

# Droit global et régulation

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit  
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

**Publication originale / Comment citer ce texte :** B. FRYDMAN, « Droit global et régulation. Quels points de contrôle pour une régulation de l'économie de marché ? », *Revue d'études benthamiennes*, vol. 14 (2018).

DOI de la version publiée : 10.4000/etudes-benthamiennes.846.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —  
<https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2018-droit-global-et-regulation>

*Benoit Frydman*

**L**E modèle social de l'État providence, dans lequel nous vivons encore, est le produit d'institutions et de règles juridiques qui ont corrigé certains effets du fonctionnement de l'économie de marché, en redistribuant des ressources produites par le moyen de celle-ci. La survie de ce modèle et son financement se trouvent aujourd'hui sous pression, remis en cause par l'effet des transformations en cours dans l'économie mondiale.

*Ce texte est constitué par la collation de plusieurs extraits du Petit manuel pratique de droit global de Benoît Frydman (Bruxelles, L'Académie en poche, 2014) que les éditeurs du présent volume ont sélectionnés et compilés avec l'accord de l'auteur.*

## Introduction

La construction européenne et la mondialisation nous imposent désormais de repenser le droit et la justice aux niveaux de notre continent et du monde. Réussirons-nous à transposer notre modèle à ces échelles supérieures ? Rien n'est moins sûr. La constitution européenne a bien du plomb dans l'aile et l'État mondial n'est pas pour demain. Devons-nous dès lors nous résoudre à faire confiance aux seuls mécanismes de l'économie de marché pour assurer une répartition juste des ressources et le fonctionnement équitable du système ? Cela a déjà été tenté, sans grand succès, et rien n'indique d'ailleurs que nous soyons engagés dans cette voie.

Loin des grands mythes de l'État mondial et du marché global, nous emprunterons dans cet article des chemins plus discrets et moins balisés pour explorer les moyens dont nous disposons de rendre ce monde plus juste ou moins injuste. Car cela n'est pas seulement l'affaire des États et de nos gouvernants, mais bien de chacun d'entre nous, que nous soyons acteur dans les entreprises, militant d'associations, juriste de formation ou simple particulier. En effet, il existe des modes de régulation alternatifs ou complémentaires à une réglementation territoriale par les États, lorsque celle-ci est défaillante.

Nous nous sommes focalisés sur des phénomènes qui affectent les ordres juridiques internes et les pratiques du droit positif. Afin de mener à bien cette entreprise, nous avons d'abord examiné des exemples de concurrence régulatoire, pour nous intéresser ensuite aux formes que prennent la crise de l'État providence et les défis de la nouvelle question sociale qu'elle engendre, avant de décrire l'impuissance des instances intergouvernementales. Mais l'objet de cette contribution est avant tout de comprendre comment il est possible de se défendre contre certains effets délétères de la concurrence normative globale. Ainsi, bien que le droit global est décrit ici comme un droit sans

*Droit global et régulation*

souverains, il est possible d'utiliser la normalisation technique comme véhicule du droit global. Ceci est montré grâce à l'exemple de l'effet du scandale Nike sur les effets de la RSE. Mais avant toute chose, il convient de proposer une mise en contexte historique de ce qu'on appelle le droit global.

**Très brève histoire du droit mondial**

L'idée d'un droit applicable à tous les hommes dans les échanges et les relations qu'ils entretiennent entre eux est relativement ancienne. Les Romains connaissaient déjà, outre le droit civil applicable aux citoyens romains, le « droit des gens » applicable à tous les hommes (du moins libres), appartenant à tous les peuples, conquis ou libres, alliés ou ennemis.

Ce droit minimum, qui régit les relations avec l'autre ou l'étranger, deviendra le « droit naturel » en tant qu'il vaut pour tous les êtres humains, lesquels ont en partage la nature humaine. L'idée du droit naturel sera reprise, à l'époque des grandes découvertes et de la colonisation du monde, par certains théologiens européens pour défendre l'idée que les Indiens et plus généralement les indigènes ont une âme... et que dès lors ils peuvent être convertis au Christianisme.

Dans cette Europe moderne, l'idée d'une loi unique relève aussi du projet d'établir un droit scientifique et le gouvernement de la raison. Si le droit et la justice reposent sur la raison, ils doivent nécessairement être universels comme elle, même si l'observation des réalités n'incline guère en ce sens. S'interrogeant ainsi sur la maîtrise du monde par l'homme, Pascal se demande : « Sur quoi la fondera-t-il l'économie du monde qu'il veut gouverner ? ». Et d'ironiser, à la suite de Montaigne, sur la possibilité de la fonder sur le droit : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deça des Pyrénées, erreur au delà ».

La nécessité d'ancrer le « droit des gens » dans la raison s'impose pourtant depuis la Réforme, faute de pouvoir la faire reposer désormais sur la religion et l'autorité du pape. Il faut donc construire, pour régler les relations et les conflits entre les nations et les sujets européens, un droit laïc. Celui-ci vaudrait, écrit Grotius dans une formule qui fera scandale, « quand même on accorderait, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu, ou s'il y en a un, qu'il ne s'intéresse point aux choses humaines ».

L'ambition de ce droit naturel, rationnel, universel et laïc est de préserver la paix, que les philosophes des Lumières rêveront de rendre « perpétuelle », et de combattre l'injustice où qu'elle se trouve puisque, par l'effet des moyens de communications, Kant constate,

*Benoit Frydman*

déjà à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, qu'une injustice commise en un point quelconque du globe est ressentie partout ailleurs.

Dans le courant du 19<sup>ème</sup> siècle, le « droit des gens » devient progressivement le « droit international », selon le néologisme forgé par Jeremy Bentham. Cette évolution terminologique signale en réalité un changement profond de définition et de vision du monde. Le monde est gouverné par les Etats. Souverains sur leur territoire, il leur appartient à eux seuls d'établir le droit international de commun accord par les traités qu'ils concluent. C'est à eux également qu'il incombe de veiller à sa bonne exécution et de gérer les intérêts et les risques communs en établissant entre eux des organisations internationales quand ils le jugent utile. La Société des Nations, après le premier conflit mondial, et les Nations-Unies, après le second, ont été conçues sur ce modèle, de même que la plupart des nombreuses autres organisations internationales. Le nombre d'Etats qui composent cette « communauté internationale » a cependant considérablement augmenté, par l'effet de la décolonisation, pour s'élever aujourd'hui à près de deux cents.

Pour autant, le monopole revendiqué par les Etats dans la gestion des affaires du monde n'a pas empêché les philosophes et les juristes de continuer à échafauder des plans pour l'établissement d'une justice universelle. Ces plans ont été influencés de manière déterminante par les révolutions industrielles au cours du 19<sup>ème</sup> siècle. A celles-ci sont associées, d'une part, l'urgence de la question sociale, c'est-à-dire le problème des conditions de travail et des inégalités, et, d'autre part, la « première mondialisation », c'est-à-dire le développement considérable du commerce international et la mise en coupe réglée du monde, dans le contexte du capitalisme triomphant et de l'impérialisme colonial.

Pour établir la justice mondiale, le mouvement de l'Internationale ouvrière prône, comme on sait, l'union de tous les prolétaires et la révolution mondiale. Mais la philosophie marxiste se défie profondément du droit, dans une attitude, qui n'est pas sans rappeler l'hostilité des premiers Chrétiens à l'égard du droit des Romains et des Juifs. Le droit pour Marx est l'idéologie du capitalisme, comme la religion « opium du peuple » était celle de la société de l'Ancien régime. Il n'est qu'un vernis qui maquille les rapports sociaux en sorte de masquer sous les apparences de principes fallacieux, la réalité insupportable de l'exploitation. La société communiste idéale sera dès lors non seulement une société sans Etat, mais également sans droit.

