

Le droit international économique: les règles et les institutions qui s'appliquent aux relations économiques

Teodor Meleşcanu

*L*e principe essentiel qui est à la base du droit international public est le principe de la souveraineté, qui s'exprime par deux autres principes – celui de l'indépendance et celui de l'égalité des États.

En réalité, pourtant, il est évident qu'il y a des différences entre les États et qu'en fait ils ne sont égaux ni du point de vue de leur dimension ou de leur force politique et militaire, de leur population ou de leur ressources, ni surtout du point de vue économique. La distance qui sépare les pays riches des pays pauvres, les pays développés des pays en voie de développement devient de plus en plus évidente.

Il est donc certain qu'à l'avenir la cohésion de la société internationale ne peut pas être assurée seulement par les procès de globalisation et d'intégration qui s'accordent avec les États où il y a des conditions minimales de compatibilité, mais elle implique aussi la nécessité d'approcher les problèmes du développement.

L'opinion qui prédomine est celle conformément à laquelle le problème du développement est un problème économique. Ceci est évident. Mais le développement ne s'en tient pas seulement à l'économie. Il est surtout un problème social parce qu'il affecte tous les aspects d'une société : la vie sociale, la vie individuelle et la mentalité des gens qui vivent dans une société donnée. Il met en cause le domaine scientifique et l'ensemble des techniques qui sont employées pour la découverte, l'exploitation et l'usinage des richesses naturelles, aussi bien que l'ensemble des sciences sociales: la sociologie, la psychologie, la géographie, l'histoire, l'économie, etc.

Enfin, les décisions relatives aux solutions des problèmes du développement sont des décisions qui tiennent du domaine de la politique.

La question naturelle qui se pose est celle relative au rôle des règles de droit dans ce domaine qui, à première vue, semble relativement réduit. En réalité cela n'est pas vrai, car tous les problèmes du développement dépendent de la structure et des mécanismes intérieurs et internationaux, qui s'expriment par des règles et des principes de droit interne et international et par les structures ou les mécanismes qui sont employés pour leur mise en pratique. Si, quant à l'idée que les relations économiques internationales doivent jouer un rôle important dans le procès de la globalisation et de l'assurance d'une cohésion au niveau de la société internationale, tout le monde est d'accord, en ce qui concerne les moyens concrets d'action en vue de la réalisation de cet objectif, on voit se manifester au moins deux options différentes:

- l'une qui considère que l'objectif des normes et des institutions internationales dans le domaine économique doit viser à créer un cadre mondial fondé sur les principes et les règles de l'économie de marché et de la libre concurrence en tant que la meilleure modalité d'assurer le développement économique de tous les États;
- l'autre qui part de l'idée de l'établissement de certaines normes juridiques et d'un régime juridique spécial fondé sur le principe du "droit au développement" et de la création d'un "nouvel ordre

économique international", des concepts promus par les pays en voie de développement. Par conséquent, dans cette étude nous allons traiter trois thèmes distincts:

- les règles et les institutions qui promeuvent les idées de la globalisation et de l'intégration

conformément aux principes et aux normes de la libre concurrence;

- celles relatives au droit au développement;
- la "lex mercatoria" – les règles et les institutions qui s'appliquent aux relations économiques, des règles qui ne font partie ni du droit interne ni du droit international.

I. La globalisation et l'intégration conformément au principe de la libre concurrence

À partir de cet objectif, les efforts internationaux ont été conçus sur l'idée de l'adoption des mesures en vue de la libéralisation du commerce des produits et des services par l'élimination des barrières tarifaires et nontarifaires et la solution des disputes qui pourraient surgir entre les États. Dans ce contexte, après la deuxième guerre mondiale, les efforts en vue de la création de l'Organisation des Nations Unies ont été complétés d'une activité consacrée à la constitution d'un ensemble de règles et d'institutions ayant comme fondement le principe de la libre concurrence en matière économique. Les négociations ont visé à créer certaines institutions financières-bancaires et de commerce international vouées à consacrer les normes spécifiques aux relations économiques internationales. C'est ainsi que, par les accords de Bretton Woods, ont été créés le Fonds Monétaire International (FMI), la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) et la Société Financière Internationale (SFI). Les négociations vouées à créer une Organisation mondiale du commerce, à la Conférence de Havane, n'ont pas permis la finalisation de ce projet et n'ont conduit qu'à la conclusion de l'Accord général pour les tarifs et le commerce, qui s'est transformé par la suite en l'Organisation Mondiale du Commerce, qui a le siège à Genève, en Suisse. La principale organisation de spécialité dans ce domaine est donc l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui a succédé à l'Accord général pour les tarifs et le commerce (GATT).

