

Sous la direction de
Aude-Solveig Epstein et Marie-Alice Chardeaux

Le droit économique de l'environnement:

Acteurs et méthodes

Droit, sciences & environnement

mare & martin

Les préoccupations environnementales ont-elles leur place parmi les finalités du droit économique ? Le rôle des arguments économiques

Table-ronde avec Walid CHAIEHLOUDJ

Professeur de droit privé à l'Université de Perpignan Via Domitia

et

Florian COUVEINHES-MATSUMOTO

Maître de conférences en droit public à l'École Normale Supérieure

Modérée par Aude-Solveig EPSTEIN

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre¹

Aude-Solveig Epstein : **Comment la doctrine et la pratique appréhendent-elles aujourd'hui les finalités des disciplines du droit économique dont vous êtes spécialistes (droit de la concurrence d'un côté, droit international économique de l'autre) ? Ces approches sont-elles directement issues des textes applicables et/ou procèdent-elles de l'interprétation qui en est faite ?**

Walid Chaiehcloudj (sur le droit de la concurrence) : Aujourd'hui, il est généralement admis que le droit de la concurrence sert à maximiser le bien-être du consommateur, expression qui vit sans définition officielle. Si l'on connaît les manifestations du bien-être du consommateur (la baisse des prix, l'amélioration de la qualité des produits et services, l'incitation à innover et investir dans la recherche-développement), aucune autorité ne s'est risquée à le définir. D'ailleurs, on a longtemps parlé également d'« efficacité économique ». Il faut se souvenir que Richard Posner, dans son ouvrage *Antitrust Law*, affirmait que l'« efficacité économique [était] le but ultime » du droit antitrust². De nos jours, les deux expressions résonnent comme des synonymes, à tout le moins pour

1. Le style oral des interventions a été conservé.

2. R. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2^e éd., 2001, p. 29 : « *efficiency is the ultimate goal of antitrust* ».

une grande partie de la doctrine. Toutefois, on doit l'émergence de l'expression de « bien-être du consommateur » à l'ouvrage de Robert Bork publié en 1978 et intitulé *Antitrust Paradox*, c'est-à-dire à la doctrine américaine de l'École de Chicago. Le bien-être du consommateur a donc une origine états-unienne.

Le choix de faire de la maximisation du bien-être du consommateur la finalité du droit de la concurrence est-il neutre ? Assurément non. Lorsque l'on décide de faire du bien-être du consommateur le standard d'analyse dans les affaires de concurrence, on bascule alors vers une approche essentiellement économique. Autrement dit, le critère du bien-être du consommateur se focalise exclusivement sur l'analyse économique, c'est-à-dire sur les effets économiques des pratiques litigieuses. C'est dire qu'en principe ne sont pas pris en considération des objectifs plus larges tels que des objectifs sociaux, sociétaux ou politiques. C'est dire également que le droit de la concurrence est dépendant de l'avancée de la science économique. Si l'analyse économique absout une pratique quant à ses effets néfastes sur le plan économique, alors les juges de la concurrence le prendront souvent en compte pour changer leur pratique décisionnelle.

Toujours est-il qu'en doctrine, il y a un débat qui dure sur les finalités du droit de la concurrence. Par exemple, dans la première édition de son manuel sur le droit de la concurrence, la professeure Frison-Roche écrivait, avec la Professeure Payet, que « la protection du consommateur n'est pas un objectif du droit de la concurrence [...] car le droit de la concurrence n'est pas un droit de protection »³. La récente version écrite avec le professeur Roda est plus nuancée⁴. D'autres auteurs ont soutenu au contraire que le but du droit de la concurrence est « de protéger [les consommateurs] contre les entraves à la concurrence qui sont susceptibles d'affecter les prix ou de limiter le volume des produits ou services mis sur le marché ».

Si le débat n'est pas terminé, la Commission européenne a désormais pris une position ferme. On peut citer par exemple les Lignes directrices sur l'application de l'article 101 § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui énoncent que l'article 101 paragraphe 1 du TFUE « a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources »⁵. On a donc ici le couple bien-être du consommateur et efficacité économique qui est réuni et qui vit en symbiose.

En définitive, retenons que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne vise ni expressément ni littéralement le bien-être du consommateur. C'est un choix politique de la Commission européenne de défendre le surplus du consommateur, défini comme la différence entre ce que le consommateur

3. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{re} éd., 2006.

4. M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^e éd., 2022, p. 54 et s.

5. Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

est prêt à payer – on parle de prix de « réserve » – et ce qu'il paye effectivement. Retenons enfin que le droit de la concurrence sert à contrôler le pouvoir de marché des entreprises puissantes.

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) :

Contrairement à ce qui est généralement affirmé en doctrine⁶, ce qui fait l'unité et la cohérence du droit international économique, tel qu'il est couramment entendu depuis les années 1990, n'est pas son objet – qui serait par exemple les transactions économiques transnationales – mais son idéologie, c'est-à-dire une certaine idée de ce que doivent être l'économie transnationale et son droit. Plus précisément, l'unité et la cohérence de la matière, telles que la plupart des acteurs se la représentent depuis cette époque, tiennent à une conviction quant à la finalité ultime des opérations économiques transnationales, qu'elles soient publiques ou privées, et des moyens par lesquels le politique, à travers ces opérations, peut efficacement atteindre cet objectif.

De l'après-Seconde Guerre mondiale à nos jours, l'objectif final des instruments multilatéraux comme bilatéraux relatifs à l'investissement, au commerce ou à la finance est explicitement formulé dans leur préambule. Il s'agit du « développement économique général »⁷, de « l'expansion de l'économie

6. V. par exemple dans la doctrine francophone: H. Ascensio, *Droit international économique*, Presses Universitaires de France, 2018, p. 1, § 1; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth et A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 7^e éd., 2017, p. 3-4 §§ 7-9; A.R. Ziegler, *Droit international économique: une introduction*, Stämpfli, 2017, 2^e éd., p. 2, §§ 9-10. Lorsqu'ils fournissent une définition générale, les travaux de langue anglaise retiennent le même critère (v. par exemple M. Herdegen, *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 3^e éd., 2016, p. 3 et plus anciennement P. Verloren Van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, Brill, 1981, p. 9). En revanche, lorsqu'en plus d'être rédigés en anglais ces travaux émanent d'auteurs du monde britannico-états-unien, ils sont souvent moins théoriques et ne fournissent aucune définition (ainsi par exemple du manuel d'Andreas Lowenfeld publié chez Oxford University Press en 2002 et en 2008) ou livrent simplement des listes de matières couvertes. Bien qu'on puisse noter une tendance générale à l'élargissement des matières intégrées, les listes que la doctrine fournit de celles-ci varient entre elles tout en comprenant au moins le commerce, les investissements, la gestion de la monnaie et la finance à condition que ces activités aient un aspect transnational (v. par exemple J.H. Jackson, *Legal problems of International Economic Relations*, St Paul, West Group, 4^e éd., 2002, p. 194; et déjà dans les années 1960: G. Schwarzenberger, «The principles and standards of international economic law», *RCADI*, 1966-I, vol. 117, p. 7).

7. V. par exemple l'article 55 de la Charte des Nations Unies (1945), l'article 1, alinéa 4, l'article 1.2 et l'article 1.3 de la Charte de La Havane (1947), l'alinéa 1 du préambule de la Convention de Washington établissant le CIRDI (1965), etc., mais également les textes issus du Nouvel Ordre Economique International (NOEI), par exemple la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, alinéa 7, 8, 10 puis § 6, ou la Résolution 1995 (XIX) du 30 novembre 1964 constituant la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), alinéa 3 et article II.3.a).

mondiale⁸, de la croissance économique globale⁹ ou encore du PIB mondial¹⁰. Après-guerre, il était entendu que cela impliquait, toujours à un niveau global, un « accroissement de la production », de l'industrialisation, de la demande, et même de l'exploitation des ressources¹¹. De même au niveau européen, le Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne (CEE) en 1957 ne contient aucune préoccupation écologique et n'envisage la nature que sous la forme de « disparités » ou de « calamités » « défavorisant » certaines exploitations ou régions agricoles¹² dans la poursuite de leur « développement économique ». Dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), de la Charte de La Havane ou du Traité de Rome, l'augmentation de la production et de la « valeur » économique est envisagée comme si elle n'avait aucune base naturelle (sources d'énergie, matériaux exploités et transformés, etc.) et aucun effet sur la nature (pollution, raréfaction ou épuisement des ressources, etc.).

8. V. par exemple l'article 1, alinéa a) de la Charte de La Havane ou les alinéas 1 et 5 de la Résolution 1995 (XIX) précitée.

9. V. par exemple l'article IV, section 1 des Statuts du Fonds Monétaire International (FMI), ou l'alinéa e) de la Charte sur les droits et devoirs économiques des États de 1974.

10. En particulier dans l'après-guerre, sous l'influence du keynésianisme, puis durant le Nouvel Ordre Economique International (NOEI) des années 1970-1980, l'objectif de production/développement/croissance, etc., a été accompagné par ceux d'un « niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective », du « relèvement des niveaux de vie » ou de « la réalisation du plein emploi », pour reprendre les formules de la Charte de La Havane. Ces objectifs étaient au cœur de cette Charte conclue le 24 mars 1948 par 55 États, soit l'essentiel du monde à l'époque. Toutefois, ce texte ambitieux qui établissait une Organisation internationale du commerce a été enterré par le Sénat puis le Président des États-Unis dès la fin de l'année 1950. De même, les textes du NOEI qui mettaient ces objectifs au cœur de leur projet (v. par exemple la Charte sur les droits et devoirs économiques des États de 1974, alinéa a)) « ont été emportés par la vague néolibérale des années 1990 qui se poursuit jusqu'à aujourd'hui » (H. Ascensio, « La *soft law*, nouvel objet ou nouvel intérêt ? Le point de vue d'un internationaliste », in P. Deumier et J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 96). En particulier après 1989, l'influence déjà toute relative de ces textes sur la pratique économique a été balayée par des « milliers de traités de commerce, d'investissement et de non-double imposition » (*ibid.*).

11. Alinéa 2 du préambule du GATT de 1947. Comp. l'article I.ii des Statuts du FMI (le FMI doit « contribuer (...) au développement des ressources productives de tous les États membres »).

12. V. spéc. ses articles 39.2 (« Dans l'élaboration de la politique agricole commune et des méthodes spéciales qu'elle peut impliquer, il sera tenu compte : a) du caractère particulier de l'activité agricole, découlant de la structure sociale de l'agriculture et des *disparités structurelles et naturelles* entre les diverses régions agricoles »), 42 (« Le Conseil peut notamment autoriser l'octroi d'aides : a) pour la protection des exploitations *défavorisées par des conditions structurelles ou naturelles* ») et 92.2.b) (« Sont compatibles avec le marché commun : (...) b) les aides destinées à remédier aux dommages *causés par les calamités naturelles* ou par d'autres événements extraordinaires ») (les italiques sont ajoutés).

Au début des années 1990, la disparition des contrepoids idéologique et géopolitique qu'étaient le marxisme et l'URSS permet aux dirigeants économiques et politiques occidentaux d'étendre et de renforcer l'efficacité des instruments mis en place dans l'après-guerre : les années 1990 sont la décennie durant laquelle on passe du GATT à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), et d'une poignée d'accords de protection des investisseurs à plusieurs milliers. Cette transformation a lieu en partie en tenant compte, dans les textes, de la montée en puissance de la notion de développement durable (Rapport Brundtland en 1987, Conférence de Rio en 1992). Dans les accords commerciaux et dans les politiques de la Banque mondiale, les mots « vert » et « durable » apparaissent alors après « développement » et après « croissance ». C'est particulièrement explicite dans le passage du GATT de 1947 à l'Accord instituant l'OMC en 1995. Le premier visait « l'accroissement de la production et des échanges de produits » tout en reconnaissant que cela nécessitait « la pleine utilisation des ressources mondiales » ; le second maintient l'objectif de prolifération des transactions commerciales, il l'étend même de manière significative aux services, mais il vise par ailleurs « l'utilisation optimale [et non plus la pleine utilisation] des ressources mondiales » et « l'objectif [non plus de développement économique en général ou à court terme mais] de développement durable »¹³. Rien dans le reste du texte n'explique cependant comment cette conciliation est possible (et *a fortiori* ce qui permettra un « soutien mutuel du commerce et de l'environnement », un objectif revendiqué par l'OMC à partir de 2001), et aucune conséquence ne semble tirée de la formulation du but politique poursuivi : aucun principe ou exception du GATT, en particulier son article XX, ne semble modifié à cette fin. Le mot « environnement » n'apparaît ensuite ni dans l'Accord instituant l'OMC, ni dans le GATT de 1994 (qui reprend mais modifie le GATT conclu en 1947 et y ajoute diverses décisions prises par ses Parties contractantes). En ce qui concerne les autres accords de l'OMC, on note seulement quelques aménagements, comme le choix d'exempter, dans l'article 6 et l'annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture, certaines subventions à finalité environnementale de l'engagement général de suppression ou réduction des subventions (subventions dites « vertes », c'est-à-dire autorisées).

13. De manière comparable, l'« expansion continue » de l'économie qui était l'un des aspects de la « mission » de la Communauté économique européenne dans le Traité de Rome (article 2) fait place dans sa version maastrichtienne, donc en 1992, à un objectif de « croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement » (dans le même article). Déjà en 1986, l'Acte unique européen avait introduit dans le traité CEE un titre consacré à l'environnement (le titre VII, intégré à la troisième partie du traité CEE par l'article 25 de l'Acte unique), faisant de la préservation, de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement un « objet » de « l'action » légitime de la Communauté, dans le respect du principe de subsidiarité (article 130 R, alinéa 4 du traité dans sa version d'alors).

Les moyens d'assurer l'expansion de l'économie mondiale restent les mêmes qu'auparavant. Schématiquement et à côté de la stabilité monétaire et financière (éviter la spéculation sur les taux de change en particulier), il s'agit :

1. du «développement des échanges», de «l'expansion du commerce international»¹⁴ via la «libéralisation du commerce»¹⁵, c'est-à-dire le démantèlement des réglementations tarifaires et non-tarifaires, y compris environnementales, risquant de faire «obstacle» ou d'«affecter» les flux commerciaux.
2. de la «promotion des investissements privés internationaux»¹⁶, via la protection des investisseurs et l'établissement d'un climat favorable aux investissements. Il s'agit d'éviter les cas d'expropriations et d'atténuer leurs conséquences mais également, au sens large, d'organiser le gel, la réduction et l'inhibition des législations – y compris environnementales – susceptibles de «freiner» ou «limiter» l'établissement et les profits des investisseurs.

