

International Law FORUM du droit international

Volume 6, No. 2, May 2004

Editorial	53
In the News / Actualité	
CEDRIC RYNGAERT / The European Commission's <i>Amicus Curiae</i> Brief in the <i>Alvarez-Machain</i> Case	55
Recurring Themes / Thèmes récurrents	
<i>L'analyse économique du droit / Economic Analysis of Law</i>	
PATRICK WAUTELET / Introduction	61
JOEL P. TRACHTMAN / The Methodology of Law and Economics In International Law	67
BRUNO POULAIN / La notion de ratification commercialement efficace	73
MARTINE LOMBARD / De Colbert a Posner : malentendus sur l'économie du droit	81
HORATIA MUIR WATT and LUCA G. RADICATI DI BROZOLO / Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World	90
BIBLIOGRAPHY / Some Suggested Reading on International Law and Economics	97
Conference Scene / Le tour des conférences	
PATRICK WAUTELET / Colloque de Bruxelles sur l'espace juridique européen et les Etats tiers	99

*The opinions expressed herein are those of the authors and
do not necessarily reflect the views of the
International Law Association.*

Editorial

Volume 6, No. 2

At a time of persistent and pervasive insecurity and uncertainty, it is often a wise reflex to look to the future in order to regain one's perspective. It has always been the policy of this journal to look beyond the traditional boundaries of the discipline of international law, and seek enlightenment in new approaches. In exactly that spirit, this issue of FORUM has chosen for its main section, "Recurring Themes", the topic of law and economics. This is a broad, elusive and difficult subject. We offer four contributions, each of them radically different in approach, and all of them thoughtful, considered, and likely to open up new avenues for our readers to explore.

International law cannot – does not – exist in a vacuum. Economic factors are the primary motors of multinational business, whose influence and impact is no longer disputed. And yet international lawyers have seemed slow to embrace the use of economic tools of analysis to inform their understanding of issues. Many of the major treatises and textbooks do not even mention the economic perspective, let alone address its influence. Perhaps it is time they did. It is equally true, of course, that international economists might benefit from a better understanding of the law. The Editors of FORUM encourage the promotion of dialogue and interchange between the two disciplines.

Once acknowledged, the economic dimension of law will not go away. In this issue, we confront you, through our distinguished contributors, with a number of challenging and fascinating propositions: To what extent has party autonomy given rise to competition between jurisdictions in the world of international business? Are common law systems more readily adaptable or open to an economic analysis of law than civil law systems? Can one use the techniques of cost-benefit analysis to predict compliance – or lack of it – with treaties? What is the future for the notion of "commercially effective" ratification in specialised international conventions? Have we even begun to grasp the impact of economic considerations on international law? We hope that Patrick Wautelet's introduction and the articles that follow will lead our readers on to further exploration of this vital subject.

In place of our usual "Bookshelf", we have compiled our own suggested reading list on the subject of "Law and Economics" in order to guide your own navigation through these admittedly deep waters.

Our “In the News” section explores the background to, and the legal and constitutional basis for, the filing by the European Union of an *amicus curiae* brief in the U.S. Supreme Court case of *Sosa v. Alvarez-Machain* – another situation in which new ground is being explored in the interrelationship of two jurisdictions.

In the News / Actualité

The European Commission's *Amicus Curiae* Brief in the *Alvarez-Machain* Case

CEDRIC RYNGAERT*

On 30 March 2004, the U.S. Supreme Court began to hear arguments in the case of *Sosa v. Alvarez-Machain*. The case concerns a claim under the Alien Tort Claims Act (ATCA), on behalf of Mr. Alvarez-Machain, who was abducted on Mexican territory on behalf of the U.S. Drug Enforcement Agency. The ATCA is a U.S. act granting a civil cause of action to victims of serious violations of the law of nations or a treaty, regardless of the place where such violations occurred.¹ In international law terms, the ATCA confers universal tort jurisdiction on U.S. courts for violations of international treaties and customary international law. In the *Alvarez-Machain* case, a large number of *amicus curiae* briefs were filed, one of them on behalf of the European Union by the European Commission.²

The European Union asserts that it has an interest of *amicus curiae* whenever the United States adopts or applies extraterritorial legislation that affects areas of the EU's competence. Clearly, an international organization cannot possibly assert an interest as *amicus curiae* over a subject matter which its constitutional treaty has not given it competence to address. Nor can such interest arise if the constitutional treaty – even where subject matter competence exists – does not provide for legal instruments through which that competence may be exercised. The action of the European Union and its organs is therefore guided by the principle of conferred

* Ph.D. Research Fellow, Institute for International Law, University of Leuven (Belgium).

¹ 28 U.S.C. Section 1350: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

² Brief of *Amicus Curiae* of the European Commission in support of neither party, in the Supreme Court of the United States, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 23 January 2004, available at <www.nosafehaven.org/_legal/atca_oth_EurComSupportingSosa.pdf>. Although the *amicus curiae* brief itself refers to “the Community”, the term “Union” will be used, as the brief also addresses non-Community provisions, such as Articles 6 and 11 of the EU Treaty.

powers, which implies that any action of the European Union is dependent upon a specific legal basis.³

An *amicus curiae* brief is a prime example of a “non-standard act”, *i.e.*, an act that is not defined in the European treaties.⁴ This does not mean that the Union cannot have recourse to such an act – which is by necessity a “soft law” act – as no act by the Union can be legally binding unless it is provided for in the European treaties.⁵ The Union’s legal order recognizes non-standard acts, provided indeed that they are not intended to have legal effects on individuals.⁶ In the case of an *amicus curiae* brief, one could argue that, ultimately, such a brief is intended to affect the position of individuals in some manner. The *Alvarez-Machain* brief, for instance, denounces the application of the Alien Tort Claims Act to conduct undertaken outside the United States by European nationals or legal entities. In so doing, the Commission hopes to safeguard the rights of European legal subjects under public international law.⁷ Yet, the *amicus curiae* brief, although it is intended to vindicate rights of European subjects, cannot be construed to have direct legal

³ See K. Lenaerts & P. Van Nuffel, R. Bray (ed.), *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 88-98.

⁴ Article 249 of the EC Treaty defines the legal instruments available to the institutions as regulations, directives, decision, recommendations and opinions. See for the non-Community pillar: Articles 12-15 and 34 of the EU Treaty.

⁵ See for overview: K. Wellens & G.M. Borchardt, “Soft Law in European Community Law”, (1989) *European Law Review* 267-321. It should be noted that also some standard acts, such as recommendations and opinions are not binding.

⁶ The ECJ has consistently held that an action for annulment is available in the case of all measures adopted by the institutions, whatever their nature or form, which are intended to have legal effects. See Case 22/70 *Commission v. Council* [1971] ECR 263, paragraph 42, Case C-325/91 *France v. Commission* [1993] ECR I-3283, paragraph 9, and Case C-57/95 *France v. Commission* [1997] ECR I-1627, paragraph 7. See also K. Lenaerts & P. Van Nuffel, R. Bray (ed.), *supra* note 3, at 586-587; K. Wellens & G.M. Borchardt, at 321.

⁷ This brief therefore differs from the European Union’s *Atkins amicus curiae* brief with respect to the death penalty for mentally retarded persons, which was filed with the U.S. Supreme Court in 2002. This brief was not meant to affect the position of European individuals. The fact that the addressees were non-European citizens does not, however, subject this *amicus curiae* brief to a different legal regime insofar as ECJ review competence is concerned. The *amicus curiae* brief in the *Atkins* case (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)) is available at <www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/SpainWmsBrief.doc>.

effects inside the Union, as any possible effects of the final decision are not brought about by the Union, but by the U.S. Supreme Court. This implies that the European Court of Justice has no nullification competence under Article 230, para. 1 of the EC Treaty, or under Article 35 (6) of the EU Treaty. The ECJ only has competence over soft law acts that are – regardless of their form – intended to be binding on individuals while not having been issued pursuant to the procedures provided for in the European treaties.

The subject matter competence upon which the Commission bases its *amicus curiae* brief poses further problems. The brief states that, under the treaty framework, the European Community and its Member States are entitled to express views and legislate on issues of extraterritorial jurisdiction in relation to their respective competencies. The Community applied this aspect of the principle of “*in foro interno, in foro externo*” to counter the extraterritorial effects of the U.S. Helms-Burton and D’Amato-Kennedy Acts (1996), as well as the Soviet Pipeline Regulations (1982).⁸ Yet, these effects, which hampered trade between the Community and third countries, were of a typical economic nature and were easily captured by treaty provisions.⁹ It is much harder to identify a pertinent treaty provision as applying to the effects of universal jurisdiction.

Consistent with most non-standard acts, the preamble of the *amicus curiae* brief does not explain its legal basis in terms of subject matter competence. However, in asserting its interest of *amicus curiae*, the European Union does refer to treaty provisions which, in its opinion, confer powers on it to submit a brief to the U.S. Supreme Court regarding universal jurisdiction. The *amicus curiae* brief refers to, *inter alia*, Article 177(2) of the EC Treaty, a provision dealing with development cooperation, and Article 181a(1) of the same treaty, dealing with economic, financial and technical cooperation with third countries.¹⁰ While the Union might hint

⁸ Council Regulation (EC) No. 2271/96, *O.J.* (L 309) 1 (22 Nov. 1996); *European Communities: Comments on the U.S. Regulations Concerning Trade with the U.S.S.R.*, reprinted in 21 I.L.M. 891 (1982).

⁹ For the 1996 Acts, Council Regulation No. 2271/96 identifies as legal bases Articles 73c (now Article 57 – free movement of capital between Member States and third countries) and 113 (now Article 133 – common commercial policy) and 235 (now Article 308 – action necessary to attain, in the course of the operation of the common market, one of the objectives of the Community, for which the EC Treaty has not provided the necessary powers).

¹⁰ Both provisions read: “Community policy in this area shall contribute to the general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law, and to that of respecting human rights and fundamental freedoms.”

at the adverse effects which the exercise of unilateral jurisdiction might have on international cooperation, it is far-fetched to say that universal jurisdiction in civil matters produces direct, substantial and reasonably foreseeable effects on all sorts of non-political cooperation. The above-mentioned provisions only provide a legal basis for the Union to engage in certain international cooperation, but not to address behavior which may remotely or hypothetically influence such international cooperation.

The brief also cites Article 6 of the EU Treaty (1992). According to Article 6(1), the European Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and on the rule of law. Article 6(2) requires the Union to respect fundamental rights. Article 6 can, however, hardly serve as a legal basis for *external* Community action, as it addresses only the Union's *internal* rule-of-law foundations. Article 6 is not even a legal basis at all, certainly not for Union action aimed at countering extraterritorial effects of foreign legislation,¹¹ as it does not confer any competence on the Union. Article 6 merely anchors the rule of law in the EU Treaty in order to provide protection *vis-à-vis* EU institutions and Member States.¹²

Article 11 of the EU Treaty – the last provision invoked by the brief – provides that the Union shall define and implement a common foreign and security policy covering all areas of foreign and security policy, the objectives of which shall be, *inter alia*, to promote international cooperation and to develop and consolidate democracy and the rule of law, and respect for human rights and fundamental freedoms. Clearly, this article reflects a commitment to the rule of law, also outside an EU context. Thus, the Union can take positions on issues of international law, as in the case at hand. Yet Article 11 provides that the *Council*, and not the Commission, shall ensure compliance with these principles. Issues of foreign relations may indeed be too sensitive to be left entirely to institutions in which the Member States as such are not represented. The European Union's *amicus curiae* brief in the *Atkins* case was, for instance, not filed by the Commission, but by the Council.¹³

¹¹ The reference to other legal bases in previous EC positions on extraterritorial jurisdiction is testimony to this. See footnote 7.

¹² See K. Lenaerts & P. Van Nuffel, R. Bray (ed.), *supra* note 3, at 539-547.

¹³ The draft agenda of the Public International Law Working Group of the Council (3 September 2003) reveals that the Council itself took the lead in the *amicus curiae* briefs concerning the death penalty in the U.S. See <register.consilium.eu.int/pdf/en/03/tx03/tx03715.en03.pdf>. See also the provisional agenda of the Working Group on Human Rights of the Council (4 February 2004), available at <register.consilium.eu.int/pdf/en/04/cm00/cm00394.en04.pdf>.

In the *Alvarez-Machain* case, nothing indicates that the Council in any way initiated the filing of the *amicus curiae* brief. On the contrary, although the Council's legal department advised, on constitutional grounds, against the Commission's filing of the brief, the Commission decided to pursue its action without a Council mandate.¹⁴

The Commission, in its wish to speed up cooperation in matters of international law (which are still largely the domain of the Member States) pushes the limits of the powers conferred on it by the European treaties, and even on the Community and the Union at large, quite far. The fact that an *amicus curiae* brief merely expresses a view of the Commission and does not directly affect individuals, let alone bind them, might, however, counsel against an outright condemnation of the Commission's action. Furthermore, objections based on the lack of democratic legitimacy of the brief could be neutralized by the argument that the individual Member States remained free to file separate *amicus curiae* briefs. Only the United Kingdom did this.¹⁵

Turning now to the content of the brief, it should be noted that the brief does not discuss the facts of the case or support either party. It merely addresses the abstract substantive standards and the jurisdictional reach of universal tort jurisdiction.