L'Organisation Mondiale du Commerce

L'Organisation a été créée le 1 janvier 1995, à la suite du Round Uruguay, pour succéder à l'Accord général pour les tarifs et le commerce (GATT). La création de l'OMC a complété le système des trois pylônes visé à Bretton Woods en vue de la coopération dans le domaine commercial et financier.

Tout comme son prédécesseur, GATT, l'Organisation Mondiale du Commerce représente un for international pour les négociations commerciales multilatérales. Elle est en même temps le for international qui assure la monitorisation de la mise en pratique de ces accords par les États qui en sont parties. Ces accords sont réalisés ayant comme fondement le consensus des États participants et ils ont pour objectif de conduire à de nouvelles mesures de libéralisation du commerce mondial des produits et des services.

Pendant les 47 ans de son fonctionnement, GATT a représenté une structure internationale efficace dans le cadre de laquelle les pays membres ont débattu les problèmes commerciaux qui les intéressaient et, en même temps, un for pour la solution des disputes qui ont surgi en matière commerciale. OMC a pris de GATT les résultats du dernier round de négociations des années 1986-1994, connu sous le nom du Round Uruguay, aussi bien que les principes et les règles fondamentaux de son fonctionnement, renforçant sa capacité d'action pratique, surtout celle relative au système d'adoption des décisions et règles de solution des disputes. À la différence de

GATT, OMC a un calendrier pour résoudre les disputes et des dispositions qui ne permettent pas le blocage du mécanisme. De même, les buts de l'OMC sont devenus plus étendus. Si GATT se limitait au commerce des produits, OMC s'est élargi à inclure aussi les services (y compris les services bancaires, les assurances, les transports, le tourisme, les télécommunications). OMC couvre aussi les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle.

Pendant que GATT, en tant qu'accord multilatéral, n'avait pas une structure institutionnelle solide, OMC est une organisation internationale structurée selon toutes les règles, tout comme les autres organisations du système international.

La structure de l'OMC

L'organisme suprême de décision de l'OMC est la **Conférence des ministres** qui se réunit au moins deux fois toutes les deux années. La première Conférence a eu lieu à Singapour en 1996 et elle a décidé la création de trois nouveaux groupes de travail qui existaient aussi à l'intérieur de GATT. Ce sont les groupes pour la relation entre le commerce et les investitions, l'interaction entre le commerce et la politique concernant la concurrence, et la transparence en ce qui concerne les acquisitions gouvernementales.

La deuxième Conférence a eu lieu à Genève en mai 1998 et elle a lancé l'idée ambitieuse d'établir un programme de travail pour le commerce électronique.

La troisième Conférence a eu lieu à Seattle et elle s'est fixé l'objectif de lancer un nouveau round de négociations multilatérales. Confrontée à d'amples mouvements de protestation, mais aussi à des positions fort divergentes exprimées par les États participants, la réunion n'a pas pu adopter les décisions proposées est elle s'est limitée à continuer les négociations sur des thèmes concernant l'agriculture et les services, qui avaient été commencées sous l'égide de GATT.

L'organisme exécutif de l'OMC est le **Conseil général**, où ont des représentants tous les États membres de l'organisation. Le conseil est responsable de l'activité de

l'organisation conformément aux décisions adoptées par la Conférence des ministres et il lui rend compte. Le Conseil coordonne l'activité des groupes de travail, approuvant leur mandat et leurs rapports sur l'activité. Ces groupes de travail sont : le Conseil pour le commerce des produits, pour le commerce des services et pour les aspects commerciaux relatifs à la propriété intellectuelle. Le Conseil convoque aussi l'**Organe pour la solution des disputes**.

L'une des décisions les plus importantes du Round Uruguay a été la décision de créer un système plus efficace afin de **résoudre les disputes commerciales entre les États membres**. L'accord concernant la solution des disputes crée des procédures nouvelles consacrées à la solution des conflits qui pourraient apparaître au cours du procès de la mise en pratique des résultats du Round Uruguay.

