la question posée et ne se contentent pas, à la différence de la méthode conflictuelle, de désigner la loi applicable. La doctrine a très rapidement relevé que ces règles trouvaient leur terrain de prédilection essentiellement « *dans les matières concernant le commerce international* »⁴¹. La contribution d'Éric Loquin ci-dessous (« Règles matérielles du commerce international et droit économique ») révèle l'extraordinaire vitalité du procédé dans le droit contemporain des relations économiques internationales.

Non seulement les règles matérielles peuvent être d'origine publique ou privée (certaines ont ainsi leur source dans les recommandations d'ordres professionnels, dans les usages commerciaux ou dans les pratiques contractuelles), nationale (être le produit de lois de l'État et des décisions de ses tribunaux) ou internationale (nombreuses sont les conventions internationales qui posent des règles matérielles) mais leur domaine est en extension continue.

Aucun secteur d'activité « *ne semble plus y échapper* », souligne encore l'auteur. Un droit matériel « *sectoriel du commerce international* » se développe en épousant les exigences spécifiques de chaque filière (ainsi apparaissent un droit matériel de la

économique de l'État, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

37. Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1968, p. 149 et suiv., s. p. 165.

38. V. sur ce point M.-M. Mohamed Salah, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI, tome 315, 2005, s. pp. 220-225.

39. CJCE, 15 mars 2001, *Rev. crit.*, 2001, p. 499 et suiv., note E. Pataut.

40. Encore que le passage par la règle conflictuelle ne soit pas, en l'espèce, exclu (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2007, 9^e éd., n° 136, p. 100).

41. Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé, op. cit.*, s. n° 76.

filrière spatiale, un droit matériel de la filière agro-alimentaire...) tout en coexistant avec un droit matériel commun du commerce international.

«*L'étonnante cohérence*» de l'ensemble tient au fait que les règles matérielles, quels que soient leur origine ou leur domaine, sont des «*règles finalisées fondées sur la fonction économique du droit*». Le choix de la règle se fait en fonction de sa capacité à «*optimiser le rapport juridique*». Mais l'auteur va plus loin. Il montre que si le procédé des lois matérielles a connu une singulière expansion ces dernières décennies, c'est aussi parce qu'il répondait le mieux aux impératifs du marché globalisé, lequel implique la dilution des espaces nationaux. Les règles matérielles apportent ici **la prévisibilité, la cohérence et la stabilité** que ne peut fournir la méthode conflictuelle encore teintée de particularisme.

L'auteur conclut cependant que si «*les règles matérielles du commerce international appart(iennent) au droit économique et le revendiquent*», la critique qui peut leur être adressée est précisément, selon lui, qu'elles «*ne sont que des règles de droit économique*».

Contrairement à ce que cette formule semble suggérer, ce n'est pas leur appartenance au droit économique qui explique la faible épaisseur éthique ou sociale de ces règles mais l'évolution d'ensemble des rapports du droit et de l'économie dans le contexte de la mondialisation – évolution dans laquelle le droit international privé a joué un rôle décisif – qui conduit à une recomposition du droit économique dans le sens d'un droit purement utilitariste.

3 LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, ÉLÉMENT DE LA RECOMPOSITION DU DROIT ÉCONOMIQUE

Nous avons déjà soutenu dans cette revue que tout se passait comme si l'intégration d'un État à l'économie mondiale s'accompagnait de la nécessité d'adapter en permanence son droit aux desiderata du marché international, c'est-à-dire l'engager sur la voie d'une libéralisation continue⁴². L'évolution semblait annoncer la substitution du droit économique de facture anglo-saxonne, plus souple, plus libéral, plus pragmatique au modèle rhénan né au lendemain du premier conflit mondial, dans l'Allemagne de Weimar, confrontée à des problèmes de reconstruction et de réorganisation de son économie qui ne pouvaient être résolus par le recours aux instruments juridiques classiques. Enfant naturel de l'interventionnisme étatique, le modèle rhénan s'était développé par la suite en France, en Italie et en Belgique, toujours comme le produit d'un concubinage forcé du droit et de l'économie et restera, dans certains milieux, associé à l'image «*d'une économie administrée, encadrée, voire pilotée*»⁴³.

42. V. M.-M. Mohamed Salah, « 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. 251-302, s. p. 265.

43. Cl. Champaud, *Le droit des affaires*, op. cit.

Les vagues des dérégulations et des privatisations qui ont déferlé, à partir des États-Unis d'Amérique, sur l'Europe du Nord avant de gagner par contagion le reste du monde, l'effondrement « *du socialisme réel* », l'échec des politiques de développement autocentré et, enfin, la mondialisation (résumant et dépassant ces évolutions) dont l'effet avéré est la « *victoire du Marché* », ainsi que l'universalisation du modèle de l'État de droit, dans sa version syncrétique qui « *amalgame la tradition franco-allemande et la tradition anglo-saxonne* » tout en se faisant « *l'écho du mouvement hayékien du droit contre l'État* »⁴⁴, ont conduit à une remise en cause de ce modèle. Puisque la parole est désormais au Marché, c'est un modèle plus pragmatique, plus libéral aussi, car historiquement construit autour du marché, qui va prendre le relais⁴⁵ en inspirant, sous la contrainte de la concurrence, au plan économique et sous l'influence de la vieille loi de l'imitation dont le rôle en matière de nivellement des institutions est connu des comparatistes⁴⁶, les législateurs nationaux. La logique qui fonde ce deuxième modèle est fort simple : le triomphe à l'échelle planétaire d'un même système d'organisation de l'économie fondé sur le principe de liberté conduit fatalement à une mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux qui joue au détriment des réglementations internationalistes.

Pour être compétitive, une législation nationale doit, dans cette optique, offrir les avantages recherchés par les opérateurs économiques, au premier rang desquels se situe la souplesse. Aucun secteur du droit susceptible d'intéresser l'économie ne sera épargné par ce mouvement. Du droit financier au droit du travail que l'on pouvait penser immunisé contre le virus de la flexibilité, en passant par le droit des sociétés, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des brevets, un même slogan a inspiré les réformes juridiques intervenues : contractualisation du droit et son corollaire, recul, voire neutralisation de l'impérativité (souvent assimilée à la rigidité) de certaines règles juridiques⁴⁷.

Dans l'étude qu'elle nous livre (« La fonction économique du droit international privé »), Horatia Muir Watt analyse avec minutie la contribution du droit international privé à ce déclin de l'impérativité (l'auteur parle d'« *impérativité désactivée* ») des normes du droit économique et sa transformation, à la faveur de l'émergence du « *paradigme concurrentiel qui surplombe désormais les rapports entre économies nationales y compris dans l'usage qu'elles font de leurs systèmes juridiques* », en un marché du « *produits juridiques* » à la disposition des opérateurs économiques.