Somewhat disappointingly, in the discussion of the substantive standards imposed by the ATCA, the brief does not contain any new position. Citing ample ATCA case law, it is limited merely to re-affirming the recent evolution of the reference that these standards make to international law. More interesting is the jurisdictional part of the brief. There, the Commission requests the Court to pay heed to the local remedies rule and the complementary nature of universal jurisdiction. Against this background, States should only exercise jurisdiction pursuant to the traditional bases of jurisdiction. Beyond the factual circumstances of the case, the Commission obviously wants to prevent the ATCA from applying to European (multinational) companies whose conduct contravenes international standards. In the Commission's view, those companies should not be subject to the jurisdiction of U.S. courts in the first place, but rather to the jurisdiction of the courts of the State in which their conduct occurred (territoriality principle), or of

¹⁴ The Council only expressed its arguments orally. Transcript of email conversation with Council official on file with the author.

¹⁵ The brief filed by the United Kingdom, Australia and Switzerland is available at <www.sdshh.com/Alvarez/Sosa%20Brief%20Final.pdf>.

the courts of the (European) State in which the company is incorporated (personality principle). Only when the States of incorporation are unwilling or unable to provide effective remedies could U.S. courts claim jurisdiction.

The Commission's view certainly corresponds to the on-going re-appraisal of international and national jurisdiction over the most serious crimes under international law. The emerging jurisdictional framework takes into account the interests of States that have a stronger link with the case, without granting impunity or wasting resources. Despite its shaky constitutional basis, the Commission's *amicus curiae* brief is a noteworthy contribution to a more efficient and legitimate system of international law enforcement at both the national and the international level.¹⁶

¹⁶ For a proposal and discussion that an equivalent of the Alien Tort Claims act be adopted by the European Union: see C. Kessedjian, "Les actions civiles pour violations des droits de l'homme – Aspects de droit international privé", conference au Comité français de droit international privé, novembre 2003, à paraître.

Recurring Themes / Thèmes récurrents

L'analyse économique du droit / Economic Analysis of Law

Introduction

According to its most famous theorist, the law and economics movement is “perhaps the most important development in legal thought in the last quarter century” – although the relationships between law and economics are much older. Indeed, Adam Smith himself considered that political economy was a branch of jurisprudence.

The purpose of this *Recurring Theme* is to explore the contribution that the science of economics can bring to the various fields of international law. Others have already attempted to chart the emerging connections between international law and the law and economics perspective – the reader may be familiar, among other publications, with the ground-breaking article published by Professor Trachtman,¹ who also contributed to the present issue. The various contributions published in this *Recurring Theme* build further on these attempts.

Far from exploring all aspects of the rich interplay between international legal scholarship and economics, this *Recurring Theme* will offer readers of *International Law Forum* a glimpse into both the methodological questions raised by this interplay and the possible applications of this doctrine in various fields of international law.

By way of introduction, it may be useful to offer a few general observations on the methodological difficulties raised by this general theme. For our readers wondering what the economic perspective can bring to their practice or scholarship, there is indeed a need to map out, even if roughly, the territory where international law, in its various questionings, can meet the economic logic.

Both public and private international law offer obvious choices for the application of economic thinking. Regulatory competition is one of them. This theme has already been explored from various angles. At its origin a strictly American

¹ “Economic Analysis of International Law”, (1999) 24 *Yale J. of Int'l L.* 1, with Jeffrey L. Dunoff. One should also read W.J. Aceves, “The Economic Analysis of International Law: Transactions Cost Economics and the Concept of State Practice”, (1996) 17 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 995.

debate with a strong federal flavour, the questioning has recently reached European lawyers, most notably in the wake of the *Centros*-ruling of the ECJ, and of the rulings that have followed.

While many questions remain open, there is no doubt that the law and economics scholars have brought a fresh perspective to the question of what is the optimal mode of global governance in fields where economic activities naturally cross national borders, such as the issue of securities² or environmental pollution;³ first by bringing to light that regulation of such fields by purely national rules brings about undesirable side effects such as over- and under-regulation; secondly, and more controversially, with the suggestion to abandon the old utopia of uniform rules applicable on a worldwide basis, and to replace it with a model based on party choice. It has indeed been argued that the free choice by private actors, be they issuers of securities or polluters, of the regulatory regime under which they operate, will stimulate competition among national regulations, which in turn will lead to more efficient national regulations and to an optimal distribution of operators among the various national systems.⁴

This debate is touched upon by Muir Watt and Radicati di Brozolo in their thoughtful essay on the weakening status of mandatory rules.⁵ These authors rightly point out that the dilution of the mandatory character of these rules may be due, in part, to the wish of States to avoid retaliation by other States. Readers familiar with law and economics scholarship will have recognised an application of the game theory. If we accept that the relationships between States can be compared with the situation of players working out strategies in order to receive the best pay-off, it is indeed easy to see that the strategic behavior of individual States can

² An inspiring source is the contribution of J.P. Trachtman, "Regulatory Competition and Regulatory Jurisdiction in International Securities Regulation", (2000) 3/2 *J. Int'l Econ. L.* 331-348. See also S.J. Choi and T. Guzman, "Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulation", 71 *S. Cal. L. Rev.* 903.

³ On this theme, see T.W. Merrill, "Golden Rules for Transboundary Pollution", (1997) *Duke L. J.* 931.

⁴ This approach has also been advocated for international insolvencies: R.K. Rasmussen, "A New Approach to Transnational Insolvencies", (1997) 19 *Mich. J. Int'l. L.* 1. See also Bebchuk and A. Guzman, "An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies", 62 *Journal of Law and Economics* 775-808.

⁵ From the same author, one should also read "Law and Economics': quel apport pour le droit international privé?", G. Goubeaux *et al.* (eds.), *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, 2001, at pp. 685-702.

be influenced by the expectations of the other States' reactions and that these reactions will in turn depend on the possible repetition of the behavior in question. Hence, the willingness of States to allow parties to avoid the application of some of their mandatory rules could constitute a *Nash equilibrium*, as identified by game theorists.

In the field of private international law, there are likewise obvious candidates for the application of an economics-based methodology.⁶ Recognition of foreign judgments is a prime example: in formulating the requirements that foreign judgments need to meet to be enforceable in its courts, a State must be aware that, at least in commercial transactions, all barriers to the enforcement of a legal title constitutes transaction costs that may either discourage the operation, or divert the operators to other, more flexible, methods to settle disputes – such as arbitration. This does not necessarily call for the removal of all requirements that need to be met for the enforcement of foreign judgments. Rather, it suggests that States have a common interest in agreeing to mutual compacts for the reciprocal enforcement of their judgments.

If transaction costs analysis can be useful when dealing with recognition and enforcement of foreign judgments, one should also acknowledge the limitations of other analytical tools found in the economist's box. As the late Michael Whincop showed,⁷ the famous prisoner's dilemma game is not persuasive to explain the recognition behavior of States. Indeed, it is difficult to distinguish credible reasons why a forum would choose not to act cooperatively and recognize a foreign judgment. Hence, a crucial ingredient in the dilemma is missing. This goes to show that, even in situations involving direct interactions between States, one should be cautious before over-adopting the prisoner's dilemma as a paradigm for explaining international relations.

Other questions also lend themselves to a direct application of one or the other economic model. It is enough to refer to one of the fundamental issues of conflict of laws, i.e., whether the application of foreign law should be considered at all. Indeed, why should country A tolerate, or even encourage through party autonomy, the application of any rule of country B above its own? Forum law enjoys signifi-

⁶ One should also read Peter Mankowski's "Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse", published in *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

⁷ M. Whincop: "The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments", (1999) 23 *Melbourne Univ. L. Rev.* 416 ff.

cant efficiency advantages, not in the least because it is easier on courts to apply, and on lawyers to argue. Economic analyses have, however, convincingly argued that the *lex fori* and other choice of law methods biased to forum law are inefficient.⁸ This is in part because the automatic application of forum law encourages forum shopping, which in turn distributes litigation unevenly among jurisdictions.

Beyond the obvious, can economics help the international lawyer in addressing questions where the economic logic is apparently missing? What use is there in a reasoning based on economic tools for the lawyer involved in bringing justice to those who have been victims of a genocide? What can a court learn from these tools when addressing the question of the law applicable to the divorce between spouses of two different nationalities?

The contribution offered by economics is less obvious. One should, however, not confuse the method according to which research can be conducted, with the object of the enquiry. As Trachtman points out, economic analysis is indeed a method, or rather a collection of analytical tools, such as price theory or game theory. He argues that these tools can also be of use in addressing questions that lack, at first sight, any link with an economic activity.

Reading Trachtman's thought-provoking essay, one would indeed think that no single question arising in public international law can escape from the scrutiny of the economist. How else to explain that Mr. Trachtman contemplates using price theory to examine ethnic cleansing?

If one adopts this view, economics bear little resemblance to the traditional vision of a science founded on the wealth maximalization principle. Could the various economic tools indeed be used without necessarily locking the scholar up in a "welfare-maximizing" approach? This would go a long way to meet a criticism that is often made of the economic approach of legal rules, i.e., that this approach holds too narrow a definition of the goals that legal rules should aim to realize.⁹ One wonders, however, whether economists themselves will accept to see their science confined to a secondary role, i.e., verifying that a legal rule can achieve the

⁸ E. O'Hara and L. Ribstein, "Conflict of Laws and Choice of Laws", B. Bouckaert *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, (631), 634-635; M. Solimine, "An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law" (1989) 24 *Ga. L. Rev.* 49; M. Whincop and M. Keyes, "Economic Analysis of Conflict of Laws in Torts Cases: Discrete and Relational Torts" (1998) 22 *Melbourne Univ. L. Rev.* 370.

⁹ See e.g. B. Oppetit, "Droit et économie", 37 *Archives de philosophie du droit* 17-26, in particular at pp. 24-26.

policy objectives for which it was created, without having any say on the setting of the very objectives the rule should pursue.

It is striking to see that all the other authors who have contributed to this *Recurring Theme* apparently harbour a different understanding of the science of economics. Indeed, scholarly research generally starts from the idea that economics is not only a bundle of tools, but also a set of values. Or at least that it can help define these values. One only has to think of the famous *Pareto* optimum law students too often struggle to understand – whether a change would make someone better off without making anyone else worse off, assuming the ability to compensate others for harm caused.

This is most striking in the contribution authored by Bruno Poulain, who offers an innovative analysis of the reasons guiding States when ratifying an international convention. His case-study of the Unidroit Convention on international interests in mobile equipment shows that the ratification process, far from being a purely formal mechanism, can serve the commercial interests of States. The ratification itself can also be the object of new negotiations, where States can attempt to maximize the profit they can make from the treaty.

This well-informed analysis clearly starts from the premise that economics is not only a tool, but that, at least implicitly, these tools are geared toward certain goals, the definition of which is inherent in the questioning. Professor Lombard's review of the poor reception of economic analysis in French legal scholarship shows that this question is at the source of a deeply rooted misunderstanding.

Even if one accepts Trachtmann's stripped version of economics as a pure epistemology, however, the application of this epistemology to international legal questions still raises difficulties.

At the root of the economic reasoning, there is indeed a strong core of individualism. In its normative fashion, individualism posits that the only valid source of preferences, of values, is to be found in individuals. This begs the question of where the international community fits into that picture. Despite the rise of non-state actors, States remain of course the primary actors of international law. As such, the comparison with individuals can prove valuable. How can normative individualism, however, ever explain the existence of norms of *ius gentium*? Or should we accept that the general good is the mere bundling of the interests of individual States?

Another feature of the economic analysis that raises difficulties is the strong focus on a consequentialist approach – some would refer to a utilitarian approach. Most economic tools indeed start from the assumption that legal rules will influence people's behaviour and that individuals will react in a rational way to legal rules.

How rational can it be, however, to close off Srebrenica and murder all its living souls? Will that sort of heinous crime ever be deterred by making the threat of punishment more present? Likewise, can legislators assume that corporations will react coherently and in a logical fashion to penalties promised to those who do not respect accounting and auditing standards, or who knowingly infringe another corporation's intellectual property rights?

Unfortunately, focussing excessively on the supposedly rational consequences of a legal rule, or on the actors whose conduct these rules pretend to govern, may obscure other models. What holds for individuals also holds for States: can States be presumed to be rational? Economics is the study of rational choice. However, (recent) history has shown that the assumption of State rationality is at the very least problematic. The law and economics literature has started to acknowledge this issue – witness recent research exploring the various factors that can interfere with, or even pollute, the international lawmaking processes. The question, however, deserves more attention if economics is to contribute significantly to the international legal discourse.

Finally, economic methodologies depend in large part on empirical studies. They call for data analysis on a large scale. It can be doubted that, in the present state of the discipline, these data even exist. In some fields, it will be more difficult, if not impossible, to gather them.

These limitations should be acknowledged. They should, however, not prevent our readers from engaging in further research using the tools borrowed from the science of economics. Does the science of economics offer “new foundations” for the art of international law? The board of editors hopes the contributions published in this *Recurring Theme* will at least stimulate the debate.

As always, Forum welcomes any comments from its readers on this issue's *Recurring Theme*.

PW

The Methodology of Law and Economics in International Law

JOEL P. TRACHTMAN*

Law and economics (L&E) is the application of economic methods to legal analysis. However, economics itself is not so much a methodology as an epistemology. Economics encompasses a broad range of methods. In this regard, economics is simply another word for rationalism – properly applied, it rejects no method that is rational. In fact, economics is learning to accept the irrational as well, but seeking to apply rational analysis to irrational actions. Economics is a strong social science because it is an open system. The only requirements are rational analysis (but not necessarily the assumption that man is rational) and methodological individualism.