Toutefois, d'autres « internationalistes », réformistes et pacifistes, s'attèlent à construire les structures favorisant l'émergence d'une société mondiale plus juste. Issus d'Europe et d'Amérique, ils unissent leurs efforts et se réunissent au sein de l'Union des associations internationales, créée par deux juristes hors norme de l'Ecole de Bruxelles :

*Droit global et régulation*

Henri Lafontaine et Paul Otlet. Lafontaine sera récompensé par le Prix Nobel de la Paix en 1913. Paul Otlet, à qui l'on doit entre autres l'invention du terme « mondialisation », est aussi un précurseur génial des sciences de l'information et de l'Internet. Ensemble, ils ambitionnent de mettre en fiches la totalité des œuvres scientifiques et culturelles du patrimoine mondial (plus de 15 millions de fiches seront effectivement rédigées au fil des ans) et d'y donner accès à tous pour favoriser le progrès des savoirs et l'entente mutuelle.

Pour eux déjà, « le nationalisme, c'est la guerre », selon la formule que François Mitterrand prononcera bien plus tard. Ils rêvent de construire une Cité mondiale, dont Le Corbusier dessinera d'ailleurs les plans, et posent les bases d'un droit mondial, débarrassé de « la notion surannée de souveraineté » et d'une « République supranationale », où les hommes gèreront en commun les ressources de la planète et les modalités de la coopération et de la solidarité. Deux guerres mondiales successives auront raison de leurs efforts et de leurs espoirs, ainsi que du mouvement pacifiste. Ces conflits remettent plus que jamais les Etats et la force des armes au centre du jeu, tandis que le monde s'installe pour plusieurs décennies dans la guerre froide.

Le choix du modèle économique structure alors la division du monde en deux blocs. Les Etats nouveaux issus de la décolonisation sont sommés de choisir leur camp et tentent tant bien que mal de conquérir leur souveraineté effective, notamment sur leurs ressources naturelles. Le continent eurasiatique, qui abrite la majorité de la population mondiale, est communiste sauf aux deux franges extrêmes de l'archipel nippon et de la péninsule de l'Europe occidentale et des îles britanniques. En Occident, le règlement de la question sociale se négocie à l'intérieur des frontières nationales. Les termes du compromis qui aménage la redistribution s'établissent en fonction du rapport des forces économiques et politiques, notamment de la proximité et de l'urgence de la « menace communiste ». Ainsi s'opère la transformation progressive de l'Etat libéral en Etat social ou Etat providence.

La prévalence du cadre étatique n'empêche pas cependant l'émergence d'un « droit supranational », produit de la construction européenne, et d'un « droit transnational », selon l'expression de l'Américain Philip Jessup dans les années 1950, qui se développe dans le sillage du renouveau du commerce international et du développement des sociétés multinationales.

En 1989, la chute du mur de Berlin, suivie deux ans plus tard de l'Union soviétique, consacre la victoire sans partage de l'économie de marché, dont le domaine s'étend désormais à l'ensemble du monde. La dérégulation financière, l'abaissement du coût des transports, qui favorise le redéploiement de la production industrielle dans les pays à très bas coûts de main-d'œuvre, la révolution de l'Internet et des réseaux de communication, tissent les mailles d'un vaste réseau

*Benoit Frydman*

global, sinon universel. Car ce « village global », qui n’a jamais été aussi peuplé, est profondément marqué par les inégalités, plus fortes que jamais, et par les divisions qui font obstacle au règlement commun de problèmes de plus en plus pressants, dont l’Humanité semble avoir peine à prendre conscience et en tout cas à prendre la mesure.

La question de la gouvernance globale, mais aussi du droit global, et donc celle de la justice qui en est inséparable, se retrouvent donc posées dans l’urgence. Ce droit global, que l’on pouvait croire hier encore réservé aux rêveurs et aux idéalistes, s’impose désormais, sinon avec la force de l’évidence, du moins avec celle de la nécessité.

### **La concurrence régulatoire et la course vers le bas**

Mais revenons à notre marché global des droits étatiques et examinons le cours de son évolution d’un point de vue non plus théorique, mais de l’observation empirique. La constitution d’un marché financier global et le déploiement d’une économie de marché ouverte à l’échelle du monde ont logiquement intensifié la concurrence régulatoire en favorisant la mobilité des capitaux, des investissements, des marchandises et des services, mais pas de la main-d’œuvre en raison des barrières juridiques nationales à l’immigration qui elles sont demeurées en place ou même se sont renforcées. Dans les domaines social, fiscal et environnemental, pour nous limiter pour l’instant à ceux-ci, l’énorme différentiel entre les réglementations, quant au salaire minimum ou à l’imposition des bénéfices des sociétés par exemple, exerce une forte pression sur l’offre. Cette pression est d’autant plus sensible que les États souhaitent absolument attirer ou retenir l’activité économique et les entreprises sur leur territoire, car celles-ci sont indispensables pour générer de l’emploi et des revenus, ainsi que les ressources fiscales nécessaires à l’État pour assurer son financement et celui des services publics.

Les États sont dès lors incités à réduire leur niveau de prélèvement et de réglementation afin de demeurer ou de redevenir compétitifs par rapport aux autres. Cette orientation du marché du droit à la baisse du niveau de régulation se trouve accentuée par des pratiques de dumping réglementaire auxquels se livrent certains États pour conserver ou restaurer l’avantage concurrentiel que leur procure leur moindre niveau d’exigences normatives. Tel est le cas notamment des soi-disant « paradis fiscaux » ou « paradis numériques », mais aussi des enfers sociaux et environnementaux. D’autant que les opérateurs économiques restent à l’affût des opportunités créées par des États nouveaux venus dans la compétition internationale, dont le niveau de développement et de régulation et le niveau de vie de la population sont particulièrement faibles. Et qu’il existe par ailleurs de véritables zones de non-droit, correspondant aux territoires d’États fantoches ou

*Droit global et régulation*

très affaiblis (« failed States »), qui n'ont pas la volonté ou les moyens de faire respecter quelque règle que ce soit, ce qui produit des effets délétères sur l'ensemble du marché du droit.

Encore raisonnons-nous pour l'instant à nombre de producteurs de droit relativement constant. Or ce nombre peut continuer à augmenter notamment par l'effet de la fragmentation d'Etats existants. Il n'y a pas de taille minimale pour constituer un Etat et parmi les deux cents actuellement reconnus, on trouve à côté de géants comme la Russie et la Chine, de tout petits poucets comme le Luxembourg, Monaco ou Andorre, qui ne sont pas les moins actifs sur le marché du droit. On assiste également à la constitution, au sein même des Etats, de certaines zones franches, soumises à un régime particulier. On en trouve sur tous les continents, aux Emirats, au Nigeria, à Singapour, au Brésil et la plus célèbre d'entre elles est sans doute en Europe, la City de Londres, sans parler de ces territoires d'outre mer comme les îles Bermudes ou Caïmans. Certains pensent même plus loin et envisagent de constituer des juridictions complètement « off shore » qui auraient leur siège dans l'espace virtuel de l'Internet, soit sur des plateformes installées en haute mer, en dehors des eaux territoriales des Etats existants. Ces projets montrent bien l'imaginaire maritime, finement repéré par Antoine Garapon, qui imprègne la culture de la globalisation. Alors que le droit international, conçu sur fond des luttes territoriales que se livraient les puissances européennes sur le continent, exprime ce que Carl Schmitt a appelé « le nomos de la terre », le droit dans l'environnement global relève davantage d'une sorte de nomos de la mer, dont les vaisseaux traversent les immenses étendues, voguant d'île en île et de comptoirs côtiers en petits paradis lointains pour y mener leurs affaires. Certes certaines de ces eaux sont infestées par les pirates et les corsaires et parfois secouées par une tempête politique ou financière. Il faudra nous en souvenir lorsque nous apprendrons bientôt à naviguer sur l'océan global.

Est-ce un effet de cet imaginaire maritime, la concurrence régulatoire qui fait rage dans l'environnement global a pris l'allure et le nom d'une course. On l'appelle : « la course vers le bas ». L'expression d'origine anglaise « the race to the bottom » (car la globalisation juridique, on l'aura compris, parle principalement anglais) a en réalité été forgée aux Etats-Unis, dans les années 1930, par les économistes Berle et Means et immédiatement reprise par le célèbre juge Brandeis dans un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis.