Le développement des transactions commerciales et celui des investissements transnationaux privés sont généralement présentés comme des objectifs des branches «commerce» et «investissement» du droit international économique. Ce sont cependant également des moyens au service de l'objectif global d'allocation optimale des facteurs de production, et, derrière lui, au service de celui d'une élévation globale du niveau de richesse, assimilée à une élévation à peu près égale du niveau de vie de tous les humains. Cette finalité est la justification ultime de la protection exceptionnelle dont bénéficient les investisseurs privés transnationaux, et de l'ample mouvement de déréglementation commerciale initié au nom du «libre échange», avec d'immenses conséquences sur la reconfiguration récurrente des structures productives et des marchés du travail. Comme l'admettait l'économiste Paul Samuelson, le seul véritable argument au soutien de la déréglementation du commerce transnational, c'est qu'il augmente le PIB mondial et par-là le bien-être universel, systématiquement et en tous les points du globe¹⁷.

14. A. II.3.a) de la Résolution 1995 (XIX) du 30 novembre 1964 précitée.

15. V. not l'alinéa 2 du préambule du GATT 47, l'article 1.2 des Statuts du FMI, l'article 1.3 de l'accord établissant la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD).

16. V. notamment l'article 1.2 de l'accord établissant la BIRD, l'alinéa 1 du préambule de la Convention de Washington établissant le CIRDI. Cet objectif est à comparer avec celui proclamé à l'article 1.2 de la Charte de La Havane, qui était à la fois plus large («encourager le mouvement international des capitaux» privés et publics) et plus étroit (il ne s'agissait que des capitaux «destinés aux investissements productifs») (les italiques sont ajoutés).

17. Paul A. Samuelson, *Economics*, McGraw-Hill, 1976, 10^e éd., p. 692 : «*There is essentially only one argument for free trade or freer trade (...): Free trade promotes a mutually*

On doit ainsi distinguer deux niveaux de finalités du droit international économique :

1. à un premier niveau, une finalité très générale et abstraite qui est le développement ou la croissance économique du monde entier – un monde pensé, à travers ces formules, comme sans frontière, sans inégalité et sans rapport de force donc sans problème de répartition, un monde aussi pensé comme un cadre vide plutôt que comme un environnement vivant et fragile ;
2. à un second niveau, une série de finalités très concrètes et de court terme : la sécurité juridique des investisseurs transnationaux, la protection de leurs capitaux et globalement la garantie juridique des pouvoirs des dirigeants des grands acteurs économiques face aux législations nationales.

Aude-Solveig Epstein : **Est-ce que vous pourriez revenir sur la généalogie de cette manière de considérer la vocation de vos disciplines respectives ?**

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) : Le droit international économique a, schématiquement, été inventé par des universitaires occidentaux dans les années 1980, c'est-à-dire avant que ce droit n'acquière, dans les années 1990, une consistance et un semblant d'unité dans les énoncés positifs du droit et les institutions internationales. Plus précisément, la naissance du droit international économique, dès les années 1950 chez un très petit nombre de précurseurs mais surtout dans les années 1980, est l'œuvre d'une dizaine d'auteurs provenant des États-Unis (John Jackson et Robert Hudec) et d'Europe de l'ouest, comme le néerlandais Pieter Verloren van Themaat ou les français Thiébaud Flory, puis Dominique Carreau et Patrick Juillard. Mais dans cette galaxie intellectuelle, un rôle-clé est surtout joué par des juristes allemands et autrichiens. Certains sont restés en Europe (Georg Erler, puis Ignaz Seidl-Hohenveldern et Ernst-Ulrich Petersmann), d'autres ont émigré à Londres (Georg Schwarzenberger et Ernst Feilchenfeld), New-York ou Washington (Ernst Feilchenfeld et Andreas Lowenfeld), autrement dit dans les principaux centres d'affaires des plus grandes puissances économiques du monde des XIX^e et XX^e siècles ; mais ils ont en commun de faire passer dans le langage et le raisonnement juridiques ordinaires des idées provenant de l'ordolibéralisme allemand (Wilhelm Röpke notamment), de l'École autrichienne d'économie (Ludwig von Mises plus que tout autre) et du néolibéralisme (Friedrich Hayek en particulier). Dans la période d'incubation allant de la fin des années 1970 au début des années 1990, ces universitaires européens et états-uniens soutiennent ou font comme s'il existait quelque chose comme un objet strictement séparé des autres relations sociales qui serait les relations « économiques », et comme si les

profitable division of labor, greatly enhances the potential real national product of all nations, and makes possible higher standards of living all over the globe. »

règles régissant ces relations devaient poursuivre des finalités spécifiques, décrites comme « strictement » économiques, et donc apolitiques.

Ces deux propositions sont évidemment erronées : toutes les relations sociales ont un aspect économique lié à leurs autres aspects, et toutes les règles juridiques s'appliquant aux opérations économiques ont des finalités politiques, et plus certainement encore des implications politiques. Toutefois, l'isolement de l'aspect économique des relations sociales par rapport à leurs autres aspects¹⁸, et celui des règles qui devraient régir ces aspects des relations sociales par rapport à celles qui devraient régir leurs autres aspects – et qui, elles, seraient « politiques » – ont pour eux une vieille histoire. Ce double processus de désencastrement repose sur une orientation ancienne de nombreux économistes « naturalistes » (depuis les physiocrates), et plus largement sur la dichotomie moderne de l'objectif, du scientifique et du rationnel – qui est ici l'économie –, opposé au subjectif, au dogmatique et au sentimental – qui est ici le politique.

Quoi qu'il en soit, l'affirmation d'un fondement économique et non politique du droit international économique est le cœur de l'idéologie de cette discipline, telle qu'elle est élaborée dans les années 1980. C'est cette affirmation qui justifie que le rôle du droit économique « ordinaire » soit d'orienter les décisions et comportements des dirigeants économiques, non en fonction de choix politiquement et éventuellement démocratiquement façonnés et adoptés, mais en fonction de règles du jeu jugées bonnes par les dirigeants des plus grands acteurs économiques et par des « experts » réels ou prétendus, sociologiquement très proches de ces dirigeants et souvent financés par eux (qu'on pense au cas paradigmatique de Friedrich Hayek et du Mont Pèlerin). Ces règles, autrement dit, doivent être fixées et adoptées de manière oligarchique ou, au mieux, aristocratique. C'est cette affirmation qui justifie par la suite l'attribution d'un rôle spécifique au droit supra-législatif, c'est-à-dire, dans la pensée ordolibérale allemande, du droit constitutionnel mais qui sera ensuite attribué au droit des Communautés et de l'Union européennes, puis au droit international économique : la soustraction des opérateurs économiques transnationaux à la politique nationale et tout particulièrement – comme l'exigeait explicitement quelqu'un comme Friedrich Hayek¹⁹ – à l'aspiration démocratique à la justice sociale.

Cette finalité de soustraction des grands opérateurs économiques transnationaux, concrètement des actionnaires et dirigeants des grandes entreprises

18. Comme le rappelle Pierre Bourdieu, « [l]a science que l'on appelle "économie" repose sur une abstraction originaire, qui consiste à dissocier une catégorie particulière de pratiques, ou une dimension particulière de toute pratique, de l'ordre social dans lequel toute pratique humaine est immergée » (« Introduction », in P. Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Seuil, 2000, p. 11).

19. V. spéc. *La constitution de la liberté*, [1960] trad. de l'anglais (américain) par R. Audouin et J. Garelli, Litec, 1994, p. 108 ; *Droit, législation et liberté : Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, [1973-1979], trad. R. Audouin, PUF, 2007, p. 582.

occidentales, à la folie du politique et en particulier à celle du législateur des États décolonisés, va constituer le critère implicite mais central de construction et de découpage de la discipline du droit international économique dans les années 1980. Positivement, il va permettre de réunir en un tout cohérent des règles juridiques et des institutions politiques jusqu'alors envisagées (en particulier dans les manuels de droit international, qui ne comportent alors jamais un chapitre consacré à l'aspect économique des relations internationales et transnationales) comme des éléments épars, dépourvus de coordination. Ces règles et institutions éparses incluent en particulier : 1) le GATT, un accord multilatéral que les États-Unis ont réussi à substituer à la Charte de La Havane initiale, et qui est alors à la fois perclus d'exceptions et de dérogations (le GATT « à la carte ») et très faiblement institutionnalisé (l'accord n'établit aucune organisation), 2) le Fonds Monétaire International (FMI) et la Banque mondiale, de véritables institutions mais dont les politiques ne sont pas dictées par des règles juridiques précises, et dont les procédures de décision sont dominées par les Occidentaux, en particulier par les États-Unis, 3) des traités bilatéraux de protection des investisseurs, alors en petit nombre et qui visent concrètement à protéger les investisseurs occidentaux en Afrique et en Amérique latine, 4) de simples contrats entre États et investisseurs étrangers (les « contrats d'État ») qui ont en partie le même objet, et enfin de manière encore plus surprenante, 5) des pans entiers du Droit des Communautés européennes et du Droit des États-Unis, parfois du Droit japonais. Tous ces outils sont réunis officiellement en raison de leur objet purement économique mais en réalité parce qu'ils mettent en œuvre le « consensus de Washington »²⁰ : ils constituent autant de moyens de transnationaliser les entreprises européennes, nord-américaines ou canadiennes et de les protéger dans la conquête des matières premières et des marchés situés hors de l'Occident. Présentées comme les finalités naturelles de tous les acteurs

20. En effet, si le lecteur reprend les dix politiques économiques faisant consensus à Washington en 1990, telles qu'elles ont été synthétisées dans le fameux article « What Washington Means by Policy Reform » de l'économiste états-unien John Williamson (in J. Williamson (Ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, DC: Institute for International Economics, 1990), on y trouve les finalités des principaux *corpus* normatifs identifiés par les universitaires et bientôt par les dirigeants économiques et politiques occidentaux pour former l'armature du droit international économique : stabilité monétaire, déréglementation du commerce extérieur (« libre échange »), abolition des réglementations limitant l'investissement direct venant de l'étranger, strict respect des droits formels de propriété, y compris de propriété intellectuelle. L'expression « consensus de Washington » est généralement employée pour désigner les politiques économiques inspirées de l'École de Chicago, notamment de Milton Friedman, sur lesquelles la Banque mondiale, le Fonds monétaire international et le Département du Trésor des États-Unis se sont entendues au début des années 1990 (N. Serra, S. Spiegel et J. E. Stiglitz, « Introduction: From the Washington Consensus Towards a New Global Governance », in N. Serra et J. E. Stiglitz (dir.), *The Washington consensus reconsidered: Towards a new global governance*, Oxford University Press, 2008, p. 3).

économiques et de tous les législateurs rationnels, ces objectifs de mondialisation et de concentration du capital (le « code du capital » au plan international²¹) sont présentés comme neutres du point de vue politique et comme des normes « nécessaires » d'un « point de vue économique » soi-disant universel.

Symétriquement, l'objectif disciplinaire de soustraction des opérateurs transnationaux à la folie du politique explique l'exclusion hors du champ du droit international économique de très nombreuses règles juridiques et institutions politiques visant explicitement à orienter les opérations économiques transnationales, mais avec d'autres finalités, à savoir notamment : toutes les règles internationale du travail (l'Organisation Internationale du Travail et ses conventions), des transports et des télécommunications (l'Organisation maritime internationale, l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Union internationale des télécommunications, l'Union postale universelle, etc., et toutes les conventions associées), du financement public du développement (ce qu'on appelle alors le droit du développement) et plus encore les aspects économiques des droits de la paix et de la sécurité internationales (la réglementation de la production et du commerce des armes, les embargos décidés par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies), de la santé (l'Organisation mondiale de la santé), des droits de l'homme (notamment les droits économiques) ou de l'environnement (par exemple la convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, ou les instruments visant à réduire ou éliminer les substances appauvrissant la couche d'ozone). Par ailleurs, sont globalement exclus comme excessivement « politiques » le droit international coutumier lorsqu'il ne va pas dans le sens du consensus de Washington, et tous les organes « généralistes » des Nations Unies : Conseil de sécurité et surtout Assemblée générale et Cour internationale de Justice. L'exclusion de ces normes et de ces institutions vise à éviter que ce que le droit international économique a précisément réussi à neutraliser lorsqu'il émane des législateurs nationaux – l'encadrement de l'économie transnationale d'un point de vue social, sécuritaire, sanitaire et écologique – revienne par la fenêtre des autres branches du droit international. Que cet encadrement et les institutions associées aient été mis en place aux plans nationaux, régionaux ou universels, les « militants du capitalisme »²² les ont systématiquement dénoncés – et souvent à tort, qu'on pense par exemple au procès excessif de la Cour internationale de Justice comme juge économique – comme « politiques », pleins d'excès et d'incohérences liés à l'ignorance des complexités de l'économie par des acteurs politiques démagogues. À ces titres, toutes les règles et institutions cherchant à encadrer l'économie transnationale à des fins écologiques ou de justice sociale, mais aussi de sécurité ou d'éducation, ont été décrites

21. Pour reprendre l'expression de Katharina Pistor dans *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019.

22. Pour reprendre l'expression de Léna Balaud et Antoine Chopot dans *Nous ne sommes pas seuls: Politique des soulèvements terrestres*, Seuil, 2021, notamment p. 65.

comme en dehors du droit international économique et comme des « obstacles » au commerce et à l'investissement, ou comme des « ingérences » dans les droits des entreprises transnationales. Ce n'est que progressivement et très à la marge que quelques-unes de ces règles et institutions ont commencé à être étudiées au titre du droit international économique. Même ces toutes dernières années, le mieux que fassent certains manuels est d'en intégrer un très petit nombre, souvent dans leur(s) dernier(s) chapitres²³.