Therefore, contrary to naïve criticisms, economics requires no assumptions of avarice or even selfishness. Nor does it prescribe any limitations of individuals' preferences to those regarding material goods. Rather, its assumptions are simply (a) methodologically, that individuals seek to maximize the achievement of their preferences, and (b) normatively, that the only valid source of preferences – of values – is individuals. These are known as methodological individualism and normative individualism. Normative individualism is closely aligned with liberalism.

It is therefore important to note that economic methods, properly applied, contain no prejudices in favor of property or against the state. It is simply bad economics to assume that the market mode of allocation is always superior to bureaucratic allocation by government. Properly applied, economic methodologies are simply descriptive of relationships. Good economics helps to reveal relationships between legal rules, institutions or policies on the one hand, and outcomes on the other hand: they are consequentialist.

It is also important to note that there is an essential unity to the social sciences, of which economics is only one. Others include political science, sociology, social psychology, and anthropology. They all seek descriptively, or positively, to understand how humanly-created institutions (including laws) affect behavior, and, normatively, to understand how changes in these institutions would affect behavior. Therefore, the positive and normative are intertwined.

* Professor of International Law, The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University.

Economic methodologies, or social science methodologies, are therefore inclusive: they accept all rational ways of knowing.

Economic analysis holds great promise for international law. This promise lies in the ability of economic analysis to suggest useful methods for analyzing the actual or potential consequences of particular legal rules. This approach is consequentialist, and it has everything to do with *lex ferenda*. In determining what the law should be, what else is required than to know what the desired consequences are, and the extent to which the available legal rules achieve these consequences? Of course, we have complex desires. We want both to preserve sovereignty and to prevent genocide. We want both to promote environmental protection and to increase free trade. We want both predictability and flexibility. Economic analysis cannot tell us how to value these different preferences, but it can tell us how to maximize the things we value.

On the other hand, economic analysis generally holds little utility for the *lex lata*, strictly understood. It tells us little about how to read or interpret law. In particular fields, of course, such as competition law or trade law, economic analysis may be part of the *lex lata*. Economic analysis does counsel fidelity to process, to the extent that we can rely on legislative processes to be the best structure for identifying the preferences of constituents. Similarly with respect to contract: economic analysis counsels fidelity to the transactions that persons make for themselves, as the best way to articulate their preferences. Those who argue that laws should be interpreted with economic efficiency in mind misunderstand the nature of efficiency: it is efficiency to maximize preferences, not efficiency to maximize wealth, and we cannot easily know the preferences of others. In fact, economists reject the possibility of interpersonal comparison of utility.

There are two main activities in social science, as in science: modeling and empirical testing. A model is based on theory, and sometimes also on empirical testing. It is a source of predictions, and hypotheses. Once a model has been validated by empirical testing, it might be appropriate to engage in normative public policy on the basis of the model itself. This type of use would depend on the degree of validation, and the extent to which the factual parameters that have been tested accord with the factual parameters in the setting sought to be evaluated without its own empirical testing.

Economic models begin with price theory, which assumes that, all things being equal, people prefer cheaper goods and services, and more efficient means of achieving their non-consumption goals. An additional level of complexity is added by transaction costs analysis, which simply recognizes, within price theory, that there are costs to engaging in transactions, and that these costs may prevent otherwise efficient transactions or may account for institutional structures. A third level of

complexity is added by game theory, which recognizes that the strategic position of states may prevent or add costs to otherwise efficient agreements. These theories are simply theories, and represent assumptions about behavior – independently of observation, they tell us nothing about the world. As Keynes warned, “The theory of economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique for thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions.”

Theory helps us to generate hypotheses. Observation allows us to falsify hypotheses. Social scientists, like scientists, avoid hypotheses that are not falsifiable, because they are mere assertions that cannot be grounded in evidence.

Let us examine an example. Based on the fact that today is Monday, and Bill always makes Amy tuna sandwiches for lunch on Mondays, Amy hypothesizes that the meal in her lunchbox is a tuna sandwich. This can be proven correct or incorrect simply by opening her lunchbox: this hypothesis is falsifiable. But proving that narrow hypothesis correct does not prove that all Amy’s lunches will be tuna sandwiches, or even that all her Monday lunches will be tuna sandwiches. However, it lends support to the proposition that Amy’s lunch on any given Monday will be a tuna sandwich. If we keep records for the next year, and find that on 52 Mondays, Amy’s lunch was always a tuna sandwich, we may even feel we know something about the world, or at least about Bill and Amy. But, in a fit of whimsy, Bill could give Amy turkey one Monday in the future. So, hypotheses can only be proved as to the specific facts – theories can never be determined to be always true. Of course, the more consistently a theory generates hypotheses that are proven true, as opposed to false, the greater our confidence in the theory. So, after a year of Monday tuna sandwiches, Amy would be surprised to find turkey. To move to a different example, we have great confidence that the sun will rise each morning.

Social scientists use different methods of proof, which usually relates to causal inference: to the causal relationship between an independent variable, such as the day of the week, and a dependent variable, such as Amy’s lunch. Actually, we know that the day of the week does not directly cause the variety of Amy’s lunch. Rather, there is an intermediating variable: Bill. In order to support causal inference, we can use a single example: this Monday, Amy had tuna. This may not be persuasive. We can use a series of case studies: every Monday this month, Amy had tuna. This might be more persuasive. Or, we can try to use more sophisticated statistical or regression analysis. The study of statistics includes certain measures of the relative plausibility of an inference – of whether the number of samples and their results are “statistically significant.” Regression analysis recognizes that there may be several causal variables, and tries to determine mathematically, in contexts of multiple experiences, which causal variables are having the effect, and how great

those effects are. Thus, regression analysis may select regressors like who Bill is, what Amy had for lunch on other days, what season it is, and what the price of tuna is in order to suggest whether the day of the week is a significant “cause” of Amy’s tuna sandwich.

The reader no doubt is impatient: what has this to do with international law? I will now provide some examples of the application of price theory, transaction costs analysis, game theory, and empirical analysis in international law. Recall that the first three are sources of theory, and hypotheses, while the last relates to the method of falsifying hypotheses.

Price theory is the basis for cost-benefit analysis: in seeking to achieve our preferences, we seek to maximize benefits and minimize costs. Therefore, if my preferences include engagement in ethnic cleansing, I would examine the costs of weapons, of retaliation by my target, or of my reputation (some may prefer to be known as an ethnic cleanser). If there exists an international legal rule against ethnic cleansing, which international legal rule is reliably enforced and could result in my imprisonment, I would examine the discounted costs of imprisonment. The discount factor would relate to the likelihood of my apprehension and punishment, and the delay until my apprehension and punishment. Therefore, based on the price theory model, we would hypothesize that, *mutatis mutandis*, a reliably enforceable legal rule with substantial punishment would reduce the likelihood of ethnic cleansing. Here, we must point out that economists work with the marginal case. This legal rule would not prevent every case of ethnic cleansing. Rather, it would place a finger on the scale of cost-benefit analysis, increasing the costs of ethnic cleansing. If the costs are still less than the perceived benefits, we would still expect the ethnic cleansing to take place.

Transaction cost economics addresses the difficulty of identifying partners for exchange of goods, services or promises, negotiating exchange and enforcing the terms of exchange. In international law, we might consider the difficulty of establishing treaties dealing with specific (as opposed to more general) environmental problems. Thus, there may be a smelter in Canada that causes air pollution that, due to prevailing winds, travels to the U.S. While it may be useful to deal with some larger environmental issues between the U.S. and Canada, this particular issue may be too small to merit the devotion of diplomatic energy. Absent transaction costs, this cross-border issue might be resolved, but given transaction costs it goes unresolved. In this case, the cost of the injury would remain with the injured person in the U.S. This may be efficient: transaction costs are real costs. However, there may be ways to reduce the transaction costs in this context. For example, it may reduce transaction costs to establish a rule of liability, such as *sic utere tuo*, to the effect that the polluter is responsible for damage to others. Given a rule such as

sic utere tuo, it may be easier for the parties to negotiate a solution that minimizes the joint costs.

Game theory can help us to understand possible solutions to problems of international cooperation. Political scientists have led the way in modeling international cooperation or coordination problems using a variety of game structures. The most popular game is the prisoner's dilemma, which provides a way of understanding the problem of cooperation in circumstances where each individual state can do better by violating a customary international law rule or treaty, but both states will do worse if both violate the rule or treaty. The bilateral prisoner's dilemma, resulting in inefficient violation by both sides, may be escaped by repetition. If you violate the first time, I can retaliate later. If you understand this, and value the future sufficiently (are sufficiently patient), you may determine not to violate the first time. The multilateral prisoner's dilemma may in some cases be more difficult to resolve, but with sufficiently patient states under circumstances of sufficient information about the behavior of others, and with frequent repetition or perhaps other relationships among the parties, it may be possible to escape the prisoner's dilemma. The shadow of the future provides incentives for cooperation. The development of customary international law may be understood this way. In fact, the development of the rule of *sic utere tuo* may be understood in this way. By virtue of its articulation, and reiteration in international treaties and elsewhere, it forms a strategic equilibrium that states will respect, in order to avoid the retaliation, and the presumptive decline in each state's welfare, that would otherwise result.

International legal scholarship has in the past provided strong description of particular international legal rules and of behavior. It also has a tradition of prescription: of urging action, to enhance the rule of international law, to comply with moral or ethical requirements, to protect the environment, to protect human rights, or to end war. These are valuable goals. Economic analysis is predicated on methodological and normative individualism. This means that economic analysis does not posit its own goals, but looks to the goals, or preferences, of individuals. Economic analysis says nothing about the utility or quality of preferences, but takes these generally as a given. While preferences are somewhat malleable, and we may even have preferences about the type of preferences we have, these are still preferences.

Descriptive or positive economic analysis simply seeks to explain our world: what effect do independent variables have on dependent variables? This type of consequentialism is critical to institutional and legal reform – to normative economics: how do we know what changes to prescribe if we have no plausible basis for predicting their effects? If you, or your state, wish greater protection of the global commons, economic analysis would seek data about how most efficiently to

establish greater respect for the global commons. The answer begins with price theory: how do we make degradation of the global commons more costly?

Transaction cost economics and property rights theory suggests that as the value of the global commons rises, and as it becomes easier to allocate the global commons, one way to protect it is to establish property rights in the global commons. By giving a particular state ownership of a component of the global commons, we make it more costly to that state to pollute its property. The state granted ownership rights bears the full cost of environmental degradation.

Where it is more difficult to allocate the commons, other tools may be needed. Perhaps it would be appropriate – less costly in transaction cost terms or more likely to produce a stable and efficient equilibrium in game theory terms – to create an international organization with authority over the common resource.

In order to determine appropriate tools, we need greater empiricism. That is, we need more data about the costs of environmental protection, the costs of environmental degradation, the magnitude of transaction costs in connection with various institutional solutions, how those costs fall on the various parties, etc. We might use regression analysis to determine whether adherence to a particular environmental treaty has increased protection of the relevant environmental resource. We would seek data about states that signed the treaty, and about states that did not sign the treaty, and try to determine, *mutatis mutandis*, whether the signing of the treaty is correlated with protection of the resource. Regression analysis only tells us about correlation, but we tend to infer some degree of causation from well-tested correlation.

In the absence of this type of data, we may decide to make decisions based on theory – supposition – derived from past experience. After all, we cannot abstain for lack of information: in the real world, not to decide is to decide. Our existential choice is not whether to decide, but whether to obtain more information before we decide. Economic analysis of law provides a framework for determining which information is important, and in what ways. Models allow us to put information in context. As Kant pointed out, “Experience without theory is blind, but theory without experience is mere intellectual play.” Keynes said almost the same thing as Kant’s first clause, referring specifically to economics: “Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist.”

Some international lawyers engage in the “mere intellectual play” of theorizing without empirical validation. Others believe that the main source of prescription is untested theory in the form of natural law. The law and economics of international law calls for the integration of theory and practice.

La notion de ratification commercialement efficace

BRUNO POULAIN*

Il n'est pas très original de dire que les Etats ont des motivations commerciales lorsqu'ils prennent des engagements sur la scène internationale, que de telles motivations apparaissent clairement dans les motifs, le titre, le préambule ou le corps de l'instrument matérialisant l'engagement ou bien que de telles motivations ne soient que les bénéficiaires implicites de l'engagement pris dans des domaines a priori sans rapport avec le commerce. A ce titre, un très grand nombre de ratifications pourraient, par leurs effets, être qualifiées « commercialement efficaces ». Notre propos se rapporte plus spécifiquement à l'élaboration et à la mise en œuvre de nouveaux instruments internationaux. Il s'agit de la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (la Convention) et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (le Protocole). Ces instruments ont été adoptés le 16 novembre 2001 par une Conférence diplomatique réunie au Cap, en Afrique du Sud, sous les auspices conjoints de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et de l'Organisation pour l'Aviation Civile Internationale (OACI)¹. La notion de « ratification commercialement efficace » devient un peu moins banale dans ce cadre si on considère qu'elle a une valeur explicative pour comprendre l'origine et le fonctionnement du régime optionnel prévu par ces instruments, si on considère également qu'elle constitue un argument de choix pour tous ceux qui s'interrogent sur le degré de privatisation du droit international et le poids des opérateurs économiques dans le processus d'élaboration des normes internationales. Nous illustrerons nos propos en prenant l'exemple concret des

* Docteur en droit, Centre de Recherches et de Documentation Européennes Université Montesquieu Bordeaux IV, France.