La responsabilité de la mise en pratique du mécanisme revient à l'**Organe de solution des disputes**. Cet organisme est le seul qui a l'autorité de créer des panels d'experts pour analyser les cas et c'est aussi lui qui a la compétence d'approuver ou de rejeter leurs conclusions. Les procédures de l'OMC prévoient un calendrier strict pour la solution des différends, une année au maximum, aussi bien que le droit des États impliqués d'interjeter appel de ces décisions dans le délai d'une année et demi de l'adoption de la solution. Pour assurer le respect de la solution définitive, on prévoit qu'au cas où l'une des parties ne la respecte pas, l'autre partie a le droit de prendre les mesures qu'elle considère adéquates, sans qu'elle coure le risque d'être confrontée à des contre-mesures de représailles.

Rounds de négociations commerciales

La diminution des obstacles que le commerce rencontre a été la préoccupation principale de ce domaine à partir de la création du GATT et de l'OMC même. Ainsi ont été organisées huit conférences internationales importantes qui ont eu pour but principal la réduction des barrières tarifaires et nontarifaires.

La négociation la plus ample a eu lieu dans le cadre du **Round Uruguay**, qui a

conduit aussi à la création de l'OMC. Pendant les quatre années qui ont suivi, le commerce international s'est accru de 25%. Bien que le round précédent, le Round Tokyo, ait contribué de manière substantielle à la libéralisation du commerce, le besoin de certains développements supplémentaires est apparu assez vite, surtout en ce qui concerne le combat des produits contrefaits, des mesures dans le domaine des investitions et du commerce des services (banques, assurances, tourisme), des domaines dans lesquels les politiques adoptées par certains États créaient des obstacles au commerce. Un autre sujet important était représenté par l'agriculture, qui n'avait pas fait l'objet des mesures significatives dans le cadre des rounds précédents. Le commerce des produits agricoles continuait à être confronté à des politiques protectionnistes qui déterminaient des distorsions dans son évolution normale. De même, dans le commerce des produits textiles et des confections, certains États ont soulevé des questions à propos des flux commerciaux, et le fait que sur ce sujet il n'y avait que des accords bilatéraux dans le cadre de l'Accord multifibre (AMF) a exigé lui aussi qu'on lui accordât un intérêt particulier au niveau multilatéral.

Le Round Uruguay de négociations commerciales multilatérales a été lancé à Punta del Este, en Uruguay, en septembre 1986. Prévu initialement à durer quatre années, il a exigé plus de sept années et il a été finalisé le 15 septembre 1993. À la différence des rounds précédents, il a conduit aussi à un accord, l'accord qui prévoit la création de l'OMC.

Les 125 États qui ont participé au round ont signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994, "L'Acte final" du round et un Programme d'action. L'Acte final est un document de 500 pages qui crée l'OMC, mais qui modifie aussi une série de règles commerciales sur la base desquelles fonctionnait GATT. Dans l'annexe à l'Acte final il y a un nombre de 22.500 pages de concessions individuelles que les pays participants se sont offertes réciproquement.

L'objectif principal du Round Uruguay a été de diminuer d'un tiers les barrières

tarifaires et nontarifaires que le commerce rencontrait. Le résultat final a dépassé l'objectif établi, les réductions réalisées étant d'environ 40%.

L'un des résultats importants est représenté par le fait que, pour la première fois, une série de règles a été approuvée concernant le commerce des services qui intéressait surtout les États-Unis et d'autres pays développés où la prépondérance des services dans le PIB dépasse par beaucoup 50%. La règle fondamentale est celle d'accorder la clause de la nation la plus favorisée entre les participants et de créer des règles concernant l'accès sur les marchés. On a annexé à l'accord des règles spécifiques pour les principaux domaines comme par exemple: les services financiers, les télécommunications, les transports aériens et le déplacement de la force de travail. De même, l'accord réalisé contient aussi l'engagement de continuer les négociations concernant la libéralisation dans ce domaine, en lançant des rounds de négociations à des intervalles de cinq ans. À la conclusion du round, les États participants se sont mis d'accord à continuer les négociations dans le domaine des télécommunications, des services financiers, des transports maritimes et des déplacements des personnes.

En mai 1998, dans le cadre de la Conférence des ministres de Genève, les États membres se sont mis d'accord à commencer à examiner les aspects relatifs au **commerce électronique**. Alors, les États membres se sont engagés à ne pas imposer des droits de douane sur les transmissions électroniques et à continuer à examiner des mesures pour faciliter ce type d'activités.