Sur la base du (prétendu) caractère purement économique, rationnel et objectif – et non politique, sentimental et subjectif – de l'ambition d'assurer éternellement une croissance mondiale, sur la base de la (prétendue) pertinence des moyens mis au service de cette finalité ultime (le « libre-échange », la protection privilégiée des investisseurs étrangers), sur la base également de l'idée que ce

23. Aucune ne fait l'objet d'une étude propre dans le manuel des professeurs Carreau et Juillard, le manuel canonique de *Droit international économique* chez les universitaires juristes de langue française. Même dans sa sixième et toute dernière édition (2017), on trouve seulement deux paragraphes consacrés aux règles relatives à l'emploi et à l'environnement dans les accords de déréglementation commerciale et rien dans les parties relatives au droit de l'investissement et au droit monétaire et financier – soit au total 9 pages sur les plus de 900 que compte l'ouvrage. Le manuel de référence en langue anglaise rédigé par Andreas F. Lowenfeld (*International Economic Law*, Oxford University Press, 2002 puis 2008) consacre quant à lui sa dernière partie aux « Economic controls for political ends », suggérant ainsi que toutes les règles étudiées dans les presque 850 pages qui précèdent (dans l'édition de 2008) poursuivaient des buts autres que politiques. Ce que l'auteur entend par-là apparaît page 850 lorsqu'il décrit les mesures ou règles « politiques » comme étant celles qui ne visent pas « un gain économique », voire impliquent un « sacrifice commercial ». Ces formules abstraites ont pour caractéristique de dissimuler, d'un côté le caractère politique et même idéologique de l'objectif croissantiel et du sacrifice de tout ce qui peut s'y opposer, et de l'autre la question politique fondamentale de *qui* obtient un gain « économique », ou plutôt financier, et *qui* en perd un. Cette dissimulation des bénéficiaires réels des politiques menées au nom d'un objectif abstrait de croissance globale est un tabou théoriquement justifié par l'idée, qu'on trouve déjà chez Hume, Smith ou Ricardo, que ce qui apparaît incontestablement comme le gain économique ou financier d'un acteur particulier ne se fait pas au détriment mais au contraire – si l'on suit dans un monde parfait les règles parfaites du « libre-échange » et de la libre circulation des capitaux – est également à l'avantage de tous les autres. En pratique, les règles dites « dépolitisées » du droit international économique profitent aux dirigeants et actionnaires des entreprises qui décident de se transnationaliser au détriment des entreprises « locales », de plus en plus dépendantes d'elles, au détriment également des travailleurs peu qualifiés soumis au *dumping* social, au détriment des contribuables chargés de compenser les baisses de droits de douane par leurs impôts ou encore d'éponger la fuite des capitaux issue de l'optimisation fiscale, qui elle-même découle du *dumping* fiscal porté par la transnationalisation des entreprises. Tous ces coûts réels et vérifiables, auxquels il faut naturellement ajouter les considérables coûts écologiques qui se sont accumulés et vont peser sur les citoyens actuels comme sur les nouveaux arrivants, sont justifiés au nom de l'idée abstraite et générale selon laquelle ces politiques sont et seront nécessairement bénéfiques à tous, hier, aujourd'hui et demain.

projet est à la fois apolitique et tourné vers la dépolitisation de l'économie²⁴, le droit international économique a été conçu comme un droit de protection des dirigeants et actionnaires des entreprises transnationales contre... tous les autres hommes et groupes humains, et spécialement les acteurs souhaitant encadrer juridiquement l'économie transnationale par souci d'équité et d'écologie²⁵.

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) : Aux États-Unis, c'est à partir des années 1970 que l'inflexion vers une approche plus économique peut être datée. Le principal arrêt qu'il convient de citer est l'arrêt *Reiter v. Sonotone* de la Cour suprême en 1979²⁶. L'arrêt a consacré le critère du bien-être du consommateur en tant que finalité du droit antitrust et a ainsi repris la pensée de Robert Bork. L'arrêt énonce précisément que « *the Congress designed the Sherman Act as "a consumer welfare prescription"* », ce qui signifie : « *le Congrès a conçu le Sherman Act comme une "réglementation pour le bien-être des consommateurs"* ». Mais de quel consommateur s'agit-il exactement ? Dans l'esprit de Robert Bork, le bien-être du consommateur correspond à la somme des effets positifs bénéficiant à la fois aux producteurs et aux consommateurs. C'est ce que l'on appelle le bien-être *total* du consommateur dans le jargon économique. Dans cette perspective, le mot consommateur est un faux-ami, car il intègre également les producteurs et pas uniquement les consommateurs finaux au sens classique.

Dans l'Union européenne, la conversion à une approche plus économique date de 2005 avec la remise d'un rapport qui proposait l'adoption d'une approche économique pour l'application de l'article 82 devenu article 102 du Traité sur

24. V. la manière dont l'ordolibéral Wilhelm Röpke présente le projet libéral dans « Economic Order and International Law », *RCADI*, 1954, vol. 86-II, p. 224 : « We come here to a point of extraordinary importance without which we cannot understand fully the mystery of the international order of the recent past. What we mean is the *genuinely liberal principle of the widest possible separation of the two spheres of government and economy, of sovereignty and economic exploitation, of Imperium and Dominium, or of "political power" and "economic power" (MacIver)*. This means the largest possible "dépolitisation" of the economic sphere with everything that goes with it. » (les italiques sont d'origine).

25. Pour appliquer aux règles du droit international économique une formule de l'économiste Milton Friedman, « [l]e défaut essentiel de ces mesures est qu'elles cherchent, par l'intermédiaire des pouvoirs publics, à forcer les gens à agir contre leurs propres intérêts immédiats afin de favoriser un intérêt général supposé » (*Capitalisme et liberté* [1962], trad. de A. M. Charno, Flammarion, 2016, p. 294). Milton Friedman visait par cette phrase les règles démocratiquement choisies par le grand nombre des personnes ordinaires ou par leurs élus (donc les règles tournées vers un intérêt général en réalité non-supposé mais déterminé en commun), tandis qu'il s'agit ici de règles décidées par traités, c'est-à-dire choisies presque exclusivement par des pouvoirs exécutifs et des *lobbies* économiques. Ce sont eux qui, en réalité, justifient aujourd'hui la défense de leurs intérêts propres par un intérêt général abstrait et supposé.

26. US Supreme Court, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979). On peut également citer l'arrêt *Continental Television v. GTE Sylvania* par lequel la Cour suprême abandonne une règle *per se* au profit d'une règle de raison.

le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). On doit cette réaction à différents revers de la Commission européenne en 2002 – la fameuse année noire – qui a vu trois décisions annulées par le Tribunal²⁷. Cette approche plus économique – on parle aussi « d'approche par les effets » – a été qualifiée de « modernisation » du droit européen de la concurrence. Elle a notamment été scellée dans le document d'orientation de la Commission européenne publié en 2009 sur l'application de l'article 102 TFUE²⁸. Ce document marque une rupture car, à le suivre, l'analyse économique doit jouer à plein dans les affaires d'abus d'éviction.

Enfin, pour terminer cette brève généalogie, on peut dire que la Commission européenne est aujourd'hui prise au piège de cette approche plus économique qu'elle a pourtant promue. Car cette approche rend plus difficile la sanction des comportements mis en œuvre par les entreprises. Comme le souligne la Professeure Prieto, l'application du droit de la concurrence « *a été subordonnée à la preuve d'une nocivité caractérisée à partir d'une atteinte au consumer welfare selon des standards très élevés* »²⁹. Le récent arrêt *Intel* du 26 janvier 2022 apparaît à cet égard comme un exemple topique et une illustration archétypale des dérives de l'approche par les effets³⁰. Dans cette affaire, le Tribunal a annulé la décision de la Commission dans une affaire portant sur des rabais de fidélité. Pour le dire simplement, la Commission ne peut plus se contenter d'une approche formaliste ou d'une approche économique incomplète pour entrer en voie de condamnation. Aussi l'arrêt *Hoffman-La Roche* de 1979 est-il définitivement enterré. Que disait-il ? Pour rappel, cet arrêt considérait formellement que les rabais de

27. Ce dernier considérait que l'institution bruxelloise avait commis des erreurs manifestes d'appréciation dans les raisonnements économiques.

28. Communication de la Commission européenne du 24 févr. 2009, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009/C 45/02. Dans un communiqué du 27 mars 2023, la Commission a lancé un appel à contribution pour adopter des lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes et a annoncé modifier les orientations sur les priorités en matière d'application du droit de l'abus de position dominante.

29. C. Prieto, « Source économique du droit de la concurrence : quelle efficacité ? », *Contrats, conc. consom.* 2020, n° 6, dossier 3 : « Le cadre d'analyse au profit de l'efficacité économique et au détriment de la norme juridique reposait sur des principes : le monopole n'était guère à craindre car transitoire par essence ; les barrières à l'entrée des marchés étaient pour la plupart de nature réglementaire ; un haut degré de concentration allait de pair avec des économies d'échelle servant l'intérêt des consommateurs ; la plus grande prudence devait présider à la mise en œuvre du droit *antitrust* tant le risque d'erreur est grand et, en tout état de cause, les erreurs de "faux positif" étaient plus à craindre car plus attentatoires à l'efficacité économique que celles de "faux négatif" ; enfin, le droit *antitrust* devait être mise en œuvre "de manière neutre", c'est-à-dire exempte de considérations dites "politiques" ou d'intérêt général ».

30. Tribunal de l'Union européenne, 26 janv. 2022, *Intel Corporation Inc. c/ Commission européenne*, Affaire T-286/09.

fidélité consentis par une entreprise dominante enfreignaient quasiment *per se* l'article 102 TFUE³¹. Cette économisation du droit de la concurrence est critiquable. Comme le souligne un auteur, la nouvelle approche économique servirait avant tout les intérêts des entreprises dominantes qui nourrissent la recherche académique et les praticiens en vue de trouver des échappatoires par des analyses de plus en plus raffinées et subtiles³².

Aude-Solveig Epstein: **Des arguments économiques ont-ils été invoqués au soutien de l'exclusion des préoccupations écologiques, ou en tout cas de leur marginalisation, au sein de votre discipline? Si oui, lesquels et quel regard portez-vous sur leur robustesse?**

Walid Chaiehcloudj (sur le droit de la concurrence): Absolument! Il y a déjà eu des cas où l'argument économique a conduit à écarter les arguments écologiques notamment dans le champ du droit des ententes. L'argument économique le plus éloquent est celui de l'augmentation des prix pour les consommateurs. À cet égard, l'affaire la plus connue est une affaire néerlandaise. Il s'agit de la décision *Chicken of Tomorrow* de 2015 qui concernait surtout l'amélioration du bien-être animal et la réduction de la pollution. L'affaire offre un exemple où l'argument écologique cède face à l'argument économique. En l'espèce, les producteurs de poulet de chair avaient conclu un accord avec des supermarchés, accord qui avait pour objet de modifier les méthodes d'élevage des volailles. Il s'agissait de remplacer la méthode d'élevage dite « conventionnelle »³³ par des normes de bien-être animal beaucoup plus pointilleuses. L'initiative aurait imposé des exigences renforcées en termes de taille des cages, de réduction des périodes d'obscurité ou encore d'abaissement des émissions. Or, un test de marché a conduit l'autorité de la concurrence néerlandaise à refuser l'exemption de l'accord. Ce test montrait en effet que les consommateurs n'étaient pas disposés à payer entièrement l'augmentation du prix du poulet liée à l'amélioration des conditions de vie des volailles et aux avantages environnementaux associés. L'autorité de

31. Une partie de la doctrine fut ravie de ce trépas. V. notamment D. Geradin, « Loyalty Rebates after *Intel*: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche », *Journal of Competition Law and Economics*, 2015, vol. 11, p. 579 qui jugeait qu'il était « grand temps pour la Cour de justice d'abandonner l'application de la règle d'illégalité quasi *per se* aux accords exclusifs et aux rabais de fidélité et de la remplacer par une règle de raison structurée ». Dans la langue d'origine: « *it [was] great time to abandon the application of a quasi-per se rule of illegality approach to exclusive dealing and loyalty rebates and replace it by a structured rule of reason analysis* ».

32. W. Wils, « The judgment of the EU General Court in *Intel* and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance », *World Competition*, 2014, vol. 37, n° 4, p. 405: « the so-called “more economic approach” serves powerful special interests, namely those of the dominant companies and of the economics profession ».

33. L'élevage conventionnel est peu sensible au bien-être animal. Cette méthode d'élevage consiste à enfermer des poules dans des petites cages en petits groupes de cinq ou six.

concurrence néerlandaise a jugé que des initiatives alternatives, moins restrictives de concurrence, permettaient de stimuler la vente de poulets tout en atteignant les objectifs environnementaux et de bien-être animal fixés. C'est dire que, pour l'heure, l'exemption dite « verte », expression récemment utilisée par des auteurs³⁴, n'existe pas. Aussi les arguments écologiques ne peuvent-ils être convaincants qu'à titre complémentaire. Si l'autorité estime que la restriction de concurrence n'est pas indispensable à l'objectif de l'accord et qu'il existe des comportements alternatifs moins attentatoires pour la concurrence, alors l'accord sera jugé contraire au droit de la concurrence.

Il faut relever cependant que cette décision est assez surprenante. Car quelques années auparavant, l'autorité néerlandaise avait validé un accord assez proche de celui qui a été rejeté dans l'affaire *Chicken of Tomorrow*. Dans une affaire *CBL* en 2008, des associations professionnelles regroupant des supermarchés ainsi que le syndicat des éleveurs de porcs avaient demandé à l'autorité néerlandaise de se prononcer sur des accords qu'ils avaient conclus concernant la castration des porcs sous anesthésie. Les accords avaient été conclus pour améliorer le bien-être animal. Précisément, l'objectif des accords était de mettre fin à la castration des porcs sans anesthésie à l'horizon 2015. Cette castration sous anesthésie avait pour effet d'augmenter temporairement les prix sur le marché. Pour autant, l'autorité de la concurrence avait considéré que ces accords n'étaient pas contraires au droit de la concurrence néerlandais, dans la mesure où les viandes répondant à d'autres conditions d'élevage pouvaient être vendues *via* d'autres réseaux. C'était dire que la restriction de la concurrence n'était pas absolue, car les viandes provenant de porcs castrés sans anesthésie pouvaient trouver des débouchés sur le marché. En somme, l'argument économique ici n'a pas été déterminant puisque, nonobstant l'augmentation du prix des viandes de porcs, l'autorité néerlandaise n'a pas jugé que les accords enfreignaient les règles de concurrence³⁵.

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) :

L'exclusion ou la marginalisation des préoccupations écologiques a lieu à la fois dans les textes officiels fixant le droit applicable et dans les textes universitaires qui déterminent les contours de la discipline du droit international économique. Les deux questions sont distinctes mais liées entre elles parce que dans les deux cas, l'exclusion ou la marginalisation des préoccupations écologiques est principalement justifiée par les deux mêmes arguments, s'articulant au sein d'un même raisonnement.

34. D. Mainguy et M. Cayot, « Le droit de la concurrence versus la crise sanitaire ou l'utilisation de la concurrence comme outil de protection des entreprises et des consommateurs face aux conséquences de la Covid-19 », *JCP E* 2022, n° 21-22, p. 1203.

35. Pour une étude récente sur le sujet : W. Chaiehloudj, « Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement ? », *Contrats, conc., consom.* 2022, n° 4, p. 13.

Le premier argument est qu'il faut préserver l'unité et la cohérence du droit international économique. Ces prétendues unité et cohérence sont souvent vues comme des victoires par les dirigeants économiques, les juristes, les universitaires et par la suite par les dirigeants politiques. Grâce à sa cohérence, le droit international économique serait efficace, et le fait qu'il atteigne effectivement ses objectifs aurait toujours et nécessairement des retombées concrètes positives pour tous. En fait, comme nous l'avons vu, la cohérence de ce droit tient au projet politico-économique qu'il met en œuvre, un projet qui avantage financièrement et à court terme un petit nombre d'acteurs privés au motif qu'à long terme, ce sera financièrement bénéfique à l'ensemble de l'humanité. Toutefois, ce projet politico-économique, qui est présenté comme purement économique, est en même temps présenté (ce qui peut pourtant paraître contradictoire) comme un projet de dépolitisation de l'économie. Par conséquent, toute réglementation économique, nationale ou internationale, qui met en œuvre un autre projet politico-économique, par exemple un projet d'organisation de l'économie en vue du maintien d'un environnement sain pour tous, est considérée comme « politique » et non « économique », et donc comme un obstacle à la réalisation des objectifs de « l'économie » et du droit international économique qui les « protège » contre toute « politisation ».