¹ Les textes et les informations relatives à ces instruments sont disponibles sur le site Internet de l'Institut international pour l'unification du droit privé (<www.unidroit.org>). La Convention pose les principes et les règles communes aux matériels d'équipement mobiles alors que les Protocoles ont pour fonction d'adapter ces règles à chacune des catégories de biens visées par la Convention. Ainsi, un Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux et un Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire sont encore au stade des négociations intergouvernementales.

deux premiers instruments de ratification déposés, ceux de la République du Panama et ceux de l'Éthiopie².

UNIDROIT est un acteur majeur de l'unification du droit privé. L'Institut a pour mission de préparer des projets de lois ou de conventions visant à établir un droit uniforme ainsi qu'à faciliter les rapports internationaux en matière de droit privé. Lorsqu'il s'agit de ratifier un traité de droit uniforme, les États contractants s'engagent en général à appliquer une communauté de principes et de règles à des situations juridiques communes. Mis à part le caractère international de l'opération, la spécialisation des instruments de droit uniforme s'arrête en général à la qualification de l'opération en cause³. La Convention et le Protocole s'écartent de l'approche traditionnelle. La tendance n'est pas à la simplicité. Ces instruments illustrent tout d'abord la tendance à la super-spécialisation en ne s'appliquant qu'à une seule catégorie de biens, les matériels d'équipement mobiles de grande valeur unitaire. La Convention et le Protocole couvrent ensuite une grande diversité de contrats (contrat constitutif de sûreté, contrat de bail, contrat de vente, mais également contrat de cession, de subordination). Enfin, et surtout, en prévoyant un régime optionnel complexe, la Convention et le Protocole ne font plus de l'unification un objectif immédiat. En effet, chaque État contractant a la possibilité de faire un ensemble de déclarations prévues par la Convention et le Protocole⁴. Ces déclarations permettent d'écarter (déclarations *opt-out*) ou, au contraire, d'appliquer (déclarations *opt-in*) les règles de la Convention et du Protocole concernées par le régime optionnel.

Le régime optionnel résulte de la prise en compte de deux contraintes. Tout d'abord, la nécessité pour le secteur aéronautique et financier (dont les intérêts ont été, du fait de la super-spécialisation de la matière, légitimement représentés au cours de la procédure d'élaboration par le Groupe de Travail Aéronautique (GTA)⁵)

² La République du Panama a été le premier État à déposer ses instruments de ratification auprès d'UNIDROIT, le 24 juillet 2003. L'Éthiopie a également déposé ses instruments de ratification le 11 novembre 2003.

³ Ainsi les instruments de droit uniforme traitent de la *vente internationale de marchandises* ou du *crédit-bail international*.

⁴ La Convention interdit aux États de produire des réserves, c'est-à-dire de préciser unilatéralement la portée de leurs engagements. En fixant précisément les règles du régime optionnel, la Convention et le Protocole encadrent conformément au principe de prévisibilité le nombre, l'effet et le contenu de chacune des déclarations.

⁵ Le GTA a été créé en 1995 à la demande d'UNIDROIT par Airbus Industrie et Boeing Company. Il regroupe des constructeurs, des motoristes (General Electric Aircraft, Snecma,

de parvenir dans les meilleurs délais à l'entrée en vigueur d'un texte prenant en compte leurs propres exigences. Cette contrainte de temps était notamment liée au fait que la réalisation d'opérations commerciales étaient suspendues à la ratification commercialement efficace de la Convention et du Protocole par certains Etats. La volonté de voir les instruments entrer en vigueur le plus tôt possible a également conduit à n'exiger qu'un faible nombre de ratifications⁶. Le GTA a marqué l'élaboration de la Convention et du Protocole de son empreinte. On lui doit notamment l'Etude d'impact économique qui a fait correspondre des chiffres avec certaines règles devant être insérées dans le texte de la Convention et du Protocole⁷. On lui doit également la publication d'un document indiquant les déclarations que l'Etat contractant doit produire au moment du dépôt de ses instruments de ratification s'il veut bénéficier pleinement des avantages économiques supposés de la Convention et du Protocole, c'est-à-dire produire une ratification commercialement efficace⁸.

Ensuite, il ne fallait pas exclure d'office du système de la Convention et du Protocole les Etats dont les législations sont encore incompatibles avec certaines exigences sectorielles⁹. Si l'objectif d'unification est différé, si la ratification

Rolls-Royce, Pratt & Whitney), des sociétés de leasing (International Lease Finance Corporation, GE Capital Aviation Services) et des institutions financières (Banque Indosuez, The Long Term Credit Bank of Japan, The Chase Manhattan Bank).

⁶ Le Nigeria ayant ratifié la Convention et le Protocole en décembre 2003, la Convention comptant trois ratifications est d'ores et déjà entrée en vigueur. Elle entrera en vigueur en ce qui concerne les biens aéronautiques lorsque le Protocole comptera 8 ratifications. Sur la justification du nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur des instruments, voir J. Wool, "Entry into force of transactional private law treaties affecting aviation: case study proposed Unidroit/ICAO Convention as applied to aircraft equipment", *Journal of Air Law & Commerce*, Fall 2001, 1403-1420.

⁷ Cf. A. Saunders & I. Walter, "proposed UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment, as applicable to aircraft equipment through the aircraft equipment protocol: economic impact assessment", Etude préparée sous les auspices de l'INSEAD et du Salomon Center de l'Université de New York, septembre 1998.

⁸ Cf. "Ratification Resource Materials" préparé conjointement avec l'Association Internationale des Transporteurs Aériens (IATA), décembre 2002, disponible sur le site (www.awg.aero.com).

⁹ De nombreuses législations internes concernant les sûretés mobilières sont en train de se moderniser sous l'influence du modèle de l'article 9 *Uniform Commercial Code* des Etats-Unis d'Amérique qui a également inspiré un grand nombre de dispositions insérées dans la Convention. Ce modèle de législation vise à favoriser les opérations de crédit. Justifié dans ces principes par une analyse économique, ce modèle inspire aujourd'hui la

commerciallement et pleinement efficace n'est pas dans l'immédiat possible, il a semblé néanmoins important de laisser aux Etats la possibilité d'adhérer au système de la Convention et du Protocole. Ce que l'on peut nommer « système » de la Convention et du Protocole est constitué par les principes généraux qui en sous-tendent l'application et l'interprétation ainsi que par la plupart des dispositions qui ne sont pas soumises au régime optionnel. En l'espèce, il s'agit du principe de prévisibilité et de transparence, principes dont la mise en œuvre par les Etats a une valeur et un impact économique incontestable. Loin de se contenter d'un effet déclaratoire, les auteurs de la Convention et du Protocole ont produit un effort remarquable pour élaborer les règles nécessaires et suffisantes à l'effectivité de ces principes.

La Convention crée pour ce faire une notion originale, celle de « garantie internationale »¹⁰, qu'elle dote d'un régime international complet. La Convention et le Protocole prévoient des règles matérielles pour la constitution de la garantie internationale, pour son inscription (auprès d'un inédit Registre international – instrument privilégié de la transparence), ainsi que pour sa mise en œuvre en cas de défaillance du débiteur constituant. Du point de vue des créanciers garantis, cela représente un gain de sécurité et d'efficacité juridique considérable si on considère les solutions traditionnellement appliquées en la matière. C'est en effet la loi du lieu de situation du bien (*lex rei sitae*) qui est en principe applicable pour déterminer les effets des droits constitués sur un bien mobilier. Ainsi, lorsqu'un bien se déplace d'un Etat A vers un Etat B, les droits du titulaire d'une sûreté mobilière conventionnelle ou du bailleur portant sur ce bien sont régis successivement par la loi de l'Etat A, puis par la loi de l'Etat B. On constate dans ces cas une discontinuité du régime juridique applicable et un risque d'inefficacité des droits constitués

plupart des réformes juridiques entreprises dans les pays en développement et en transition économique avec le soutien actif de certaines institutions financières créancières comme la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD) et sa loi modèle sur les opérations garanties publiée en 1994 ou l'assistance d'institutions comme le Center for the Economic Analysis of Law (CEAL). Cette évolution nous permet d'affirmer que les Etats bloqués aujourd'hui par l'incompatibilité des dispositions de la Convention avec leurs droits internes respectifs pourraient ne plus l'être dans un avenir proche.

¹⁰ La « garantie internationale » peut être une garantie conférée par le débiteur constituant au créancier garanti en vertu d'un contrat constitutif de sûreté, le droit sur le bien dont reste investi le vendeur conditionnel dans une vente avec réserve de propriété, ou le droit de propriété dont est titulaire le bailleur en vertu d'un contrat de bail (Article 2(2) de la Convention).

conformément aux lois de l'Etat A lorsque le bien se situe sur le territoire de l'Etat B. Cette discontinuité peut être atténuée lorsque l'Etat A et l'Etat B décident de reconnaître mutuellement la validité des droits constitués suivant leurs lois respectives. C'est ce type d'accord que la Convention de Genève de 1948 avait d'ailleurs mis en œuvre en ce qui concerne les droits constitués sur les aéronefs civils¹¹. La Convention et le Protocole, en posant un ensemble complet de règles, depuis sa constitution jusqu'à son exécution, remédient à la discontinuité (atténuée ou non) découlant de la solution de principe et des législations spécifiques comme la Convention de Genève. La continuité du régime applicable est source de sécurité juridique pour les titulaires des droits constitués sur les biens déplacés d'un Etat dans un autre. C'est sur cette continuité spatiale de la règle applicable que se fonde le principe de prévisibilité dans le système de la Convention et du Protocole.

Les seuls principes de prévisibilité et de transparence ne sont pas néanmoins suffisants aux yeux du GTA. Les intérêts représentés par le GTA, c'est-à-dire les droits des créanciers garantis, visent à obtenir un niveau de protection très élevé. Du point de vue des techniques du financement aéronautique, il est d'une importance capitale que le bien financé bénéficie d'une exploitation continue. La continuité d'exploitation du bien dans des conditions commerciales, techniques et juridiques optimales est requise par les prêteurs afin que des revenus suffisants soient dégagés pour rembourser et rémunérer leurs investissements. Ainsi, du point de vue du GTA, l'efficacité des droits constitués dépend de la faculté laissée aux créanciers garantis de reprendre rapidement contrôle physique et économique du bien financé en cas de défaillance du débiteur. L'exigence de rapidité justifie essentiellement deux dispositions soumises au régime optionnel dans la Convention et le Protocole. Suivant la première, les Etats peuvent permettre aux parties au contrat constitutif d'une « garantie internationale » de prévoir qu'en cas d'inexécution du débiteur le créancier garanti peut reprendre le contrôle du bien grevé sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation d'un tribunal. Cette disposition est représentative de l'influence du droit nord-américain qui autorise la contractualisation des voies d'exécution (*self help repossession*) au bénéfice de l'efficacité économique.

¹¹ La convention de Genève relative à la reconnaissance des droits sur les aéronefs est entrée en vigueur en 1953 et constitue par le nombre de ratifications reçues à ce jour un texte de référence en matière de sûretés constituées sur un aéronef civil puisque ses dispositions ont largement influencé les règles nationales. Si la Convention de Genève permettait la reconnaissance des droits constitués, elle restait néanmoins largement silencieuse sur les conditions de mise en œuvre des droits. La Convention du Cap innove justement en posant des règles qui concernent le volet exécutoire de la sûreté.

Suivant la seconde, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre du débiteur, le débiteur peut être contraint de remettre le bien au créancier garanti à l'expiration d'une période d'attente fixée par l'Etat contractant dans la déclaration qui se rapporte à l'application de cette disposition. Ici également, le GTA a pris pour modèle la législation des Etats-Unis d'Amérique qui protège et privilégie spécifiquement les créanciers garantis sur des biens aéronautiques dans le cadre des procédures d'insolvabilité¹², législation dont les bienfaits économiques sont clairement exposés dans l'Etude d'impact économique jointe aux travaux d'élaboration de la Convention et du Protocole. Ainsi, si on prend les instruments de ratification déposés respectivement par la République du Panama et l'Ethiopie on constate que si le Panama refuse la mise en œuvre extra-judiciaire des mesures prévues en cas d'inexécution du débiteur et indique une période d'attente de 120 jours en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur situé sur son territoire, l'Ethiopie pour sa part autorise la mise en œuvre extra-judiciaire des mesures en cas de défaillance du débiteur et indique une période d'attente de 30 jours en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur situé sur son territoire. L'explication de ses divergences ne se situe pas forcément dans l'étude approfondie des droits internes de chacun de ces Etats. On peut plutôt supposer que la coopération des autorités panaméennes, agissant en tant qu'Etat Register pour de nombreux avions exploités par des Etats africains, était requise pour la bonne mise en œuvre de la Convention et du Protocole par les Etats africains¹³. Il s'agissait alors pour le Panama de procéder à une ratification *de complaisance*, c'est-à-dire à une ratification qui permette aux autres Etats contractants de bénéficier de la pleine efficacité commerciale de la Convention et du Protocole. L'Ethiopie pour sa part, se conformant aux exigences sectorielles, a procédé à une *ratification commercialement efficace* et peut permettre a priori à ses compagnies aériennes de bénéficier des meilleures conditions pour les opérations de financement des aéronefs civils dont elles ont besoin.

¹² Cf. Section 1110, Chapter 11 Bankruptcy Code, précisé par le *Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century*, Public Law, no. 106-181, 5 Avril 2000.

