

Le droit international économique : entre libéralisation et régulation

Régis Bismuth *

Le droit international économique offre un condensé des tourments, contradictions et aspirations de la société internationale : effritement du multilatéralisme et poursuite par les États de la satisfaction de leurs intérêts particuliers, d'une part, prise de conscience plus ou moins collective de la nécessité de gérer ensemble les conséquences négatives de la libéralisation des échanges, d'autre part. Les mécanismes mis en place afin de répondre à cette exigence offrent une illustration intéressante des nouvelles formes de régulation juridique susceptibles de s'épanouir à l'échelle internationale.

*** Régis Bismuth**

est maître de conférences à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense, membre du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), docteur en droit (Paris I - Panthéon-Sorbonne) et diplômé d'un master of laws (Columbia Law School).

S'il est un domaine où le droit international joue un rôle particulièrement ambigu, c'est bien celui de l'économie. Les instruments censés l'encadrer brillent en effet autant par leur incomplétude que par leur aptitude à réguler ou fragmenter le régime juridique gouvernant les échanges économiques internationaux. Cette ambiguïté se traduit principalement par la présence de deux forces en apparence contradictoires.

Une première, centrifuge, se manifeste par la multiplication de régimes bilatéraux ou pluri-latéraux tendant à lui faire perdre son unité. Une seconde, centripète, s'efforce de dompter les déséquilibres générés par une globalisation essentiellement organisée selon une logique de libéralisation. Cette dernière a eu pour effet d'agrandir le terrain de jeu des échanges économiques sans pour autant harmoniser les règlements d'arbitrage qui sont censés les gouverner. C'est ainsi qu'il est apparu impératif à certains États d'injecter au cœur de cette libéralisation la régulation qui lui faisait défaut.

Investissement étranger : un cadre juridique fragmenté et déséquilibré

Les initiatives destinées à offrir un cadre juridique multilatéral à la promotion et à la protection des investissements étrangers se sont soldées par des échecs. La charte de La Havane de 1948, devant aboutir à la création de l'Organisation internationale du commerce, est mort-née pour des raisons de politique intérieure américaine. Le projet de convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la protection des biens étrangers de 1967 échoua du fait de la division idéologique entre les États exportateurs et importateurs de capitaux. L'accord multilatéral sur l'investissement négocié sous les auspices de l'OCDE en 1998 périclita quant à lui du fait des divergences entre les membres mêmes de l'OCDE, et notamment du retrait de la France des négociations.

Un lacis de 2 500 accords internationaux

Ne pouvant se concrétiser au sein d'un socle conventionnel multilatéral, cet encadrement juridique s'est formé par la conclusion progressive de traités bilatéraux d'investissement (dénommés les « TBI »), le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1967 constituant à cet égard une source d'inspiration majeure. Depuis le premier traité bilatéral d'investissement conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, leur nombre n'a cessé de croître et 2 500 accords de ce type seraient actuellement en vigueur.

Si les premiers traités d'investissement étaient de nature bilatérale, quelques accords plurilatéraux portant sur l'investissement ont ensuite été adoptés, surtout depuis le début des années 1990. Ils peuvent être limités d'un point de vue sectoriel à des investissements réalisés au sein de certaines activités – par exemple, le traité sur la Charte européenne de l'énergie de 1994 – mais le sont le plus souvent géographiquement – par exemple l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1992. Les obligations internationales en matière de promotion et de protection des investissements étrangers tendent désormais à se déplacer au sein d'accords commerciaux préférentiels (*Preferential Trade Agreements*, PTAs) plus larges ayant vocation à traiter à la fois de commerce et d'investissement.

Conséquence de ce lacis de plus en plus dense d'accords internationaux, l'émergence d'un cadre juridique multilatéral de promotion et de protection des investissements étrangers devient d'autant plus improbable que sa mise en place supposerait que les États renoncent à leur propre réseau de traités bilatéraux ou plurilatéraux, ces derniers étant le plus souvent taillés à la mesure de leurs intérêts.

Une surprotection des investisseurs étrangers ?

