

La concurrence des normes globales

BENOIT FRYDMAN

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « La concurrence des normes globales », *R.I.D.E.*, 2018, p. 293-304.

DOI de la version publiée : 10.3917/ride.323.0293.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2018-la-concurrence-des-normes-globales>

Benoit Frydman

LE 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.¹

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 les pages qui suivent 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. Dans un premier temps, nous avons examiné comment il était possible de se défendre contre certains effets délétères de la concurrence normative globale. Dans un second temps, nous avons examiné les formes que prennent la normalisation technique et la manière dont elles sont utilisées comme véhicule du droit global. Dans un troisième temps, nous avons montré la nécessité de mettre en place des instances ou des méthodes de régulation de ces formes subalternes du droit.

1. Ce texte est constitué par la collation de plusieurs extraits du *Petit manuel pratique de droit global* de Benoit Frydman (Bruxelles, Académie royale de Belgique, coll. « L'Académie en poche », 2014, 122 p.) que les éditeurs du présent volume ont sélectionnés et compilés avec l'accord de l'auteur.

*La concurrence des normes globales***Techniques des prises et des retournements**

Le droit, plus encore que la sociologie, est un sport de combat. Celui qui veut faire triompher sa cause doit apprendre soigneusement à en maîtriser les techniques. D'autant que celui qui défend une cause juste (ou du moins qui lui paraît telle) a le plus souvent affaire à plus fort que lui, parfois même à très forte partie. Étudiant le problème, Pascal a abouti à une conclusion sceptique : « Ne pouvant faire en sorte que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. » Quel désespoir dans ce cynisme du grand philosophe moderne, qui, reprenant une formule de Montaigne, nous confie que c'est même là le fondement mystique de l'autorité des lois. Ce droit-là ne mériterait certes pas d'être pleuré. Il ne vaudrait pas même le temps passé à assister à ses funérailles. Le droit ne vaut rien s'il ne fait, comme l'a prétendu Nietzsche, qu'entériner la force du plus puissant, en le travestissant, comme l'a expliqué Marx, sous les apparences fallacieuses de la légitimité et de la justice. Le droit que nous aimons, celui que nous espérons, ne cherche pas à justifier ce qui est fort, mais plutôt à renforcer ce qui est juste. Et c'est précisément parce qu'il n'est pas le plus fort, qu'il lui faut maîtriser l'art et les techniques de la ruse.

Les arts martiaux orientaux ont particulièrement développé les techniques de la lutte en situation d'infériorité, en en faisant même la base d'une véritable philosophie. Ainsi, l'aïkido enseigne l'art d'utiliser la force de l'adversaire et de la retourner contre lui-même dans le combat afin de le maîtriser. L'art d'utiliser la force de l'adversaire pour le vaincre n'est pas non plus ignoré des juristes. Il était déjà pratiqué par les sophistes, ces disciples de Métis versés dans les choses du droit, passés maîtres dans l'utilisation des moyens de retourner, à la barre ou à l'assemblée, l'argument puissant de l'adversaire contre lui-même pour persuader l'auditoire. La topique rhétorique enseigne d'ailleurs qu'à tout argument quelconque correspond nécessairement un argument contraire qui peut lui être opposé et le neutraliser.

Les Modernes n'ont pas moins eu recours à l'ingéniosité pour maîtriser et canaliser le Léviathan effrayant, symbole de la force illimitée et incontrôlée de la souveraineté. Les libéraux ont ainsi imaginé la séparation ou plutôt la division des pouvoirs afin de faire en sorte, selon le mot célèbre de Montesquieu, que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Confrontés à l'urgence de la question sociale, leurs successeurs sont parvenus à reprogrammer la loi libérale en instrument de réformes sociales et l'administration de l'État en services publics et en caisse de prévoyance.