Le phénomène a en réalité pour origine lointaine la libéralisation des conditions de création des sociétés par actions durant la seconde moitié du 19<sup>ème</sup> siècle, lors de la « première mondialisation ». Dès cette époque, les Etats européens entrèrent en compétition en libéralisant à qui mieux mieux, en quelques années à peine, la création des sociétés, qui nécessitaient auparavant une autorisation spéciale du gouvernement, pour susciter et attirer à eux de nouveaux courants

*Benoit Frydman*

d'affaires et stimuler les projets d'investissement. Cette libéralisation, sous l'effet de la concurrence interétatique, a permis l'émergence et donné sa forme juridique aux acteurs qui dominent aujourd'hui la vie économique mondiale : les sociétés anonymes. Une grande partie des entreprises mondiales, et parmi elles les plus grandes, sont en effet constituées sous cette forme et celles-ci concentrent aujourd'hui dans leur patrimoine une masse gigantesque d'actifs, en même temps qu'elles emploient sous leurs ordres une partie substantielle de la main-d'œuvre mondiale.

Aux Etats-Unis, la concurrence s'installe également entre les Etats fédérés par la réduction des formalités de constitution, des taxes et des contraintes légales en matière de fonctionnement des personnes morales, y compris au détriment des intérêts des créanciers, des actionnaires ou du public. Le phénomène est parfois qualifié aussi d'« effet Delaware », du nom de cet Etat, qui tient depuis longtemps la corde et s'est fait une spécialité de tenir son droit des sociétés constamment à jour en s'alignant (à la baisse) sur les réformes entreprises dans les autres Etats. Le Delaware abrite d'ailleurs aujourd'hui près de 60% des sociétés cotées américaines, dont la même proportion des 500 sociétés les plus capitalisées, ainsi que nombre d'entreprises d'origine étrangère, qui ont décidé de s'y implanter.

Le même phénomène frappe désormais l'Union européenne. Après l'échec des tentatives d'harmonisation du droit des sociétés et de la forme nouvelle de la société européenne, l'Union favorise désormais ouvertement la concurrence entre les Etats membres quant aux règles de gouvernance des sociétés. L'absence d'harmonisation fiscale, ainsi qu'en matière de législation sociale (c'est-à-dire en matière de salaires, de durée et de conditions de travail) ont créé les conditions favorables à une concurrence régulatoire intracommunautaire, qui fait désormais clairement sentir ses effets. Cette situation apporte de l'eau au moulin de ceux qui voient dans l'Union européenne un « cheval de Troie de la mondialisation » et non plus la barrière protectrice d'une Union de droit.

## **La nouvelle question sociale**

L'analyse de la concurrence régulatoire et de la course vers le bas nous permet de comprendre la relation directe entre la dynamique des processus de globalisation en cours et la remise en cause ou à tout le moins la mise sous forte pression de notre modèle politique et social. Ce modèle repose sur des mécanismes de redistribution destinés à moduler les inégalités de revenus au sein de la société : d'une part, l'instauration d'un impôt progressif sur l'ensemble des revenus ; d'autre part, l'institution d'une sécurité sociale financée par les cotisations prélevées sur les revenus des entreprises et les salaires

*Droit global et régulation*

des travailleurs. Ces mécanismes de redistribution opèrent par le moyen de transferts et de prestations, mais aussi par le financement de services publics organisés sous la responsabilité des pouvoirs publics, comme l'éducation. Avec le suffrage universel, la légalisation des partis ouvriers et la renonciation concomitante à la révolution, la reconnaissance du droit de grève et la concertation sociale, ils constituent les clauses de base de ce qu'on a appelé « le compromis historique », qui a refondé les bases de notre pacte social.

Ces dispositifs, nous en avons conscience, n'ont pas toujours existé. Ils ont été adoptés en réponse à l'urgence de la question sociale, posée par la misère insupportable du prolétariat urbain, créé dans le sillage des révolutions industrielles. Ils ont été financés par le prélèvement d'une portion des richesses générées par une croissance économique sans précédent. Une répartition moins inégale de ces revenus, considérables mais concentrés entre les mains de quelques possédants, a permis l'amélioration des conditions de vie et de travail de classe ouvrière et de l'ensemble de la population et favorisé l'émergence progressive d'une classe moyenne. Ces mesures ne se sont pas imposées d'elles-mêmes. Elles ont été arrachées au prix de luttes longues et acharnées et fait l'objet de débats infinis et de contestations parfois violentes, entre conservateurs, révolutionnaires et réformistes, ces derniers l'ayant finalement emporté, du moins chez nous.

Leur réalisation a en outre mobilisé toute l'imagination et les ressources de l'ingénierie juridique. L'impôt sur les revenus progressif par tranches n'a pas été conçu en un jour. La sécurité sociale est le produit de la transformation du vieux principe de la responsabilité individuelle pour faute en un mécanisme collectif, couplant la notion de responsabilité à celle de risque et la couverture de celui-ci à un dispositif contractuel d'assurance rendu obligatoire par la loi. Le droit du travail et ses dispositifs nouveaux d'établissement des règles et de résolution des conflits individuels et collectifs ont été conçus de toutes pièces, au départ de quelques principes tirés du droit commun des obligations et des contrats. L'ensemble constitue un véritable mécano juridique, qui a pris parfois avec le temps les formes d'une usine à gaz, mais réussi l'exploit de reprogrammer la loi en instrument de réforme et finalement à transformer l'Etat libéral en ce que nous appelons l'Etat social, l'Etat providence ou encore la social-démocratie.

La conception et la mise en place de ces règles et institutions nouvelles ont mobilisé toute l'imagination et l'énergie d'une intelligentsia réformiste, qui a pris une part active au gouvernement. Aux Etats-Unis, par exemple, le mouvement pragmatiste et les économistes institutionnalistes se sont impliqués dans les réformes du New Deal. En Belgique, l'Institut de sociologie, créé par l'industriel Ernest Solvay en 1894, a fait office de véritable laboratoire de réformes sociales, imaginées conjointement par des ingénieurs et des juristes, qui les ont ensuite mises en œuvre aux plus hautes fonctions de l'Etat.

*Benoit Frydman*

Le modèle a fait ses preuves et produit des résultats. Mais la machine a vieilli avec le temps et, sujette à forte pression, donne, comme on l'a vu, d'inquiétants signes de faiblesse. Son rendement est en baisse et elle menace de tomber en panne. Bien plus, le système de redistribution semble désormais fonctionner à rebours. Ainsi l'impôt sur les revenus, qui pèse essentiellement sur les revenus du travail, sert aujourd'hui d'abord à rembourser la dette publique, c'est-à-dire à procurer des revenus au capital et plus précisément à la rente, au détriment du financement des services publics. Au sein des entreprises, l'ingénierie nouvelle de la « gouvernance d'entreprise », en installant avec succès des instruments qui alignent les intérêts du management sur ceux du capital (comme les bonus et les *stock options* par exemple), a réussi à accroître à nouveau la part des profits versés à celui-ci au détriment des salaires, notamment par le moyen des restructurations, des licenciements et des délocalisations. Des travaux comme ceux de l'économiste français Thomas Piketty, qui sont intensément débattus en particulier dans le monde anglo-saxon, confirment que les inégalités entre les revenus du capital et ceux du travail s'accroissent à nouveau et prédisent ironiquement le retour à la « Belle époque », une société à nouveau clivée entre une classe de rentiers aisés et des masses de travailleurs pauvres et de miséreux en déshérence.

Le dysfonctionnement de l'Etat providence prend ainsi potentiellement la tournure d'une crise politique majeure, par le risque de désaffiliation de plus en plus large, en particulier des classes moyennes, soumises à forte contribution financière, mais inquiète de la précarisation de leur statut, de la dégradation des prestations de service public, des difficultés rencontrées par la jeune génération et du caractère très sombre des perspectives d'avenir qui lui sont promises. Tandis qu'un nombre de plus en plus important de citoyens se laisse tenter par un retour à des solidarités plus « chaudes », de type communautaire ou religieuse, les élites préfèrent se lancer dans les défis et les opportunités créés par la globalisation. Le compromis historique paraît désormais caduc et le navire déserté de l'Etat social menace de couler, sans que le paquebot européen ne semble en mesure de prendre le relais.