¹³ En pratique, la reprise de contrôle d'un aéronef civil et sa remise sur le marché peut nécessiter la radiation de l'immatriculation du bien. A ce titre le Protocole prévoit que l'autorité du registre doivent prêter promptement leurs concours et leur aide à la partie autorisée (le créancier garanti ou son représentant) pour mettre en oeuvre les mesures en cas de défaillance du débiteur (Article XIII(4) du Protocole). Seules les autorités des Etats contractants peuvent être obligées par un tel engagement.

Tout ceci paraît simple. Si les opérateurs économiques tiennent en général compte du cadre juridique pour localiser ou délocaliser et réaliser ou non leurs opérations, les Etats ont ici la faculté de prendre l'engagement d'appliquer des règles présentées comme offrant une contrepartie économique et donc commerciale. La démarche proposée par la Convention du Cap est très voisine de celle pratiquée en droit de l'investissement. Il s'agit pour l'Etat d'accueil de donner un signe extérieur de son intention de protéger l'investissement étranger, ici représenté par les droits réels constitués sur le bien financé. Les Etats qui n'ont pas de crédibilité financière ou qui présentent un risque pays important doivent alors apporter des garanties maximales quant à la faculté de reprise de contrôle du bien financé par les créanciers garantis, c'est-à-dire les investisseurs.

On peut néanmoins poser une « réserve » à l'efficacité d'une telle logique. Notre « réserve » vient du fait que la contrepartie économique n'est pas garantie par la Convention et le Protocole. Si la Convention et le Protocole visent à obtenir des garanties de protection de la part des Etats débiteurs, aucune obligation ne pèse a priori sur les Etats créanciers, la Convention indiquant d'ailleurs que le fait que le créancier soit situé dans un Etat non contractant est sans effet sur son application. Les obligations du débiteur sont donc en quelque sorte élevées au niveau de l'engagement international alors que les obligations du créancier ne le sont pas. Ce résultat est caractéristique d'une certaine violence économique agissant directement sur la forme et la substance des relations contractuelles entre parties privées ou conventionnelles entre Etats. S'il est incontestable que la Convention du Cap et le Protocole sont une chance pour certains Etats d'accéder à des matériels d'équipement de grande valeur indispensables à leur développement économique, l'absence de contrepartie garantie dans la Convention nous incite à proposer une instrumentalisation du système optionnel au service d'une négociation commerciale plus équilibrée. Si l'Etude d'impact économique affirme a priori les bénéfices que l'on peut attendre d'une ratification commercialement efficace, une référence générale est d'une portée réduite si on considère le nombre de facteurs pris en compte dans une opération de financement particulière. L'instrumentalisation est permise par la flexibilité temporelle du régime optionnel qui prévoit, à une exception près, que les déclarations peuvent être subséquentes au dépôt des instruments de ratification, ou encore modifiées ou retirées ultérieurement à leurs dépôts. Ainsi, la ratification commercialement efficace dépendant dans une large partie des déclarations faites par l'Etat contractant, ratifier la Convention et le Protocole sans faire de déclarations peut permettre de fixer un point de départ à la négociation des conditions de financement de l'opération commerciale concomitante. Dans cette configuration, l'Etat débiteur peut demander aux créanciers d'indiquer quel sera, dans le contexte particulier de l'opération commerciale négociée concomitamment à la ratification, l'impact

financier chiffré de chacune des déclarations proposées par la Convention et le Protocole. Si l'Etat débiteur est alors en mesure de connaître à l'avance l'impact financier de chacune de ses déclarations, il peut mieux évaluer l'opportunité de porter ou non atteinte à ses traditions juridiques ou l'opportunité d'accepter d'appliquer des règles qui dérogeront aux équilibres qui prévalent dans le droit applicable aux situations nationales. Poser le moment de la ratification d'un traité comme le point de départ d'une négociation commerciale est une formule assez originale, qui dynamise la notion de « ratification commercialement efficace », faisant du contrat et de la ratification des instruments des actes fondés sur un même « *intuitu operis* ». Elle exprime toute l'intimité qui a existé en l'espèce entre les sphères de négociations intergouvernementales et les sphères de négociations privées pour lesquelles le GTA a joué un rôle d'interface et de coordination remarquable.

Pour conclure, nous reviendrons sur la nature super-spécialisée de ces instruments. L'analyse économique du droit implique aussi la confrontation de la législation considérée à un bilan coût/avantage. Il s'agira alors d'évaluer avec précision la valeur ajoutée et effective de l'application de la Convention et du Protocole et de la comparer aux investissements humains et financiers que représente une procédure de négociation intergouvernementale et la mobilisation des ressources d'une organisation intergouvernementale comme UNIDROIT¹⁴. Mais il faudra également s'interroger sur la question de savoir si les bénéfices de la mise en œuvre de ces instruments seront réellement partagés, si les attentes du GTA ont été satisfaites, si la contribution de ces nouveaux instruments au renouvellement et à la modernisation des flottes des pays en développement ou en transition économique est réelle. A la lumière de ces résultats, dans une large part dépendant de la compréhension par les Etats de la notion de « ratification commercialement efficace » et du cadre de négociation qu'offrent la Convention et le Protocole, et dans le cadre d'une réflexion institutionnelle rétrospective, il pourra également être intéressant de se poser la question de savoir comment la super-spécialisation des instruments et l'implication du GTA qui en a dérivé naturellement ont agi sur UNIDROIT, ses méthodes de travail et ses procédures d'élaboration, si, tout en demeurant une organisation au sein de laquelle les différentes cultures juridiques ont vocation à être entendues, son aptitude à répondre aussi aux exigences des opérateurs économiques est devenue une compétence à part entière, si la conciliation des deux composantes précédentes est rendue à l'état d'un savoir-faire maîtrisé.

¹⁴ La Convention prévoit l'organisation d'une Conférence d'évaluation à la demande des Etats contractants afin d'examiner notamment la mesure dans laquelle ces instruments facilitent effectivement le financement garanti par un actif et le crédit-bail des biens relevant de son champ d'application.

De Colbert à Posner: malentendus sur l'économie du droit

MARTINE LOMBARD*

Un grand commis de l'Etat au siècle de Louis XIV, Colbert, et un juge d'une cour d'appel des Etats-Unis au tournant du XXIème siècle, R.A.Posner, n'ont a priori rien de commun. Pourtant, le rapprochement, s'il peut paraître provocateur, n'est pas totalement incongru. Tant Colbert que Posner établissent en effet un lien entre le droit et l'économie tel que le premier, le droit, est analysé à travers son efficacité du point de vue de la seconde, l'économie, en particulier en termes de contribution à la maximisation de la richesse. Il existe une différence, certes -et elle est essentielle- entre les théories économiques qui les inspirent, mercantilisme pour l'un, justifiant, voire imposant les interventions de l'Etat dans l'économie, individualisme néoclassique pour Posner et les études de « Law and Economics », ce qui suppose bien plutôt une liberté de choix de la part des acteurs économiques, non artificiellement entravée par l'Etat.

Le colbertisme avait cependant déjà cette particularité de placer le droit au cœur de l'économie, et aussi, réciproquement, de mettre l'économie au centre des préoccupations de l'Etat, perçu alors comme seule entité légitime d'expression du droit. Il eût donc été possible de s'attendre, dans le pays de Colbert, à ce qu'une tradition d'intérêt des juristes français, notamment de droit public, pour l'économie s'installe, voire perdure par delà les transformations de la société au cours des siècles suivants, et qu'une place soit faite dans leurs travaux à une forme d'analyse économique du droit, même s'il était légitime de penser qu'elle reposerait sur des bases différentes de ce que seront plus tard les travaux de « *Law and Economics* ».

Pourtant, ce dialogue reposant sur des intérêts croisés entre juristes et économistes n'a pas eu lieu, en réalité, en France. Ce qui caractérise même, de nos jours, la littérature juridique française, notamment mais pas exclusivement en droit public, est le plus souvent une indifférence -voire une allergie revendiquée comme telle- à tout ce qui s'apparente à l'analyse économique du droit. Il est d'ailleurs remarquable de constater que les quelques travaux en langue française en la matière sont essentiellement l'œuvre non pas de juristes français mais d'économistes¹, ou encore

* Professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas.

¹ B. Lemennicier « Economie du droit » Cujas 1991 ; F. Lévêque « Economie de la réglementation » La Découverte coll. Repères 1998 ; T. Kirat « Economie du droit » La Découverte coll. Repères 1999.

de juristes plutôt francophones que français mais tentant d'acclimater en France, par delà la barrière de la langue, des travaux qui leur paraissent mériter d'y être davantage divulgués².

Or, même ces études n'ont finalement guère eu d'échos. Peut-être est-ce l'un des signes d'un clivage beaucoup plus fort que simplement linguistique. Au-delà de l'ignorance, il semble exister un véritable malaise provoqué par certains des travaux de *Law and Economics* chez bien des juristes en France, qui mérite que soient recensées d'abord ses causes les plus apparentes.

Au-delà même de celles-ci, il semble qu'il faudrait, de façon plus fondamentale, faire un effort que l'on pourrait un peu pompeusement appeler de déconstruction, par référence à une terminologie méthodologique rendue classique par Jacques Derrida, en faisant apparaître au jour les présupposés de ces analyses économiques du droit. En effet, celles-ci s'appuient nécessairement, ainsi que le soulignait précisément Richard A. Posner, sur un substrat de théorie économique sous-jacente. Certes, celle-ci peut être occultée mais, de même que se défendre de « faire de la politique » à propos du politique est souvent le plus sûr aveu d'une analyse politique conservatrice, revendiquer la pratique d'une analyse économique sans expliciter la théorie économique qui sert de soubassement à celle-ci est généralement une forme de ralliement implicite à la théorie économique dominante du moment, dont l'influence sera d'autant plus prégnante qu'elle pourra être même inconsciente.

Ce préalable semble nécessaire pour que soit dégagé en toute clarté l'intérêt de telles analyses économiques du droit. La cause sans doute la plus importante de rejet des conclusions des travaux les plus usuels en la matière s'explique sans doute en effet par les fréquentes réticences françaises face à la théorie économique néoclassique qui les inspire. Pour que ces analyses puissent se développer dans notre pratique, sans doute faudrait-il revenir à l'essentiel, à l'idée posnérienne qu'il n'existe pas de vérité établie, à l'intérêt en soi d'un questionnement du droit.

Les causes apparentes de malaise

Cloisonnement disciplinaire plus rigoureux ici qu'ailleurs, rôles respectifs différents du législateur et du juge, positivisme des uns et critique normative des autres, vision purement anthropologique du droit se défiant par principe de la démarche économique, ce sont là sans doute autant de sources de malentendus qu'il ne faut

² E. Mackaay « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit » RIDE 1986 pp. 43-88 ; A. Ogus et M. Faure « Economie du droit : le cas français » Ed. Panthéon-Assas 2002.

pas négliger même si elles ne suffisent pas à expliquer à elles seules l'ampleur de ce qui a été qualifié ci-dessus de malaise.

« C'est peut-être l'ignorance mutuelle, fût-elle relative, qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent depuis deux siècles les juristes et les économistes français », notait récemment un observateur français des rapports entre droit et économie³. Il est vrai que ce n'est que dans la 2^{ème} moitié du XIX^{ème} siècle, et grâce à un mouvement de réaction provoqué par le succès de l'Ecole libre des sciences politiques (selon une dialectique de rivalité et d'émulation entre les universités juridiques et « Sciences Po » qui se poursuit d'ailleurs de nos jours) qu'est introduit en 1877 l'enseignement de l'économie politique dans les programmes de formation des juristes. Un siècle plus tard, les universités françaises seront contraintes par la loi de s'organiser sous une forme pluri-disciplinaire. Pour autant, le dialogue entre juristes et économistes a plutôt encore décliné que prospéré. Il est vrai que l'initiation à l'économie n'est plus depuis quelques décennies une partie obligatoire de la formation des juristes. Cela rend d'ailleurs difficile l'enseignement du droit de l'économie, dans certains cursus juridiques où cette matière est obligatoire, alors que les étudiants, voire les enseignants, n'ont parfois aucune connaissance de base en économie et que sa terminologie même leur est fréquemment hermétique. Très différente est évidemment la situation des universités américaines où voisinent au sein des mêmes *law schools*, que ce soit à Chicago, Yale ou Harvard par exemple, des économistes et des *professors of law* tels que respectivement R. Posner, G. Calabresi ou F. Michelman, qui sont souvent tout à la fois des praticiens du droit, notamment de par leurs hautes fonctions judiciaires parfois, et des spécialistes des études de *Law and Economics*.

Ce cloisonnement disciplinaire toujours présent en France prolonge un constat plus ancien et plus spécifique. En effet, si, longtemps, les juristes français n'ont guère éprouvé d'intérêt pour l'analyse économique, leur auto-suffisance à cet égard pouvait s'expliquer par la place centrale occupée dans les études juridiques par les textes, et notamment le premier d'entre eux, le Code civil des français de 1804. L'écart entre la curiosité des juristes de *common law* pour les questions économiques, susceptibles d'éclairer le juge dans sa recherche d'une solution adaptée, et l'indifférence relative des romanistes, pouvait s'expliquer par l'idée que « les pays de droit continental- auxquels on peut ajouter ceux où la *common law* est très structurée par le précédent, comme l'Angleterre- ont moins besoin du principe organisateur fourni

³ C. Jamin « Economie et droit » Dictionnaire de la culture juridique PUF 2003 p. 578.

par l'analyse économique du droit : la cohérence y est déjà assurée par le système des codes ou la hiérarchie des juges »⁴. Cette observation, faite encore récemment, n'entend pas cependant ignorer l'ampleur du rôle d'interprétation et même de création joué par les juges français (l'exemple sans doute le mieux connu est celui de l'immense édifice juridique réalisé à partir des fondations très ténues -quelques lignes- dans l'article 1384 du code civil relatif à la responsabilité du fait des choses). La valeur de cette explication des différences entre traditions juridiques du point de vue de l'intérêt pour l'analyse économique est encore plus limitée, a fortiori, s'agissant du droit administratif français qui fut longtemps une construction quasi-exclusivement prétorienne.