Au niveau global, les ressources de l'ingéniosité et de la ruse se révèlent d'autant plus indispensables que l'environnement normatif y est mouvant, instable, compliqué et souvent imprévisible. La lutte

Benoit Frydman

pour le droit en milieu global ressemble à ce jeu d'échecs imaginé par Wittgenstein dans lequel chacun des adversaires a le choix, à tour de rôle, soit de jouer un coup, soit de modifier une règle. Les acteurs du combat, après avoir identifié le point de contrôle qui leur servira de point d'appui, s'appliqueront à trouver la bonne prise pour saisir l'adversaire et tenter de le maîtriser. Ils devront déployer beaucoup d'efforts et de persévérance, et posséder un moral à l'épreuve du découragement. Il faudra en outre savoir faire preuve de souplesse, mais aussi d'invention.

Marc Kasky nous en a donné un bel exemple en saisissant la juridiction californienne, par le moyen d'une loi sur les pratiques commerciales, pour rattraper le géant Nike et le contraindre à contrôler plus sérieusement les conditions de fabrication de ses chaussures dans de lointaines usines d'Asie. D'autres avant lui ont déployé des trésors d'ingéniosité au service des victimes des droits de l'homme, privés de tout recours effectif dans leur pays et de tout accès aux juridictions internationales. Le contentieux transnational des droits de l'homme retourne ainsi la technique du *forum shopping* en moyen de faire répondre devant des juridictions étrangères des personnes suspectées de violation des droits de l'homme dans des États où ils n'ont rien à craindre de la justice.

L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords à Londres en a marqué les débuts de manière spectaculaire. L'action visait à extraditer l'ancien dictateur chilien, bénéficiant de l'immunité dans son pays, à la demande d'un juge d'instruction espagnol, lui-même saisi par des victimes de la junte. Si Pinochet est finalement mort dans son lit, l'arrêt de la haute juridiction britannique a sonné le glas de l'immunité des anciens chefs d'État. Elle a en outre ouvert la voie à leur jugement par la Cour pénale internationale. Cette instance demeure malheureusement affectée par les limitations habituelles des constructions internationales : elle ne peut être saisie par les particuliers ni juger les ressortissants des nombreux États qui n'ont pas ratifié le traité, dont la Chine, la Russie et les États-Unis, pour ne citer que quelques exemples frappants.

Parallèlement, les actions et les techniques du contentieux transnational se sont formidablement développées à l'initiative des plaideurs, des associations de défense des droits de l'homme et du monde académique. Elles ont généré un contentieux croissant notamment contre certaines opérations *off-shore* de grandes entreprises, menées parfois avec le concours et la complicité des États. Les demandeurs ont pris appui sur des législations innovantes, comme la loi de compétence universelle en Belgique, un temps devenue un foyer important de ce nouveau contentieux. Aux États-Unis, des plaideurs ingénieux, alliés à de savants professeurs, ont réveillé une vieille loi de 1789, qui n'avait connu que quelques applications et était tombée depuis longtemps en désuétude, avec laquelle ils sont parvenus à fabriquer une sorte de

La concurrence des normes globales

compétence civile universelle. Les plus grandes sociétés du monde se sont ainsi retrouvées devant des tribunaux américains ou européens pour répondre de certains de leurs agissements lointains. Les États n'ont guère apprécié cette « capture » de leurs juridictions nationales au service d'un agenda de justice globale, perçu comme dangereux tant par le monde politique que par celui des affaires. La loi belge a été abrogée sous la pression américaine et la loi américaine affaiblie par la Cour suprême à la demande de nombreux États et de la Commission européenne notamment. Ainsi se tisse et se défait la toile de la justice mondiale.