A ce tableau sinistre, les tenants de la globalisation heureuse ont cependant beau jeu de répliquer, non sans quelque apparence de raison, que notre modèle social n'a jamais concerné, même à ses plus hauts jours et durant une période finalement assez courte, qu'une petite fraction de la population mondiale, que certains n'hésiteront pas à appeler « privilégiée », la nôtre, qui n'a pu prospérer, nous dit-on, que grâce à notre travail bien sûr, mais aussi au capital accumulé et sur fond de la misère et de l'exploitation du reste de l'humanité. Nous voici ainsi, nous les partisans de la justice et de la solidarité, pris à contrepied par rapport à nos propres valeurs, renvoyé à notre égoïsme et cramponné à notre héritage, tandis qu'on nous explique que la

*Droit global et régulation*

mondialisation a permis de nourrir mieux une population mondiale, dont le nombre connaît une explosion sans précédent, de sortir de la pauvreté un milliard d'individus, principalement en Chine, et d'élever le niveau de développement et de vie dans les pays émergents.

Ainsi sommés de quitter notre point de vue égoïste et de nous élever à la perspective aérienne du spectateur impartial de Bentham, celui qui calcule la somme des coûts et des bénéfices pour juger de l'utilité des mesures dans l'intérêt général, nous serions dès lors bien forcés de constater que la mondialisation présente des effets globalement positifs et que la déconstruction de l'Etat social est le prix à payer par les privilégiés d'hier pour la restauration d'un *leveled playing field*, d'un terrain de jeu équitable, où chacun pourra concourir dans les mêmes conditions et fenter de tirer son épingle du jeu, pour le plus grand bien de la croissance globale.

Mais, à supposer même qu'il en soit ainsi, ce redéploiement du jeu des forces de l'économie de marché repose à nouveau dans toute sa force et à l'échelle d'une population mondiale bien plus nombreuse que jamais dans l'histoire, le problème des conditions de vie et de travail, de la maîtrise des inégalités et du partage des fruits de la croissance. Le monde est ainsi confronté au défi d'une nouvelle question sociale, à laquelle s'ajoute désormais le problème de sauvegarde de l'environnement et de l'épuisement rapide des ressources naturelles.

**Mais que fait le droit international ?**

Pour répondre à ces défis mondiaux, tout en assurant la paix et la sécurité, nous nous tournons spontanément vers les institutions de la communauté internationale et le droit international. La course vers le bas n'est pas en effet une fatalité. N'avons-nous pas les moyens de fixer, au niveau mondial, un encadrement qui organise la compétition et surtout impose un certain niveau de règles ? Le droit international n'est pas seulement un système de partage du gouvernement du monde. Il constitue également l'outil de la coopération entre les Etats. Le droit international se montre d'ailleurs extrêmement productif. Les Etats n'ont jamais conclu autant de traités et ils ont créé entre eux un très grand nombre d'organisations pour prendre en charge des questions d'intérêt commun au niveau mondial. Celles-ci sont actives non seulement dans les domaines financier (le Fonds Monétaire International et la Banque mondiale) et commercial (l'Organisation Mondiale du Commerce), mais aussi dans le domaine social (l'Organisation Internationale du Travail, créée dès 1919) ou de la santé (l'Organisation Mondiale de la Santé) par exemple. En outre, la plupart des Etats ont ratifié, moyennant certaines réserves, les Pactes de New-York par lesquels ils garantissent la protection des droits civils et politiques, mais aussi sociaux, économiques et culturels.

*Benoit Frydman*

Tous les Etats ou presque de la communauté internationale sont membres de l'Organisation des Nations Unies, où ils se retrouvent pour discuter, négocier et décider des grands problèmes du monde. L'ONU représente pour beaucoup la gouvernance mondiale, tandis que les grands se réunissent aussi dans des instances plus informelles, comme le G7 (ou G8) et le G20, qui font figure de directoire des grandes puissances. Mais, si les lieux de négociation ne manquent pas, les Etats peinent souvent à s'entendre sur les grands défis auxquels fait face aujourd'hui notre planète. Le piétinement sur la question du réchauffement climatique, où depuis le Protocole de Kyoto, qui date déjà de 1997 et n'imposait que des réductions modestes des émissions de carbone, à seulement une partie des Etats, on a essentiellement reculé et ce malgré les avertissements de plus en plus alarmants lancés par les experts du GIEC, un groupe international pourtant constitué par les gouvernements eux-mêmes pour informer leurs discussions. De même lors de la crise financière, les Etats du G20, qui s'étaient portés massivement au secours de leurs banques, ont annoncé haut et fort une reprise en mains musclée de la finance mondiale, qui n'a finalement débouché que sur quelques frêles mesures, relatives aux paradis fiscaux notamment, mais absolument pas jeté les bases d'une régulation effective. Depuis lors, les financiers et les banques ont repris leurs opérations de plus belle, tandis que les Etats qui les ont aidés, voient leur marge d'action entravée par leurs dettes.

Cette impuissance des instances intergouvernementales tient non seulement à la divergence des intérêts des Etats dans notre monde multipolaire, mais également aux principes de base sur lesquels repose le fonctionnement du droit international. Au premier rang de ceux-ci, le principe de souveraineté qui implique qu'on ne peut rien imposer aux Etats à quoi ils n'aient préalablement consenti. Or, il est extrêmement difficile de se mettre d'accord à deux cents. D'autant que, au sein des organisations internationales, les Etats conservent l'essentiel de leurs pouvoirs de décision. Il en résulte une multiplication de traités partiels, qui lient seulement certains Etats ou deux d'entre eux (les fameux traités bilatéraux), entre lesquels il n'existe ni hiérarchie ni coordination. Le désordre qui en résulte est encore augmenté par le fait que, pour chaque traité, chaque Etat dispose en outre du droit de ne pas le ratifier (dès lors il ne sera pas lié par ses dispositions), de formuler des réserves (c'est-à-dire de refuser certaines dispositions), ou encore de dénoncer ultérieurement l'accord ou de se retirer de l'organisation.

A cela s'ajoute le problème de la « fragmentation » du droit international, fruit notamment de la spécialisation des organisations en charge des différents secteurs, qui conduit à une forme de schizophrénie de la communauté internationale. L'OMC refuse ainsi d'aborder les questions sociales, notamment celles des conditions de travail, qu'elle renvoie systématiquement à l'OIT. De même, l'organisation

*Droit global et régulation*

en charge de la propriété intellectuelle (OMPI), ne se soucie pas des problèmes de santé posés par les brevets sur les médicaments, qui empêchent de les distribuer à un prix abordable dans un grand nombre de pays, qu'elle renvoie vers l'OMS. Il est évidemment très difficile d'élaborer des compromis politiques dans de telles conditions.

Bien plus, même lorsqu'un accord a pu être trouvé et qu'il existe des traités et des règles en vigueur, encore faut-il s'assurer des moyens de les faire respecter. Il faut savoir à cet égard que les Etats sont eux-mêmes les agents d'exécution du droit international sur leur territoire. Il leur revient dès lors d'en mettre en œuvre les dispositions et le cas échéant d'en sanctionner les violations. Or tel n'est pas toujours le cas en pratique, loin de là, soit que les Etats n'en aient pas les moyens, soient qu'ils n'en aient pas la volonté, soit enfin qu'ils soient eux-mêmes les auteurs de la violation. Ainsi, en matière sociale, l'OIT a produit près de deux cents conventions, sur tous les aspects du travail et de sa réglementation, dont les principales, notamment sur le travail forcé, la liberté syndicale, le travail des enfants, la durée du travail et les salaires, les discriminations et les mauvais traitements, ont été ratifiées par une large majorité des Etats. Pour autant, ces conventions ne sont pas respectées dans les Etats où se concentre la production mondiale à bas coût, dans des conditions extrêmement difficiles et parfois épouvantables. Et que dire des violations graves des droits de l'homme qui sont le fait même des Etats qui en ont soi-disant garanti la protection ? Leurs ressortissants se voient bien accordé le droit à un « recours effectif », mais uniquement devant une instance nationale, ce qui revient cyniquement à inviter la victime à réclamer justice à son bourreau.