44. J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 2003, s. p. 120 et 128.

45. V.-L. Cohen-Tanuqi qui observe « *l'existence d'une certaine convergence des procédures et des règles de fond au niveau international qui correspond à la régulation de l'économie de marché. Il se trouve que ces normes nouvelles nous viennent généralement du monde anglo-saxon, du simple fait que les États-Unis ont expérimenté depuis des décennies une véritable économie de marché régulé par le droit* » (« Le droit français s'américanise-t-il ? », *Revue des deux mondes*, juin 2000, s. p. 76).

46. R. Rodière, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 1970, n° 6.

47. Pour une illustration du phénomène dans les différentes branches de droit, v. notre article précité, dans la *RIDE*, s. pp. 266-283.

L'auteur décrit d'abord l'évolution des données économiques et technologiques qui expliquent la mutation nouvelle.

La « *mobilité transfrontières des acteurs, désormais source principale de l'extranéité que requièrent classiquement les conflits de lois et de juridictions pour ouvrir les fenêtres du droit interne sur les droits étrangers* » est, en même temps, la source du « *pouvoir de (ces) acteurs de s'approprier les limites que prétendent leur imposer les États* ». Sur le terrain juridique proprement dit, le droit international privé a été le vecteur de cette mutation grâce à la place qu'il accorde « *à l'autonomie des parties, tant dans le choix de la loi applicable que dans la détermination du juge compétent* » (l'auteur rappelle que cette liberté est consacrée par l'article 3 du Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en tant que pierre angulaire du régime des contrats internationaux et se prolonge à travers la liberté de choix du for, dans l'article 23 du Règlement « Bruxelles I » sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale) et son renforcement par cette consécration quasi universelle de la liberté pour les contractants de « *sortir de tout système juridique étatique au profit de l'arbitrage privé, mué en instance de jugement ordinaire du droit du commerce international* ».

Mais l'essentiel n'est pas dans ce rappel de l'importance du principe de liberté en droit international privé. Il réside dans l'analyse des transformations que ce principe subit dans le contexte de la globalisation économique.

Certains auteurs avaient déjà souligné que l'autonomie de la volonté est, aujourd'hui, moins utilisée par les opérateurs économiques « *pour sélectionner la loi la plus favorable du point de vue de son contenu matériel* » que « *pour retenir celle qui laissera la plus grande place à la liberté contractuelle* », c'est-à-dire celle qui, en définitive, « *permettra d'accueillir les normes générées ou voulues par les opérateurs* »⁴⁸ et ce d'autant que « *grâce à la technique du dépeçage* » et à la méthode des lois matérielles, la volonté des parties produit son effet maximal. Horatia Muir Watt souligne que par le concours de « *l'extension de l'arbitrabilité des litiges impliquant des politiques économiques impératives* », et de l'effritement du contrôle étatique sur la circulation des sentences arbitrales et même sur les jugements étrangers, « *les acteurs économiques, du moins ceux qui en ont les moyens, en termes de rapport de forces et de pensée stratégique* » acquièrent « *le pouvoir de redessiner leur propre espace normatif* ». L'auteur rejoint ici les analyses développées par Martine Béhar-Touchais et par Jean-Baptiste Racine dans la deuxième partie de son étude sur l'évolution des lois de police qui deviennent des lois semi-impératives ou « *semi-nécessaires* » (pour reprendre l'expression de L. Radicati di Brozolo)⁴⁹, « *phénomène largement cautionné par l'analyse économique des conflits de lois* » qui préconise « *une augmentation de la part de l'autonomie de la volonté dans le*

48. É. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, op. cit., pp. 91-132, s. p. 98.

49. « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des lois semi-nécessaires », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 1.

*règlement des conflits de droit, redécouvrant les vertus du choix contractuel de la loi applicable au nom de l'efficacité économique*⁵⁰.

Reste une digue de portée limitée : celle que l'ordre public communautaire (avec les prescriptions impératives du droit de la concurrence et de la consommation) peut opposer lors de l'exécution d'une sentence arbitrale sur le territoire d'un État membre. L'instauration d'un « *marché global des services juridictionnels* » au moyen des mécanismes consacrés par le droit international privé, avec comme point d'orgue de l'évolution le « *phénomène de contractualisation de la justice étatique* », qui a jusqu'ici « *échappé à l'attention de la doctrine, renforce le mouvement avec les effets négatifs qui s'y attachent* ». L'hypothèse formulée par l'auteur d'un « *basculement du modèle libéral* » (dans lequel l'État et ses organes juridictionnels ont la maîtrise ultime de la régulation) vers « *un paradigme néo-libéral dans lequel les acteurs individuels conservent la maîtrise de la norme* » rejoint celle du « *grand retournement* » avancé par les économistes, et qui consiste « *dans l'abandon des modèles de développement autocentré, quelle qu'en soit la version, la référence cruciale étant toujours le territoire national* » au profit d'une stratégie fondée sur la promotion des exportations avec pour moteur de la croissance « *l'initiative privée qui est substituée à celle du secteur public* »⁵¹. Le passage de « *l'économie multinationale* » à « *l'économie globale* »⁵² qui caractérise ce grand retournement a pour conséquence de consacrer la vocation des pouvoirs privés à constituer la source essentielle du droit dans l'espace économique mondialisé. Les conséquences négatives de cette évolution sont connues.

À vouloir, coûte que coûte, plaire aux opérateurs économiques, et à considérer le droit exclusivement comme un « *produit de consommation courante détaché de toute référence dogmatique* »⁵³, on éliminerait à terme toutes les techniques juridiques susceptibles de discipliner l'exercice du pouvoir économique. Le risque est, en effet, grand de ne plus disposer d'instruments fiables de contrôle de la puissance économique, puisque de tels instruments, par définition « *contraignants* », ont toutes les chances d'être mis hors jeu par les arbitres de la compétition généralisée des systèmes juridiques que sont les opérateurs économiques.

Il ne restera plus, alors, au système juridique qu'à puiser dans les principes et les notions les plus classiques⁵⁴, notamment l'abus de droit, la fraude, ou l'apparence,

50. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, s. n° 558, p. 564.

51. C.-A. Michalet, « 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 XX^e siècle. À propos de 30 ans de recherches du CREDIMI, Mélanges Ph. Kahn*, CREDIMI, vol. 20, Litec, 2000, pp. 433-451, s. pp. 445-446.

52. *Ibid.*

53. A. Martin-Serf, « La mondialisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, *op. cit.*, pp. 179-205, s. pp. 179-180.