Pourquoi serait-il si dangereux d'accueillir dans le droit international économique un projet politico-économique différent, justifiant un autre encadrement des pratiques économiques transnationales ? Parce que, second argument et argument plus « juridique », ce serait limiter les droits directement (en droit des investissements) ou indirectement (en droit international du commerce) attribués par les traités aux acteurs économiques transnationaux. Or, ces droits sont indispensables à la soustraction de ces acteurs à la volonté « politique » des législateurs – nationaux ou internationaux, autoritaires ou démocratiques –, sans parler des populations, des syndicats, des révolutions, etc. Lever leur protection internationale contre de telles velléités serait livrer des acteurs économiques transnationaux supposés sans défense (le modèle à cet égard restant l'individu industriel et isolé, bien que les bénéficiaires principaux des traités internationaux de commerce et d'investissement étaient typiquement hier les compagnies des Indes et aujourd'hui les GAFAM) à l'insécurité juridique, la discrimination, l'arbitraire du « politique » et du « national ». Car derrière le souci de protéger l'environnement ou la santé, d'assurer une fiscalité juste ou de redistribuer les richesses, se cacherait nécessairement le projet de restreindre le commerce, de limiter les investissements étrangers, et par-là de favoriser indûment l'intérêt économique national au détriment, non seulement de quelques partenaires économiques, mais encore de l'intérêt incontestable du libre-échange et de la libre circulation des capitaux pour l'ensemble de la population mondiale.

Lors des négociations *réelles*, ce sont naturellement *certain*s États, les États estimant y avoir intérêt, qui se prévalent de ce raisonnement. Incontestablement, certains États prospères et singulièrement les États-Unis et l'Union européenne

ont essayé de mettre la question environnementale ou celle des processus et modes de production sur la table des négociations de l'OMC. Ce ne sont alors que d'autres États, et en particulier des États pauvres, qui leur ont reproché de souhaiter faire du protectionnisme déguisé – de porter atteinte aux avantages comparatifs des États pauvres par le biais d'un protectionnisme « vert » – ou de se lancer dans ce projet uniquement parce que les États riches peuvent « se payer le luxe » de ne plus avoir de problèmes de « développement ». Ce type d'opposition politique montre que les États qui négocient les traités économiques internationaux ne considèrent pas tous l'exclusion de finalités environnementales comme inévitable. Néanmoins, à la fois parce que le caractère volontaire et non majoritaire du droit international (la nécessité d'une unanimité entre les Parties à un traité pour qu'elles soient liées par lui) favorise le moins-disant, et parce que le droit international économique tel qu'il a été conçu dans les années 1980-1990 visait également à favoriser le moins-disant³⁶, ce sont les moins-disant écologiques qui tendent structurellement à gagner : de même que l'augmentation maximale des flux de commerce et d'investissement est envisagée comme objectivement et nécessairement la meilleure manière d'augmenter le PIB mondial et par-là le niveau de vie de l'ensemble des hommes, une réglementation nationale interdisant l'amiante ou l'importation de poules élevées en cage est qualifiée d'« obstacle » à la circulation des flux, et donc *in fine* d'obstacle à l'amélioration du bonheur de tous les humains sur la planète. Elle ne peut en conséquence être autorisée que de manière extrêmement marginale et doit faire l'objet d'un contrôle étroit – assurer cette marginalisation et ce contrôle étant précisément le rôle des traités et des juridictions de droit international économique.

Cette marginalisation et ce contrôle sont-ils fondés ? Dans le domaine de la réglementation des investissements transnationaux, il est fréquent qu'ils ne le soient pas, et c'est pourquoi les litiges investissements/environnement portés devant les tribunaux arbitraux en la matière (des litiges rares avant 1990, mais dont le nombre a augmenté de manière exponentielle depuis lors³⁷) sont finalement assez souvent tranchés en faveur de l'État³⁸. Dans le domaine du commerce transnational en revanche, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC,

36. À cet égard, on peut rappeler le raisonnement avancé par l'influent économiste Gary Becker peu avant l'établissement de l'OMC : « Le droit du travail et la protection de l'environnement sont devenus excessifs dans la plupart des pays développés. Le libre-échange va réprimer certains de ces excès en obligeant chacun à rester concurrentiel face aux importations des pays en voie de développement. » (*Business Week*, 9 août 1993).

37. « *In the last several years, the number of investment disputes with environmental components has increased steeply. Whereas before 1990 only two such claims had been brought, the number increased between 1990 and 2000 (eleven claims brought) and then between 2001 and 2011 (forty-four claims brought, some still pending) and, above all, since 2012 (sixty claims filed between 2012 and late 2015, many still pending)* » (P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 461).

38. V. à ce sujet la contribution d'Arnaud de Nanteuil dans le présent ouvrage.

qui est autrement plus «légaliste» ou *norm-oriented* que les tribunaux d'investissement, a généralement jugé que les législations environnementales adoptées par les États les plaçaient en violation de leurs obligations. Dans la première affaire *Thons/dauphins*, les groupes spéciaux du GATT avaient quasiment exclu qu'un Membre restreigne unilatéralement ses importations au nom d'une réglementation environnementale «imposée» à ses partenaires commerciaux (en l'espèce, il s'agissait d'une réglementation sur les thons pêchés selon des techniques entraînant la mort de dauphins)³⁹. Sous l'égide de l'OMC, cette position aux effets écologiques catastrophiques a été abandonnée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Ceux-ci admettent désormais *en principe* les législations nationales restreignant le commerce international d'un produit à raison des atteintes à l'environnement causées par sa production. Néanmoins, pour qu'une telle législation soit tolérée, il faut que le Membre de l'OMC se soumette à des disciplines si strictes – notamment en vue de garantir, dans le cadre réglementaire issu de la nouvelle législation nationale, le maintien d'un maximum de concurrence entre les entreprises du monde entier – qu'il est rare que les législations adoptées soient jugées conformes aux accords de l'OMC. Dans les deux cas les plus importants sous l'égide de l'OMC, dans les affaires *Crevettes/tortues* et *Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a considéré que les législations litigieuses poursuivaient bien un but légitime (elles se rapportaient «à la conservation des ressources naturelles épuisables» ou étaient «jugées nécessaire à la protection de la moralité publique»), qu'elles le faisaient «à titre principal» et non incident ou accidentel, que d'autres techniques moins attentatoires au commerce n'étaient pas «raisonnablement disponibles» pour atteindre leur objectif, qu'elles s'appliquaient également à la production nationale de biens «similaires», qu'en droit, elles s'appliquaient de manière égalitaire à l'égard de tous les partenaires commerciaux, *mais* qu'elles entraînaient *de facto* des discriminations entre ces partenaires: la réglementation états-unienne sur les crevettes issues de la pêche non-durable favorisait les Caraïbes par rapport à l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande⁴⁰, et la réglementation européenne relative aux produits issus de

39. Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte de l'Union Européenne)*, DS29/R, 16 juin 1994 et surtout Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)*, DS21/R, 3 septembre 1991, spéc. §§ 5.32-5.33 («*The Panel considered that if the extrajurisdictional interpretation of Article XX(g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The considerations that led the Panel to reject an extrajurisdictional application of Article XX(b) therefore apply also to Article XX(g).* 5.33 *The Panel did not consider that the United States measures, even if Article XX(g) could be applied extrajurisdictionally, would meet the conditions set out in that provision*»). Comme souvent sous l'empire du GATT de 1947, les rapports n'avaient cependant pas été adoptés par l'Organe de règlement des différends.

40. OA (OMC), *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, §§ 175-176 (les modalités d'application de la législation états-unienne imposant aux entreprises

la chasse au phoque favorisait le Groenland et la Suède par rapport au Canada et à la Norvège⁴¹.

Apparemment, cet argument de l'Organe d'appel n'est pas tant économique que juridique. En effet, il repose sur le chapeau de l'article XX du GATT relatif aux « exceptions générales ». Toutefois, il traduit un objectif de politique économique (le *level playing field*, la mise à égalité de tous les partenaires commerciaux) qui justifie la structuration générale du GATT et des autres accords multilatéraux de l'OMC. Selon le raisonnement retenu, le maintien de tous les partenaires commerciaux dans une situation identique vis-à-vis d'un marché est plus important que les finalités poursuivies par une législation à vocation sociale ou écologique. Par voie de conséquence, l'objectif « libéral » est assuré de manière prioritaire et prend la forme de principes garantis au niveau international, tandis que l'atteinte des objectifs de sécurité, de santé, de droit du travail ou d'écologie est de peu d'importance, ce qui justifie d'une part que les réglementations poursuivant ces objectifs soient relégués au plan des exceptions et du « national », et d'autre part que les organes internationaux vérifient strictement qu'elles ne portent pas d'atteintes « excessives » ou « injustifiées » aux principes libéraux⁴². Une telle structuration des accords repose sur la théorie

souhaitant exporter des crevettes vers leur marché de prouver l'emploi de moyens de pêche n'entraînant pas la mort des tortues marines, constituent une « discrimination arbitraire »).

41. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, WT/DS400, 401/AB/R, 22 mai 2014, § 6.1.b.ii.

42. Cette primauté dogmatique se reflète également dans le fait que l'interprétation même, par l'Organe d'appel, de la nécessité d'une mesure nationale au regard de valeurs conviviales et non libérales, est appréciée... au regard de son respect de valeurs libérales ou croissantielles. Ainsi, « [u]ne mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme “nécessaire” [au regard des objectifs de l'article XX.d) du GATT] par rapport à une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges » (OA (OMC), *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, WT/DS161, 169/AB/R, § 162). Généralement, on considère que ce raisonnement est applicable aux autres paragraphes de l'article XX du GATT, donc notamment aux paragraphes b) et g) invoqués au titre de l'environnement (v. par exemple en ce sens : G. Marceau, « La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non-commerciales : le cas de l'environnement », *Revue québécoise de droit international*, 2017, vol. 30, n° 2, p. 130). Dans une affaire où le Brésil invoquait ces paragraphes pour lutter contre la prolifération de pneus de rebut sur son territoire, l'Organe d'appel a affirmé que « lorsqu'une mesure a sur le commerce international des effets restrictifs aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer, il apparaît, selon [les membres de l'Organe d'appel], qu'il serait difficile pour un groupe spécial de constater que cette mesure est nécessaire, à moins qu'il ne soit convaincu qu'elle est à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif » (Affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, citée in OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, § 5.213). Ici, l'Organe d'appel a considéré que ce n'était ni à la population brésilienne, ni à ses représentants élus, mais à lui de décider de l'intérêt

de l'avantage comparatif. Plus largement, la théorie de l'avantage comparatif est employée comme justification « économique » ultime de l'intérêt universel de toute déréglementation du commerce et de toute protection des investissements transnationaux, et corrélativement de la méfiance assez systématique manifestée par les juridictions internationales (et les dirigeants d'entreprises transnationales et les gouvernements étrangers) à l'égard des législations sociales, sanitaires et écologiques. Généralement, cette théorie est considérée comme la base de la théorie économique du droit international du commerce et parfois du droit international économique tout entier⁴³. Certains manuels l'exposent avant même de définir ou de délimiter le droit international économique⁴⁴.

Comme le savent tous les économistes, la théorie de l'avantage comparatif, élaborée à l'origine par l'économiste David Ricardo, a de nombreuses failles et limites : elle suppose des conditions sociales, politiques et économiques qui ne sont jamais remplies dans la réalité, elle ne dit rien des coûts de transaction lors de l'adaptation de la structure productive d'un État à une politique de libre-échange (coûts de formation, versement d'allocations chômage, etc.), rien du temps d'adaptation qu'implique son application, rien des goûts ou de la culture que celle-ci remet en cause (culture professionnelle d'une région, à laquelle les travailleurs peuvent être attachés, production locale à laquelle les consommateurs peuvent également être attachés, notamment parce qu'ils connaissent ou sont au contact des producteurs ou des moyens de production). Principalement élaborée au XVIII^e siècle, cette théorie ne tient aucun compte de l'impact ou des

d'une mesure à finalité sanitaire et écologique, et qu'il devait évaluer cet intérêt à l'aune de la « gravité » d'une limitation du commerce mondial. Le même raisonnement a été tenu dans de nombreuses affaires récentes, notamment dans l'affaire de l'*Amiante* (WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, § 172) et dans celle des *Produits dérivés du phoque* (*op. cit.* dans cette note, § 5.261), mais sur un ton et avec un raisonnement laissant davantage de marges aux politiques publiques écologiques. En particulier et à l'inverse des groupes spéciaux du GATT dans les deux affaires concernant le thon (*États-Unis – Thon (plainte du Mexique)* et *États-Unis – Thon (plainte des CE)*), l'Organe d'appel a considéré dans les affaires *États-Unis – Jeux et paris* (qui portait, de manière un peu différente, sur une exception au GATS reposant sur la moralité publique) et *Brésil – Pneumatiques rechapés* qu'« il n'incombe pas à la Partie défenderesse de montrer, d'emblée, qu'il n'y a pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs » (*États-Unis – Jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, § 309, les italiques sont d'origine) autrement dit que c'est au demandeur de démontrer positivement que tel était le cas (pour une affirmation encore plus claire en ce sens, v. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, § 5.261). Cette inversion de la charge de la preuve change complètement la donne, ainsi que le montrent par exemple les doutes de l'Organe d'appel à l'égard des mesures alternatives proposées par l'UE au Brésil dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* (OA (OMC), WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2017, notamment § 211).

43. V. par exemple A. H. Qureshi et A. R. Ziegler, *International Economic Law*, Sweet et Maxwell, 2019, 4^e éd., p. 14 § 1-006.

44. Le premier chapitre du manuel d'Andreas Lowenfeld (Oxford University Press, 2008, p. 3-8) lui est par exemple consacré.

implications écologiques de l'organisation – et au premier chef de l'augmentation – du commerce transnational qu'elle promeut. Enfin, il est généralement admis que la plupart des pratiques commerciales actuelles, ou bien n'étaient pas prévues par la théorie (ainsi du commerce intra-entreprise qui constitue plus de la moitié du commerce transnational aujourd'hui) ou bien contredisent la théorie (les flux commerciaux sont souvent très importants entre États aux avantages comparatifs analogues, et parfois limités entre États aux avantages comparatifs différents). Elle a donc été contestée, amendée, abandonnée, complétée à de multiples reprises, à la fois en tant que facteur explicatif de l'histoire économique (où sa pertinence est souvent limitée) et en tant que base théorique de politiques économiques (parce qu'elle semble souvent ne pas bien « fonctionner » économiquement, et parce que d'autres facteurs, sociaux et écologiques mais également géographiques ou géopolitiques – on pense à l'Ukraine, la Russie ou l'Iran actuellement – façonnent par ailleurs les politiques commerciales). Chez les « représentants d'intérêts » du patronat ou des entreprises transnationales, parmi le personnel de l'OMC ou dans la *doxa* des juristes spécialisés en droit international économique, toutes ces failles et limites ne sont globalement pas évoquées ou elles le sont pour le principe tout en étant rejetées comme marginales : la théorie de l'avantage comparatif est présentée comme une évidence et un pivot incontestable, tout comme le récit pourtant désormais abandonné par les historiens sérieux, d'une histoire économique du XIX^e et du XX^e siècle consistant en une alternance entre mondialisation pacifique et heureuse et protectionnisme belliqueux et appauvrissant.