Outre le *forum shopping*, les autres instruments de la concurrence régulatoire peuvent être retournés pour combattre les effets délétères de la globalisation. Ainsi, si les indicateurs d'effectivité favorisent la course vers le bas, d'autres indicateurs se mettent en place qui mesurent le niveau de protection des droits de l'homme et des droits sociaux, l'état de l'environnement et celui de la corruption. Aux agences de notation financière, qui disciplinent les débiteurs, répondent désormais les agences de notation sociétale, qui se nourrissent du développement sans précédent et de la standardisation de l'information non financière relative aux entreprises, pour formuler des évaluations, des classements et des index de leurs performances dans les domaines social, environnemental et des droits de l'homme. Bien sûr, il ne faut pas se leurrer au jeu du mimétisme et des métaphores. La notation sociétale ne produit pas pour l'instant et de loin des effets comparables à la notation financière. Mais les experts constatent la montée en puissance et la professionnalisation de cette activité, sur laquelle les grands cabinets globaux d'audit (les fameux *big four*) cherchent à mettre la main. Le secteur de la certification, de l'évaluation et de la labellisation connaît d'ailleurs l'une des plus fortes croissances au niveau global. L'avenir de la notation sociétale, comme d'ailleurs de l'ensemble de la filière de l'information non financière et de ceux qu'elle emploie, sera lié à sa capacité à s'intégrer, à l'instar des notes financières, dans les règlements, statuts et procédures de décision des acteurs publics et privés.

Du bricolage à l'industrie des normes

Dans son beau livre *La pensée sauvage*, Claude Lévi-Strauss fait l'éloge du bricolage. Le bricoleur est celui qui, pour construire ou réparer, s'arrange avec les moyens du bord, c'est-à-dire avec les outils dont il dispose et les matériaux hétéroclites, souvent les résidus de constructions et de destructions antérieures, qu'il a récupérés en pensant que cela pourrait servir un jour. Notre artisan du droit global ressemble beaucoup à ce bricoleur. Dans le processus de destruction créatrice actuellement en cours, les entrepreneurs de normes contribuent à la démolition par la course vers le bas, mais aussi au volet créatif en

Benoit Frydman

mettant au point des dispositifs qu'ils bricolent au départ de matériaux de tous ordres et de toute nature qu'ils empruntent ou récupèrent aux différents ordres juridiques et normatifs. Ils n'ont qu'à se servir dans un environnement saturé de normes, ce qui n'est évidemment pas gage de leur efficacité. Ils ont l'embarras du choix dans la multiplicité des droits nationaux disponibles, la prolifération des normes internationales et des règles de *soft law*, les droits fondamentaux et les principes généraux universels ou proclamés tels.

Ce faisant, nos bricoleurs de normes ne se préoccupent aucunement de la cohérence d'un quelconque système. Ils empruntent d'ailleurs les normes et les procédures à une multitude d'« ordres » différents, dont ils combinent et mélangent allègrement les éléments. Pour autant, ils n'en contribuent pas moins à construire malgré eux les bases du nouveau droit. Le droit, comme la société dont il est un élément, est le produit des actions des hommes, mais non de leurs intentions, ainsi que l'avait justement observé Adam Ferguson dans son *Histoire de la société civile*. Sa construction n'obéit pas à un plan d'ensemble ordonné, dessiné par un grand architecte, mais ressemble à une sorte de maison du facteur Cheval, dont la construction, jamais achevée, est prise en charge par de multiples agents, dont les goûts et les projets diffèrent, voire s'opposent complètement.

Après le stade excitant des découvertes dans les laboratoires du droit global, où les chercheurs exhument des tiroirs de vieilles lois oubliées et mettent au point des prototypes innovants aussi complexes qu'ingénieux, vient cependant celui du passage à la production industrielle et surtout à la distribution des normes, indispensable pour répondre aux besoins et aux attentes d'une très grande société. Reprenons l'exemple de la responsabilité sociale des entreprises. Celle-ci se répand par l'effet d'un mécanisme de contagion viral, particulièrement ingénieux d'ailleurs. L'un des principes premiers de l'entreprise responsable consiste en effet à ne collaborer, dans la mesure du possible, qu'avec d'autres entreprises responsables. Les entreprises les plus importantes ou en position de force font donc pression sur leurs fournisseurs, comme on l'a vu avec l'imposition du code de conduite par Nike à ses sous-traitants, et parfois sur leurs clients, notamment sur leurs filières de distribution exclusive. Ainsi, aujourd'hui, pour construire un immeuble « durable », conformément au cahier des charges imposé par le maître de l'ouvrage public ou privé, l'entrepreneur principal exigera des différents corps de métiers qui lui font offre de montrer patte blanche, par exemple d'exhiber un label environnemental ou, pour les menuiseries, de produire le certificat attestant qu'ils s'approvisionnent en bois durable, conformément aux règles du Forest Stewardship Council par exemple. Un cabinet d'avocats, dont une entreprise multinationale responsable envisage de solliciter les conseils, se verra demander de communiquer son code de conduite et d'expliquer notamment les règles et les procédures qu'il a