54. A. Pezard, « La parole donnée, l'éthique des acteurs économiques », in *Rapport moral sur l'agent dans le monde : l'éthique financière face à la mondialisation*, Association d'économie financière, Montchrestien, 1997, p. 50.

pour y trouver d'éventuels remèdes⁵⁵ à la liberté débridée des pouvoirs privés économiques, à moins de s'en remettre aux vertus de l'autorégulation ou de l'éthique des affaires⁵⁶.

On a cependant de sérieuses raisons de douter de l'efficacité d'une telle voie quand on observe par exemple les dérives auxquelles conduit l'utilisation des « *technologies juridico-financières* » en matière de groupes de sociétés : « *une décontraction de l'entreprise et sa recomposition souple en cercles concentriques* » ne laissant subsister comme « *ciment* » que « *la forme juridico-financière capable de réagir aux variations de la pression concurrentielle avec une sensibilité incomparable* »⁵⁷ et au bout du chemin, les éléments constitutifs de « *l'entreprise* » et en particulier la collectivité du travail, engloutie dans un magma de personnes juridiques éclatées⁵⁸. De quels secours peuvent être ici les principes généraux du droit, l'éthique d'entreprise ou la déontologie des affaires ?

La voie permettant de discipliner l'exercice du pouvoir économique dont la réalité est masquée par la pluralité des personnes juridiques composant le groupe de sociétés a pourtant été explorée par la doctrine de droit économique à travers la notion de « *contrôle* »⁵⁹. Cette notion appliquée, pour la première fois, par la jurisprudence française en matière de nationalité des sociétés⁶⁰, permet en effet de dépasser le jeu des relations juridiques formelles pour saisir la réalité des rapports économiques.

En matière de groupe de sociétés, si la référence aux catégories juridiques purement formelles (notamment celles de contrat, de sujet de droit et de propriété) livre l'image d'un pouvoir disséminé, conséquence de l'autonomie des sociétés du groupe les unes vis-à-vis des autres, la notion de contrôle laisserait voir l'unicité du pouvoir économique. Dans cette perspective, qui présente d'importants intérêts pratiques, notamment sur le terrain de la responsabilité civile, il n'y a pas nécessairement coïncidence entre le titulaire formel du pouvoir de décision et le titulaire réel du pouvoir. Le pouvoir appartient à celui qui par la combinaison des prérogatives juridiques et de la réalité des rapports de forces contrôle l'activité de l'entreprise⁶¹, ou si l'on veut, est le véritable décideur.

Ce critère permet de déterminer qui exerce réellement le pouvoir dans différents types de relations économiques. Ainsi dans le vaste secteur de l'intégration

55. V. sur le rendement limité de ces notions en matière de contrôle de la puissance économique, C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, thèse, Nice, 1993.

56. B. Oppetit, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319.

57. A. Pirovano, « La 'boussole' de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D. S.*, 1997, chron., p. 189, s. p. 193.

58. *Ibid*, qui renvoie à A. Supiot, « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.*, 1985, p. 625.

59. C. Champaud, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Sirey, 1962 ; G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *op.cit.* De façon générale, G. Farjat, *Droit économique, op.cit.*, et, en dernier lieu, G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Ph. Kahn, op.cit.*, pp. 613-661.

60. C. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, 1995, n° 1.

61. C. Champaud, thèse précitée (note 59) n° 160, p. 145 ; G. Farjat, *Droit économique, op.cit.*, p. 189 et s.

économique, la mise en œuvre de la notion de contrôle conduit à relever l'existence d'un pôle intégrateur, qui impose par le biais de clauses contractuelles sa politique d'organisation d'un réseau économique. Ici le pouvoir économique se dissimule derrière la forme contractuelle qui présuppose l'existence de sujets de droit égaux. On a, à cet égard, parlé de contrats de « *dépendance économique* » pour souligner l'absence d'alternative pour la partie dominée. La situation de subordination économique dans laquelle celle-ci se trouve souvent vis-à-vis du pôle intégrateur fait que la poursuite des relations contractuelles est nécessaire à sa survie⁶². Dans tous les cas, le recours à la notion de contrôle permet d'identifier la réalité du pouvoir et partant d'élaborer des techniques permettant d'en limiter les abus et d'en moraliser l'exercice⁶³. Certes, de telles techniques ne peuvent être que purement correctrices dans les sociétés qui ont fait le choix de l'économie de marché.

Les sociétés libérales sont des sociétés qui acceptent d'avance l'existence de pouvoirs privés économiques, en les faisant naturellement bénéficier d'une forme d'opacité⁶⁴.

On pouvait cependant penser que l'évolution de ces sociétés, durant tout le XX^e siècle, a montré que l'exercice du pouvoir économique était aussi une source d'abus⁶⁵ qu'il faut pouvoir corriger par des mécanismes juridiques appropriés.

Paradoxalement, c'est à l'heure d'une mondialisation qui étend la sphère d'influence des pouvoirs économiques à l'échelle de la planète, pénétrant tous les secteurs de l'activité humaine, du futile au vital, que l'on renoue avec un libéralisme réfractaire à tout mécanisme de contrôle de l'activité des agents privés.

Aussi, en matière de groupe de sociétés, on souligne, d'une part, que l'autonomie juridique est la conséquence de la volonté des membres du groupe⁶⁶, volonté à laquelle le droit doit, en l'absence de fraude, donner plein effet, et, d'autre part, que cette autonomie est indispensable au fonctionnement du groupe⁶⁷, lequel répond aux impératifs d'efficacité économique et de restructuration permanente du capital⁶⁸ dans une économie libérale.

62. G. Farjat, *Droit économique*, op. cit., p. 213 et s. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1988, préface J. Ghestin.

63. C. Del Cont, thèse précitée.

64. G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Ph. Kahn*, op. cit., s. pp. 614-615.

65. À l'égard des concurrents, des salariés, des consommateurs et même des collectivités publiques.

66. Qui sans cela auraient constitué de simples succursales, c'est-à-dire des centres d'exploitation sans personnalité juridique. V. Y. Guyon, *Droit des affaires*, Économica, tome I, 9^e éd., 1999.

67. Comme l'observe D. Schmidt, « *l'autonomie patrimoniale n'est rien d'autre qu'une barrière placée là par le droit, pour favoriser la gestion du groupe. Cette barrière doit être étanche pour éviter que l'incendie qui prend naissance se communique aux maisons voisines (...)* Le principe d'autonomie renforce le pouvoir de direction en le protégeant par la limitation de la responsabilité du décideur », in *Groupes de sociétés, contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994, s. p. 74.