Même lorsque les Etats se montrent soucieux de son respect, le droit international, conçu d'abord pour régler les relations entre les Etats, éprouve les plus grandes difficultés à réguler et organiser les relations entre les personnes privées, en particulier lorsque celles-ci excèdent ou débordent les frontières d'un Etat. Ainsi, les Etats ont-ils échoué jusqu'à présent à s'accorder sur un régime juridique des sociétés multinationales, malgré des dizaines d'années de discussions à l'O.N.U., qui n'ont pu aboutir en raison de multiples blocages en particulier de la part des Etats occidentaux.

Pour toutes ces raisons, il est clair que le droit international, sous sa forme actuelle, n'a pas la vocation ni les moyens de devenir un droit mondial, le droit de la société civile globale en construction. On entend dès lors, du sein même de la communauté des internationalistes, des voix proclamant « le déclin », « la chute », « la fin » ou « la mort » du droit international. Ces expressions sont sans doute excessives. Il est clair que nous aurons besoin des Organisations et des Etats pour contribuer à la construction du droit global et que ceux-ci auront des responsabilités importantes à y jouer. Mais pour pouvoir exercer pleinement ce rôle, il faut sans doute prendre acte, comme

*Benoit Frydman*

certains responsables l'ont déjà fait d'ailleurs, que les moyens d'action doivent évoluer et s'adapter aux circonstances et au rapport des forces en présence. Ce qui s'annonce, ce n'est pas tant la fin ou la mort du droit international qu'un changement profond dans la manière de le concevoir. Et ce changement commence par la remise en cause des concepts fondamentaux qui ont guidé ce droit depuis deux siècles, à commencer par le monopole des Etats sur le droit et surtout leur attachement indéfectible à la notion de souveraineté.

### **Sortir de la caverne de la souveraineté**

Si Platon et la philosophie des Anciens aspiraient à sortir de la caverne, les Modernes, nous indique Léo Strauss, loin d'en sortir ont creusé une seconde caverne en dessous de la première. Cette seconde caverne ne serait rien d'autre, selon le savant auteur, que les présupposés de la philosophie politique moderne. Il faudrait dès lors commencer par tenter de nous en extraire. La philosophie est une discipline, voisine de la gymnastique et de la spéléologie, qui a pour objet, par la pratique de techniques et d'exercice adéquats, l'art de la sortie de caverne. Elle nous invite à déciller notre regard, à voir les choses et à penser le monde autrement, ce qui conduit à ouvrir de nouvelles perspectives pour l'action. Mais ces exercices sont moins aisés et plus périlleux qu'il n'y paraît puisque, à en croire Leo Strauss, ils peuvent conduire celui qui veut s'extraire à s'enfoncer davantage. Prenons-en le risque et tentons ensemble de sortir au moins de la seconde caverne, la caverne politique moderne, pour trouver une issue à l'apparente impasse du droit à l'âge global.

La philosophie politique moderne a le grand mérite de la simplicité. Elle divise les êtres en deux catégories. D'une part, le Souverain, qui dispose du pouvoir et du monopole de la violence légitime ; de l'autre, les particuliers, c'est-à-dire tous les autres, ses sujets, qui sont contrainte à lui obéir. Le droit énonce les ordres, les commandements que le Souverain, c'est-à-dire de l'Etat, adresse à ses sujets, sous peine de sanctions. Selon Kelsen, l'Etat et son droit sont en réalité des synonymes, ce qui simplifie encore les choses. A la distinction entre le Souverain et ses sujets (ou entre les gouvernants et gouvernés comme préfèrent dire les juristes contemporains) correspond la grande distinction entre le public et le privé, qui détermine notamment une importante répartition des tâches. Il revient à la puissance publique, principalement à l'Etat, de fixer la loi dans l'intérêt général. Quant aux personnes privées, elles sont libres de poursuivre leurs intérêts particuliers et de chercher à les maximiser, à condition de rester dans le cadre fixé par la loi. Cette distinction est à la base la philosophie et des constitutions libérales. La philosophie moderne du droit et les règles de l'économie de marché en sont les enfants légitimes.

*Droit global et régulation*

La modernité ne connaît en conséquence que deux principes de régulation : la main de fer de l'Etat et la main invisible du marché. La première tient le droit ; la seconde, qui renouvelle l'idée et la forme du droit naturel, est censée, depuis Adam Smith, organiser l'économie. Les deux principes sont perçus à la fois comme complémentaires et concurrents. Dans ce schéma, si le droit veut reprendre le contrôle d'un marché, qui se développe à l'échelle globale et qui entraîne sa propre destruction par la course vers le bas, il n'y a pas trente-six solutions possibles. Logiquement, il n'y en a que deux.

La première est l'Etat mondial qui seul sera en mesure d'imposer son droit au monde entier et en particulier au marché global. C'est le sens du projet du « constitutionnalisme global » qui ambitionne de réaliser un état de droit, voire même pour certains une démocratie, planétaires. Pourtant, selon Kant, un tel Etat serait nécessairement une dictature, faute précisément de concurrence entre les Etats. En tout état de cause, qu'il soit bon ou mauvais, l'Etat mondial n'est pas pour demain et les circonstances ne semblent absolument pas favorables à son établissement dans un futur raisonnable et même à un horizon plus lointain.

Dans ces conditions, l'autre solution logique pour que le droit reprenne le contrôle du marché est la « démondialisation ». Cette proposition vise à déconstruire la globalisation pour en revenir à l'état antérieur (si tant est qu'il ait jamais existé) de marchés nationaux encadrés et régis par les Etats souverains. Ici encore, on peut douter qu'une telle redomestication des marchés soit effectivement réalisable ou même possible et plus encore que les Etats aient le pouvoir et la volonté de la mener à bien.

Le droit national et international actuel sont eux-aussi les deux faces d'une même pièce de monnaie frappée au coin de la souveraineté. Tous les cas de figure, actuels ou possibles, ont donc en commun de considérer que le droit ne peut être que le produit de la volonté souveraine d'un ou des Etats. Mais est-ce bien vrai et bien nécessaire ?

La souveraineté est un concept moderne certes, mais déjà âgé, qui fleure bon l'Ancien régime. Il a été mis au point par le Français Jean Bodin et perfectionné par l'Anglais Thomas Hobbes aux 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècles pour légitimer la monarchie absolue. Outre son chef-d'œuvre *La République*, Bodin se rendit célèbre en son temps par sa *Démonomanie des sorciers*, considérée comme l'un des meilleurs traités de sorcellerie. C'est dire qu'il était un expert en matière de chimères. Quant à Hobbes, peut-être le plus grand philosophe politique moderne, en tout cas le plus sincère, s'il se fait le défenseur d'une souveraineté sans partage, il figure celle-ci sous les traits peu amènes du Léviathan, c'est-à-dire d'un effrayant monstre marin, tiré de l'Ancien Testament. Il théorise en outre, lorsque le souverain affaibli ne remplit plus sa fonction de protection, le droit de désert.

*Benoit Frydman*

dont il usera d'ailleurs lui-même, lors des guerres civiles et religieuses qui sévissent dans l'Angleterre de son temps.

Ainsi « l'Etat, c'est moi » et son droit est « la volonté du Souverain érigé en loi », comme l'écrit Hobbes, car « tel est son bon plaisir » et surtout parce qu'il a pour lui la raison du fort, qui, comme nous l'a enseigné la Fontaine, est toujours la meilleure. Mais si la formule avait de quoi impressionner dans la bouche de Louis XIV (même si elle tient aussi de l'esbroufe), elle convainc moins dans le cadre démocratique et pluraliste contemporain. Et elle apparaît carrément pathétique quand celui qui frappe ainsi du poing sur la table n'a plus du tout les moyens de ses ambitions, sauf à faire parler les armes, ultime et inquiétante tentation d'un pouvoir à bout de souffle.