Dans le cadre du Round Uruguay on a aussi négocié des aspects commerciaux concernant le **droit de propriété intellectuelle**. On a établi à cette occasion des standards internationaux dans ce domaine, aussi bien que des procédures vouées à assurer le respect de ces standards améliorés. Par exemple, les programmes des ordinateurs ont été assimilés aux œuvres littéraires et, par conséquent, ils sont protégés pour une période de 50 ans. Les pays développés sont obligés à se conformer à ces nouvelles règles

à partir du 1 janvier 1996, pendant que les pays en voie de développement ont joint le nouveau système à partir du 1 janvier 2000.

En ce qui concerne **le commerce des textiles et des confections**, le Round Uruguay a établi le déclenchement d'un procès voué à conduire, dans un intervalle de 10 ans, à l'introduction de ces produits dans le domaine des règles GATT. Parce qu'en 1974 les pays développés ont imposé des cotes pour l'importation des textiles et des confections, bien que ce fût une pratique qui ne se retrouvait pas dans la philosophie de GATT, on s'est mis d'accord à déclencher un procès de réduction graduelle de ces restrictions bilatérales et de développement des possibilités pour un commerce sans restrictions dans ce domaine. C'est l'Organe de monitoring des textiles qui s'occupe de ces problèmes.

Les accords réalisés **dans le domaine de l'agriculture** renforcent et clarifient les règles pour le commerce des produits agricoles, prévoient la réduction des subventions et d'autres politiques spécifiques à ce domaine, notamment les mesures de réductions des importations par des barrières nontarifaires. L'objectif fixé est de réduire aussi les droits de douane pour les produits agricoles d'environ 36% dans un intervalle de six ans et d'éliminer les restrictions nontarifaires en les remplaçant seulement par des mesures nontarifaires réduites. Sous l'égide du Comité pour l'agriculture, on a lancé aussi des négociations vouées à continuer à libéraliser le commerce des produits agricoles. Pour compléter les mesures dans le domaine agricole, on a adopté aussi deux accords relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires, qui visent à prévenir que les mesures adoptées dans ce domaine puissent être employées comme des obstacles au commerce des produits agricoles.

Dans le cadre du Round Uruguay on a adopté aussi toute une série de **mesures de réduction des obstacles nontarifaires**. Celles-ci comprennent des mesures spécifiques comme par exemple les garanties commerciales, les procédures antidumping,

les subventions, les licences d'importation, les obstacles techniques et les systèmes d'évaluation douanière. Les accords réalisés ont visé la consolidation des mécanismes GATT et leur élargissement pour couvrir les obstacles nontarifaires, comme par exemple l'emploi des règles d'origine ou les inspections effectuées sur les navires de transport. En ce qui concerne les subventions, on a pris comme point de départ la politique appliquée par bien des États d'adopter des mesures pour riposter contre les exportations subventionnées en imposant des taxes spéciales sur celles-ci. L'accord réalisé interdit certaines subventions et laisse ouverte la possibilité de prendre des mesures de rétorsion par rapport aux subventions qui ont des effets négatifs sur le commerce.

Dans l'Acte final sont incluses certaines références qui concernent **les politiques relatives aux investitions**. Ainsi, on admet que certaines règles internationales sont employées pour restreindre le commerce international. L'idée est d'éliminer ces dispositions dans un intervalle de 2-5 ans.

Les gouvernements participants aux négociations se sont aussi mis d'accord en ce qui concerne la création d'un organisme spécial voué à s'occuper **des problèmes du commerce et de son influence sur l'environnement**. L'idée est que l'organisme créé présente des recommandations spécifiques d'actions sur ce sujet.

Au début de l'année 2000 les membres de l'Organisation Mondiale du Commerce comptaient 137 États et territoires douaniers, et environ 30 autres États sont en négociation pour accéder à l'OMC. Pourtant, le procès d'adhésion est un procès complexe parce que les États en question sont obligés à appliquer les règles respectives et, en même temps, à offrir aux autres partenaires des concessions négociées en vue de l'accès de leurs produits et services sur le marché de l'État candidat à l'adhésion. Parmi les pays qui sont en négociation et qui ont un commerce significatif, il faut mentionner le Taiwan, la Fédération Russe, l'Arabie Saoudite et le Vietnam. Récemment, la Chine est devenue le 138^{ème} État membre de l'OMC.