68. V. Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, 1991, n° 120, p. 121, qui note que « *grâce au principe d'autonomie juridique des sociétés, il est possible d'isoler les secteurs non rentables et d'utiliser la faillite ou le dépôt de bilan comme un moyen de désinvestissement (...)* Les auteurs les plus audacieux acceptent l'idée d'une exception au principe de l'autonomie patrimoniale justifiée par des raisons économiques! ». V. Dagot et Mouly, « L'usage personnel du crédit social et son

Dès lors, exercer un contrôle privé sur le fonctionnement et les activités des groupes de sociétés, c'est, pour un État seul, courir le risque d'effaroucher le capital et perdre « *des opportunités d'investissement. La logique concurrentielle pousse là encore les systèmes juridiques nationaux à la complaisance* »⁶⁹. Les seuls contrôles admissibles seraient ceux qui résultent de la mise en œuvre des législations antitrust⁷⁰. À ce propos, G. Farjat observe que si « *le droit de la concurrence peut sanctionner le comportement, voire exceptionnellement les structures de pouvoirs privés économiques* », c'est en raison des atteintes qu'ils peuvent porter « *à pratiquement l'ensemble des pouvoirs privés économiques* »⁷¹. Autrement dit, c'est parce qu'il a pour fonction le maintien de la structure de base du système concurrentiel que le droit de la concurrence constitue le dernier verrou de l'ordre juridique libéral. On peut ainsi s'expliquer la faveur que ce droit connaît dans tous les systèmes juridiques nationaux, en particulier ceux des pays leaders de la mondialisation.

Au moment où la plupart des branches du droit tournent « *sur elles-mêmes* », le droit de la concurrence fait montre d'une extraordinaire capacité d'innovation et d'un expansionnisme sans limite⁷². L'expansionnisme de ce droit se manifeste dans l'attraction dans son champ des activités artistiques et culturelles⁷³, de celles exercées par les professions libérales, des activités des personnes publiques et l'on sait, à ce propos, son rôle dans la dislocation des régimes de propriété publique dans les pays de l'Union européenne⁷⁴ et dans l'émergence de la notion (d'origine américaine) de service universel, qui peut être analysée autant comme une tentative de conciliation de la logique du service public⁷⁵ avec celle du marché que comme une étape dans l'absorption de la première par la seconde⁷⁶.

abus », *Rev. soc.*, 1988, p. 1 et suiv. Ainsi, l'abus des biens sociaux dans les groupes de sociétés pouvait être justifié par l'intérêt du groupe.

69. A. Andrieux, « Les revendications des opérateurs économiques : l'exemple des structures fonctionnelles des sociétés multinationales », in *La mondialisation du droit, op. cit.*, pp. 59-73 s., p. 72, qui note qu'« *un certain nombre de structures, de comportements, échappent aux droits nationaux et régionaux. Le nier serait en fait favoriser les groupes indéliçables qui trouveront toujours un for accueillant* ».
70. Ce principe est d'ailleurs fortement contesté par les nouveaux économistes pour qui les législations antitrust sont une expression du dirigisme anticoncurrentiel. V. par exemple H. Le Page, *Le communicateur*, n° 5, juillet 1988, p. 166 et suiv.
71. V. article précité, in *Mélanges Ph. Kahn*, s. p. 643.
72. A. Pirovano, « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple, la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n° 1 ; M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch. de Ph. du droit*, 1995, p. 287 et suiv.
73. Par ex. pour la culture M. Cornu, « Droit de la culture et mondialisation de l'économie », in *La mondialisation du droit, op. cit.*, p. 551 et s.
74. A. Winckler, « Public et privé : l'absence de préjugés », in *Public et privé, Arch. de Ph. du droit*, 1997, p. 301 et suiv.
75. J. Chapez, Y. Laide, G. Simon, « Mondialisation et services publics », in *La mondialisation du droit, op. cit.*, pp. 503-549.
76. M. Debaine et O' Ruymundie, « Renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AIDA*, 1996, p. 183.

Une observation similaire peut être faite à propos du développement d'un autre segment du droit du marché, à savoir le droit boursier qui accompagne la financiarisation de l'économie. Ce droit va cependant plus loin dans la réification de l'entreprise puisque celle-ci est représentée uniquement par des titres de propriété qui font l'objet d'un marché dont les prix s'établissent chaque heure⁷⁷ et dont il faut garantir la loyauté et la transparence par des règles d'ordre public⁷⁸.

Doit-on en déduire que les seules soupapes de sûreté portées par la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux sont celles qui protègent la logique du marché ? La question est incontournable tant les autres mécanismes de contrôle sont affaiblis ou contournés.

Entraînant les systèmes juridiques dans une compétition effrénée dont le gagnant est celui que les opérateurs économiques jugeront le plus attractif (c'est-à-dire le plus incitatif et le plus sécurisant), la mondialisation du droit s'inscrit dans une vision idyllique ou fataliste de la mondialisation économique qui se traduit par une dénaturation de l'idée même de droit.

Aujourd'hui, au Nord comme au Sud, l'ordre juridique est en perpétuelle mutation pour satisfaire aux exigences des forces du marché. Or la conception du droit qui sous-tend la vaste recomposition des systèmes juridiques, à la faveur de la redécouverte du principe de liberté, n'est pas, comme on pourrait le penser, la conception libérale qui, dans la lignée de philosophes libéraux du XVIII^e siècle, permet de fonder le système économique sur les droits naturels et imprescriptibles de l'homme⁷⁹. C'est une sorte d'«*ingénierie économique*» appliquée à l'ensemble

77. O'Gelinier et E. Pateyron, *La nouvelle économie du XXI^e siècle. Les 28 règles du Jeu*, Économica, 2000, p. 51 ; v. également, M.-A. Frison-Roche, « Droit économique, concentration capitalistique et marché », in *Mélanges G. Farjat, op. cit.*, s. p. 402 : Le marché financier « est exclusif de la notion d'entreprise puisqu'il est construit sur des objets juridiques que sont les titres, les entreprises étant elles-mêmes en arrière-plan ».

78. La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux ne se traduit pas cependant ici par une influence à sens unique. En effet, si «*le droit boursier en Europe a été partout influencé par le modèle américain*» comme en témoigne, par exemple, l'évolution de la Commission des Opérations de Bourse (COB) «*qui devient beaucoup plus exigeante quant à la répression des délits d'initiés et quant aux informations publiées par les sociétés cotées*», on peut également relever que la S.E.C. américaine «*a récemment assoupli ses règlements, pour faciliter la cotation des sociétés européennes aux États-Unis et pour permettre aux actionnaires américains de ces sociétés de participer à leurs opérations de bourse en Europe*» (M. Puegg, *Revue des deux mondes*, juin 2000, s. p. 81).