La concurrence des normes globales

prises en place pour assurer le recrutement non discriminatoire d'un personnel diversifié et favoriser en particulier la réduction effective de l'inégalité entre le nombre des hommes et celui des femmes parmi les associés.

Nous comprenons donc comment le mouvement de la RSE se diffuse des grandes entreprises vers les PME et même jusqu'aux individus, ainsi que des marchés lointains vers les activités purement locales. Il n'apparaît toutefois pas possible ni raisonnable, non plus que crédible ni fiable, que chaque entreprise se dote de son propre code de conduite et de sa propre procédure de vérification et d'inspection. Comment un professionnel, ayant souscrit des engagements « responsables », qui fait affaire avec un fournisseur ou un client qu'il ne connaît pas, parfois à l'autre bout du monde ou simplement du réseau, pourra-t-il s'assurer que celui-ci est bien lui aussi un partenaire responsable, promouvant les mêmes valeurs et s'interdisant les mêmes pratiques ? Comment pourra-t-il s'assurer que les matériaux ont été extraits de manière durable et les déchets traités correctement, dans le respect de la santé des populations locales, que les produits ont été fabriqués en préservant la santé et la sécurité des personnes et dans des conditions de travail acceptables, que les technologies exportées ne sont pas destinées à des trafics illicites ou à des usages malhonnêtes ? La tâche s'avère en pratique très difficile, sinon impossible.

C'est pour répondre à ce problème qu'a été publiée, en 2012, la norme ISO 26000. Beaucoup plus détaillées que le Pacte mondial (le document fait 127 pages), mais d'application purement volontaire comme celui-ci, « les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » ont été élaborées au sein de l'Organisation internationale de standardisation (ISO), qui regroupe les instituts nationaux de normalisation. Ces normes ont été adoptées au moyen d'une procédure *ad hoc* (c'est-à-dire imaginée pour l'occasion) et au terme d'une négociation associant des représentants de l'ONU et de l'OIT, des entreprises et des syndicats, des États et des instituts de normalisation, etc. Mais pourquoi diable, demanderez-vous, confier à une norme technique des questions de droit aussi importantes et sensibles que les conditions de travail dans l'entreprise, le respect de l'environnement et le traitement des déchets, la corruption et même le respect des droits de l'homme ? C'est ce qu'il faut expliquer en retraçant rapidement l'histoire de ces normes pour comprendre la place centrale qu'elles occupent désormais dans le droit global.

Les normes techniques, également appelées « standards » selon la terminologie anglaise, sont aussi anciennes, sinon davantage, que les règles juridiques. Non loin de la fameuse stèle d'Hammourabi, qui n'est pas un code, mais un recueil de décisions judiciaires, on peut admirer, dans la même salle des antiquités babyloniennes du musée du Louvre, la statue de Goudea « à la règle », un autre roi de Mésopotamie, plus ancien qu'Hammourabi, qui avait homologué certaines

Benoit Frydman

normes de construction et étalons de mesure. Indispensables depuis toujours à la coordination des activités humaines, à la production, mais aussi à la communication (les langages) et au commerce (les poids et mesures, la monnaie), les normes techniques connaissent un développement sans précédent depuis les révolutions industrielles, dont elles sont les indispensables compagnes. Elles permettent la division du travail, notamment par le calibrage et la standardisation des pièces détachées, favorisent la diffusion des innovations et des procédés de fabrication, conditionnent la connexion et l'interconnexion des réseaux de toutes sortes (électriques, ferroviaires, informatiques, etc.).