II. Le Droit au développement

L'ensemble des thèmes concernant le développement au niveau international est d'inspiration "tiers-mondiste", et le siège des débats est offert par l'Organisation des Nations Unies, notamment sa structure spécialisée, "La Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement" (UNCTAD – abréviation de l'anglais). UNCTAD a été créée en 1964 en tant qu'organisme permanent de l'Assemblée générale de l'ONU, pour s'occuper du commerce, des investissements et des problèmes du développement. Un rôle important est joué aussi par les "Programmes" et les "Fonds" ONU, comme par exemple le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), créé en 1965, le Programme alimentaire mondial (PAM) ou le Fonds des Nations Unies pour la Population (FNUAP).

Un lieu spécial revient aux programmes spéciaux qui ont été lancés par les Nations Unies sous la forme des deux "Décennies pour le développement" (les années '60 et '70).

La première "Décennie de l'ONU pour le développement", en fait une simple résolution (1515 (XV) de 1960) par laquelle l'Assemblée générale affirmait la nécessité d'une "action concertée pour le développement des pays en voie de développement", s'assignait un objectif global à atteindre, celui de réaliser une croissance minimale de 5% du PIB pour les pays sous-développés. Comparées à cet objectif, relativement précis mais qui dépendait des possibilités de chaque pays, les autres dispositions avaient un caractère extrêmement général, tous les États étant *invités à intensifier leurs efforts* dans ce domaine. À l'occasion de la première évaluation il était clair que les objectifs fixés n'étaient pas réalisés (très peu de pays avaient atteint l'objectif de réaliser une croissance de 5% du PIB). Cela a conduit à l'idée de lancer une deuxième "Décennie pour le développement", mieux préparée par des négociations politiques et techniques (à laquelle les pays socialistes, à l'exception de la Roumanie, n'ont pas pris part).

Le 24 octobre 1970, dans le cadre de la session commémorative de l'ONU, on a adopté à l'unanimité la résolution 2626 (XXV) relative à la deuxième "Décennie pour le développement". Les documents adoptés reprennent l'objectif global de la première Décennie, qu'ils figent à une croissance de 6% du PIB par an pour les pays en voie de développement. Mais cette fois-ci, l'objectif est détaillé par composants : une croissance de 3,5% par an du produit brut par habitant dans les conditions d'une croissance moyenne de la population de 2,5% par an; les expansions du domaine agricole de 4% par an et dans le domaine industriel de 8%; la croissance progressive des économies de la population visées à atteindre 20% en 1980; la croissance équilibrée du commerce extérieur de 7%.

Aux objectifs économiques on a ajouté des objectifs sociaux, notamment la répartition plus équilibrée de la richesse sociale, l'augmentation du nombre d'emplois; l'enseignement, la santé publique, le logement, etc.

Par rapport à la première Décennie, celle-ci comprend aussi des mesures sous la forme d'obligations, des accords à négocier, etc., aussi bien que des procédures d'évaluation de la réalisation des mesures approuvées.

Du point de vue juridique, la deuxième Décennie est en fait une stratégie consignée par l'Assemblée générale avec la force qu'une telle décision implique.

Au niveau pratique, les objectifs de cette Décennie n'ont pas été atteints non plus, et de l'analyse effectuée dans le cadre de l'ONU s'est ensuivi que l'idée de Décennie ne pouvait plus être employée avec succès, et on y a renoncé.

Un troisième élément important dans le cadre de l'ONU est représenté par la "Charte des droits et des obligations économiques des États" (adoptée par la résolution 3281 (XXIX) de 1974).

Bien qu'originellement on visât l'idée de son adoption sous la forme d'un traité international, on a vite renoncé à cette idée, et, finalement, la Charte DOEE a été adoptée sous la forme d'une résolution, ce qui ne veut

pas dire que les droits et les obligations qu'elle comprend n'ont pas de valeur juridique. Beaucoup de ses articles ont été adoptés par consensus, ce qui fait qu'ils représentent une "opinio iuris communis".

La Charte a été adoptée dans le contexte d'une crise monétaire et du pétrole au niveau international (1974). Pendant la session extraordinaire de l'ONU d'avril 1974 on a adopté la "Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international" (la résolution 3201 (S-VI) de mai 1974), dans laquelle on a inclus d'une manière expresse l'idée d'une Charte de la DOEE. Les idées sont reprises aussi dans le Programme d'action adopté à cette occasion et, sans doute, elles ont influencé aussi les prévisions de la Charte.