Ce constat ne doit pas faire croire que la pertinence ou le manque de pertinence de la théorie de l'avantage comparatif est le point crucial. Le point crucial, c'est que la robustesse de cette théorie, la méfiance qu'elle engendre à l'égard de toutes les législations restreignant le commerce, et les effets délétères que leur combinaison produit en pratique pour l'ensemble de la planète constituent des tabous politiques. Si cette théorie et la « législatophobie » semblent ne pas pouvoir être remises en cause politiquement, c'est en raison de l'ampleur des conséquences qu'une telle remise en cause risquerait d'entraîner : les milliers de pages des accords de commerce, les milliers de pages de concessions tarifaires, les milliers d'accords protégeant les droits des investisseurs transnationaux, tout l'échafaudage intellectuel et institutionnel de l'OMC, tout cela est organisé autour de la croyance en la vérité absolue de la théorie de l'avantage comparatif, donc vers l'établissement d'une réglementation universelle uniforme, exclusivement tournée vers l'augmentation des flux transnationaux, vers l'abattage des cloisons que constituent les différences entre législations, vers la « protection » des acteurs économiques transnationaux confrontés à cette pluralité, ainsi qu'au « problème » de l'autodétermination des peuples. Remettre en cause la pertinence ou même la pertinence exclusive de la théorie de l'avantage comparatif signifierait ainsi remettre en cause des régimes juridiques établis depuis longtemps et des institutions dont on voit mal comment elles pourraient disparaître ou changer du

tout au tout à court terme. Pour cette raison, s'attaquer à l'obstacle intellectuel qu'est la théorie de l'avantage comparatif ou plutôt à sa naturalisation, s'y attaquer non en économiste mais en juriste constatant les effets de son emploi dans l'argumentation des acteurs politiques et juridiques, pour édicter, justifier ou interpréter différentes règles implique ainsi de sortir de la posture habituelle du juriste. Or, plus encore peut-être qu'une autre corporation à l'égard de ses *habitus*, le juriste rechigne à sortir de sa posture habituelle parce que cette dernière est historiquement ancrée, intellectuellement rassurante, valorisée socialement au sein de la corporation, et enfin et peut-être surtout parce qu'elle est politiquement sûre (on ne risque ni la critique, ni la persécution) et efficace (le monde politique conventionnel accepte volontiers d'écouter et rémunérer les juristes à condition que ceux-ci « restent à leur place »).

L'obstacle principal à la prise en compte de finalités écologiques tient donc, à un premier niveau, à la théorie économique et aux représentations du monde et de la politique qui y sont associées : les fondateurs comme les continuateurs de la théorie de l'avantage comparatif croient aux lois d'airain de l'économie – plutôt qu'à celles de la politique et de la démocratie – et pour cette raison à la légitimité des comportements tenus « librement » par les acteurs économiques dans ce cadre, ainsi qu'à l'illégitimité de leur encadrement. À un second niveau, plus profond, l'obstacle est socio-intellectuel en ce sens qu'il exige de repenser, sur un plan philosophique, les principes, limites et réflexes de nos disciplines économiques et juridiques.

Aude-Solveig Epstein : Est-ce que, dans le cadre ainsi tracé, votre discipline aménage tout de même une place à la protection de l'environnement, et si oui à quel(s) titre(s) et selon quelles modalités ou conditions ?

Walid Chaiehoudj (sur le droit de la concurrence) : La réponse est oui ! On retrouve des aménagements tantôt au stade de la qualification des pratiques tantôt au stade de la justification des pratiques.

Au stade de la qualification des pratiques, songeons aux ententes. On sait que l'article 101, paragraphe 1 du TFUE prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet de limiter le développement technique. Cette interdiction permet d'appréhender certaines pratiques tendant à restreindre l'innovation environnementale. Autrement dit, des entreprises ne peuvent s'entendre pour restreindre le développement des énergies vertes, des technologies de décarbonation ou des technologies œuvrant pour l'amélioration du bien-être animal. C'est en s'appuyant sur ce texte que la Commission européenne a sanctionné en 2021 des constructeurs automobiles qui s'étaient mis d'accord pour limiter le recours à des technologies réduisant les émissions de CO₂ et avaient ainsi privé les consommateurs de la possibilité d'acheter des véhicules moins polluants⁴⁵. Mais une

45. Commission européenne, 8 juill. 2021, *Daimler e.a.*, aff. AT. 40178.

fois encore, ce n'est pas l'argument écologique en tant que tel qui a été pris en compte. C'est plutôt le fait que cette entente a restreint la liberté de choix des consommateurs quant à l'achat d'un véhicule moins polluant. Autrement dit, les consommateurs qui étaient prêts à payer plus cher un véhicule moins polluant étaient privés de cette possibilité. On peut également citer l'affaire des revêtements de sol où l'Autorité de la concurrence a sanctionné pour entente des entreprises qui avaient conclu des accords de non-concurrence concernant la communication sur la performance environnementale de leurs produits. Ici l'Autorité de la concurrence a considéré que cet accord avait eu pour effet de diminuer l'incitation des différents fabricants à innover pour proposer à leurs clients des produits caractérisés par de meilleures performances environnementales et d'avoir ainsi affecté un facteur important de *différenciation de l'offre*⁴⁶. Autrement dit, pour que les autorités de concurrence soient sensibles à l'argument écologique, encore faut-il qu'il épouse l'argument économique; il faut que l'argument économique et l'argument écologique se confondent, qu'ils ne fassent qu'un. Expliquons-nous. Dans cette affaire, l'argument écologique, c'est celui des meilleures performances environnementales. L'argument économique, c'est celui de la différenciation de l'offre. Lorsqu'on se plaint de l'impossibilité de différencier les offres, on reproche également l'absence d'incitation à l'amélioration des performances environnementales. Aussi l'argument écologique et l'argument économique ne forment-ils qu'un seul et même argument. L'argument a une double nature: économique et écologique.

Au stade de la justification des pratiques, songeons aux justifications objectives dans les affaires d'abus de position dominante. Une affaire déjà ancienne est extrêmement parlante à cet égard. Il s'agit de l'affaire dite *des îles de Lérins*. Dans une décision en 2005, le Conseil de la concurrence avait jugé que les justifications objectives avancées par une congrégation cistercienne permettaient d'écarter le grief d'abus de position dominante. La congrégation avait soutenu que « *l'objectif de limitation du nombre de visiteurs (pas plus de 60 000 à 65 000 visiteurs par an; pas plus de 300 à 350 visiteurs par jour, de mai à septembre, répartis sur les huit heures de la journée) poursuivi par la Congrégation est justifié par la nécessité de préserver, sur un site peu étendu, la tranquillité du lieu monastique et de sauvegarder*

46. Aut. conc., Déc. 17-D-20 du 18 oct. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients. Dans la même veine, on peut citer le cartel des camions démantelé par la Commission en 2017 (Comm. eur., Déc. du 27 septembre 2017, *Trucks*, aff. AT.39824) dont l'un des objets était de fixer en commun le calendrier relatif à l'introduction des technologies d'émission, afin que les camions soient conformes aux nouvelles normes d'émission Euro VI. En l'espèce, les constructeurs de camions auraient pu se concurrencer sur la date d'entrée en vigueur de la nouvelle norme, une date précoce pouvant constituer aux yeux des clients un facteur de différenciation des offres. Qui plus est, les entreprises auraient dû déterminer de manière autonome leur propre politique commerciale concernant la manière de répercuter sur le prix de vente final le coût supplémentaire induit par les nouvelles normes environnementales.

l'intégrité du site classé. L'ouverture passée de la desserte de l'île à plusieurs compagnies concurrentes s'est soldée par un afflux trop grand de visiteurs, surtout pendant l'été (de 2 à 3 000 visiteurs par jour), incompatible avec ces objectifs. Le sol était piétiné, des troubles à l'ordre public ont été signalés et le mauvais entretien chronique des pontons, pourtant à la charge des compagnies, posait des problèmes récurrents de sécurité.»⁴⁷

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) :

Les traités de commerce et d'investissement peuvent aménager deux places très différentes aux considérations environnementales. Ils peuvent le faire au niveau des principes ou au niveau des exceptions.

Dans le premier cas, les traités contiennent eux-mêmes des règles fixant les conditions des transactions commerciales, monétaires ou d'investissement en fonction d'objectifs environnementaux. Il peut s'agir, premièrement, de traités établissant des régimes différenciés, les uns favorisant les flux jugés compatibles ou favorables à la transformation écologique, les autres pénalisant ceux qui constituent des obstacles à cette dernière. Actuellement, ces traités sont presque inexistantes. L'un des rares exemples de ce type de traités est celui par lequel les Membres du Forum de Coopération Économique Asie-Pacifique (APEC) se sont engagés, en 2012, à appliquer un traitement préférentiel (des droits de douane de 5 % ou moins) à une cinquantaine de produits dits « environnementaux », essentiellement des machines fournissant de l'énergie (chaudières, panneaux solaires, etc.), des machines industrielles et des outils de mesure ou de contrôle de la pollution⁴⁸. Sur la base de listes préparées par l'APEC ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le sujet des « biens environnementaux » a été abordé à l'OMC mais la négociation à ce sujet a échoué en 2016. Il fait de nouveau l'objet de négociations entre l'Union européenne, la Chine et les États-Unis⁴⁹ mais sans davantage de résultat pour l'instant. Du côté du droit des investissements, les traités bilatéraux ne différencient globalement pas les investissements suivant leur apport ou leur impact du point de vue de l'environnement. À notre connaissance, les seules exceptions se trouvent, non dans des traités mais dans des modèles de traité, comme le modèle marocain et

47. Conseil de la concurrence, Déc. n°05-D-60, 8 nov. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de Cannes.

48. Depuis 2021, les fonctionnaires de l'APEC et certains États membres invitent à étendre la liste des biens environnementaux. La pertinence environnementale de cette liste est contestée, mais le commerce des produits qu'elle contient a incontestablement crû plus vite, en moyenne, que celui de l'ensemble des produits échangés, ce qui suggère que ce type d'accord peut avoir une incidence réelle sur le commerce transnational.

49. Comme l'a confirmé une audition avec Xavier Jardi (adjoint au chef du Bureau des règles internationales du commerce et de l'investissement, chargé du développement durable, à la Direction générale du Trésor) menée le 1^{er} mars 2022, dans le cadre du projet relatif à la transition écologique du droit économique (TEDE).

surtout le chapitre 4 du Code panafricain des investissements adopté à la fin de l'année 2016 par un comité d'experts de l'Union africaine. Ce code favorise les investissements socialement responsables et prévoit des obligations internationales des investisseurs en ce sens. Certains droits nationaux et certains contrats d'investissement conclus entre un État et une entreprise étrangère renvoient en revanche aux Principes dits « de l'Équateur » (*Ecuador Principles*), proclamés par des établissements financiers en 2003 et actualisés en 2006, 2011 et 2019. Ces « Principes », non-formellement obligatoires en eux-mêmes, permettent de différencier les projets d'investissement (ils sont classés du plus susceptible d'avoir des impacts négatifs – catégorie A – au moins susceptible d'en avoir – catégorie C), de déterminer sur cette base le niveau de vigilance que chacun requiert (Principe 1), et de leur appliquer un régime procédural adapté : étude d'impact social et environnemental plus ou moins large ou approfondie, mise en place ou non d'un Système de gestion environnementale et sociale (ESMS), d'un Plan d'action (Principe 4) ainsi que d'un processus de participation des parties prenantes (Principe 5).

Deuxièmement, une vingtaine de traités interdisent ou encadrent la production ou l'échange de certains « produits » fragiles, tels le thon ou la faune et la flore sauvage menacées d'extinction, ou encore de produits délétères pour la santé ou l'environnement, comme les déchets dangereux ou les substances appauvrissant la couche d'ozone. On notera que ces accords, dont les plus connus sont peut-être la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)⁵⁰ et le Protocole de Montréal⁵¹, sont généralement « classés » par les universitaires dans le droit international de l'environnement et non dans le droit international économique – une nouvelle preuve que le droit international économique est pensé en fonction de ses finalités et non de son objet.

Troisièmement, l'Union européenne conditionne l'octroi aux États pauvres d'un accès privilégié à son marché, à l'adoption et à la mise en œuvre par ces États d'un certain nombre d'engagements en matière environnementale (système de préférences généralisées dit SPG+).

Quatrièmement, certains accords conditionnent des échanges commerciaux au respect de certaines règles relatives à l'environnement, la santé animale ou la santé humaine. C'est ainsi par exemple que la France et la Chine ont conclu, le 13 décembre 2021, un accord de zonage permettant l'exportation de porcs français vers la Chine si certaines réglementations relatives à la santé des porcs sont adoptées en France à la suite de signalements de grippe porcine. Du point

50. Convention CITES conclue à Washington le 3 mars 1973 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1975.

51. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, conclu le 15 septembre 1987 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989, amendé plusieurs fois depuis.

de vue du traité, ces réglementations sanitaires ou environnementales sont considérées, non comme des obstacles mais comme des conditions au commerce. Du point de vue du droit de l'OMC, si des accords du même type ne sont pas, peu ou prou, proposés par la Chine à tous ses partenaires, cet arrangement constitue néanmoins une discrimination *de facto* à leur égard et donc un obstacle au commerce. On doit cependant noter que, pour la première fois de son histoire, le cadre de l'OMC vient lui-même de permettre la conclusion d'un traité multilatéral réglementant l'économie dans un but principalement écologique : l'accord du 17 juin 2022 sur les subventions à la pêche⁵².