Si cet impressionnant réseau de traités bilatéraux d'investissement suggère que l'encadrement des investissements étrangers est particulièrement fragmenté, leur contenu témoigne toutefois de l'existence d'un socle d'obligations internationales universellement acceptées. Celles-ci portent cependant davantage sur les droits de l'investisseur que

sur ses devoirs, et sur les obligations de l'État plus que sur ses prérogatives.

En effet, une fois l'investissement étranger admis sur le territoire de l'État d'accueil, ce dernier est tenu à une obligation de non-discrimination de l'investissement tant vis-à-vis de ses nationaux – traitement national – que des autres investisseurs étrangers – traitement de la nation la plus favorisée. Il doit également assurer un traitement juste et équitable à l'investissement et protéger celui-ci contre des mesures d'expropriation directe ou indirecte qui, le cas échéant, doivent faire l'objet d'une compensation financière. Enfin, l'État d'accueil doit permettre à l'investisseur de librement rapatrier les capitaux liés à son investissement. Ces obligations substantielles constituent ainsi une forme de multilatéralisation de substitution en la matière.

Ce cadre juridique est apparu favorable aux investisseurs, au détriment des États. Ainsi, lorsque l'État d'accueil de l'investissement adopte une mesure non discriminatoire poursuivant un objectif d'intérêt général – telle la protection de l'environnement –, l'investisseur peut prétendre, selon les circonstances, à l'obtention d'une indemnisation si cette mesure affecte substantiellement la jouissance de ses droits. Par conséquent, il peut en résulter une surprotection des intérêts de l'investisseur au détriment de ceux de l'État d'accueil, laquelle est susceptible d'affecter ou de limiter la liberté normative de ce dernier.

Afin d'éviter ce type de situation, certains traités bilatéraux d'investissement récents, par exemple ceux privilégiés par les États-Unis, reconnaissent à l'État d'accueil le droit de prendre les mesures nécessaires à la protection de l'environnement.

L'imperfection des mécanismes de règlement des différends

Reflet de la fragmentation du cadre juridique qui vient d'être évoqué, il n'existe pas de système unifié de règlement des différends entre États et investisseurs étrangers. Lorsque ces derniers estiment que leurs droits ont été lésés, ils peuvent en général choisir entre plusieurs mécanismes d'arbitrage, notamment celui du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement

(CIRDI) institué par la convention de Washington de 1965. Sans entrer dans les détails du fonctionnement de ces procédures arbitrales, quelques problèmes structurels importants méritent d'être évoqués.

En premier lieu, ces mécanismes ne présentent pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité requises pour la résolution de différends d'une telle envergure. En règle générale, chacune des parties nomme un arbitre, charge aux deux arbitres ainsi nommés de choisir le troisième qui présidera le tribunal. Certains arbitres régulièrement désignés peuvent de ce fait être étiquetés comme étant favorables à l'État ou à l'investisseur étranger, ce qui explique d'ailleurs la multiplication ces dernières années des demandes de récusation, certes parfois dilatoires. Ces arbitres peuvent en outre avoir été ou être conseils d'un État ou d'un investisseur privé dans le cadre d'un autre litige qui n'implique pas les mêmes parties. Ils sont donc susceptibles, en tant qu'arbitres, de générer une jurisprudence pouvant être exploitée par eux-mêmes dans d'autres affaires.

En second lieu, ces mécanismes pâtissent de leur manque de transparence. Si le CIRDI offre certaines garanties – le registre des affaires est public et, depuis la révision de son règlement en 2006, des extraits de sentences doivent être publiés –, d'autres mécanismes d'arbitrage *ad hoc* ou placés sous les auspices d'institutions plus opaques ne sont pas tenus de rendre public ces différends ni de publier les sentences qui ont été prononcées, alors que ces litiges impliquant des États mettent régulièrement en jeu des problèmes d'intérêt général. C'est dans ce contexte de suspicion que certains États (Bolivie et Équateur) ont décidé de se retirer du CIRDI, tandis que d'autres, pas moins importants (Brésil et Russie), s'en tiennent éloignés et refusent pour l'instant de ratifier la convention de Washington.

Il reste à savoir dans quelle mesure le développement actuel des accords commerciaux préférentiels, qui pour la plupart englobent le domaine de l'investissement étranger, sera de nature à affecter ces mécanismes de règlement des différends. Au-delà de ces considérations prospectives, c'est bien le système commercial multilatéral

qui apparaît perturbé par la prolifération de cette nouvelle catégorie d'accords.