79. Encore que certains auteurs aient parlé à son sujet de droit naturel économique, v. B. Frydman et G. Maarcher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1998. Mais la différence avec la théorie moderne du droit élaborée par Grotius et Pufendorf et enrichie par le rationalisme du siècle des Lumières tient au fait que dans cette dernière les droits naturels, à l'origine de la société, sont en même temps sa finalité. Dans la théorie «*du droit naturel économique*», on a l'impression que c'est le marché (les droits étant au service de ce dernier) qui constitue le mode naturel d'organisation de la société et la finalité de cette dernière. Cette théorie sous-tend, dans une large mesure, les propositions de l'analyse économique du droit, v. B. Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in T. Kirat et É. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS éd., 2000, s. pp. 26-28.

des règles de droit, « *perçues comme de simples instruments au service de la rationalité économique, conception finalement très proche de celle défendue par l'école réaliste américaine* »⁸⁰.

Tout faire pour créer et entretenir le cadre juridique adapté aux affaires dans le contexte d'une économie ouverte, tel est le credo des idéologues de la mondialisation.

La terre deviendrait ainsi un immense « *off shore* » pour les entreprises transnationales⁸¹. Tel serait logiquement le stade suprême de la mondialisation du modèle du droit économique libéral.

On peut alors se demander si, à terme, la mondialisation du droit n'implique pas la dissolution de toute régulation juridique. Dans un premier temps, on commence par réduire le rôle du droit et de l'État conduits à être de simples instruments, à servir uniquement « *de filtre entre l'extérieur et l'intérieur* », à n'être que des facilitateurs, « *des interfaces et non des clôtures* »⁸². Dans un second temps, les intermédiaires devenant inutiles, on les élimine. Ce serait alors le triomphe non pas des libertés économiques mais de la dictature de l'économique⁸³. Comme l'observe C.-A. Michalet, « *l'économisme n'est pas un humanisme (...) et c'est lui qui triomphe derrière la globalisation sans qu'il soit possible de lui opposer aujourd'hui beaucoup d'obstacles* »⁸⁴.

Cette analyse ne pêche-t-elle pas par un excès de pessimisme ? Ne pourrait-on pas considérer qu'en dépit de tous ces effets négatifs, la mondialisation du droit économique « *recomposé* » « *présente l'avantage incomparable de favoriser la création d'un langage de plus en plus commun aux nations et aux individus* »⁸⁵, ce qui devrait éloigner les perspectives de guerre ? Mais là encore, il faut sérieusement nuancer. D'une part, l'unification du langage concerne surtout les entreprises⁸⁶. D'autre part et surtout, dans la mesure où les instruments juridiques sont appréhendés comme des produits de « *consommation courante* » et qu'ils circulent avec la même mobilité

80. B. Oppetit, « Développement économique et développement juridique », in *Droit et vie des affaires, Mélanges en hommage à A. Sayag*, Litec, 1997, pp. 71-82, s. p. 72.

81. On soulignera ici le contraste entre le traitement du capital (liberté absolue de circulation) et celui des personnes dont la libre circulation « *n'est tolérée que dans des espaces closés (l'État national, l'Union européenne) dont les frontières extérieures dressent un mur contre l'immigration* », F. Rigaux, « D'un nouvel ordre économique international à l'autre », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, op. cit.*, pp. 689-717, s. p. 716.

82. S. Sur, « L'État entre l'éclatement et la mondialisation », *Revue belge de droit international*, 1977, 1, p. 5 et suiv.

83. Ch. Leroy, « La mondialisation pour le vide politique », *Le Monde*, 12 sept. 2000.

84. Article précité, in *Mélanges Ph. Kahn*, s. p. 450.

85. G. Farjat, « Intervention », in *La Mondialisation du droit, op. cit.*, s. p. 258.

86. M. Ruegg et R. Schepar, *Revue des deux mondes*, s. p. 180 : « *qu'il s'agisse d'entreprises anglaises, américaines, espagnoles ou allemandes, on constate que les manières d'aborder les problèmes, les raisonnements adoptés par les avocats et les banques d'affaires sans parler d'experts comptables sont aujourd'hui standardisés, la langue anglaise servant de lingua franca* ».

que les « *objets économiques dont ils sont les doubles juridiques* »⁸⁷, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une « *greffe réussie* »⁸⁸. En effet, celle-ci suppose que le système juridique récepteur ait le temps nécessaire qui lui permette de naturaliser « *l'institution reçue* », c'est-à-dire de se la réapproprier en la convertissant au travers de ses catégories propres et en l'intégrant à son lexique. Or le registre temporel sur lequel se déroule la circulation des produits juridiques de l'économie globale évoque moins le « temps historique » basé selon F. Ost sur « *une temporalité linéaire, orientée et raisonnablement stable ("historique") que le temps virtuel, celui d'un instant ou d'un présent dilaté, qui à défaut d'historicité, se sature de simultanéité* »⁸⁹.

Les systèmes juridiques « *récepteurs* », doivent assimiler de façon instantanée un flot ininterrompu d'« *innovations juridiques* » quelquefois très éloignées de la tradition qui fonde leurs concepts de base et leur logique de fonctionnement. La mondialisation du droit, consécutive à la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, est loin d'être synonyme d'avènement d'un droit commun au sens fort du terme, celui dans lequel l'entend Mireille-Delmas-Marty lorsqu'elle parle « *d'un droit commun à différents secteurs du droit, commun, également, à différents États dans la perspective d'une harmonisation qui ne leur imposerait pas de renoncer à leur identité culturelle et juridique* »⁹⁰.

Elle conduit certes à une uniformisation de certains dispositifs juridiques sous la pression de facteurs économiques. Mais cette uniformisation concerne plus « *les produits finis* » que le mode de production du droit ou les concepts de base. La conséquence en est une désarticulation poussée de tous les systèmes juridiques « *récepteurs* » du modèle dominant, qui deviennent des « *systèmes juridiques baroques et bricolés* »⁹¹. Que faire, alors, pour dépasser cette situation ?

87. L'expression est de M.-A. Frison-Roche, « La redécouverte 'des piliers du droit': le contrat et la responsabilité, introduction », in *Les transformations de la régulation juridique. De nouveaux modes de régulation pour le droit*, colloque du CREDECO, Nice, 30 octobre 1996, p. 279 et suiv., s. n° 11.

88. V. les exemples rapportés par M. Andrieux (« L'influence anglo-saxonne dans les droits », in *L'entreprise et les défis du droit à l'heure de la mondialisation*, 3^e journée d'étude de l'AFJE, septembre 1997, pub. en 1998, p. 56) en matière d'« *opérations d'acquisition* » inspirées du droit anglo-saxon dans les États d'Europe centrale et orientale dont les systèmes juridiques sont étrangers à la tradition de la *Common Law*.

89. F. Ost, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in *Les transformations de la régulation juridique, op. cit.*, p. 423 et suiv., s. p. 425 et p. 432.

90. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 7.

91. L'expression est de Ph. Moreau-Desfarges, « Droit et mondialisation », in Th. de Montbrial et P. Jaquet (dir.), *L'entrée dans le XXI^e siècle*, Dunod, 1999, pp. 215-227, s. p. 218.

4 QUELLES PISTES POUR LA CONSTRUCTION D'UN DROIT ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ?

Les développements précédents montrent la nécessité d'un renforcement de la régulation juridique des rapports économiques internationaux. Ce renforcement pourrait emprunter plusieurs voies. La première est celle de la construction d'une sorte de droit supra-étatique, lequel impliquerait l'émergence d'un État mondial ou transnational, issu du développement de l'ordre privé économique.

La piste est suggérée, une fois encore, tant par le rapprochement entre l'absence de distinction du public et du privé « *qui caractérise à la fois l'époque médiévale et la scène internationale contemporaine, laquelle appartient aussi bien aux agents économiques qu'aux États devenant à leur tour des agents économiques privés* », que par l'homologie entre « *les institutions afférentes à la lex mercatoria qui sait proposer de nombreux contrats et codes de conduite pour réguler les besoins du commerce international et les institutions médiévales du droit commercial qui ont produit un éventail de droits spéciaux correspondant aux besoins du capitalisme naissant* »⁹².

De même que l'État moderne est né, au sortir du Moyen Âge, « *des exigences marchandes* », de même l'État mondial pourrait surgir « *de la mondialisation du commerce* »⁹³. S'il est difficile de déchiffrer le sens de l'évolution en cours, on ne peut cependant qu'observer qu'entre la situation du droit commercial du Moyen Âge et celle de la *lex mercatoria* d'aujourd'hui, il existe des différences importantes qui amènent à considérer qu'ici aussi comparaison n'est pas raison.

Nous pensons que, nonobstant la globalisation, la société internationale est insuffisamment intégrée et le restera encore longtemps pour envisager sérieusement une piste de ce genre.

De façon plus réaliste, on pourrait conjuguer les efforts dans trois directions possibles. La première consisterait à renforcer **la substance de l'ordre public international**. À cet égard, nous voudrions ici souligner que si dans la perspective du droit international privé inspiré des thèses de Savigny, l'ordre public ne doit jouer qu'exceptionnellement, c'est précisément parce que le système savignien postule l'existence d'une communauté de droit entre États indépendants fondée sur une conception abstraite des rapports de droit censés être les mêmes dans tous les pays.

Dans ce cadre, l'usage de la méthode conflictuelle est le moyen privilégié de réaliser cette communauté de droit définie de manière formelle. Le mécanisme de l'ordre public en « *ce qu'il met l'accent sur l'exigence de chaque État à imposer l'application de sa propre loi* » est, au contraire, inévitablement perçu comme « *une atteinte à l'idée d'universalité et d'harmonie internationale sur laquelle repose la*

92. A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international*, PUF, 2001, s. p. 117.

93. *Ibid.*, s. p. 119.

finalité des règles de conflit»⁹⁴. Il nous semble que les choses devraient changer avec les progrès des droits de l'homme, à travers la ratification quasi universelle de la plupart des instruments s'y rapportant et leur intégration au sein des ordres juridiques nationaux et des ordres juridiques régionaux, confirmant ainsi l'analyse de Lerebours-Pigeonnière sur l'émergence de «*principes communs*» susceptibles d'enrichir le contenu de l'ordre public au sens du droit international privé⁹⁵. Dans ce contexte nouveau, loin d'être une entorse à l'harmonie des solutions internationales, l'ordre public fondé sur la **référence commune aux droits de l'homme deviendrait l'un des moyens d'affirmer l'existence de la communauté de droit définie, cette fois, de manière substantielle**. Les normes protectrices des droits de l'homme à un environnement sain, à la santé, celles relatives aux droits sociaux fondamentaux (la liste n'est pas exhaustive) pourraient alors opportunément contrebalancer l'effet des normes fondatrices des libertés économiques.

L'ordre public international qui en découlerait serait à la fois utilisé par les juridictions nationales et par les arbitres du commerce international, lesquels ont réalisé, en ce sens, quelques avancées, il est vrai, encore timides⁹⁶.

La conception «*contractuelle*» de l'arbitrage a jusqu'ici empêché d'aller trop loin dans cette direction. Ne rendant pas la justice au nom d'un État, «*l'arbitre ne devrait (selon les partisans de cette conception) considérer que la seule volonté des parties et écarter toute préoccupation ou toute contrainte socio-économique d'origine ou de nature étatique*». Pour l'auteur, l'ordre public étatique, les réglementations impératives et autres lois de police ne devraient pas affaiblir la force obligatoire des contrats internationaux. Telle est du moins «*la philosophie de la mondialisation économique*»⁹⁷. Cette conception ultralibérale du droit transnational fait l'objet de nombreuses critiques ; on lui reproche son économisme réducteur⁹⁸ qui aboutit à vider la mission de l'arbitre d'une partie essentielle de son contenu. Si l'arbitre est juge, et s'il n'a pas, comme «*cela est unanimement admis, de fonction représentative*», c'est que «*la fonction de juger peut aller à l'encontre de l'intention des parties*»⁹⁹.

94. A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois*, RCADI, 1993, n° 1.

95. P. Lerebours-Pigeonnière, «*La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français au milieu du XX^e siècle*», in *Mélanges Ripert*, 1950, p. 255.

96. A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international*, op. cit., s. p. 83, pour laquelle telle est la leçon à tirer de l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile français qui dispose que «*l'arbitre tient compte dans tous les cas des usagers du commerce*». B. Oppetit, art. préc., in *Mélanges Lalive* qui observe que les finalités du droit du commerce international «*paraissent ordonnées à la recherche d'enjeux immédiats et exclusivement matériels*», ce dont témoigne l'usage de «*la notion d'intérêt du commerce international*» qui fonde l'autonomie de cette discipline.

97. Formules empruntées à Ph. Fouchard, art. préc., in *Mélanges G. Farjat*, s. n°33.

98. Hypertrophiant la sphère marchande dans le système social global. V. A. Mezghani, «*L'illicite dans le commerce international. L'anomie de la société internationale*», in *Mélanges G. Farjat*, op. cit., pp. 193-209.