Cinquièmement, les accords dits « méga-régionaux » conclus par l'Union européenne (avec l'Équateur et le Pérou, le Canada, Singapour, le Mercosur, etc.) contiennent un chapitre « Développement durable » qui rappelle les engagements internationaux des États parties (ou les incitent à les prendre) en matière sociale (conventions « fondamentales » de l'OIT notamment) ou environnementale (Pacte de Paris notamment). Globalement, les règles inscrites dans les autres chapitres de ces accords, et qui sont concrètement celles qui vont modifier les équilibres et pratiques économiques, ne sont pas adaptées afin de permettre ou de favoriser le respect de ces engagements sociaux et environnementaux. En outre, les mécanismes juridictionnels de règlement des différends prévus par les chapitres à finalité « libre-échangiste » ou capitaliste de ces accords ne pouvaient, jusqu'à très récemment, pas être compétents pour appliquer les chapitres « développement durable ». Il n'était donc possible de demander leur respect qu'à travers des procédures molles de négociation et de médiation. De manière remarquable, les mécanismes de règlement des différends saisis sur la base d'un chapitre « libre-échangiste » refusaient d'appliquer le chapitre « développement durable » ou de se dessaisir de l'affaire au profit du mécanisme prévu par le chapitre « développement durable », même lorsque la restriction au commerce contestée avait clairement pour fondement les préoccupations environnementales inscrites dans le chapitre « développement durable »⁵³. Quoi

52. L'accord sur les subventions à la pêche (WT/MIN(22)/33), adopté à la douzième Conférence Ministérielle de l'OMC, prend place dans un ensemble de décisions appelées « Paquet de Genève ».

53. V. en particulier le Rapport final rendu le 11 décembre 2020 par le groupe d'arbitrage fondé sur l'accord d'association UE-Ukraine, dans une affaire relative aux *Restrictions appliquées par l'Ukraine aux exportations de certains produits du bois vers l'Union européenne*. Pour examiner cette affaire, l'UE avait demandé la constitution d'un panel d'arbitrage pensé sur le modèle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et appliquant les règles de l'OMC auxquelles se référait largement l'accord d'association. Selon l'Ukraine toutefois (§ 25, 93-98), l'UE aurait plutôt dû saisir le mécanisme non-contraignant chargé de garantir le respect du développement durable (chapitre 13) dans la mesure où le litige concernait principalement l'environnement. Le mécanisme saisi par l'UE sur la base d'un autre chapitre (le chapitre 14) se déclara compétent. Il considéra que les dispositions du chapitre « développement durable » invoquées par l'Ukraine relevaient seulement du « contexte » d'interprétation de l'article 35 qui interdit de manière générale

qu'elle ne soit pas entièrement dépourvue d'ambiguïté, une évolution remarquable a eu lieu dans l'accord conclu en juillet 2022 par l'Union européenne avec la Nouvelle-Zélande, puisque le mécanisme «général» de règlement des différends est en principe compétent pour appliquer le chapitre «développement durable»⁵⁴. Dans le même esprit, l'article 10.1 de l'Accord de l'OMC sur les subventions à la pêche de juin 2022 attribue compétence au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, donc à un mécanisme également compétent pour assurer la mise en œuvre des autres accords de l'OMC. En dépit de ces inflexions à la fois récentes et remarquables, ce sont pour l'instant toujours les chapitres tournés vers le développement économique «non-durable» qui exercent de l'influence sur les politiques économiques étatiques et les stratégies d'entreprise; en leur sein, l'environnement n'est envisagé que comme une exception, dont un État ou l'Union européenne peut se prévaloir dans des cas exceptionnels et limités.

Ces cinq types d'instruments, de politiques économiques, de chapitres d'instruments et de négociations internationaux pourraient former – pour reprendre l'expression de Gilles Martin – un véritable droit économique de l'environnement au plan international. Leur signalement ici ne doit toutefois pas masquer la réalité: il s'agit d'éléments éparpillés et marginaux, qui ne modifient pas l'essentiel des pratiques, qu'il s'agisse de celles des grandes entreprises (localisation des étapes du processus productif en fonction du *dumping* environnemental notamment⁵⁵), des États (négociations «purement» économiques ou écologiques plutôt qu'hybrides et menées dans le cadre d'organisations à la fois capitalistes/libre-échangistes et écologiques) et des institutions économiques internationales (dont la culture libérale rend difficile la conversion, non seulement à une hypothétique planification écologique mondiale, mais même à l'incitation des États à l'adoption de politiques écologiques et à la coordination de ces dernières). Même sur un plan purement normatif, les milliers de traités bilatéraux relatifs aux investissements transnationaux ne contiennent pour ainsi dire rien de substantiel sur

les interdictions d'exportations. Il rejeta l'argumentation ukrainienne qui rappelait que l'accord d'association reconnaît le droit de chaque Partie de fixer le niveau de protection environnementale approprié (article 290) et interdit la limitation du droit des Parties à mettre en œuvre des traités environnementaux (article 292.3). L'examen de cette question environnementale par un mécanisme chargé de garantir le «libre-échange» contre des réglementations environnementales envisagées principalement comme des obstacles au commerce, était prévisible: toutes les interdictions ukrainiennes à l'exportation de bois ont été jugées injustifiées (§§ 254 et 468).

54. V. en effet l'article 26.2 de l'Accord. Il semble néanmoins que les contentieux relatifs au chapitre «développement durable» et les contentieux relatifs aux autres chapitres soient encore, très artificiellement, séparés. V. notamment les articles 26.3.6, 26.5.4.b et 26.6.1.b.

55. V. par exemple: T. Meyer, «Taxing, Regulating, and Trading Carbon: An Introduction to the Symposium», *American Journal of International Law Unbound*, 2022, vol. 116, p. 191.

l'environnement⁵⁶, et les milliers de pages de concessions tarifaires et de règles diverses qu'on trouve dans les accords de l'OMC et les accords méga-régionaux de commerce et d'investissement n'intègrent l'environnement que sous l'angle des exceptions et dérogations aux règles qu'ils posent (clause «de la nation la plus favorisée», traitement national, protection de la propriété intellectuelle, etc.).

C'est donc surtout, deuxièmement, sous la forme d'exceptions et de dérogations que le droit international économique aménage une place aux considérations environnementales. Ce que font essentiellement les accords de l'OMC⁵⁷ et les accords d'investissement, c'est admettre par exception que leurs États parties adoptent des législations environnementales ayant un impact sur le commerce ou les investissements transnationaux, à condition qu'ils en démontrent les bases scientifiques, le caractère égalitaire à l'égard des acteurs nationaux et étrangers, égalitaire entre acteurs étrangers, qu'ils prouvent que la mesure était la moins susceptible de limiter le commerce, etc. Comme nous l'avons mentionné, même si leur fonction fondamentale est la protection des droits des investisseurs contre les législations nationales, les tribunaux d'investissement ont assez souvent admis la légitimité et même le caractère non-discriminatoire des législations environnementales; en revanche, l'Organe d'appel de l'OMC ne l'a jamais ou quasiment jamais fait. Plus exactement, il l'a fait dans les affaires *Thon II* et *Crevettes* mais de manière provisoire et dans le cas particulier d'une législation environnementale adoptée à la suite d'une condamnation par l'OMC, qui avait amené l'État membre en question – dans les deux cas les États-Unis – à la réviser.

L'essentiel de la discussion politique et doctrinale relative aux exceptions permettant aux Membres de l'OMC d'adopter des législations à finalité écologique se focalise maintenant sur la question des procédés et méthodes de production (PPM). En effet, les principes les plus influents de l'OMC – en particulier l'interdiction d'appliquer des réglementations différentes aux produits importés et aux produits locaux «similaires» («traitement national» de l'article III du GATT) et l'interdiction du libre choix des traitements appliqués aux échanges avec différents partenaires («clause de la nation la plus favorisée» de l'article I du GATT) – sont des principes d'interdiction générale des régimes différenciés. Or, le respect d'exigences sociales, sanitaires ou environnementales dans la manière dont deux marchandises sont produites, ou deux services rendus, n'est pas – du moins pas explicitement – considéré dans le GATT comme un critère autorisant

56. Pour des détails sur ce point, v. la contribution d'Arnaud de Nanteuil dans le présent ouvrage.

57. En particulier l'article XX g) du GATT, auquel sont liés d'autres accords: l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires à travers une référence faite explicitement dans son article 2.4, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce à travers la substance de l'article 2, etc. La disposition «équivalente» de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), soit son article XV, ne comporte pas d'alinéa correspondant à l'alinéa g) du GATT, donc d'alinéa permettant des exceptions au titre de «la conservation des ressources naturelles épuisables.»

exceptionnellement une différenciation. Dans le même sens, l'article II.2a) du GATT estime conforme au droit de l'OMC la taxation d'un produit importé si cette taxe s'applique également à « un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé »⁵⁸, mais pas, jusqu'ici, si cette taxe s'applique – à travers un produit ou une marchandise qui lui est incorporée – à un procédé ou une méthode de production similaire ou un type ou volume d'énergie exploitée similaire. Toujours dans le même sens, l'accord sur les réglementations qualifiées d'« obstacles techniques au commerce » (OTC) identifie comme des OTC légitimes les réglementations distinguant entre les procédés et méthodes de production (PMP) d'un produit, mais uniquement lorsque ces procédés et méthodes laissent une trace persistante sur les propriétés physiques de ce produit (« PMP incorporés »). Lorsque tel n'est pas le cas (« PMP non-incorporés »), par exemple lorsqu'un traitement différencié est appliqué à des produits suivant qu'ils sont issus du travail des enfants, de la consommation d'énergies fossiles ou de la surexploitation des sols et des végétaux, ou au contraire d'un travail décent, de l'usage d'énergies renouvelables ou de l'exploitation de forêts gérées de manière durable, la réglementation n'entre pas, à première vue, dans l'une des exceptions admises au titre de l'accord.

Notamment en raison des demandes de plus en plus fortes dans ces domaines, une évolution est cependant, non seulement attendue, mais tout à fait envisageable en matière environnementale. D'abord, de nombreux États, l'Union européenne et le site internet de l'OMC soutiennent que les accords n'empêchent aucunement de distinguer deux produits en fonction des PMP non-incorporés⁵⁹. Ensuite, le GATT se réfère de nombreuses fois à la notion de similarité mais sans la définir, tandis que d'autres accords se contentent d'une définition vague et ouverte⁶⁰. Elle a donc été « construite » au cas par cas par la jurisprudence en fonction d'une pluralité de critères⁶¹ qui comprennent mais ne se limitent pas aux caractéristiques physiques des produits⁶².

58. Pour une application à une législation à finalité écologique, v. notamment *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, rapport adopté le 17 juin 1987, donc sous l'empire du GATT de 1947.

59. V. le site internet de l'OMC, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envt_rules_gatt_f.htm.

60. Dans le GATT, v. les articles I.1, II.2.a), III.2, III.4, VI.1.a), IX.1, XI.2.c), XIII.1, XVI.4 et XIX.1.

61. Cette approche et les quatre critères principaux ont été retenus pour la première fois par un Groupe de travail du GATT en 1970 (*Ajustements fiscaux à la frontière*, IBDD S18/110, § 18). Tous les groupes de travail et groupes spéciaux du GATT, puis tous les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC ont adopté explicitement et effectivement la même démarche. V. par exemple : OA (OMC), *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R et autres, 4 octobre 1996, p. 23.

62. Tel est le cas lorsque les règles applicables se réfèrent à la similarité en général (articles I.1, II.2a, III.2 ou III.4 du GATT) mais également lorsqu'elles contiennent une définition de la similarité, comme dans le cas de l'article XV.1 de l'Accord sur les

Cette approche laisse la voie ouverte à une interprétation évolutive qui place les législations environnementales dans une grande insécurité juridique, mais qui pourrait aussi se révéler favorable à leur admission. En effet, aux fins de l'application des articles I.1 et III.2 du GATT, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont notamment bâti la notion de similarité par référence aux « goûts et habitudes des consommateurs » qui peuvent avoir le bon goût de différencier des marchandises selon que celles-ci ont ou non été produites dans des conditions socialement décentes et écologiquement acceptables⁶³. Par ailleurs,

subventions et mesures compensatoires, dont une note 46 précise la signification de l'expression « produit similaire » (« un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, d'un autre produit qui, bien qu'il ne soit pas semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré »). V. notamment Groupe spécial (OMC), *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS/54/R et autres, 2 juillet 1998, §§ 14.173-14.174 : « 14.173 À notre avis, l'analyse de la question de savoir quelles voitures ont des “caractéristiques ressemblant étroitement” à celles de la Timor doit logiquement inclure, comme élément important, les caractéristiques physiques des voitures en cause (...). *Nous ne pensons pas cependant que l'Accord SMC nous empêche d'envisager d'autres critères que les caractéristiques physiques, s'ils sont pertinents pour l'analyse du concept de produit similaire.* L'expression “caractéristiques ressemblant étroitement”, dans son sens ordinaire, comprend les caractéristiques physiques, mais non exclusivement, et nous ne voyons rien dans le contexte ainsi que dans l'objet ou le but de l'Accord SMC qui nous obligerait à conclure autrement. 14 174 Bien que nous soyons tenus dans le présent différend d'interpréter l'expression “produit similaire” conformément à la définition précise figurant dans l'Accord SMC, nous estimons que *l'on peut utilement s'inspirer des analyses antérieures des aspects de la notion de “produit similaire” au regard d'autres dispositions de l'Accord sur l'OMC.* Ainsi, nous notons que l'Organe d'appel a déclaré dans l'affaire *Boissons alcooliques* (1996) que, dans ce contexte comme dans n'importe quel autre, la question des “produits similaires” devait être examinée cas par cas, que *pour appliquer les critères pertinents, les groupes spéciaux ne pouvaient qu'agir au mieux de leur jugement pour déterminer si, en fait, des produits étaient similaires, et que cela impliquerait toujours inévitablement un élément de jugement personnel, discrétionnaire.* » (les italiques sont ajoutés, à l'exception de ceux indiquant la citation d'une affaire).

63. Très généralement, ce n'est cependant étrangement pas la perception, par les consommateurs, de deux produits comme similaires ou différents qui est prise en compte au titre de ce critère, mais la manière dont les produits sont distribués et présentés au consommateur. V. notamment Groupe spécial (GATT), *Espagne – Café non-torréfié*, L/4135, 11 juin 1981, §§ 4.6-4.9 (les différences faites par la réglementation entre différents types de café ne correspondent pas à la manière ordinaire de le présenter à la vente – mais aucune référence n'est faite aux choix des consommateurs eux-mêmes). On trouve le même type de réticence à l'endroit d'une véritable prise en compte de la perspective du consommateur dans le cadre de rapports portant sur l'application d'autres articles. V. par exemple au titre de l'article XXIII du GATT : Groupe spécial (GATT), *CEE – Protéines pour l'alimentation des animaux*, L/4599, 14 mars 1978, § 4.3 (les protéines animales et les protéines végétales sont « techniquement » substituables les unes aux autres et sont donc en concurrence). Si l'interprétation du critère des « goûts des consommateurs » signifiait paradoxalement l'exclusion de leur perception de la similarité, une telle déformation

l'interprétation des exceptions posées à l'article XX du GATT, en particulier de celles qui portent sur la moralité (a), la santé (b) et l'environnement (b et g), a été de plus en plus large: l'Organe d'appel accepte désormais que chaque Membre de l'OMC établisse le niveau de protection qu'il juge approprié, que l'objectif des mesures qu'il adopte (par exemple en interdisant une substance) soit de réduire un certain risque à zéro, et que des mesures moins attentatoires au commerce soient écartées au motif qu'elles ne sont pas «raisonnablement disponibles»⁶⁴. Pour toutes ces raisons, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et d'autres mécanismes de règlement des différends commerciaux pourraient s'appuyer sur une interprétation extensive de la notion de similarité, appréhendée à la lumière de la mention du «développement durable» qu'on trouve dans le préambule de l'Accord établissant l'OMC. Une telle évolution pourrait aussi s'inspirer de l'affirmation de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire de l'*Amiante*, selon laquelle la dangerosité pour la santé de certains éléments d'un produit constitue une différence substantielle du point de vue des principes du GATT. Tenant compte de l'impact de modes de production nationaux sur la santé et sur l'environnement dans l'ensemble du monde, l'Organe

serait naturellement très contestable. Elle le serait au regard du sens courant de cette expression, du contexte, mais également de déclarations antérieures de l'Organe d'appel. En effet, celui-ci a non seulement fermement critiqué un groupe spécial qui avait refusé d'examiner ce critère au motif qu'il «ne donnerait pas de résultats clairs» (OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2011, § 120), mais également précisé que «la perception des produits par le consommateur peut être davantage liée aux goûts et habitudes des consommateurs qu'aux caractéristiques physiques» de ces produits (OA (OMC), *Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396/A/BR, 21 décembre 2011, § 127, 145). On pourrait ajouter «davantage qu'à la manière dont ils lui sont présentés.»