La méthode Coué a ses vertus, mais aussi ses limites. L'idée selon laquelle le pouvoir n'aurait qu'à paraître, revêtu des habits de la majesté, pour ordonner le monde à sa main a quelque chose de profondément naïf, presque d'enfantin. Elle correspond à une représentation somme toute plus théologique que politique. De même, l'idée qu'il suffirait d'ordonner non seulement pour être obéi, mais pour voir réaliser, comme par miracle, ses quatre volontés. Même si cette croyance demeure assez répandue chez ceux qui font profession de gouverner, elle manifeste une conception très rudimentaire de l'art politique et de la technique juridique.

Il n'y a pas de souverain au niveau global. Il faut en prendre son parti. C'est d'ailleurs probablement une bonne chose. Mais cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas, qu'il ne puisse y avoir de droit. « Ubi societas ibi ius » disaient, avec leur sens habituel de la formule et de la concision, les jurisconsultes romains : il n'y a pas de société sans droit. Mais il y a des sociétés sans Etat et plus encore de sociétés sans souverain. Il est d'ailleurs manifestement faux de dire que seuls les Etats produisent du droit. Il suffit de considérer la multiplicité des contrats, des actes, des statuts et des décisions de toutes sortes qui sont produits à chaque instant. Il est grand temps que les juristes sortent du « nationalisme juridique », selon la formule popularisée par Ulrich Beck, et cessent de voir le droit uniquement par la lorgnette des Etats. Le moment est venu pour le droit d'emprunter à son tour, après les autres disciplines, le « tournant global » qui renouvelle actuellement l'horizon de toutes les disciplines et d'adopter enfin une perspective non plus nationale, ni même inter-nationale, mais véritablement globale sur le droit.

Les deux grands modèles du gouvernement du monde, la loi d'airain de l'Etat mondial et l'autorégulation du marché global, sont bien trop simplistes et rien dans l'expérience ne vient corroborer leur avènement. La réalité est, comme souvent, autrement plus complexe et subtile. Elle ne se laisse pas enfermer dans une formule ni dans un principe. Le droit global n'obéit ni à la main de fer du souverain ni à la

*Droit global et régulation*

main invisible du marché. Il se tisse plutôt fil à fil par les mains habiles de milliers d'artisans anonymes. Il se fait et se défait sous leurs doigts experts, tel la tapisserie de Pénélope.

Dès lors que nous sortons de la caverne de la souveraineté, nous allons pouvoir poursuivre le cours de notre voyage à l'air libre et apprendre à naviguer sur les flots agités du droit global. A défaut de la force d'Achille, c'est sur les mille ruses d'Ulysse et ses talents de navigateur qu'il va nous falloir compter. Privé de la foudre de la souveraineté, qui tonne et qui frappe, il nous faudra forger des armes nouvelles et trouver, avec les ressources dont nous disposons, des moyens ingénieux pour dompter le déchaînement de forces qui nous dépassent.

Qui nous ? Tout le monde, on le verra, est concerné. C'est qu'à défaut de souverain, la frontière mal gardée entre le public et le privé devient poreuse. Et la répartition des tâches, pour pratique qu'elle soit, qui permettait aux personnes privées, les particuliers et les entreprises de laisser à d'autres la question des normes pour se concentrer sur leurs seuls activités et bénéfices, ne peut plus tenir. Ceux qui l'ignorent l'apprendront bientôt à leurs dépens. Ce sont aussi les associations, les ONG et les organisations internationales et bien sûr les Etats.

Car si le droit global est un droit sans souverains, ce n'est pas un droit sans Etats. S'ils ont perdu de leur superbe, ils n'ont pas disparu pour autant du jour au lendemain de la surface du globe. Les Etats sont là et bien là pour certains. Ils ont même un rôle de premier plan à jouer dans la construction du droit global. Encore faut-il pour cela qu'ils s'extraient eux aussi du nationalisme méthodologique et de la caverne de la souveraineté, qu'ils apprennent les nouvelles règles du jeu et commencent par ne plus se payer de mots et à mesurer leur puissance réelle, qui peut être grande, mais jamais absolue. Il faut savoir faire preuve d'humilité dans l'environnement global et à défaut de force pouvoir mobiliser la ruse. Mêtis, la déesse marine de la ruse, était la première épouse de Zeus, qui l'avalait. Il se donna peut-être ainsi les ressources qui lui manquaient pour vaincre la force des Titans et les enfermer dans le Tartare. De cette union de Zeus et de Mêtis, du pouvoir et de la ruse, est née Athéna, maîtresse des sciences et des arts, des armes et des techniques, parmi lesquelles on n'aura garde d'oublier celles du droit.

**L'art de la ruse dans la lutte pour le droit**

Les organisations internationales ne furent pas les dernières à saisir les nouvelles règles du jeu global et certaines d'entre elles se montrèrent mêmes particulièrement inventives et ingénieuses dans le recours aux techniques de la ruse. Ainsi, Koffi Annan, secrétaire

*Benoit Frydman*

général des Nations-Unies au tournant du millénaire, prit-il l'initiative de proposer rien moins qu'un nouveau « Pacte mondial » (*Global Compact*). Renonçant à imposer aux multinationales un statut juridique contraignant, depuis longtemps en discussion mais qu'il savait ne pouvoir obtenir, le secrétaire général troqua la confrontation pour la coopération et, tendant la main aux entreprises, proposa à tous mais surtout à l'intention de celles-ci l'adhésion à ce nouveau pacte.

Ce texte, qui tient sur une page, énonce en termes généraux dix principes tenant aux conditions de travail, au respect des droits de l'homme et de l'environnement et à la lutte contre la corruption. Il ne contient guère d'engagements contraignants, sinon celui de rendre compte des progrès effectués dans un rapport annuel. Ce n'était pas beaucoup demander certes, mais, en dehors de l'espace souverain, on n'attire pas les mouches avec du vinaigre. De fait, des milliers d'entreprises, dont les plus importantes, répondirent positivement à l'appel, trop heureuses de pouvoir s'asseoir à si bon compte à la table du nouveau contrat social mondial et surtout d'associer à leur image et à leur réputation le logo des Nations-Unies. L'ONU fut d'ailleurs bientôt contrainte, pour gérer ce succès et limiter les abus causés par un trop grand enthousiasme, édicter quelques règles quant à l'utilisation de son logo.

Les principes du Pacte mondial sont eux-mêmes extraits d'autres textes internationaux non contraignants. Parmi ceux-ci, les quatre premiers, relatifs aux conditions de travail, reprenaient de manière pure et simple la déclaration de l'OIT sur les droits fondamentaux au travail. Ces principes prohibent le travail forcé, le travail des enfants, la discrimination au travail et affirment le droit de négociation collective, c'est-à-dire la liberté syndicale. Ils furent adoptés par l'OIT après que l'OMC, saisie de la question de « la clause sociale » dans les accords de libre-échange, lui avait renvoyé la patate chaude. L'intervention de l'OIT prit la forme d'une déclaration solennelle tripartite par les délégués des Etats, des entreprises et des syndicats. Mais il ne s'agit que d'une simple déclaration et non d'un traité, signé et ratifié par les Etats. Sa formule est en outre en recul et beaucoup moins précise que les conventions souscrites au sein de l'organisation, qui ont elles la valeur obligatoire des traités et ont été très largement ratifiées. Il s'agit, selon la formule consacrée, d'un acte de « soft law », terme que les juristes francophones ont longtemps traduit par « droit mou » ou « droit flou » et récemment, de manière moins méprisante, par « droit souple ».

Mais, à quoi bon un droit souple ni l'on dispose déjà, au niveau international, d'un droit pur et dur ? C'est que ce droit international n'est applicable qu'aux Etats à qui il appartient de le faire respecter sur leur territoire, ce qui n'est pas le cas dans un certain nombre de pays. Le changement de stratégie visait donc à substituer aux Etats défaillants les entreprises elles-mêmes pour faire respecter ces prin-

*Droit global et régulation*

cipes. Pari audacieux quand on sait que les entreprises, qui sont certes bien placées pour surveiller les conditions de travail qu'elles imposent à leurs travailleurs, ont également un intérêt direct à ce que ces conditions soient les moins contraignantes et les moins coûteuses possibles pour elles. Droit souple donc, car il faut des liens bien souples pour fabriquer des collets résistants.