99. A. Mezghani, *ibid.*, spéc. p. 206.

Il devrait en être ainsi chaque fois que la volonté des parties va à l'encontre de l'un des principes autour desquels il y a un consensus universel, consensus qui peut « *non seulement s'exprimer à travers les États sujets de la société internationale* », mais aussi à travers l'action des individus, nouveaux sujets de l'ordre transnational, agissant dans les associations et dans les forums. De même que la souveraineté ne peut signifier la liberté pour l'État de transgresser les droits fondamentaux, de même « *l'autonomie de l'arbitrage international ne saurait être synonyme d'affranchissement à l'égard des principes fondateurs de la société internationale* »¹⁰⁰. L'arbitre est normalement lié par toutes les règles « *matérielles internationales découlant des conventions internationales encadrant le commerce international* »¹⁰¹. La libre circulation des marchandises, des capitaux et des moyens de paiement qui fonde la philosophie des principales organisations internationales (BIRD, FMI, OMC) ne saurait faire oublier l'effort mené dans le même temps par les États, tant au niveau interne qu'au niveau international¹⁰², pour limiter cette liberté au nom d'exigences supérieures comme la protection de la santé publique, celle de l'environnement, la préservation de la paix ou même d'une certaine éthique universelle. Nul ne saurait considérer par exemple que « *les drogues, les armes, les produits biologiques* » sont « *des marchandises comme les autres* » ou que le « *trafic d'influence* » ou les pratiques corruptives pourraient être recevables sans contrôle¹⁰³. L'arbitre du commerce international pourrait ici utiliser « l'ordre public transnational » rénové par les nouvelles sources du droit.

Certes, on peut *a priori* penser que le recours aux ordres publics internationaux étatiques pourrait ici suffire¹⁰⁴, puisque ceux-ci se font souvent l'écho de la plupart des interdits internationaux ou transnationaux¹⁰⁵, et l'on sait que la tendance amorcée, depuis une décennie au moins, est celle de la reconnaissance par les jurisprudences nationales du pouvoir de l'arbitre de sanctionner les atteintes à l'ordre public étatique¹⁰⁶, ce qui est aussi une façon d'impliquer la justice privée dans la défense des valeurs nationales.

100. *Ibid.*

101. É. Loquin, « Les manifestations de l'illicite », in P. Kahn et C. Kessedjian (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, pp. 247-278, s. n°59.

102. É. Loquin, *ibid.*

103. Ph. Kahn, « À propos des sources du droit du commerce international », in *Mélanges G. Farjat, op.cit.*, pp. 185-191, s. p. 190.

104. V. pour la discussion de cet argument P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 327 et suiv.

105. Pour une illustration des recoupements possibles des ordres publics étatiques et de l'ordre public transnational, v. en matière de corruption la célèbre sentence CCI rendue en 1963 (sentence CCI, n°1110, 1963, citée par P. Lalive, art. préc., s. p. 326) et celle de l'arbitre Loewe en 1982 (sentence CCI, n° 3916, *Revue Clunet*, 1984, p. 930, obs. S.J.).

106. V. par ex., pour le droit français, Paris, 29 mai 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. Idot; Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarasson; *RTD com.*, 1993, p. 492, obs. É. Loquin; pour le droit saisi, Trib. Feder, 28 avril 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 124, note L. Idot; pour le droit américain, T. Carboneau, « L'arbitrage en droit américain », *Rev. arb.*, 1988, p. 3.

En réalité, le concept d'ordre public transnational présente une utilité certaine par rapport aux ordres publics étatiques, et ce à plusieurs points de vue. En premier lieu, l'ordre public étatique est par définition contingent. Son application « *est laissée aux aléas des méthodes de désignation du droit applicable au fond du litige* », lequel « *peut même être quelquefois contraire à l'ordre public transnational* »¹⁰⁷. Le recours à la notion d'ordre public transnational permet de réaffirmer avec force l'universalité des principes consacrés par la communauté internationale.

En second lieu, l'application généralisée de cette notion est le meilleur gage de l'efficacité des sentences internationales¹⁰⁸. En troisième lieu, à l'heure où l'on insiste volontiers sur l'opportunité d'une pleine délocalisation de l'arbitrage international, la promotion de l'ordre public transnational est indispensable pour éviter les dérives auxquelles peut conduire une conception exclusivement économiste de ce type de règlement des litiges.

Enfin, on ne peut pas ignorer que les contraintes économiques peuvent conduire les États à s'accommoder dans la pratique du caractère illicite de certaines activités, voire de devenir eux-mêmes des « *États trafiquants* »¹⁰⁹. La perception de la frontière entre le permis et le défendu, entre le licite et l'illicite, risque ainsi d'être en permanence faussée ou déformée par les infléchissements que la logique « *productiviste* » impose à l'État-nation.

L'indulgence, voire la complaisance, dont certains États font montre à l'égard de certaines pratiques illicites¹¹⁰ ne saurait cependant remettre en cause les interdictions qui frapperaient au nom de l'ordre public international ou transnational de telles pratiques. C'est d'ailleurs en réaction à la permissivité qui caractérise la pratique de certains droits internes, et à la suite de scandales financiers¹¹¹, écologiques¹¹² et sanitaires¹¹³, que les milieux d'affaires (entreprises transnationales, organisations professionnelles) ont élaboré des codes déontologiques par lesquels elles s'enga-

107. J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, s. n° 637.

108. En ce sens, É. Loquin, art. préc., in *L'illicite dans le commerce international*, spéc. n° 65, qui note que « *le respect de l'illicite universel exprimé par l'ordre public véritablement international est l'assurance d'une exécution universelle de la sentence* ». Également cité par J.-B. Racine, s. n° 638, qui souligne que « *celle-ci pourrait faire l'objet d'une exécution forcée, non pas dans tous les États mais dans une majorité d'entre eux, ceux qui partagent les valeurs défendues par l'ordre public transnational* ».

109. J. Chapez, « Les conventions internationales de lutte contre les trafics illicites », in *L'illicite dans le commerce international*, op. cit., p. 464.

110. B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *Revue Clunet*, 1987, p. 5. V. également Ph. Kahn, art. préc., in *Mélanges G. Farjat*, op. cit., spéc. p. 191, qui écrit : « *Derrière un discours politique ferme, des lois de police sévères, de nombreuses exceptions viennent atténuer la rigueur des exigences apparentes : déductions fiscales, autorisations de transfert, légèreté des contrôles, etc.* ».

111. Corruption impliquant certaines entreprises transnationales.

112. Multiplication des atteintes à l'environnement du fait de l'activité des firmes transnationales.

113. Dont la dernière concerne les problèmes liés à la vache folle.

gent à respecter certaines règles d'éthique et à interdire à leur personnel certains comportements répréhensibles¹¹⁴.