Il est fréquemment avancé néanmoins qu'il résulterait de ces origines différentes des principales règles de droit une tournure d'esprit plus positiviste chez les juristes français, attachés à l'exégèse des textes, qu'il s'agisse des lois ou même de la jurisprudence lorsqu'il faut par exemple, pour des administrativistes français, tenter de deviner les nuances de sens à travers ou malgré le laconisme des décisions du Conseil d'Etat, tandis qu'il existerait une forme d'analyse plus critique chez les juristes américains notamment, attachés à la recherche d'une solution optimale. Il n'est certes pas exclu que le fréquent conservatisme de la doctrine juridique soit alimenté pour partie par ce positivisme (mais pas seulement, car il se rencontre tout aussi fréquemment chez des juristes qui se défendent de ce positivisme). Il peut expliquer en tout cas une certaine désaffection à l'égard de la vision critique des économistes, aussi bien dans leurs approches positives, qui tentent de rendre compte de l'existant et de ses évolutions, que dans leur démarche normative, en tant qu'elle prétendrait apporter des réponses sur le terrain du droit aux questions que les juristes parfois ne se posent même pas.

Il peut cependant arriver que le rejet le plus radical de l'analyse économique du droit par les juristes français se constate non pas parmi les plus conservateurs, mais parmi ceux qui, dans la lignée des travaux de la figure, il est vrai, complexe, de Pierre Legendre⁵, sont aux avants-postes de la dénonciation d'une sacralisation du marché à travers le droit, voire d'une conception même de la démocratie comme marché de l'offre et de la demande de droit. L'économie du droit serait-elle alors

⁴ L. Vogel Avant-propos à l'ouvrage précité de A. Ogus et M. Faure ed Panthéon-Assas 2002 p. 6.

⁵ v. notamment P. Legendre « Remarques sur la re-féodalisation de la France » Etudes en l'honneur de G. Dupuis LGDJ 1997, p. 206 à propos du « dogme de la concurrence généralisée comme expression suprême de la démocratie ».

perçue comme une sorte de point ultime de la marchandisation du droit, dans lequel l'intérêt général se diluerait dans la promotion d'intérêts privés ? S'il devait cependant en résulter une sorte de tabou à l'égard de l'analyse économique du droit, il faudrait regretter l'interdiction même d'un questionnement, alors que ces juristes ne s'interdisent pas d'y procéder à l'aide par exemple des outils de la sociologie. Pourquoi devrait-il en aller différemment à l'égard de la boîte à outils qu'offre l'analyse économique ? Aussi, loin d'un anathème à l'égard de questions dont la seule existence même serait suspecte comme mettant en cause la sacralité de la primauté de l'intérêt général, une approche critique pourrait inviter bien plutôt à poursuivre plus avant dans l'analyse économique du droit, mais en commençant par questionner précisément les instruments de ce questionnement.

Déconstruire l'économie du droit ?

Ainsi que la caractérise dès l'abord Thierry Kirat, « rapidement définie, l'analyse économique du droit est un courant de la science économique néoclassique », qui « repose sur deux importantes prémisses : -les agents se présentent comme des maximisateurs de leurs satisfactions lorsqu'ils prennent des décisions (...) -les règles de droit reviennent à imposer un « prix » (sous des formes diverses ; sanction pénale, condamnation à indemniser une victime, etc.) aux actions des agents »⁶. Certes, même les juristes de langue française n'ignorent plus que les nombreuses publications de Richard A. Posner se sont attachées à nuancer et compléter la vision trop étroite d'un *homo oeconomicus* qui serait exclusivement calculateur et dénué de sentiments, asocial en même temps que parfaitement rationnel, et que, dans la lignée des travaux de Gary S. Becker, Posner entend insister sur le fait qu'il ne s'agit que d'un raccourci méthodologique sans qu'il faille rechercher là davantage qu'un modèle d'analyse, « un outil, plutôt qu'une ouverture sur une vérité ultime »⁷.

Même ainsi nuancé, l'individualisme méthodologique sur lequel repose la théorie néoclassique reste néanmoins au cœur des travaux aujourd'hui regroupés sous le nom de « *Law and Economics* ». Sans doute n'est-ce pas la seule voie d'analyse des rapports entre le droit et l'économie et il peut exister d'autres modèles d'analyse économique du droit, ainsi que le rappelle l'ouvrage didactique précité de T. Kirat. Celui-ci s'attache en effet à rendre compte des préalables méthodologiques séparant ou rapprochant les différents courants des écoles tournées vers l'analyse économique

⁶ T. Kirat *op. cit.* pp. 12-13.

⁷ S. Harnay et A. Marciano « Posner ; l'analyse économique du droit » ed. Michalon coll. Le bien commun 2003, p. 47.

du droit, d'ailleurs essentiellement américaines, qu'il s'agisse de l'institutionnalisme du début du siècle ou de la nouvelle économie institutionnelle. Le courant dominant de l'analyse économique du droit est cependant clairement néoclassique, ainsi que le soulignent, par exemple, les économistes de l'école française de la régulation, selon lesquels « l'analyse économique du droit transfère à l'espace juridique les objectifs et le comportement de l'*homo oeconomicus* »⁸. Cela ressort également sans ambiguïté de la présentation des « outils de l'analyse économique » faite, à propos du « cas français », par Anthony Ogus et Michael Faure⁹. Ce n'est sans doute pas un obstacle rédhibitoire à l'intérêt qu'il est possible de porter à ces travaux mais encore faut-il que leurs présupposés soient explicités pour que puissent en être discutées la portée et les limites.

Or, il arrive fréquemment que cette explicitation soit omise comme si elle était inutile, ainsi que le montre l'étude de la jurisprudence administrative française. Celle-ci témoigne de ce que les juges administratifs recourent certes fréquemment, voire de plus en plus, à l'analyse économique, mais sans se référer, sinon parfois implicitement à travers les conclusions des commissaires du gouvernement, à une quelconque théorie économique¹⁰. Il est vrai que c'est alors plutôt au rôle de la doctrine que revient la tâche d'explorer les motivations des juges et de faire apparaître, le cas échéant, les modèles économiques sous-jacents à leurs analyses.

Il est enfin intéressant d'observer que, dans une période très récente, quelques auteurs français, juristes et économistes travaillant conjointement pour entreprendre l'analyse économique du droit des contrats administratifs, ont précisément pris soin de se démarquer dès l'abord de la méthodologie posnérienne pour inscrire délibérément leur démarche dans « une perspective d'économie institutionnelle du droit » ; les auteurs soulignent en effet « la pertinence d'une méthode pragmatique-institutionnaliste », illustrée par des travaux qui « partagent un héritage pragmatiste avec la lignée posnérienne en *Law and Economics* » mais « s'en différencient par le rejet de l'individualisme méthodologique, par la prise en considération de la justice distributive et des valeurs sociales dans le domaine de l'évaluation du droit, et

⁸ R. Boyer et Y. Saillard « Théorie de la régulation, l'état des savoirs » La Découverte coll. Recherches 2002 p. 24.

⁹ A. Ogus et M. Faure *op. cit.* pp. 27-41.

¹⁰ C-H. Vautrot-Schwarz « L'analyse économique du juge administratif » Mémoire DEA Droit public de l'économie, Paris II Panthéon-Assas septembre 2002, p. 35.

par une conception historico-évolutionniste du changement juridique »¹¹. Cette approche, qui emprunte aux travaux de *Law and Economics* sans leur être asservie, permet, par les questions qu'elle soulève plus que par les réponses qu'elle apporte à ce stade, d'illustrer l'intérêt de l'analyse économique du droit comme questionnement.

L'intérêt d'un questionnement

Le scepticisme et le pragmatisme de Posner, et peut-être plus encore ceux de ses prédécesseurs en la matière que sont Ronald H. Coase, dont le refus de tout dogmatisme a été souvent mal compris, semble-t-il, sans doute de par l'excès de notoriété, avec les malentendus qui l'accompagnent, de ce que G. Stigler avait qualifié de « théorème de Coase », ainsi que Gary S. Becker sont un héritage dont il serait dommage de se priver.

Certes, ces qualités de la pensée et le relativisme qu'elles entraînent peuvent apparaître malséants lorsqu'ils s'appliquent même à ce qui relevait naguère, en particulier en France, d'une sorte de mystique. Ouvrir la « boîte noire » de l'intérêt général pour tenter de prendre conscience de ce qu'il recouvre concrètement dans tel ou tel cas de figure n'est cependant pas réduire nécessairement et par a priori l'intérêt public à une somme d'intérêts privés nécessairement égoïstes dissimulés sous ce couvert. Il est possible d'adhérer à l'idée que l'intérêt public ne se réduit pas seulement et dans tous les cas à une addition d'intérêts privés mesurables en espèces monétaires, et de se distinguer par là clairement des prémisses des analyses posnériennes, tout en n'hésitant pas à questionner la référence à l'intérêt général pour rechercher, à l'aide des outils de l'analyse économique, entre quelles priorités, entre quelles utilités au sens large il a été arbitré pour dégager une solution présentée par ceux qui l'ont retenue comme conforme aux exigences de l'intérêt général. On ne voit pas au nom de quelle théologie, voire de quel obscurantisme érigé en dogme, le principe même d'un questionnement devrait être banni.

Précisément parce que l'économie du droit apparaît alors d'abord comme une mise en question, comme une source d'interrogations créatrices de doutes là où les juristes souffrent fréquemment de trop de certitudes, cette démarche conduit à se méfier des arguments qui pourraient être trop rapidement tirés d'une analyse économique du droit dont les préalables n'auraient pas été explicités.

¹¹ J.B. Auby et T. Kirat, avec la collaboration de F. Marty et L. Vidal « Le contenu et la portée économique des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs » CNRS- Paris II Panthéon-Assas 2003 p. 16 *op. cit.* p. 17.

Faut-il, par exemple, conclure avec Posner que les monopoles privés sont nécessairement meilleurs du point de vue de l'efficacité économique que les monopoles publics, car le coût des monopoles réglementés serait encore accru par les ressources dépensées auprès des pouvoirs publics pour acquérir et conserver le monopole ?¹² Même la Banque mondiale semble aujourd'hui en douter et les analyses économiques du Conseil constitutionnel français, certes très imparfaites, n'y souscrivent pas¹³.

Certains contempteurs des efforts actuels pour élaborer un Code civil européen tentent, selon un autre exemple, de se fonder sur les travaux de l'analyse économique du droit qui démontreraient les vertus de la concurrence normative entre États. Cette tentative d'instrumentalisation de l'économie du droit oblitère pourtant une autre analyse économique selon laquelle « il se pourrait fort que les mauvaises réglementations chassent les bonnes », dès lors que « les marchés se sont mondialisés, pas le pouvoir politique »¹⁴.

Un juriste peut en tout cas difficilement aujourd'hui avoir un recul critique sur le droit, s'il ne se satisfait pas d'une posture purement positiviste, sans faire appel aux outils de l'analyse économique, parmi d'autres sources bien sûr. En abandonnant ce dernier terrain aux juristes de *common law*, les juristes continentaux laissent à d'autres un champ d'investigation « dans lequel une place importante est occupée –pour le moment– par des études tendant à montrer que la *Common law* est plus naturellement que les autres traditions juridiques apte à secréter des règles économiquement efficaces »¹⁵.

Face à un tel constat, une juriste française de droit public sera peut-être plus naturellement tentée que d'autres de méditer la leçon d'une célèbre pièce du répertoire du théâtre français, d'ailleurs très exactement contemporaine par sa date, 1662, des oeuvres de Colbert. Dans « L'école des femmes », due au fondateur de la Comédie française (jouxtant le Palais-Royal où siège la plus haute juridiction ad-

¹² R. Posner, « Natural Monopoly and its Regulation » *Stanford Law Review* 1969, cité par S. Harnay et A. Marciano *op. cit.* p. 108.

¹³ Conseil constitutionnel, décisions no. 81-132 DC du 16 janvier 1982, no. 86-207 DC des 25 et 26 janvier 1986, no. 86-217 DC du 18 septembre 1986, 87-232 DC du 7 janvier 1988 ; cf M. Lombard « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'exploitation a le caractère d'un monopole » *Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, à paraître, Dalloz 2004.

¹⁴ R. Boyer et Y. Saillard *op. cit.* p. 376.

¹⁵ J.B. Auby « La globalisation, le droit et l'Etat » *Montchrestien coll. Clefs* 2003 p. 132.

ministrative), le grand Molière suggérait en effet qu'il ne sert à rien de fermer portes et fenêtres pour tenter de protéger notre ingénuité des influences venues de l'extérieur, car le risque est bien plutôt que la place ne soit alors emportée sans débat, au bénéfice de cette ignorance même. Plutôt que de traiter quasiment par le mépris, en tout cas par le silence, les études de *Law and Economics*, nous devrions lire ou relire les analyses de Coase comme de Posner, entre autres, y compris si nous voulons, à partir d'autres grilles d'analyse économique, remettre en cause certaines de leurs conclusions, voire démontrer qu'elle peuvent ou doivent être dépassées.

Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World

HORATIA MUIR WATT* and LUCA G. RADICATI DI BROZOLO**

The role of international mandatory rules in the conflict of laws has formed the object of much scholarly writing and is now recognized not only by the case law, but also by national statutes and international conventions. As is well known, the peculiarity of such rules (referred to also as *lois de police* in traditional terminology or as regulation in more modern terms) is that they require application by courts to a given dispute whenever the latter falls within their scope, regardless of whether conflict rules would dictate the application of a foreign governing law.

These rules appear to be proliferating as a result of the increase in the areas deemed by states to involve vital interests that can only be adequately safeguarded by the rules of the forum, and whose protection cannot be left to party autonomy or even to the alternative protection afforded by other legal systems rendered applicable by conflict rules. However, despite the emphasis on the role of forum rules in the conflict of laws, there is evidence of a weakening of the status of these rules as a result of the broadening of the opportunities for private operators to evade them.¹

This development is largely the result of the competition between legal systems which comes as a by-product of the interconnectedness of national markets and of the liberalization of cross-border trade (i.e. of the globalization of the economy, to use the current catchword) as well as of the enhanced role of party autonomy which goes hand in hand with them. These have amplified the ability of the participants in transnational economic relations to arbitrate between different legal systems.

* Professor at the University of Paris I (Panthéon-Sorbonne).

** Professor at the Catholic University of Milan.

¹ For further references and in-depth analysis of issues discussed in this paper, see H. Muir Watt, "Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy", (2003) 9 *Columb. J. Eur. L.* 383; L.G. Radicati di Brozolo, "Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-immédiate?", (2003) *Revue critique de droit international privé*, 1; L.G. Radicati di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration: A Fresh Look at the 'Second Look'", (2004) *Int. Arb. L. Rev.*, 23.

The opportunity for such arbitrating operates both at the level of conflicts of jurisdiction and at the level of conflicts of laws.

At the former level, the selection between competing legal systems and the ousting of undesirable national mandatory rules² operates indirectly, as a result of the increasingly liberal attitude displayed by states towards choice of forum and arbitration agreements, and the facilitated recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards.

As regards conflict of laws, the evasion of mandatory regulation through the selection of the most appropriate legal system occurs directly, as a function of the possibility for private operators either (i) simply to place their relationship in the legal system they deem preferable or (ii) to choose the substantive rules governing their relationships through an amplification of the scope of traditional conflict of laws mechanisms.

In matters of jurisdiction, the liberal trend began with arbitration, particularly in the wake of the widespread adoption of the 1958 New York Convention, which required states to give effect to arbitration agreements and to recognize and enforce foreign arbitral awards. This might come as a surprise since arbitration is usually held out to be the paradise of party autonomy and not particularly prone to the furthering of state interests.

Although the Convention leaves states considerable freedom as to the definition of the confines of arbitrability and the content of public policy – which is the only possible bar to the recognition of an award on substantive grounds – over the years, this margin has been gradually eroded. The U.S. Supreme Court's *Mitsubishi* judgment,³ which opened the doors to arbitrability even in the presence of *lois de police*, did so on the basis of the fiction of the “second look doctrine” which assumed that, despite the increased scope of arbitrability, states would always have the opportunity to verify the respect of their mandatory laws.⁴ As is now broadly

² According to the economic model, the undesirable ousted rules are presumed to be inefficient, since the parties have chosen to set them aside: see L. Ribstein, “From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law”, (2003) 37 *Ga. L. Rev.* 363.

³ 473 US 614, 105 S.Ct.3346, 87 L. Ed.2d 444 (1985)

⁴ At least, this is the understanding generated by the famous dictum according to which “in the event that choice-of-law forum and the choice-of-law clauses operated in tandem to as prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies ... for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy”.

admitted, this is not actually the case. Nonetheless, states remain amenable to allow private parties to resort to arbitration even where they have no assurance that such rules will be applied. Likewise, states adopt an increasingly liberal approach with regard to the public policy exception under Article V of the New York Convention, with the result that very seldom will an award be denied recognition or enforcement for failure to comply with the forum's *lois de police*.

A similar development has occurred with regard to the jurisdiction of state courts, despite the lack of a world-wide agreement such as the New York Convention.⁵ In this respect too, states are generally prepared to give effect to private agreements which oust the jurisdiction of their own courts in favor of that of foreign systems, without verifying whether this could result in the inapplicability of mandatory rules of the forum.⁶ They are equally prepared to restrict the purview of the public policy exception when it comes to the recognition of judgments of foreign courts which have exercised their jurisdiction on the basis of a forum selection clause (or indeed of any other basis of jurisdiction), without making this conditional on the respect of the forum's mandatory rules.

All this clearly involves a dilution of the mandatory character of such rules which – although alleged to be non-waivable when jurisdiction is exercised by the forum – in practice, tend to lose this character when the forum is deprived of jurisdiction. This, of course, is largely beyond the control of states, since the mere bringing of proceedings abroad will normally act as a bar to the exercise of the forum's jurisdiction as a consequence of the rules on *lis alibi pendens*.

The further implication is a somewhat schizophrenic approach by national legal systems which, on the one hand, proclaim the mandatory character of certain rules and profess not to permit their avoidance through conflict of laws, and, on the other hand, adopt a more lenient approach when it comes to conflicts of jurisdiction (including arbitration).

⁵ The attempts of the Hague Conference to establish a world-wide convention of jurisdiction and judgments have met with no success so far.

⁶ The famous *Lloyds'* litigation, with recognition and enforcement in the United States of judgments handed down under English law, which is far more liberal than the federal disclosure provisions, provides an excellent example of the lack of interference of forum mandatory rules at the enforcement stage. See, however, the nuanced analysis of the constraints of federal regulation on private placements by Robert W. Hillman, "Cross Border Investment, Conflict of Laws, and the Privatization of Securities Law", (1992) *Law and Contemporary Problems*, 331.

This outcome is certainly not accidental and is due largely to the evolution of transnational economic relations and to the globalization of the economic environment which marks a strong contrast to the essentially unilateral approach of national legislators. The willingness of states to allow the “circumvention” of their mandatory rules through recourse to arbitration or foreign jurisdictions, whose decisions they are prepared to recognize and enforce, is due in part to reasons of self-interest.

One of these is the avoidance of damage to the state’s economy or to its nationals. If a given state forbids its nationals or residents from contracting out of its mandatory rules (by hindering the recourse to foreign courts or to arbitration), those nationals or residents may end up being left out of international business dealings because of their potential partners’ unwillingness to enter into transactions liable to bring them under the rules and jurisdiction of that state. Another reason may be the desire to avoid retaliation by other states. This can take the form, for instance, of a refusal to recognize the judgments of the courts of the state which adopts an uncompromising attitude towards the application of its rules, or even of the issue of anti-suit injunctions if that state’s courts thwart choice of forum or arbitration agreements.

Nor can even more mundane forces be ignored, such as the influence of powerful national bars or of other local interest groups, which are undoubtedly among the driving forces behind the development of arbitration, as this is in itself a business which generates sizeable revenues. The waning of the influence of mandatory rules is certainly one of the selling points of arbitration and a condition for its development.

More generally, the acceptance of the weakening of the mandatory character of rules alleged by individual states to be aimed at furthering essential policies comes as a result of the realization that, in a globalized multi-state environment, the insistence by any given state on the application of its rules and on the exercise of its jurisdiction over all relations in some way connected to it would be unrealistic and unreasonable. Since transnational relationships by definition have contacts with more than one state, no one of these has a justified claim to the exclusive application of its rules and exercise of its jurisdiction.

Some of the above considerations are responsible also for the spread of the regulatory competition paradigm at the level of substantive law which results in an increased “barrier crossing” by private parties from one legal system to another, and consequently, in a further opportunity for evasion of mandatory regulation, either through a “migration” to other systems or through choice of law. As William Bratton and Joseph McCahery have compellingly put it, “the jurisdictional com-

petition paradigm crosses the barrier that separates the public and private spheres to recast the public sector in private sector terms”.⁷

The issue is whether, or to what extent, such “barrier-crossing” should be permitted.⁸ This is where theories of legal federalism come into play, raising the fundamental question of the relationship between regulation and markets. According to these theories, competition between legal orders is in itself an adequate substitute for regulation, through its disciplinary effect on national lawmakers.

However, one may ask how far the governance of markets can be left to the market itself. Thus, for example, debate over the interstate market for corporate charters in the United States – now closely followed within the European Union following the European Court’s *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* line of case-law⁹ – has focused on the “race to the bottom” which may occur if competitive conditions are distorted.

A distortion may well happen in the presence of cross-border externalities or other market failures. It may therefore be desirable to impose certain limits on interjurisdictional competition, in other words, on the extent to which parties are allowed to impact on the governing law, particularly if this results in the avoidance of regulation designed to protect the interests of third parties.

Of course, this may be only a way of expressing, in economic terms, the idea that the interference of national mandatory rules, or fundamental policies, may be perfectly legitimate in a conflicts of laws perspective, just as in the context of the recognition and enforcement stage, as long as it remains exceptional – in other words, as long as it allows sufficient breathing space for regulatory competition, understood as a mode of market governance.

However, this renewed economic perspective is important, as it sheds light on a new trend in the conflict of laws, where party autonomy is gradually being perceived as a possible solution to conflicts of international economic regulation, and which mirrors the developments in the conflicts of jurisdiction outlined in the first part of this paper. In this context, party choice assumes a new function. Traditionally, a certain amount of private ordering is considered desirable, within the limits dictated by the fundamental policies of the forum state. In its new use, party choice

⁷ W. Bratton, J. McCahery, “The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World”, 86 *Geo. L. J.* 201.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cases C-212/97 [1999] ECR, I-1459; C-208/00 [2002] ECR I-9919; C-167/01 [2003] ECR.

must be understood as a functional substitute for party mobility. If operators are able to move out of the jurisdiction to avoid the application of the local law, why not give them the less costly option of choosing the law of another jurisdiction? Inasmuch as it places the parties outside the reach of the legal system as a whole, including its mandatory policies, party choice in its new function becomes a powerful instrument of regulatory competition.

Thus, for example, in the field of securities regulation, it has been suggested that, under a regime of international “portable reciprocity”, the issuer should be permitted to choose the governing law, which will apply to all further transactions relating to the same securities. Similar proposals have been made as far as interstate bankruptcy is concerned, where the presence of public interests is clearer still. The idea, recently developed by Professors Choi and Guzman,¹⁰ is that extended party choice will induce interjurisdictional competition, and that the choice of a given law will serve a brand function, alerting investors to any trade-off between price and quality. In other words, such a choice will send a signal to the market, and will there result in an optimal distribution of issuers – and of the investors to whom they cater – among legal regimes, according to different preferences. For example, risk averse investors may be attracted to a law which signals high protection, albeit at higher prices, while others may prefer higher returns while accepting lower levels of disclosure. A similar logic is behind the reasons given by the European Court of Justice for the restrictions it has recently imposed on member states’ ability to subject the establishment of foreign corporations to compliance with local mandatory regulation: the Court has swept aside the traditional assumption that such restrictions were justifiable on grounds of protection of local creditors, under the premise that the choice of a more liberal law is in itself sufficient warning to third parties that they may be less protected in their dealing with the corporation.

However, as authors Choi and Guzman point out, a race to the bottom can only be avoided if investor (or creditor, or shareholder) preferences are *different*. This supposes, in turn, that such preferences are sufficiently informed, and that there are no externalities resulting for third parties from the choice itself.

The extent of the limits to the ability of private parties to contract out of a legal system in fields governed by internationally mandatory rules – by recourse to arbitration or by a choice of forum or of law – is obviously open to much debate.

¹⁰ “Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulation”, (1998) 71 *S. Cal. L. Rev.* 903.

However, it is clear that extended recourse to party choice is in itself a side-effect of globalization, simply because private parties are now able to side-step mandatory rules when a given legal system decides to impose inefficient constraints on competition.

The economic agenda for contemporary private international law should take account of this reality, and should focus on the desirable limits of competition between legal orders in an era where national boundaries and territories have lost much of their significance. An adequate balance between internationally mandatory economic regulation and free markets comes only at the price of such reflection.

BIBLIOGRAPHY: Some Suggested Reading on International Law and Economics

(This list does not pretend to be exhaustive, but the Board of Editors of FORUM felt these were useful among an ever increasing literature on the subject. Additional reading suggestions are to be found in Patrick Wauteler's introduction to the *Recurring Themes* section)

Orley Ashenfelter and Richard A. Posner editors, *American Law and Economics Review*, Oxford University Press

Jürgen Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar Publications, 1999 Hb/2003 Pb

Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest editors, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2000 (Vol. I: *The History and Methodology of Law and Economics*, Vol. II: *Civil Law and Economics*, Vol. III: *The Regulation of Contracts*, Vol. IV: *The Economics of Public and Tax Law*, Vol. V: *The Economics of Crime and Litigation*)

James M. Buchanan compiler, *Landmark Papers in Economics, Politics and Law*, Edward Elgar Publishing, 2002

G. Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970

R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*, third ed. 1999

Gerrit De Geest, Roger Van den Bergh and Thomas S. Ulen series editors, *New Horizons in Law and Economics Series*, Edward Elgar Publishing

Gerrit De Geest and Roger Van den Bergh, *Comparative Law and Economics*, The International Library of Critical Writings in Economics series, Edward Elgar Publishing, 2004

Niva Elkin-Koren and Eli M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace: the Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law*, New Horizons in Law and Economics Series, Edward Elgar Publishing, 2004

European Journal of Law and Economics, Kluwer Academic Publishers

The Journal of Law, Economics & Organization, Oxford University Press

The Journal of Law & Economics, The University of Chicago Press, Journal Division

Thierry Kirat, *Économie du droit*, Éditions la Découverte, 1999

International Law FORUM du droit international 6: 97–98, 2004.