L'idée de faire réguler les conditions de travail par les entreprises elles-mêmes, du moins par certaines d'entre elles, n'était d'ailleurs pas neuve, mais avait été théorisée, dans le cadre du mouvement dit de la « responsabilité sociale des entreprises » et mise en œuvre dans des « codes de conduite », que les entreprises s'imposaient en quelque sorte à elle-même, souvent sous la pression de l'opinion ou de certaines ONG. Comme l'a très bien expliqué Beccaria déjà à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, les sociétés qui ne sont pas régies par la loi le sont par l'honneur et leurs membres sont dès lors soumis à la dictature de l'opinion. Jeremy Bentham appelle cette instance, imprévisible car d'humeur souvent changeante, le « tribunal de l'opinion publique » et il la considère comme l'un des moyens puissants de la « législation indirecte ».

Nous voici déjà plongés dans l'univers compliqué des arcanes de la ruse. Expliquons un peu plus la force que mobilise ici le dispositif. Dès lors que les entreprises sont soustraites en pratique, par l'effet du shopping législatif et de la course vers le bas, à toute règle véritablement contraignante, elles ne peuvent plus répondre à leurs critiques qu'elles ne font que maximiser leurs intérêts dans le respect des lois, faute de lois dignes de ce nom. Pour répondre aux pressions de leurs accusateurs et des médias, qui leur reprochent de mal se comporter, d'agir en voyous, de faire de l'argent sur la misère du monde, etc. et éviter que ces critiques ne portent atteinte à leur réputation, c'est-à-dire à leur marque, et par là à leurs ventes, les entreprises, émancipées de la contrainte légale par leurs propres actions, vont avoir besoin d'inventer de nouvelles règles, destinées à leur propre usage, afin de pouvoir montrer qu'elles respectent bien un certain code d'honneur et que l'on peut donc décentement faire affaire avec elles.

Le géant du jean Levi-Strauss avait ainsi édicté le premier code de conduite d'entreprise, bientôt imité par de très nombreuses entreprises dans tous les secteurs, en particulier ceux dont la production est délocalisée dans des pays à bas coût de main d'œuvre (textile, produits manufacturés, électronique et informatique, services, etc.), pose des problèmes d'environnement (secteur pétrolier, minier, bois, papeteries, etc.) ou d'autres questions délicates (alcool et tabac, armes, etc.), bref à peu près tous les secteurs, mais pour différentes raisons. Bien sûr, en édictant ces règles, les entreprises veillaient à ce que celles-ci ne leur soient pas trop défavorables, ni trop rigides ou trop contraignantes et proclamaient en tout cas que ces initiatives sociales purement volontaires ne seraient en rien soumises aux contraintes

*Benoit Frydman*

du droit. Il s'agissait d'engagement purement « moraux », ayant le statut de « gentlemen's agreements ». Dès lors, on n'y allait pas de mainmorte et les services de marketing rédigeaient à tour de bras et par un effet de surenchère des proclamations de vertus de plus en plus fracassantes, où l'on apprenait que tel fabricant de cosmétiques ou raffineur de carburant s'engageait à sauver le monde ou à peu près et à agir de son mieux pour favoriser le respect des droits de l'homme sur toute la surface du globe.

En agissant ainsi, ces entreprises faisaient preuve d'une certaine naïveté, compréhensible en raison de la nouveauté et de leur ignorance du jeu des normes globales. Véritablement persuadées qu'elles ne s'engageaient à rien, elles n'étaient visiblement pas encore sorties de la caverne de la souveraineté et émancipées des bonnes vieilles croyances du formalisme juridique. Certaines allaient bientôt apprendre qu'on ne se risque pas ainsi impunément dans la jungle des normes globales. Elles n'avaient pas vues, ces imprudentes, que les mêmes raisons exactement qui les avaient poussées à souscrire ces règles pourraient bien, si elles n'y prenaient garde, les contraindre à les respecter. L'infortuné Phil Knight devait en faire les frais et son cas servir d'enseignement à beaucoup d'autres.

Phil Knight est un chevalier de l'industrie globale. Il vend des chaussures de sport selon un modèle d'affaires simple, mais terriblement efficace. La production est délocalisée dans des pays à faible coût de main d'œuvre, à l'époque l'Indonésie, la Chine, puis le Vietnam. La plus-value donnée à la chaussure résulte de sa technologie innovante, mais surtout d'un énorme budget publicitaire, qui permet de recruter les sportifs les plus populaires pour en vanter les mérites et convaincre les clients d'en payer le prix. Cette publicité donne une notoriété exceptionnelle à sa marque, identifiée à la déesse de la victoire Nikè, et symbolisée par une simple virgule (le *swoosh*). Il suffisait d'y penser, mais il fallait aussi le faire. *Just do it !* est d'ailleurs son slogan.

Le modèle de Nike, comme celui de tant d'autres entreprises, joue à fond de la course vers le bas. Les usines qui fabriquent les chaussures emploient une main d'œuvre essentiellement féminine et très jeune, très peu payée et corvéable de très longues heures, de jour comme de nuit, six ou sept journées par semaine, dans des conditions mauvaises pour leur santé, en particulier en raison des émanations toxiques qui provoquent de graves maladies respiratoires. Nike lui-même n'a pas d'usine. Il s'adresse à des sous-traitants, à l'époque principalement un groupe de taïwanais, qui exploite les différents sites de production. En Indonésie, une grève massive secoue les usines où sont fabriqués les produits Nike, qui sont occupées. Les grévistes protestent contre les conditions de travail détestables et l'annulation par le gouvernement d'une hausse du salaire minimum légal en raison des menaces de délocalisation des multinationales. Les leaders syndicaux sont arrêtés, condamnés et jetés en prison.

*Droit global et régulation*

L'opinion publique occidentale s'émeut de l'affaire, d'abord à l'initiative d'associations religieuses, puis d'un mouvement d'ampleur sur les campus américains qui demandent à leurs universités de rompre leurs contrats avec Nike. Les grévistes libérés font une « tournée aux Etats-Unis ». Les médias s'emparent du sujet. La couverture de *Life* montrant un très jeune enfant en train de coudre un ballon en cuir identifié par le fameux *swoosh* fera le tour du monde. Phil Knight, coincé dans un ascenseur par le redoutable Michael Moore, justifiera maladroitement le travail des enfants comme un moindre mal.

L'affaire prend une telle ampleur que Nike décide de réagir. Il avait déjà imposé son code de conduite contractuellement à ses sous-traitants et créé un corps d'inspecteurs interne à l'entreprise, chargé de vérifier le respect des conditions de travail par des missions d'inspection dans les usines. Voici donc Nike transformé en inspecteur du travail dans des usines dont il n'est ni le propriétaire ni l'employeur. Comme les critiques ne s'apaisent pas, Phil Knight décide de frapper un grand coup. Il confie une mission d'audit externe à la société d'Andrew Young, célèbre aux Etats-Unis pour avoir été le premier ambassadeur noir à l'ONU dans l'administration Carter. Nike adresse une lettre à tous les présidents d'Université et publie en pleine page dans plusieurs journaux, dont le *New-York Times*, le rapport Young qui conclut à l'absence de violations massive des dispositions du code de conduite.

Knight pense ainsi réussi à retourner la situation à l'avantage de Nike. Il ne sait pas, personne ne sait encore à ce stade, que le piège, qu'il a lui-même contribué à confectionner, est sur le point de se refermer sur lui. Un citoyen ordinaire de Californie, Mark Kasky, va en déclencher le mécanisme. S'appuyant sur certains documents publiés par la presse, qui démentent les constats du rapport Young, Kasky, active une disposition de la loi californienne sur les usages honnêtes en matière commerciale et attaque Nike en justice en l'accusant de tromper le public par de la publicité mensongère. La Cour suprême de Californie lui donnera raison sur le principe de droit en décidant que, lorsqu'une entreprise, pour vendre ses produits, fait de la publicité sur les conditions, notamment sociales et environnementales, dans lesquelles ceux-ci sont fabriqués, cela devient une caractéristique du produit et un élément pour apprécier s'il y a éventuellement tromperie sur la marchandise. Vainement, Nike tente de se prévaloir de sa liberté d'expression. La Cour suprême des Etats-Unis décide de se saisir du dossier avant, fait exceptionnel, de se raviser. La décision fait donc jurisprudence. Une solution identique sera d'ailleurs intégrée au droit européen.