Commerce : un cadre juridique multilatéral en voie de fragmentation

Le système commercial multilatéral mis en place par les accords de Marrakech de 1994 est venu substituer une nouvelle Organisation mondiale du commerce (OMC) à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). L'OMC a été fondée sur le principe de l'accord unique (*single undertaking*) selon lequel un État souhaitant en devenir membre doit accepter un socle conventionnel commun, à l'inverse de l'ancien système dit du « GATT à la carte » où les États pouvaient choisir ou non de devenir partie aux accords satellites portant sur des questions non tarifaires.

Chacun des États membres de l'OMC doit non seulement accepter le GATT (commerce de marchandises), mais aussi ceux de ses diverses annexes (accords sur les obstacles techniques au commerce, sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, sur les subventions, sur les mesures antidumping, etc.), l'Accord général sur le commerce des services (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), et le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends venant instituer un mécanisme juridictionnel obligatoire.

L'OMC semblait ainsi garantir la cohérence du système commercial multilatéral. Si elle s'est globalement acquittée de cette mission, ce dernier n'en traverse pas moins une crise, en particulier du fait de la multiplication d'accords commerciaux préférentiels qui viennent miner son unité. Les vieux démons du « GATT à la carte » se manifestent à nouveau, mais sous d'autres oripeaux.

Multilatéralisme versus « préférentialisme »

Divers mécanismes prévus par le droit de l'OMC autorisent la mise en place de traitements

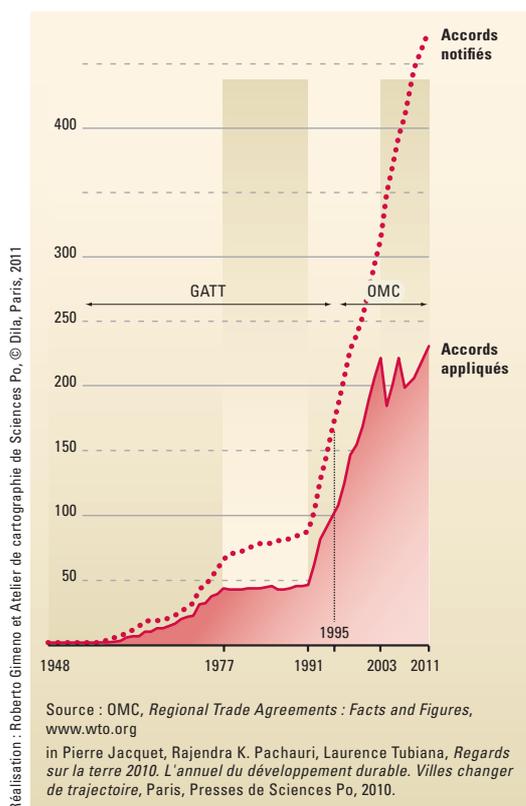
commerciaux préférentiels : article XXIV du GATT dans le domaine des marchandises, article V du GATS dans celui des services, « clause d'habilitation » pour les accords en faveur des pays en développement. Plusieurs accords régionaux majeurs ont été conclus sur le fondement de ces dérogations – Union européenne, ALENA, Marché commun du Sud (Mecosur), Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), etc. – et ont permis à leurs membres d'approfondir leur intégration économique. Si ces accords ont rendu possible l'émergence de blocs plus homogènes susceptibles de faciliter la conduite des négociations commerciales multilatérales, leur prolifération depuis la fin des années 1990 ne repose plus sur cette dynamique régionale. Elle semble autant nourrir que se nourrir de l'échec du multilatéralisme.