Quel que soit le jugement que l'on peut porter sur la valeur de ces codes d'origine privée, qui ont proliféré au moment où la demande d'éthique se faisait pressante, et qui peuvent, par conséquent, être suspectés de vouloir simplement la récupérer à leur profit, afin d'éviter une « *réglementation dure* » d'origine étatique ou interétatique, force est de constater que, « *de par leurs similitudes, par l'importance des thèmes retenus* », ils renforcent « *le consensus des professionnels* » sur les valeurs fondamentales, et peuvent, par conséquent, alimenter l'ordre public transnational dont les arbitres sont comptables¹¹⁵. Cet ordre public transnational puiserait sa substance dans les normes que la société mondiale en gestation hisserait au rang de principes incontestés. On pourrait non seulement y ranger toutes les règles qui ressortissent au *ius cogens*¹¹⁶, mais aussi toutes celles qui peuvent être déduites de la catégorie des principes généraux du droit visés à l'article 38 du statut de la CIJ ou ceux qui sont consacrés par les conventions internationales¹¹⁷, ou communs à plusieurs ordres juridiques étatiques et plus sûrement à plusieurs familles de droit¹¹⁸, ou enfin les usages du commerce international et les règles consacrées par les opérateurs économiques dans les instruments divers du droit corporatif¹¹⁹.

La deuxième piste complémentaire consiste à renforcer le droit régional dans la mesure où il paraît plus adapté que les droits nationaux (très affaiblis du fait de l'extrême mobilité des acteurs économiques) à la régulation des relations transfrontières, en particulier entre les ressortissants d'États membres d'une même union régionale.

Les exemples de l'Union européenne et, dans une moindre mesure, celui de l'ALENA (l'Accord de libre-échange nord-américain) montrent que la dynamique de l'intégration pousse à l'établissement d'une complémentarité entre l'économie et les autres aspects de la vie sociale. Pour nous en tenir au droit européen, la jurisprudence de la Cour de justice et celle du Tribunal de première instance tiennent

114. G. Farjat, « Réflexion sur les codes de conduite privée », in *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 47-66 ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. Cleam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1999, pp. 151-164 ; F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique », *RTD civ.*, 1995, p. 509 et s.

115. Ph. Kahn, « La réaction des milieux économiques », in *L'illicite dans le commerce international*, *op. cit.*

116. C'est-à-dire pour reprendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités « *toute règle acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une norme du droit international général ayant le même caractère* ».

117. P. Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275 et suiv.

118. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, n° 797.

119. J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, s. n°s 659 à 662.

compte de la nécessité de réaliser un équilibre entre les exigences économiques et les considérations de nature différente inspirées par des motifs sociaux, comme l'emploi, l'éducation, la santé publique ou l'environnement¹²⁰.

De plus, grâce à la conjugaison du principe de sa supériorité sur les droits nationaux et de celui de son effet direct, le droit européen constitue un ordre public évinçant les réglementations nationales et les conventions des particuliers qui méconnaissent ses normes fondamentales.

Tous les droits régionaux ne fonctionnent pas cependant sur le modèle du droit européen et toutes les unions économiques ne réalisent pas la même complémentarité entre l'économie et les autres aspects de la vie sociale¹²¹. Aussi, cette deuxième piste comporte ses propres limites.

La troisième piste est celle d'un renforcement de la coopération interétatique pour transposer à l'échelle internationale les éléments d'un droit de la régulation ayant vocation à « *exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie à la fois d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage par l'État et son organisation administrative* »¹²². L'instrument de cette coopération pourrait être celui très classique de la convention internationale. Les champs concernés par cette coopération sont ceux dans lesquels la globalisation affaiblit les procédés de régulation classiques et notamment les lois de police. Le droit de la concurrence constituerait l'un des champs prioritaires de cette coopération.

La promotion de cette discipline qui a pour fonction d'entretenir et de protéger l'identité des sociétés libérales bute sur la réalité de la transnationalisation des pouvoirs privés économiques. Dans la mesure où il est établi que la mondialisation des marchés « *mondialise aussi les positions dominantes* », lesquelles constituent « *des barrières structurelles* » à « *la libéralisation des changes* »¹²³, il devient clair que ni le concept de territorialité objective du droit de la concurrence, ni la référence aux lois de police ne constituent une solution adaptée au problème de la régulation des phénomènes concurrentiels. Celle-ci ne peut venir que de « *la détermination de règles communes et de la mise en application d'un ordre juridique international de la concurrence* »¹²⁴.

Les activités financières internationales pourraient constituer un autre volet important de la coopération interétatique pour la régulation des phénomènes caractéristiques de la globalisation économique.

120. J. Martens de Wilmars et H. Nyssen, « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, Mélanges G. Farjat, op. cit., p. 563.

121. V. sur ce point M.-M. Mohamed Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, s. p. 220.

122. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, ch., pp. 610-616, s. p. 610.

123. V. J. M. Siroën, « Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée », *Revue DGC-CRF*, 1996, sept./oct., n° 93.

124. U. Immenga, « Le droit de la concurrence dans l'économie globale », in *Mélanges G. Farjat, op. cit.*, pp. 405-414, s. pp. 410-413.

Les crises récentes peuvent, à terme, faciliter cette coopération. Dans tous les cas, il est clair que l'évolution conduit dans le domaine des relations économiques internationales à l'injection d'une dose du droit public nécessaire à l'émergence d'un droit économique international distinct du droit international économique purement interétatique mais dans lequel le rôle de la méthode conflictuelle sera encore plus réduit.

SUMMARY : ECONOMIC LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW. OPENING CONTRIBUTION

Economic law and private international law also known as conflict of law, have complex relationships, especially in this globalization context. As a legal expression of the State regulatory power aiming at defining and regulating economic relationships and behaviors in the market, economic law can only be in conflict with private international which is, in principle, neutral in its application. This conflicting relationship between the two branches of law has extensively contributed to the development and evolution of private international law. Hence, neutral at the beginning, private international law has started not only to incorporate 'non-neutral' and 'proactive' rules, but also to develop new legal methods of regulating private international relationships. Such new rules and methods developed by private international law are applicable concurrently with the 'traditional' rule of conflict which used to be the distinguishing 'feature' of private international law.

Inversely, economic law has at the same time being influenced by this very evolution that private international law has undergone. Hence, the principle of party autonomy which allows parties to choose the applicable law, to conclude forum choice agreements or to privatize the resolution of their commercial dispute, by arbitration for instance, has influenced the evolution of economic law itself. To cope with this evolution, economic law has become more liberal, more pragmatic and closer to the private operators.

This present article presents the outstanding contributions of this special issue of the RIDE devoted to the interfaces between economic law and private international law, analyzes the conflicting rationales of these two branches of law, and contemplates the perspective of their respective evolution.

Mots clés : droit économique, droit international privé, autonomie de la volonté, ordre public international, règle de conflit, privatisation du règlement des litiges

Keywords : economic law, private international law, principle of party autonomy, international public order, rule of conflict, privatization of the resolution of disputes

Subject Descriptors (*Econlit* Classification System): K 120, K 330, K 410, K 420