64. Eu égard au contexte dans lequel le législateur agit, ou encore aux coûts économiques que ces mesures alternatives signifieraient pour la branche de l'activité économique concernée. Pour prendre la mesure de l'évolution, comp., en particulier Groupe spécial (GATT), *États-Unis – Thon 1*, DS21/R, 3 septembre 1991, §§ 5.22 (les groupes spéciaux ont antérieurement interprété l'article XX de manière stricte) et 5.27 (une interprétation large serait catastrophique) d'un côté, et de l'autre, dans le cadre des accords OTC et SPS mais en lien avec l'article XX du GATT: OA (OMC), *Australie – Saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, § 125 (le niveau de protection est choisi par le Membre et peut correspondre à un risque nul); OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2001, § 168 (*idem*). Plus récemment, v. OA (OMC), *CE – Produits dérivés du phoque*, *op. cit.*, 2014, §§ 5.200 (contrairement à ce que suggère le Canada, l'Union européenne n'est pas nécessairement de mauvaise foi si elle protège davantage les phoques que d'autres animaux; implicitement: le pragmatisme dont un législateur est inévitablement amené à faire preuve doit être pris en compte) et 5.261 («une mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible lorsqu'elle est "de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles" [Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308)] »).

d'appel pourrait, par analogie, considérer la dangerosité pour la santé ou pour l'environnement de modes de production non-incorporés comme des éléments justifiant le traitement distinct de deux produits⁶⁵.

Même si une telle avancée avait lieu, il resterait que ce sont des États (ou l'Union européenne) ou des institutions internationales « non-économiques » qui essaient d'encadrer l'économie transnationale à des fins environnementales – le droit international économique actuel ne faisant au mieux qu'admettre ces politiques sur le mode de l'exception⁶⁶. Pour l'essentiel, l'effet du droit international économique est d'inhiber l'adoption des réglementations écologiques de l'économie et de limiter l'impact de ces réglementations sur les opérations économiques transnationales.

Aude-Solveig Epstein : **Compte tenu de la faiblesse du droit – national et international – de l'environnement, l'espoir se fait jour de voir le droit économique jouer un rôle de moteur de la transition écologique, d'être proactif en allant au-delà même de la seule déclinaison des obligations issues du droit de l'environnement⁶⁷. Est-ce qu'il vous semblerait possible que vos disciplines deviennent à l'avenir d'authentiques leviers de la transition écologique? Si oui, qu'est-ce que cela supposerait, le cas échéant, comme transformations (selon les cas des interprétations, des textes, des institutions ou des procédures)?**

65. V. en effet, approuvant sur ce point le groupe spécial : OA (OMC), *CE – Amiante*, *op. cit.*, 2011, § 114 (« Cette carcinogénicité ou toxicité constitue, selon nous, un aspect définissant les propriétés physiques des fibres d'amiante chrysotile. Les éléments de preuve indiquent qu'en revanche les fibres d'ACV ne partagent pas ces propriétés, du moins pas dans la même mesure. Nous ne voyons pas comment cette différence physique très importante *ne peut pas* être un élément à considérer dans l'examen des propriétés physiques d'un produit réalisé dans le cadre d'une détermination de la "similarité" au sens de l'article III:4 du GATT de 1994 ») (les italiques sont d'origine).

66. En ce qui concerne l'interprétation de l'article XX du GATT, l'Organe d'appel a affirmé que cette interprétation ne devait pas rendre « inutiles » les exceptions prévues dans cet article, et « illusoire » le droit des Membres d'adopter des législations écologiques. Une telle affirmation peut paraître positive. Toutefois, elle constitue en réalité le palier minimum – celui de la maxime romaine *ut res magis valeat quam pereat* – d'une interprétation finaliste. Elle se situe à bonne distance des interprétations plus audacieuses et tournées vers l'effet utile retenues par les juridictions internationales ou européennes lorsqu'il s'agit de donner effet aux règles véhiculant des projets politiques libre-échangistes ou ordolibéraux. Pour de nombreux rapports de l'Organe d'appel de l'OMC reconnaissant et appliquant un *principe of effectiveness*, v. F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, 2014, p. 202-203, note 749. Sur les différents degrés d'interprétations finalistes et sur l'emploi « maximal » du principe d'effectivité par la Cour de Luxembourg, v. *Ibid.*, § 200, p. 203-205 et § 205, p. 210-212.

67. V. sur ce sujet A.-S. Epstein et M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique?*, Bruylant, 2022.

Walid Chaiehloudj (sur le droit de la concurrence) :

La réponse n'est pas évidente et elle devrait être graduée. À vrai dire, il y a deux types de transformations ou d'évolutions envisageables. Deux mots les incarnent parfaitement : la douceur et la brutalité.

D'abord, les transformations douces. Ce sont les transformations qui se feront de l'intérieur, c'est-à-dire *proprio motu*, par les initiatives et les actions des autorités de concurrence. Qu'est-ce à dire ? Que les autorités doivent davantage verdir le droit de la concurrence mais sans sacrifier ses fondements et sa raison d'être. Concrètement, il s'agit d'intégrer davantage les paramètres de protection de l'environnement dans l'analyse concurrentielle. C'est d'ailleurs la marche qui semble être suivie par la Commission européenne *via* le fameux Pacte vert. A-t-on un exemple récent de ce verdissement ? Absolument ! La révision des lignes directrices sur les restrictions verticales montre une embellie verte⁶⁸. D'une part, il y a une évolution sémantique et un éclairage terminologique. Plutôt que de parler de protection de l'environnement, la Commission utilise dans ce projet de lignes directrices tantôt l'expression de « durabilité » tantôt l'expression « développement durable ». C'est dire qu'elle prend en compte les problématiques environnementales. Pour l'institution bruxelloise, la notion de durabilité « *inclut, sans s'y limiter, la lutte contre le changement climatique (par exemple, par la réduction des émissions de gaz à effet de serre), la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, la réduction des déchets et la promotion du bien-être animal* ». D'autre part, elle consacre dans ces lignes directrices l'« exemption verte ». En effet, elle écrit qu'un accord de distribution pourra échapper à la prohibition lorsqu'il impose des *critères qualitatifs* qui peuvent porter atteinte à la concurrence. Ainsi un accord n'enfreindra pas l'article 101 TFUE lorsqu'il imposera la réalisation d'objectifs de durabilité, tels que le changement climatique, la protection de l'environnement ou la limitation de l'utilisation des ressources naturelles. Par exemple, nous dit-elle, « *les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils fournissent des services de recharge ou des installations de recyclage dans leurs points de vente ou qu'ils veillent à ce que les biens soient livrés par des moyens durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que par des véhicules à moteur* ». De la même manière, l'Autorité de la concurrence britannique a verdi ses lignes directrices en matière de concentration. Mais il ne s'agit pas de projet ! Ces lignes directrices ont été adoptées en 2021 et elles énoncent que l'autorité sera désormais sensible aux gains d'efficacité environnementaux lesquels pourraient prendre la forme par exemple de bénéfices en termes de développement durable ou de soutien à la transition vers une économie à faible émission carbone.

68. Commission européenne, *Approbation du contenu d'un projet de Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales*, C(2022), 3006 final, Bruxelles, 10 mai 2022.

Ensuite, les transformations brutales. Celles-ci viendraient à la fois de l'intérieur et de l'extérieur. À l'intérieur, les autorités pourraient revenir sur l'approche plus économique et abandonner en partie l'approche par les effets. Comme l'a relevé Jonathan Backer dans son récent ouvrage *Antitrust Paradigm*, le droit antitrust ces dernières années n'a pas rempli son rôle⁶⁹. Les marchés se sont concentrés et les entreprises sont devenues des titans hyper puissants, la cause principale étant la sophistication des raisonnements économiques. Évidemment, cette puissance de marché n'est pas neutre pour l'environnement car l'acquisition de la puissance (et son maintien) passe souvent par un faible respect pour les considérations environnementales. Aussi s'agirait-il de promouvoir davantage le jeu des présomptions, quitte à accepter l'augmentation de faux positifs. Si la proposition est séduisante, elle apparaît cependant très utopique. À quoi servirait un droit de la concurrence qui ne se préoccupe plus du maintien de l'ordre concurrentiel sur le marché? Et de quelle présomption peut-il bien s'agir?

Il serait également possible de ne plus faire du bien-être du consommateur le standard de la matière. Faudrait-il alors promouvoir comme finalité le bien-être du citoyen? Là aussi, la proposition peut paraître sinon saugrenue, du moins très perturbatrice. Elle aurait pour effet de dévitaliser le droit de la concurrence. On imposerait aux autorités de concurrence de prendre en considération d'autres intérêts publics – en l'occurrence la protection de l'environnement – lesquels seraient en conflit. Car faut-il le rappeler, le maintien d'une concurrence libre et non faussée sur le marché constitue un intérêt public. Cela dit, l'Autorité de la concurrence a déjà rendu des décisions très iconoclastes. Pendant la crise du covid-19 par exemple, elle a jugé dans un avis du 16 avril 2021 que « *les objectifs culturels étaient admis au titre du progrès économique* »⁷⁰. Aussi a-t-elle validé un projet d'accord par lequel des distributeurs se sont entendus sur le calendrier des sorties de films en raison du phénomène d'encombrement des écrans. Est-ce à dire que des objectifs environnementaux pourraient être qualifiés de la même manière et qu'ils seront qualifiés de progrès économique?

À l'extérieur, il s'agirait d'acter l'impuissance du droit de la concurrence et de créer une législation spéciale sur le modèle du Digital Markets Act⁷¹. Cette méthode aurait des avantages et des inconvénients. S'agissant des avantages, elle ne conduirait pas à dénaturer le droit de la concurrence. S'agissant des inconvénients, elle participerait au mouvement d'inflation législative que beaucoup d'entre nous ne cessent de déplorer et dénoncer.

69. J.B. Backer, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019.

70. Aut. conc., Avis 21-A-03 du 16 avril 2021 relatif à une demande d'avis du Médiateur du cinéma sur les modalités de sortie des films en salle, § 102.

71. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

Florian Couveinhes-Matsumoto (sur le droit international économique) :

Au moins à court- et à moyen-terme, ce que le droit international économique peut apporter à la transition écologique ne tient pas au fait qu'il pourrait porter une ambition environnementale plus grande que celle du droit international de l'environnement, mais à sa capacité d'influence concrète sur les acteurs politiques et économiques. Bien davantage que le droit de l'environnement en effet, c'est le droit économique et, dans la sphère internationale, le droit international économique étroitement entendu qui détermine, partiellement mais effectivement, les manières dont on investit, exploite, travaille, produit, commerce, consomme, etc. tous les jours. Or d'un avis général, ces manières de faire sont la cause principale de la catastrophe écologique. En conséquence, c'est le droit économique et non le droit de l'environnement qui doit, de manière prioritaire, être changé pour ralentir cette catastrophe, réduire son ampleur et ses effets et maintenir ou placer notre planète à un niveau agréable d'habitabilité et de convivialité.

Cette modification est possible. Si, tel qu'il est majoritairement compris aujourd'hui, le droit international économique porte un projet politico-économique qui ralentit et même s'oppose à la transformation écologique, rien n'interdit de s'émanciper de cette vision idéologique et naturalisée et de mettre le droit international économique au service de la transition vers un environnement plus sain. À en croire leurs discours, tous les principaux « acteurs du droit international économique », c'est-à-dire les dirigeants et les actionnaires de grands acteurs économiques, les juristes spécialisés, les économistes orthodoxes, les grandes institutions économiques internationales et même le personnel politique des États sont ouverts, au moins dans une certaine mesure, à une telle évolution. Leur mot d'ordre à ce sujet, mot qu'ils adressent aux individualités politiques remuantes, aux parlementaires ambitieux, aux ONG militantes et aux mouvements citoyens mobilisés, c'est que s'ils souhaitent adopter ou faire adopter rapidement des législations environnementales ambitieuses, entraînant de vraies modifications des pratiques économiques, ils doivent en passer par des négociations multilatérales⁷². À les suivre, pour éviter que les législations environnementales soient considérées comme protectionnistes et discriminatoires au plan international, qu'elles soient « condamnées » et en conséquence abandonnées, il suffirait qu'elles s'appuient sur des standards environnementaux communément admis dans des traités multilatéraux. « La » solution serait donc de conclure ces derniers et, à cette fin, de mener des négociations multilatérales comme il s'en déroule tous les jours.

Un peu de lucidité sur ce discours le fait apparaître, au moins pour une large part, comme une manœuvre de diversion ou même un prétexte à l'inaction : le caractère volontaire et non majoritaire des règles conventionnelles internationales rend difficiles les accords multilatéraux sur des règles substantielles ambitieuses, surtout lorsque cela implique des sacrifices importants de la part de certaines

72. V. par exemple OA (OMC), *États-Unis – Essence*, WT/DS2/8, 29 avril 1996, p. 30-31.

de leurs Parties (et ce serait assurément le cas ici) ; lorsque de tels accords sont malgré tout conclus, les principes qu'ils contiennent sont souvent généraux et peu influents, et les standards ne sont harmonisés que par le bas, ce qui, selon tous les experts sérieux dans ce domaine, serait extrêmement insuffisant ; sur le plan du commerce transnational, différencier les régimes juridiques des produits suivant leurs modes de production – et donc notamment suivant leur impact écologique – a été exclu délibérément dès la mise en place de l'OMC ; enfin, des ministres de l'environnement, des parlements, des ONG et des citoyens sont juridiquement et/ou politiquement dans l'incapacité d'engager des négociations internationales ayant un impact notable sur l'économie, tandis que leur poids dans de telles négociations est généralement très réduit. Dans la réalité, les négociations multilatérales en matière d'investissements et de commerce sont des projets initiés par les « acteurs du droit international économique », et notamment par les représentants des intérêts des grands actionnaires et dirigeants des grands groupes, ces derniers ayant tout intérêt, à très court terme, à ce que la transformation écologique du droit international économique n'ait pas lieu (tout en prétendant qu'une révolution vient de se produire chaque fois qu'un texte témoignant apparemment de leur bonne volonté est adopté).