Au mois de juillet 2010, plus de 470 accords préférentiels avaient déjà été notifiés à l'OMC, dont plus de 70 % après 1995. Une rapide consultation des accords conclus ces dernières années montre très clairement que la plupart d'entre eux ne s'inscrivent nullement dans une logique d'intégration régionale. Les accords entre les États-Unis et Bahreïn, la Jordanie et Singapour, le Japon et la Suisse ou la Turquie et le Chili ne se caractérisent pas par la proximité géographique des États parties. Il apparaît donc surprenant que l'OMC persiste à employer l'expression d'accords commerciaux régionaux pour les désigner alors que la majorité de la littérature emploie celle d'accords commerciaux préférentiels. C'est pour cette raison que le terme de « préférentialisme » est plus approprié que celui de « régionalisme » pour désigner ce phénomène. Le développement de ces accords commerciaux préférentiels – qui ne sont soumis qu'à un contrôle très formel de l'organisation – affecte à de multiples égards l'unité du système commercial multilatéral.

En premier lieu, leur prolifération complique sensiblement le cadre juridique des échanges commerciaux internationaux en venant superposer un nouveau réseau d'accords internationaux aux accords de l'OMC. C'est ainsi que la métaphore du « bol de spaghettis » (*spaghetti bowl*) est régulièrement employée afin de les désigner.

En second lieu, ce phénomène implique une sorte d'effet domino dans la mesure où les États

Les accords commerciaux régionaux au GATT puis à l'OMC (1948-2011)

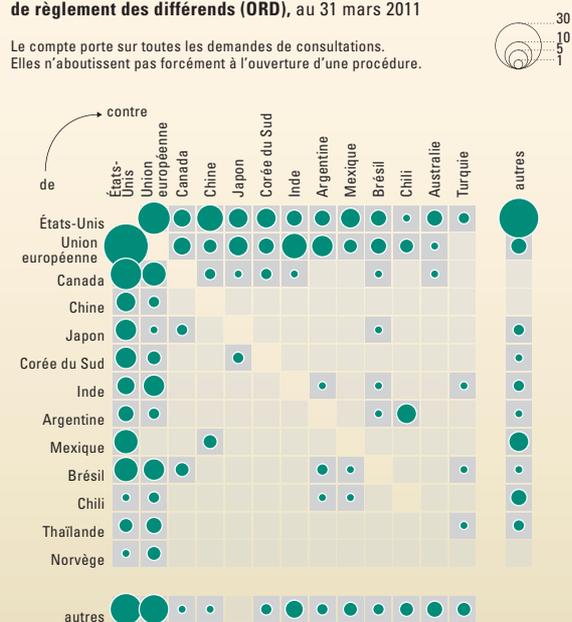


s'empresment de conclure de tels accords afin d'éviter que leurs exportations ne souffrent d'une position concurrentielle moins avantageuse du fait des accords commerciaux préférentiels existants. Il en résulte *in fine* un cercle vicieux, impliquant un transfert des négociations commerciales multilatérales vers des forums bilatéraux ou plurilatéraux plus efficaces. L'enlisement du cycle de Doha n'y est certainement pas étranger. D'ailleurs, dans une dynamique similaire à celle, déjà évoquée, qui concerne les traités bilatéraux d'investissement, les États auront de plus en plus de difficultés à renoncer à un réseau d'accords commerciaux préférentiels taillé sur mesure au profit de concessions lors des négociations commerciales multilatérales. Cette prolifération d'accords commerciaux préférentiels risque en tout cas, à terme, de rendre obsolète l'OMC comme forum de négociations pour la libéralisation des échanges commerciaux internationaux.

Différends soumis à l'OMC (1995-2011)

Nombre de plaintes déposées devant l'Organe de règlement des différends (ORD), au 31 mars 2011

Le compte porte sur toutes les demandes de consultations. Elles n'aboutissent pas forcément à l'ouverture d'une procédure.



Source : Organisation mondiale du commerce (OMC), www.wto.org

in Marie-Françoise Durand, Philippe Copinschi, Benoît Martin, Patrice Mitrano, Delphine Placidi-Frot, *Atlas de la mondialisation*, Presses de Sciences Po, Paris, 2010.

Libéralisation versus régulation

Au-delà de leurs effets perturbateurs sur le système commercial multilatéral, les accords commerciaux préférentiels sont cependant très instructifs sur les objectifs de politique commerciale actuellement poursuivis par les États. Or, ces accords ne se limitent pas à l'obtention de réduction des droits de douane ou d'une libéralisation accrue du commerce des services. Ils comprennent également plusieurs dispositions visant à instaurer des disciplines communes dans des domaines qui ne sont pas ou peu couverts par le droit de l'Organisation mondiale du commerce (ou World Trade Organization, WTO, en anglais), et c'est en ce sens que l'on parle de « *WTO Plus* » pour les désigner. Il en est ainsi du droit de la concurrence ou des normes sociales et environnementales.