La structure de la Charte DOEE, formée de 32 articles, est la suivante:

- préambule (exposé des motifs);
- éléments fondamentaux des relations économiques internationales (15 principes de base y sont compris);
- les droits et les obligations économiques des États (28 articles);
- les responsabilités communes par rapport à la communauté internationale;
- dispositions finales.

Parmi les éléments les plus importants de la Charte il faut mentionner:

- la souveraineté et la solidarité, y compris la souveraineté permanente sur les richesses naturelles, qui a profondément divisé les participants (la nationalisation; le régime des investitions étrangères). L'idée de la solidarité est limitée à l'obligation de l'État de tenir compte, dans l'exercice de ses droits souverains, aussi des intérêts légitimes d'autres États;
- l'égalité et l'inégalité compensatoire. Le principe est accompagné par l'acceptation des discriminations légitimes par rapport aux discriminations illégitimes (fondées sur des éléments extra-économiques). Si dans les pays en voie de développement le principe est celui de l'égalité, par rapport aux pays développés c'est le principe de l'inégalité compensatoire qui intervient (l'idée de régime préférentiel, des privilèges, des obligations sans contrepartie).

Si du point de vue économique ses effets sont discutables, la Charte a eu une influence certaine au niveau conceptuel et elle a influencé la pratique de certains organismes internationaux, y compris les organismes de l'Union Européenne, mais aussi de certains pays développés tels que la France (à voir les Accords de Lomé, conclus par l'UE avec les pays africains et de Caraïbe).

L'échec des approches globales, du type des Décennies pour le développement, a déterminé UNCTAD à réorienter son activité dans la direction d'une approche sectorielle, en traitant des thèmes d'intérêt pour les pays en voie de développement, avec des politiques spéciales pour les pays moins développés. Les thèmes principaux d'activité de UNCTAD sont: les investitions et le développement des entreprises; les politiques macroéconomiques, la dette extérieure et le développement du financement; les transports, la douane et la technologie des informations.

Un rôle important revient à la promotion de la coopération technique, UNCTAD étant impliquée dans plus de 300 tels projets dans plus de 100 pays. Leur but est de contribuer au développement de la capacité des pays en voie de développement et des pays en transition pour renforcer leur politiques économiques et leur capacité de négociation sur ces thèmes, au niveau international.

On peut résumer quelques – uns des résultats obtenus par UNCTAD ainsi:

- la création d'un système généralisé de préférences, en 1971 (GSP);
- la conclusion d'un système général de préférences commerciales (GSTP) entre les pays en voie de développement, en 1989;
- la réalisation de certains accords internationaux sur des produits, pour stabiliser les marchés (cacao, café, sucre, jute, bois tropical, huile d'olives et céréales);
- la création du Fonds commun pour des produits de base, conçu afin d'offrir de l'aide financière pour maintenir des stocks internationaux, en 1989;
- l'élaboration de certaines règles d'action internationale en ce qui concerne le rééchelonnement de la dette extérieure, en 1980.

III. Y-a-t-il un troisième type de droit, une "lex mercatoria"?

La conception qui prédomine aujourd'hui en matière de droit est marquée par le dualisme conformément auquel il n'y a que deux ordres juridiques : le droit national, donc l'ordre de l'État, et le droit international, respectivement l'ordre entre États.

L'idée d'un troisième ordre juridique, cette loi du commerce international, vient poser un problème de fond pour les conceptions traditionnelles.

Cet ordre juridique serait créé par des personnes privées pour régler les rapports entre elles (éléments du droit interne), des rapports qui, pourtant, ont un caractère international (ce qui le rapproche du droit international). Mais son caractère n'appartenant pas à l'État le différencie de tous les deux.

Dans la théorie générale du droit, on considère que celui-ci se fonde sur l'obligativité et la contrainte (à voir Kelsen), donc il dépend de l'existence d'une administration publique centralisée.

L'hypothèse d'un ensemble cohérent de règles transnationales dépend de l'existence d'un réseau commercial international qui échappe même seulement en partie au contrôle de l'État.

En réalité, la plupart des relations internationales sont soumises "de facto" surtout aux prévisions de droit interne, car elles ne s'établissent pas dans le vide, mais dans une partie ou l'autre du monde, qui se trouve sous la souveraineté ou l'autorité d'un État ou d'un groupe d'États. Mais la plupart des fois ces rapports sont liés à plusieurs États par des éléments ainsi que : la nationalité de ceux qui prennent part à la transaction (des individus ou des sociétés); le lieu de l'exécution du contrat; le siège de l'instance arbitrale etc.