©2004 Koninklijke Brill N.V., Leiden, The Netherlands.

Nicolas Mercurio and Steve G. Medema, *Economics and the Law: from Posner to Post-modernism*, Princeton University Press, 1997

Anthony Ogus and Michael Faure, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon Assas, 2002

A.M. Polinski, *An Introduction to Law and Economics*

Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1979

Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981

Richard A. Posner, *The Collected Economic Essays: Vol. I: The Economic Structure of the Law; Vol. II: The Economics of Private Law; Vol. III: Economics of Public Law*, Francesco Parisi editor, Economists of the Twentieth Century series, Edward Elgar Publishing, 2001

Richard A. Posner and Francesco Parisi, *Economic Foundations of Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2003

Warren J. Samuels, *Economics, Governance and Law: Essays on Theory and Policy*, Edward Elgar Publishing, 2002

S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*

Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, 2004

Stefan Voigt and Hans-Jürgen Wagener, *Constitutions, Markets and Law: Recent Experiences in Transition Economies*, New Thinking in Political Economy series, Edward Elgar Publishing, 2002

Conference Scene / Le tour des conférences

Compte-rendu du colloque de Bruxelles du 23 janvier sur l'espace judiciaire européen et les Etats tiers

PATRICK WAUTELET

A l'initiative de l'unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles était organisé le 23 janvier un important colloque consacré aux relations entre l'espace judiciaire européen et les Etats tiers.

Ce colloque constituait le point d'orgue d'un travail de réflexion mené pendant 2 ans, sous l'égide de Mme Nadine Watté et de M. Arnaud Nuyts, par des chercheurs européens et américains, réunis à l'occasion de séminaires qui se sont tenus notamment à Barcelone et à New York.

L'on sait que l'espace judiciaire européen a acquis une dimension importante ces dernières années, particulièrement en matière civile. Les Règlements se succèdent à grande vitesse, qui donnent forme à cette espace, à tel point que, comme a pu le dire M. Bermann (University of Columbia) lors du colloque, il est temps de penser les Etats membres de l'Union européenne comme un seul pays et non plus comme des Etats souverains indépendants. L'acquis communautaire est impressionnant : outre les instruments déjà classiques qui donnent corps à l'idée de libre circulation des jugements (les Règlements 44/2001 et 1347/2000), il faut encore mentionner les récentes avancées en matière de coopération judiciaire (transmission des actes et administration des preuves) ainsi qu'en matière d'insolvabilité internationale. Les projets d'avenir ne manquent pas : on peut citer l'abolition de la formalité de l'exequatur par l'introduction, pour certains types de demande, d'un titre exécutoire européen ou encore la mise en place d'un Réseau judiciaire européen avec une mission de conseil et de facilitation pour les juridictions nationales confrontées à des litiges trans-frontières.

Si les frontières disparaissent rapidement entre les 15 Etats membres, il faut bien avouer que les concepteurs de l'espace judiciaire européen n'ont pas accordé une grande attention aux questions que peuvent poser les relations entre ce nouveau 'bloc' européen et le reste du monde. On ne trouve dans les différents instruments existant que quelques dispositions éparses visant ces relations (par exemple l'article 72 du Règlement 44/2001), mais on est loin d'un traitement cohérent et global du problème. Or il ne fait aucun doute que bien des situations enracinées dans l'espace judiciaire européen présenteront dans le même temps des liens substantiels avec un ou plusieurs Etats tiers. L'application des règles européennes peut dans ce cas susciter

des problèmes majeurs. Il suffit de penser à la récente affaire BRAC : cette société de location de voitures, créée au Delaware, exerçait l'ensemble de ses activités depuis le Royaume-Uni d'où elle conduisait les opérations européennes du groupe. Formellement toutefois, la société était établie aux Etats-Unis. Les tribunaux anglais pouvaient-ils dès lors se fonder sur le Règlement européen relatif à l'insolvabilité pour fonder leur compétence internationale ? La réponse positive donnée le 7 février 2003 par le juge Lloyd de la Chancery Division n'a pas fini de secouer le monde des praticiens de l'insolvabilité. Cet exemple suffit à montrer l'enjeu des discussions relatives aux effets externes de l'espace judiciaire européen, tant sur le plan de la pratique que pour éclairer de futurs travaux législatifs.

Dans une belle contribution parue aux *Mélanges Droz*, Mme Gaudemet-Tallon avait déjà mis l'accent sur ces difficiles questions. Il restait toutefois à systématiser les interrogations et à y apporter des réponses claires. De façon quasi-naturelle, les organisateurs du colloque ont choisi de s'interroger sur les relations entre le 'bloc' européen et les Etats-Unis. L'expérience des négociations de La Haye a en effet montré que les problèmes les plus difficiles – inextricables diront certains – se situent sans conteste dans les relations inter-atlantiques. L'éclairage d'experts comme Mme Buxbaum (University of Indiana), Mme Teitz (Roger Williams School of Law) et Ralf Michaels (University of Duke) fut donc le bienvenu. Sans prétendre reprendre de façon exhaustive le détail de toutes les contributions – s'il est un point mineur du colloque, c'est bien l'ambition trop grande des organisateurs qui avaient mis sur pied un programme trop riche pour pouvoir être mis en œuvre en une journée – nous releverons certaines des questions posées par les différents orateurs, qui nous paraissent mériter un éclairage particulier. Les actes du colloque paraîtront d'ailleurs chez Bruylant, certains rapports préliminaires étant déjà disponibles sur le site des organisateurs, www.dipulb.be.

Le thème de la compétence internationale fut abordé sous de multiples angles. M. Audit (Université de Paris II) eut ainsi l'occasion de mettre le doigt sur les insuffisances du Règlement 44/2001, dont certaines des dispositions sont d'une application fort complexe lorsque le litige dépasse les frontières de l'espace judiciaire européen. Sans s'attarder sur l'effet 'réflexe' de certaines des dispositions de ce Règlement, thème devenu classique depuis les réflexions de M. Droz, M. Audit montra que les fors de compétence dérivée n'ont pas été pensés pour des situations mettant en jeu un élément extra-européen. S'inspirant d'une récente jurisprudence française, M. Audit posa ainsi la question de savoir si un défendeur saoudien, attiré devant les tribunaux français sur base de l'article 14 du Code civil français, pouvait à son tour attirer en garantie, en vertu de l'article 6-2 du Règlement 44/2001, un défendeur communautaire. Permettre le jeu de la compétence dérivée ne conduirait-

il pas à soumettre un défendeur communautaire à un for exorbitant que le Règlement interdit par ailleurs ?

M. de Vareilles-Sommières (Université Paris I) élabora une théorie de l'effet externe du Règlement européen 1206/2001 sur l'obtention des preuves. Après avoir mis en lumière le caractère innovateur de cette réglementation, qui permet à une juridiction de procéder, sous certaines conditions, directement à un acte d'instruction dans une autre juridiction, M de Vareilles-Sommières se demanda si un tribunal d'un Etat tiers pouvait se prévaloir des mécanismes mis en place par le Règlement. Un tribunal américain qui adresse une commission rogatoire aux autorités françaises sur le fondement de la Convention de La Haye de 1970 relative à l'obtention des preuves, peut-il solliciter de la juridiction française que celle-ci adresse à son tour une ou plusieurs demandes de collaboration à des juridictions européennes, cette fois-ci sur base du Règlement 1206/2001 ? La logique de l'espace judiciaire européen, qui met en place un système de coopération entre Etats membres aboutissant à supprimer radicalement les frontières nationales, devrait en théorie permettre ce genre d'exercice. M de Vareilles-Sommières mettait ainsi le doigt sur une conséquence de la construction européenne poussée à son logique aboutissement, même s'il dut bien reconnaître que la réciprocité qui fonde les mécanismes de collaboration judiciaire, met encore un frein à la pleine réalisation de la coopération transatlantique.

D'autres orateurs soulignèrent le silence des textes européens sur la question des effets externes de la construction européenne. Ainsi Mmes Barbé et Marquette (Université Libre de Bruxelles) illustrèrent-elles le thème en s'appuyant sur des exemples tirés de la pratique de l'insolvabilité internationale. L'on ne sait que trop bien combien le Règlement européen a conduit à bouleverser les pratiques nationales, parfois séculaires, en cette matière. Au contraire d'autres instruments, le Règlement contient quelques indications sur la portée extra-communautaire de ses dispositions. Ainsi, l'obligation qu'il impose aux administrateurs de faillite d'informer les créanciers de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, est-elle limitée aux seuls créanciers qui sont établis dans un Etat membre. De même, seuls les créanciers 'européens' se voient reconnaître la possibilité de réclamer l'ouverture d'une procédure territoriale d'insolvabilité avant que l'entreprise fasse l'objet d'une procédure principale. Ces limitations se révéleront insatisfaisantes, tant en pratique qu'en théorie. Comment justifier en effet l'inégalité de traitement des créanciers selon qu'ils soient établis au sein de la forteresse européenne ou en dehors ? Et ces chercheurs de plaider dès lors pour l'adoption, au besoin unilatérale, de mécanismes de coopération fondés sur la loi type de la CNUDCI pour appréhender les relations avec les Etats tiers. Voilà une solution simple qui aurait le mérite de mettre fin au nouvel 'effet frontière' créé par la construction européenne.

Revenant sur un thème qui lui est cher, M. Michaels (Duke University) illustre le thème général par des observations judicieuses sur les règles de compétence alternatives mises en place par le Règlement Bruxelles I, matrice de l'espace judiciaire européen. Alors qu'à l'intérieur de cet espace, les règles de compétence ne remplissent qu'une fonction de répartition, elles se transforment en règles de délimitation une fois qu'un Etat non-européen est concerné. Cette double dimension de la règle de compétence n'a pas toujours été prise en compte dans l'interprétation donnée par la Cour de Justice des règles de compétence alternative. La limitation apportée par la Cour dans son célèbre arrêt *Shevill*, à la compétence du tribunal du lieu de diffusion de la publication, est-elle ainsi encore justifiée lorsque la publication est également diffusée en dehors de l'Union européenne ? De même, comment interpréter la nouvelle définition quasi-autonome du for contractuel lorsque l'obligation caractéristique a été ou devait être exécutée aux Etats-Unis, alors que l'obligation de paiement, dont on sait qu'elle ne peut plus fonder la compétence lorsque la règle nouvelle s'applique, se concrétise dans un Etats membre ?

Les débats – bien plus riches que ne peut le traduire ce bref compte-rendu – ont sans conteste montré l'actualité et l'importance des thèmes abordés. Ils ont également permis de constater que la construction européenne pourrait parfois utilement s'inspirer de ce qui se fait ailleurs pour améliorer ses propres règles. Ainsi en matière de clause d'élection de for, le Règlement 44/2001 pourrait-il, selon M. Burckhard Hess (Université de Heidelberg), s'enrichir des apports du récent projet de Convention en discussion à La Haye. Il faudra revenir sur ces questions dans une décennie pour déterminer si l'Europe a retenu les leçons et a pu surmonter son nombrilisme, bien compréhensible à ce stade de l'élaboration de l'espace judiciaire européen, pour appréhender de façon intelligente et sans égoïsme les relations avec le reste du monde.

International Law FORUM du droit international

Subscription Rates

Institutional subscription prices, per volume for 2004: EUR 172 / USD 215 (including postage and handling). Individual ILA Members and students may subscribe at the reduced rate of EUR 47 / USD 59 (including postage and handling) per volume. The prices include an online subscription. ILA Members and students must send written proof along with their subscription order. These subscriptions may not be put at the disposal of any library. Payment can be made by bank, draft, personal check, credit card, international money order, or UNESCO coupons.

Subscription orders and requests for sample copies should be sent to:

Brill Academic Publishers
Turpin Distribution Services Limited
Stratton Business Park
Pegasus Drive
Biggleswade
Bedfordshire SG18 8QB
United Kingdom
Tel.: +44 1767 604954
Fax: +44 1767 601640
e-mail: brill@extenza-turpin.com

For advertisement rates, prices of back volumes, and other information, apply to Brill Academic Publishers, PO Box 9000, 2300 PA Leiden, The Netherlands.

Photocopying

In the USA: This journal is registered at the Copyright Clearance Center, Inc., 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923. Authorization to photocopy its items for internal or personal use, or the internal or personal use of specific clients, is granted by Kluwer Law International for users registered with the Copyright Clearance Center (CCC). The "services" for users can be found on the internet at: www.copyright.com. For those organisations that have been granted a photocopy licence by CCC, a separate system of payment has been arranged. Authorization does not extend to other kinds of copying, such as that for general distribution, for advertising or promotional purposes, for creating new collective works, or for resale.

In the rest of the world: Permission to photocopy must be obtained from the copyright owner. Please apply to Brill Academic Publishers, PO Box 9000, 2300 PA Leiden, The Netherlands.

Consent to publish in this journal entails the author's irrevocable and exclusive authorisation of the publisher to collect any sums or considerations for copying or reproduction payable by third parties (as mentioned in article 17, paragraph 2, of the Dutch Copyright Act of 1912 and in the Royal Decree of June 20, 1974 (S.351) pursuant to article 16b of the Dutch Copyright Act of 1912) and/or to act in or out of the court in connection herewith.

Microfilm and microfiche editions of this journal are available from University Microfilms International, 300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106, USA.