L'OMC a en effet été construite sur une logique d'intégration négative – libéralisation par la seule levée des obstacles aux échanges – à l'inverse de la dynamique d'intégration positive prévalant pour le marché intérieur européen – suppression

des obstacles aux échanges accompagnée d'une harmonisation des réglementations. À travers ces accords commerciaux préférentiels, les États cherchent aussi à dompter une libéralisation des échanges commerciaux internationaux qui s'est réalisée sans prendre pleinement en compte les impératifs de régulation que celle-ci implique. Les accords commerciaux préférentiels constituent donc un moyen, parmi d'autres, d'injecter un minimum de règles communes afin d'éviter que les États n'exploitent leur système juridique national comme avantage concurrentiel en abaissant abusivement leurs exigences réglementaires. Les réglementations monétaires et financières offrent d'ailleurs un autre modèle de gestion de ce différentiel entre intégration des marchés et intégration des politiques censées les réguler.

Quelles réglementations monétaire et financière ?

Les règles de droit international à vocation globale existant en matière monétaire et financière sont relativement sommaires en comparaison avec les multiples accords internationaux en vigueur dans le domaine de l'investissement et du commerce. Dans ces domaines, il convient toutefois de ne pas se limiter aux seuls instruments de droit positif identifiables, mais de prendre aussi en considération l'ensemble des mécanismes de régulation alternatifs qui se sont développés afin de répondre à l'internationalisation des activités financières.

Une régulation monétaire en quête de cohérence

Les compétences attribuées au Fonds monétaire international (FMI) dans le domaine monétaire visent en premier lieu à faciliter le développement du commerce international. Les États membres doivent collaborer avec le FMI afin de promouvoir la stabilité des taux de change. Ils ont l'obligation d'assurer la convertibilité des monnaies pour la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes, c'est-à-dire des opérations commerciales internationales portant sur des biens ou des services. C'est dans ce cadre que le FMI exerce, selon ses statuts, une « ferme surveillance » sur les politiques de change des États membres.

Si les restrictions aux paiements courants sont proscrites, le contrôle des opérations de paiement en capital ne fait pas partie des prérogatives du Fonds, et les statuts du FMI reconnaissent d'ailleurs la liberté des États membres en la matière. Cette liberté n'est qu'apparente dans la mesure où de nombreux autres instruments internationaux imposent ou impliquent une libération des flux de capitaux. C'est notamment le cas des multiples traités bilatéraux d'investissement, de deux codes de l'OCDE – l'un sur la libération des mouvements de capitaux et l'autre sur la libération des opérations invisibles courantes – et, plus récemment, du GATS. Il en résulte un différentiel entre une libération des flux de capitaux fragmentée au sein de plusieurs instruments et l'absence de régulation à l'échelle globale des problèmes impliqués par cette libération.

Les limites du FMI en matière monétaire se perçoivent également en ce qui concerne la mise en œuvre de son assistance financière. Il est en effet perçu comme le grand argentier de la planète et ses ressources ont d'ailleurs été sensiblement augmentées à la suite de la dernière crise financière de 2008. Il ne peut néanmoins accorder son assistance financière que par le biais de mécanismes suscitant la défiance des populations. Leur lourdeur institutionnelle empêche en outre toute la réactivité que l'on serait susceptible d'espérer d'un prêteur en dernier ressort qui – sans jeu de mots – fait toujours défaut à l'échelle internationale.

Malgré la limitation des compétences qui lui ont été attribuées dans son acte constitutif ou des modalités de leur mise en application, le FMI a su progressivement déployer une palette d'instruments – assistance technique, mécanismes de conditionnalité, élargissement de la « ferme surveillance » des politiques de change. Il a ainsi cherché à étendre son domaine d'intervention et à s'attribuer de nouvelles prérogatives, y compris en matière de mouvements de capitaux ou en ce qui concerne la régulation des activités financières.