La nature même de ces transactions multiplie les liaisons respectives, ce qui rend difficile ou même impossible la prétention qu'il existe un seul ordre juridique intérieur voué à régler les opérations respectives.

De l'analyse de la pratique qui existe en ce qui concerne les relations économiques

internationales il s'ensuit au moins deux conclusions:

La première conclusion est que les relations économiques transnationales ne peuvent pas se dérouler en dehors du contrôle des États et, par conséquent, du droit interne – de l'État (même s'il ne s'agissait que des impôts). Donc, bien qu'on accepte l'existence d'une "lex mercatoria" distincte, celle-ci ne pourrait pas prétendre qu'elle soit un ordre juridique complètement séparé des règles du droit interne.

La deuxième conclusion est que, à cause de leur complexité, les relations économiques transnationales ne peuvent pas être réglementées exclusivement par le droit d'un État ou de plusieurs États, défini sur la base du droit international privé, et qu'il y a, donc, la nécessité objective d'avoir d'autres règles à part les règles nationales, pour réglementer les relations économiques.

Cela peut conduire à l'idée d'un véritable système de normes, dont le fondement est représenté par un système autonome de sources et qui dispose des mécanismes voués à assurer le contrôle de leur application.

Quels seraient les éléments capables d'offrir la base pour soutenir l'idée de ce "troisième ordre juridique" – la "lex mercatoria"?

(1) L'apparition et le développement de nouveaux types de contrats, le plus souvent d'une grande complexité, qui ne se retrouvent ni dans le droit interne ni dans le droit international (des traités). (Par exemple : les contrats pour des livraisons "à clé" des installations et des produits, les contrats de privatisation ou de concession, les contrats "de développement", des clauses qui offrent des garanties contre la nationalisation etc.).

Ces contrats comprennent des clauses-type qui s'ajoutent aux règles intérieures en matière et qui représentent un vrai supplément transnational aux chapitres du droit national qui concernent les contrats spéciaux.

(2) La multiplication des arbitrages pour les opérations commerciales transnationales

est le deuxième élément qui favorise l'apparition de ce droit transnational. On se réfère ici non seulement aux instances arbitrales ad hoc prévues dans les contrats, mais aussi au système spécial déjà créé par certaines institutions, telles que la Chambre de commerce international qui a une Cour d'arbitrage, ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) appartenant à la Banque Mondiale.

Ces instances ont un rôle important dans la ratification de certaines règles spéciales qui concernent les relations économiques transnationales, donc dans la création de la "lex mercatoria".

Il y a beaucoup de tels accords ou contrats qui se réfèrent expressément au droit international (aux règles ou aux principes du droit international) comme étant applicables (Par exemple: le Traité de Washington, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements étrangères). En pratique, les principes généraux sont souvent salvateurs pour les arbitres appelés à décider dans une cause et il y a une vaste reconnaissance de leur emploi dans ce but. Pourtant, il ne s'agit pas des principes généraux du droit international, mais des principes généraux de droit qui résultent du droit comparé des principaux systèmes

juridiques (des nations civilisées, comme le dit l'article 38 du statut de la Court Internationale de Justice).

Du point de vue juridique, on peut affirmer que ce n'est pas "scandaleux" de parler de l'existence d'un ordre juridique transnational, même s'il s'agit d'une étape embryonnaire.

Mais ce droit est subordonné au droit international public, tout comme les droits nationaux.

Son existence dépend, pourtant, aussi du degré de tolérance de l'ordre juridique intérieur dans de divers États, car les acteurs transnationaux continuent à être soumis au droit interne, en ce qui concerne leur statut (nationalité, lois sociales, lois fiscales, lois d'ordre public). Même s'il n'existait que le problème de la mise en pratique des décisions arbitrales et la nécessité d'un "exequatur", cela serait suffisant pour souligner sa relation avec le droit interne, national.

La conclusion naturelle est, donc, qu'on peut parler d'un système autonome, mais qui n'est indépendant ni du droit international public ni du droit interne, mais qui a ses propres règles (des clauses-type dans les contrats spéciaux, la pratique des tribunaux) et l'application de certains principes généraux.