En vérité, si la voie de la négociation multilatérale « classique » (pour réviser en profondeur les grands accords de commerce en particulier) est bouchée, et en même temps si tous les acteurs du droit international économique que nous avons mentionnés invitent à l'emprunter, c'est parce ce sont précisément eux qui en maîtrisent le lancement comme le résultat. En pratique, ce sont les grands acteurs économiques, les juristes spécialisés, les économistes orthodoxes, les grandes institutions économiques internationales et le personnel politique agissant sur la scène internationale qui sont à l'origine de l'incroyable inertie de la structure des traités et de la jurisprudence internationale « économiques »⁷³, du

73. À l'heure où la nécessité d'un grand effort d'imagination et de renouvellement de ces règles tout comme de l'organisation interne des entreprises ou de l'orientation de leur secteur « recherche et développement », devient une évidence. En ce qui concerne le contenu et la structure des grands traités de commerce et d'investissement (sur ces derniers, v. spéc. F. Couveinhes-Matsumoto, « L'accord commercial entre l'UE et ses États membres d'une part, et le Pérou et la Colombie d'autre part : un révélateur de deux maladies du droit international actuel », *Revue Générale de Droit International Public*, 2016, vol. 120, n° 3, p. 293), on rappellera que, si elle a été un trait particulièrement caractéristique de la colonisation, l'attribution de dérogations au droit local aux marchands transnationaux s'enracine très anciennement en Europe, dans des pratiques datant au moins du XIV^e siècle ; on rappellera que les grands principes du GATT datent du XVII^e siècle ou même de périodes antérieures (v. par exemple C. Crépet d'Aigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, 2015, p. 16 : « (...) la clause de la nation la plus favorisée est présente dès les premiers traités de commerce du début du XV^e siècle et elle devient courante dans les capitulations des XVI^e et XVII^e siècles ») et ceux du droit des investissements de la seconde moitié du XIX^e siècle, ces principes découlant eux-mêmes d'un standard de traitement des étrangers lui aussi lié à la colonisation mais,

fait que les conventions climatiques excluent leur propre impact sur les règles «économiques» établies par ailleurs⁷⁴, du fait qu'aucune obligation internationale en matière écologique ne soit explicitement attribuée aux entreprises transnationales, et que des standards environnementaux universels de production respectueux de l'environnement ne soient pas adoptés (ou uniquement dans le cadre de la «normalisation», où tant le souci d'attractivité économique de chaque État que le *lobbying* privé empêchent là aussi que de tels standards limitent notablement l'impact écologique des opérations économiques⁷⁵). Ce sont ces acteurs qui refusent de faire de l'établissement de régimes juridiques différenciés, et plus généralement de l'organisation écologique de l'économie mondiale, un principe, et s'obstinent à transformer tout projet de réglementation écologique de l'économie en exception à première vue inacceptable. Ce sont eux, enfin, qui n'admettent de changement *de l'intérieur* du droit international économique qu'à condition que «l'exceptionnalisation», «l'amollissement» ou au contraire «l'économicisation» de notions, finalités ou mécanismes écologiques – on pense à la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise, au *reporting* en général, au devoir de vigilance, aux marchés carbone, aux chapitres «développement durable» des accords de commerce et d'investissement... – ne modifient en rien ou presque les pratiques économiques les plus problématiques. Concrètement, la tentative de «faire participer» ces acteurs et en particulier les grandes entreprises à l'introduction de telles notions, finalités ou mécanismes «écologiques» a surtout abouti à les vider de leur substance, à détourner le regard des questions essentielles, à perdre un temps précieux et à consumer, sans résultat, beaucoup d'énergie et d'intelligence, et finalement à rendre les chocs à venir plus terribles et plus limitée notre capacité de réaction et d'adaptation.

Si les «acteurs du droit international économique» constituent concrètement les plus grands freins à la transformation écologique du droit international économique, c'est également parce que les institutions, procédures et règles qui s'y rapportent ont été établies pour que ces acteurs les emploient *contre* les

en substance, probablement encore plus ancien (v. par exemple K. Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013).

74. V. par exemple l'article 3.5 de la Convention-cadre sur les changements climatiques (CCNUCC) qui se contente de reprendre l'article XX du GATT, sans envisager sa révision même à la marge.

75. S'ajoute à cela le fait que, tant que les standards ne sont pas transformés en règles formellement obligatoires au plan universel, certains États peuvent développer des standards alternatifs et moins élevés, et les imposer à leurs partenaires économiques. Ainsi par exemple, les importantes normes techniques SA 8000 de 1997, qui s'appuie sur les conventions de l'OIT, ISO 26 000 sur le développement durable de 2010, et ISO 45 001 sur la santé et la sécurité au travail (ou qualité de vie au travail) de 2018 sont concurrencées par la Chine qui propose à ses partenaires économiques (notamment dans le domaine du textile et des vêtements de sport) une norme moins exigeante en matière sociale, la norme SC9000T.

législations environnementales des États ou de l'UE ; les exemples d'emploi du droit international économique *pour* soutenir l'adoption ou la mise en œuvre de telles législations relèvent du cas d'école isolé⁷⁶. Le résultat pratique de ce rapport du droit international économique actuel avec la réglementation écologique est qu'une double contrainte s'exerce aujourd'hui sur les gouvernements et les législateurs, en particulier en Occident : d'un côté une pression de la part des « acteurs du droit international économique » qui est d'autant plus forte qu'ils disposent de nombreux capitaux, de multiples moyens de contrainte, d'un haut niveau d'information et d'expertise, mais aussi de nombreux droits et pouvoirs fournis par le droit international économique (en particulier, ils peuvent menacer de contentieux nationaux, européens et internationaux longs et coûteux tout État adoptant des législations environnementales ambitieuses) ; d'un autre côté, une pression croissante pour l'adoption rapide de telles législations, de la part des « acteurs de l'écologie », c'est-à-dire des mouvements écologistes, des manifestations citoyennes, des scientifiques mais également des parlements (en particulier du Parlement européen) relayant ces aspirations et ces données scientifiques, et des tribunaux nationaux qui condamnent de plus en plus souvent les États pour inaction climatique à la suite de saisines de citoyens et de mouvements écologistes⁷⁷, voire de parlementaires (dans ce dernier cas, il s'agit plutôt de condamnations pour manque de transparence). Telle étant la situation au plan international et au plan national et européen, on ne s'étonnera pas qu'on compte davantage de progrès écologique au plan national et européen qu'au plan international, et surtout davantage de contentieux environnementaux victorieux au plan national et européen – les contentieux « environnementaux » étant en réalité, au plan international, absorbés par des juridictions dont la vocation exclusive est la « protection » des investisseurs transnationaux et des grands acteurs du commerce mondial.

Comment, dans ces conditions, modifier le droit international économique ? La réponse est : en concevant cette branche du droit et ses acteurs de manière plus large. Au niveau des grandes orientations politiques, la substance des règles de droit est déterminée par la procédure appliquée pour les adopter, et cette dernière est déterminée par les acteurs qui l'établissent et qui l'appliquent, c'est-à-dire essentiellement par leurs profils sociologiques et leurs conceptions de la Justice⁷⁸. Pour le dire autrement, le droit international économique ne peut pas changer si on en conserve la définition, le cadre et les acteurs ; il changera

76. V. à ce sujet la contribution de Arnaud de Nanteuil au présent ouvrage, ou encore Andreas Buser, « Investor-State Climate Litigation: Could International Investment Law Help to Protect the Climate? », *Indian Journal of International Economic Law*, mai 2022.

77. Pour des détails, v. à cet égard la contribution de Judith Rochfeld dans le présent ouvrage.

78. Quant aux positions sociales et aux idéologies de ces acteurs, elles dépendent de rapports de force entre personnes, entre groupes et entre idéologies. Cette proposition théorique générale est inspirée d'une remarque informelle faite un jour par Serge Sur.

si on le conçoit de manière plus dynamique, moins idéologique et plus large quant à ses finalités, quant à ses acteurs et quant aux manières de l'établir. Pour le dire plus concrètement, le droit international économique peut être mis au service de la transformation écologique de l'économie si on le définit, non par ses finalités, mais par son objet, les relations économiques transnationales, en laissant les acteurs politiques définir librement ses finalités légitimes; surtout, ce droit assurera la transformation écologique de l'économie si des institutions et des procédures internationales permettent effectivement aux acteurs de l'écologie d'assurer par avance la protection des législations environnementales et des stratégies d'entreprises subséquentes (ou même antécédentes) face à la menace des contentieux juridiques et des mesures de rétorsion économiques.

Qu'est-ce que cela signifie en pratique? Que la coopération multilatérale est effectivement indispensable à la transition écologique du droit international économique, mais à condition que les modalités et l'objectif de cette coopération soient différents de ce qu'ils sont actuellement. En ce qui concerne les modalités de la coopération, trois points au moins sont essentiels: premièrement, plus aucune négociation ne doit être pensée comme économique ou écologique, et toutes doivent être considérées comme hybrides, les considérations économiques⁷⁹ et écologiques devant être comprises *a priori* comme d'importance équivalente⁸⁰; deuxièmement, ces négociations doivent être menées dans des cadres permettant de mettre ces considérations à égalité, ce qui revient à dire qu'une puissante organisation internationale de la nature (ou de l'écologie, ou de l'environnement) doit être établie et co-organiser les négociations «écolonomiques» avec l'OMC, qui est de fait le principal cadre multilatéral de négociation en matière économique (la même remarque s'applique *mutatis mutandis* si le cadre est celui d'une autre institution économique); troisièmement, ces négociations doivent faire participer les «acteurs de l'écologie» – les ONG environnementales mais également les associations de consommateurs, les syndicats, les citoyens, les scientifiques et les parlementaires – aux négociations et tout spécialement aux aspects économiques de ces négociations; négativement, les règles qui régissent ces négociations doivent faire participer *de manière égalitaire*, c'est-à-dire en leur accordant un poids égal

79. On ajoutera que la conception dominante de «l'économie» devrait sans doute être révisée. Pour quelques pistes, v. la contribution d'Antonin Pottier dans le présent ouvrage.

80. Outre la négociation ayant mené à la conclusion de l'accord sur les subventions à la pêche déjà mentionné (note 52), on peut citer celle qui a abouti à un traité sur la haute mer, conclu le 4 mars 2023 lors de la 5^e session de négociations intergouvernementale (dites «BBNJ») qui s'est tenue au siège des Nations unies à New York (traité sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale), et le cycle de négociations de l'Uruguay lancé le 28 novembre 2023 par un Comité international de négociation (CIN-1) en vue d'un accord sur les cycles de vie du plastique. Ces trois négociations sont ou ont été menées essentiellement dans des buts environnementaux tout en portant assez directement sur des pratiques économiques: subventions, exploitation des fonds marins, production, utilisation et recyclage du plastique.

à leur nombre, les dirigeants et actionnaires de grandes entreprises, sans imaginer qu'ils défendent les intérêts des salariés ou des consommateurs, ce qui est évidemment erroné; dit autrement, il faut limiter efficacement leurs possibilités de *lobbying* et de capture des législateurs. La manière la plus simple d'équilibrer le poids respectif de ces différentes catégories d'acteurs dans les négociations est sans doute de leur attribuer des temps de parole ou d'accès aux négociateurs globalement égaux (en fonction de critères à discuter, naturellement), d'établir qu'ils ne doivent transmettre que des documents d'une taille égale dans des créneaux temporels définis (à plusieurs moments de la négociation), de rendre publics les négociations et les documents transmis, de sanctionner sévèrement tout message non-public et plus généralement tout contact informel ou franchissant ces bornes, enfin, d'interdire toute intervention aux stades ultimes de la négociation, de la conclusion ou de l'adoption des instruments (de la ratification pour les traités). En ce qui concerne l'objectif de cette négociation – déjà hybride quant à son objet, son cadre et ses participants –, l'important est qu'elle ne porte pas (ou pas principalement) sur des politiques déjà adoptées et des standards minimums universellement obligatoires, mais sur des standards écologiques *élevés* dont la mise en œuvre par des législations nationales ou européennes fait l'objet d'*incitations* internationales mais *pas d'obligations*, et surtout dont la mise en œuvre au niveau national ou européen entraîne une *présomption de conformité* de celles-ci avec le droit international économique, voire les *immunise totalement* des contentieux économiques.

S'entendre d'abord, non sur des règles substantielles universelles, mais sur la création d'une organisation mondiale de la nature, sur des modalités de négociation favorables à une participation d'acteurs variés et à la prise en compte des enjeux environnementaux, ainsi que sur le principe d'une procédure d'immunisation anticipée des politiques environnementales et des stratégies d'entreprise associées est un projet dont la pertinence peut se réclamer de l'histoire même du droit international économique. En effet, si ce dernier est devenu la branche la plus dynamique et la plus influente du droit international, c'est grâce à une stratégie qui a consisté, face aux échecs répétés de négociations multilatérales sur des règles et standards substantiels, à s'entendre sur des institutions puissantes et centralisées (l'OMC), sur l'organisation régulière de cycles de négociations, sur des procédures (comme celles du CIRDI et de la CNUDCI), sur des principes d'engagement (engagement unique ou *package deal*) et sur des mécanismes de pénétration du droit dans les ordres nationaux. C'est ainsi l'histoire même du droit international économique qui conduit à penser que la meilleure manière d'organiser sa transformation écologique consiste à s'entendre sur une puissante organisation mondiale de la nature et la mise en œuvre régulière de procédures de protection anticipée des législations environnementales, sur un principe d'engagement unique (toute Partie à ces procédures accepte *tous* les « labels de protection » qu'elles permettent de délivrer) et un principe d'immunisation des législations protégées devant les tribunaux nationaux. La mise en place d'une telle

structure institutionnelle et procédurale est la clé de la réussite des législations environnementales les plus ambitieuses, mais aussi les plus menacées actuellement, comme les mesures miroirs proposées par la Commission européenne⁸¹, le réflexe-miroir préféré par Bercy, les ajustements carbone aux frontières⁸², et plus généralement tous les projets consistant à différencier le régime juridique applicable aux produits, services ou transactions économiques en fonction de leur impact écologique.

81. V. spéc. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Application des normes sanitaires et environnementales de l'Union aux produits agricoles et agroalimentaires importés, COM(2022) 226 final, 3 juin 2022.

82. V. spéc. le Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, 2021/0214(COD), 15 mars 2022.