La crise financière de 2008 atteste d'ailleurs à quel point les impératifs de régulation monétaire et financière sont profondément entremêlés : crise immobilière aux États-Unis se propageant au sein des banques par des instruments financiers mal régulés, puis se

transformant en crise de dette souveraine à la suite du sauvetage de ces banques par les États, dette souveraine négociée dans une large mesure sur les marchés financiers ce qui en rend d'autant plus complexe la restructuration, dette souveraine malmenée par des agences de notation très faiblement régulées, celles-là mêmes qui étaient au cœur de la crise des *subprimes* pour avoir mal évalué le risque afférant aux instruments financiers à l'origine de cette débâcle. Les diverses instances internationales impliquées dans la régulation des activités financières se devaient de répondre à ces nouveaux défis.

Une régulation financière originale au cœur d'une nouvelle architecture institutionnelle

Les activités financières constituent certainement le domaine où le différentiel entre libéralisation et régulation est le plus aigu. Or, le GATS ne fait qu'organiser la libéralisation et n'impose aucune régulation financière commune. Aussi, les activités financières étant immatérielles et susceptibles de se relocaliser plus facilement que d'autres sous des cieux réglementaires plus cléments, la pression exercée sur les États afin qu'ils maintiennent la compétitivité de leur système financier est particulièrement forte.

Afin de répondre à cette internationalisation, au risque systémique qu'elle induit et aux externalités négatives sur l'économie réelle que les crises financières impliquent, les autorités de régulation nationales et les banques centrales coopèrent au sein de divers forums qui produisent des standards financiers destinés à être transposés en droit interne par les États. Il s'agit notamment du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire – qui est à l'origine des ratios prudentiels Bâle I, Bâle II puis Bâle III –, de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) et de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA). La production de ces normes se réalise dans un contexte singulier : ces instances ne sont pas des organisations internationales – le Comité de Bâle n'a pas d'existence juridique, l'OICV et l'AICA sont des associations de droit privé respectivement espagnole et suisse – et ces standards sont dépourvus de force juridique obligatoire.

La production de standards financiers par ces diverses instances de régulation est coordonnée, sous le contrôle du G20, au sein du Conseil de stabilité financière (CSF, ex-Forum de stabilité financière) qui rassemble depuis 2009 les autorités de régulation et banques centrales nationales de plus de vingt-cinq États ainsi que les principales institutions économiques internationales. Le CSF est hébergé à Bâle par la Banque des règlements internationaux (BRI) qui, depuis sa création en 1930, constitue le centre névralgique de la coopération entre banques centrales et le haut lieu d'une diplomatie financière discrète voire secrète. Le mystère entourant les réunions abritées par la BRI ainsi que la technicité des sujets abordés expliquent autant l'efficacité de ces instances que le relatif désintérêt que les médias leur portent, à l'inverse de la politisation souvent excessive qui anime les réunions du FMI.

Cette régulation financière, qui se veut globale, est cependant majoritairement produite au sein de cénacles plurilatéraux dont la composition reflète plus ou moins celle du G20. Ces normes sont également reprises par d'autres instances internationales comme étalon de mesure. Le FMI a décidé en 2010 que vingt-cinq États considérés comme « systématiquement importants » devaient se soumettre, au titre de la surveillance exercée par le Fonds, à une évaluation de la conformité de leurs systèmes nationaux avec l'ensemble des standards financiers dont le CSF assure la promotion.

Les initiatives entreprises à la suite de la crise de 2008 esquissent ainsi l'émergence d'une gouvernance financière internationale dont le G20 serait l'inspirateur, le CSF le régulateur et dont le contrôle de la mise en œuvre serait confié au FMI. L'avenir nous enseignera si cette architecture institutionnelle n'est qu'une nouvelle rustine ou si, au contraire, elle survivra à l'épreuve du temps. ■

Pour en savoir plus

- **Régis Bismuth**, *La Coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, à paraître en 2011
- **Mario Giovanoli et Diego Devos** (dir.), *International Monetary and Financial Law: The Global Crisis*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2010
- **Simon Lester et Bryan Mercurio** (dir.), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009
- **Stephan W. Schill**, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009
- **Wenhua Shan, Penelope Simons et Dalvinder Singh** (dir.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2008
- **Gus Van Harten**, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007