Phil Knight fera personnellement les frais de cette décision. Nike avait annoncé que, en cas de défaite, il supprimerait son code de conduite et sa politique de responsabilité sociale. Mais l'entreprise n'a pas mis ses menaces à exécution, que du contraire. Phil Knight,

*Benoit Frydman*

trop marqué par l'affaire et ses déclarations, a dû démissionner de son poste de CEO, où il a été remplacé par un spécialiste de la responsabilité sociale. L'entreprise a depuis diversifié ses usines et ses sous-traitants et est devenue un exemple souvent cité en matière de mesures de surveillance et de pratiques de RSE.

L'affaire Nike a fait grand bruit dans les conseils d'administration et au-delà. L'un de ses effets immédiats est le transfert de la rédaction des codes de conduite du service marketing au service juridique des entreprises. Celles-ci ont également veillé à mettre en place des structures internes de contrôle, parfois très poussées, pour s'assurer du respect en interne des dispositions de leurs codes de conduite, ce qui a renforcé considérablement au passage le contrôle qu'elles exercent sur leur personnel. L'information non financière s'est considérablement développée, sous l'influence non seulement de l'ONU, mais des Etats, des bourses et des investisseurs, notamment les indices et les fonds dits éthiques. Elle tend à se standardiser, sous l'action du *Global Reporting Initiative*, ce qui favorise la mesure et la comparaison des performances dans le temps et entre les entreprises, qui est le fait d'agences de notation sociétales, en plein développement. Les codes de conduite eux-mêmes se sont consolidés, précisés ou officialisés. Ils se sont élargis en codes de secteurs ou en codes-type, dont les dispositions peuvent être négociées avec les parties prenantes, parfois au sein d'organisations internationales, publiques ou privées.

La politique de responsabilité sociale des entreprises est désormais considérée comme une priorité importante pour plus de 80% des cadres dirigeants des entreprises. Les écoles de commerce ont pris conscience de l'importance de l'enjeu et les formations de MBA intègrent à leur programme des cours de RSE et d'éthique des affaires. La régulation des affaires par l'inculcation de cours de morale aux futurs dirigeants suscite parfois un certain scepticisme. On peut le comprendre sauf à considérer que l'éthique en question n'est pas celle des bonnes intentions, dont on sait depuis longtemps que l'enfer en est pavé, mais plutôt celle qu'Aristote susurrerait déjà à l'oreille de Nicomaque. Une éthique qui sait que l'on est rarement moral tout seul, mais qu'en société le comportement de chacun se trouve sous la surveillance de tous les autres. Une éthique de la *phronesis*, si mal traduit en français par la frileuse « prudence », puisqu'elle est la qualité de l'homme d'action, du général ou du pilote de navire (encore lui), qui sait, lorsque le temps est menaçant et la mer incertaine, choisir la route favorable et effectuer les manœuvres adéquates pour mener son embarcation à bon port. La *phronesis*, qualité indispensable, indissociablement liée à l'art de la ruse, dont il vaut mieux être bien doté lorsqu'on s'aventure au grand large de l'océan global. Renonçant à la politique du « tout est permis dans le cadre de la loi », le manager avisé aura compris l'intérêt pour l'entreprise de définir et de promouvoir ses valeurs, d'améliorer et de contrôler ses pratiques, de

*Droit global et régulation*

choisir ses relations et ses partenaires. Il saura même, dans certains cas, utiliser comme alliés objectifs ceux qui épient les moindres gestes de l'entreprise (les *corporate watchdogs*) en utilisant la responsabilité sociale comme contrepoids à la pression aveugle à la maximisation à court terme des dividendes ou à l'augmentation du cours de bourse, qu'exercent, parfois sans discernement ni souci de durabilité, les marchés et les dispositifs de la gouvernance d'entreprise.

Pour autant, il ne faut pas s'exagérer les effets de ce foisonnement d'initiatives ni plus généralement jamais surestimer la puissance du droit ou de ce qui en tient lieu. La clairvoyance et l'humilité qui en résulte sont des conditions de survie dans l'environnement global. La dynamique intéressante de la responsabilité sociale ou sociétale n'empêche pas la course vers le bas de se poursuivre et même de battre son plein. Les salaires demeurent bas et les conditions de travail souvent lamentables. La RSE n'a pas empêché l'effondrement de l'usine de Dacca au Bangladesh, entraînant la mort d'un millier d'ouvrières, ni les travailleurs de l'usine Foxconn en Chine de se jeter par les fenêtres. La nouvelle question sociale est très loin d'être réglée. La lutte pour le droit ne fait en réalité que commencer.

Mais de ce développement spectaculaire et rapide des dispositifs de la RSE, nous apprenons qu'il peut exister des modes de régulation alternatifs ou complémentaires à une réglementation territoriale par les Etats, lorsque celle-ci est défaillante. Cette régulation passe en l'espèce par le réseau des chaînes de production, de distribution et de valeurs. Elle trouve un point d'appui inattendu au niveau de l'entreprise tête de réseau, dont la force de sa marque la rend particulièrement sensible aux jugements du tribunal de l'opinion. Cette force se révèle mobilisable, jusqu'à un certain point, pour édicter et surveiller les conditions de travail d'un personnel qui juridiquement n'est pas le sien, mais qui s'épuise à fabriquer ses produits à l'autre bout du monde.

## Conclusion

Nous savons en définitive peu de chose encore du droit, de ses formes et de ses dispositifs, de ses possibilités et de ses limites. La science des normes est encore dans l'enfance. Ce qui signifie que la marge de progression est importante. Il y a tant de choses encore à découvrir et à inventer. Et il y a d'ailleurs urgence à le faire si nous voulons reprendre le contrôle de notre destin. Archimède demandait un point d'appui pour soulever le monde. Nous cherchons quant à nous quelques points de contrôle pour le réguler. Il faut nous montrer inventifs, non par prédilection pour la nouveauté, mais parce que la société évolue et se transforme et que le droit, pour remplir son office, doit accompagner cette évolution. Il lui faut adapter ses moyens d'action aux phénomènes et aux structures dont il prétend contrôler la validité et

*Benoit Frydman*

corriger le fonctionnement. Pourquoi donc le droit serait-il la seule discipline à ignorer les évolutions technologiques qui transforment et révolutionnent, dans tous les autres domaines, la société et la vie contemporaines ? Il est grand temps de revisiter « la cuisine du droit », selon la savoureuse expression de Christophe Jamin, et de mettre au point de nouvelles recettes.

Nous savons désormais que le « global » ne se situe pas aux confins du monde, mais commence au coin de notre rue, dans le magasin où nous faisons nos courses ou dans l'entreprise où nous travaillons chaque jour, dans les réseaux auxquels nous adhérons et ceux qui nous traversent. Nous avons aussi compris que nous sommes tous des acteurs globaux (même s'il y en a bien sûr de plus puissants que d'autres), ne fût-ce que parce que nous sommes tous directement et nécessairement affectés par les effets de cette globalisation.

**Résumés**

Le droit comme expression de la souveraineté est mis à mal par les transformations de l'économie mondiale. Exemples à l'appui, l'article montre la nécessité de repenser le droit dans un contexte global, en identifiant des modes de régulation alternatifs ou complémentaires à une réglementation territoriale par les Etats. A travers l'étude de points d'appui ou leviers de l'action du droit global, l'article montre combien leur identification peut permettre de corriger certains aspects délétères du fonctionnement de l'économie de marché.

Traditionally, it is understood that State sovereignty is manifested mainly through law. This theory is being challenged by current changes in the global market. The paper exemplifies how important it is to rethink the law in a global environment. To do so, it identifies how regulation can challenge or back existing State territorial regulation. The paper shows how fulcrums or levers in global law can be used to help promote greater justice in the market economy.

**Index**

**Mots-clés** : droit global, norme juridique, norme technique, régulation, responsabilité sociale des entreprises (RSE), utilitarisme

**Keywords** : global law, legal norm, technical standard, regulation, corporate social responsibility, utilitarianism