Au XX^e siècle, les États ont encouragé la création d'instituts nationaux, puis mondiaux, de normalisation, dont l'ISO, qui revêtent, selon les cas, une forme publique, privée, ou souvent mixte. Après la Seconde Guerre mondiale, les normes techniques se sont intéressées toujours davantage d'abord à la sécurité, puis à la qualité des produits. Les standards sont ainsi devenus des normes de processus qui vérifient à chaque étape de la production et dans chacun des services de l'entreprise que non seulement le rendement est le meilleur possible, mais que le produit livré ou le service rendu n'est entaché d'aucun défaut et répond au maximum aux attentes du client. L'ISO a suivi le mouvement et édicté les fameuses normes de qualité ISO 9000 et suivantes. Celles-ci ont bientôt été accompagnées de la série des normes ISO 14000 sur la gestion de l'environnement et à présent par la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises, perçues comme des dispositifs permettant d'améliorer, de mesurer et de contrôler les performances de l'entreprise dans la gestion de ces problèmes sensibles.

Ce virage de la qualité s'est accompagné de deux innovations dans la technologie normative, qui sont d'une importance majeure en droit global. D'une part, le management par les indicateurs de gestion, qui détectent les défauts à tous les stades de la production et mesurent la qualité des produits et services, et de ceux qui les rendent, c'est-à-dire les travailleurs de l'entreprise ou les partenaires industriels ou commerciaux. Nous savons comment ces indicateurs de gestion et toutes les formes d'évaluation et de classement qui les accompagnent, développés au sein des entreprises, ont été transposés aux États et aux services publics, et nous avons vu qu'ils constituent désormais l'un des instruments les plus utilisés et probablement les plus efficaces de la gouvernance globale dans pratiquement tous les secteurs des activités humaines.

D'autre part, l'invention du label, qui signale, à l'intention du public, que tel produit, service, entreprise ou personne est conforme à telle ou telle norme. Le label est délivré par des agents spécialement accrédités par l'organisme de normalisation, qui inspectent et évaluent régulièrement les candidats, aux frais de ceux-ci, et décident de leur octroyer ou non le précieux label. Dans certains cas, l'évaluation

La concurrence des normes globales

elle-même tient lieu de label, indiquant la qualité relative du produit ou de l'intéressé (comme les petites lettres de A à D des agences de notation). Le label révèle ainsi toute une filière de surveillance, de certification et de sanction en aval de l'élaboration du standard technique, qui peut être comparée aux procédures qui assurent la mise en œuvre et le respect ou la sanction des règles de droit classiques.

Bien sûr, il s'agit toujours, en matière de normes techniques, d'engagements volontaires. Mais l'incitation peut être forte, surtout si l'obtention du précieux label constitue une condition préalable à l'obtention d'un marché. La certification par les labels crée des clubs, qui structurent les filières et commandent l'accès à des marchés et l'entrée dans des réseaux. Ils posent d'ailleurs des problèmes délicats aux partisans de la concurrence libre et non faussée. En pratique, leur force obligatoire est souvent irrésistible. Essayez donc d'envoyer un message avec votre téléphone ou votre ordinateur sans recourir (sans même vous en apercevoir d'ailleurs) à la norme GSM ou au protocole TC/TIP.

En Europe, la réalisation du marché unique a fait basculer des pans entiers de législations nationales en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement dans le domaine de la normalisation technique. Le producteur ou l'importateur qui appose le logo de la norme européenne sur son produit (vous le trouverez sur vos appareils électroménagers, les vêtements, les jouets, mais aussi sur le matériel médical, etc.) s'octroie un précieux sésame qui lui ouvre tout grand les portes du marché européen. Il sera très difficile, sauf crise majeure, à n'importe quel État de l'Union d'en empêcher l'entrée et la commercialisation sur son territoire. Les traités transatlantiques prévoient d'étendre ce système. Au niveau mondial, des accords ont été conclus, au sein de l'OMC, sur les obstacles techniques au commerce. Ces accords précisent que les États peuvent faire obstacle à l'entrée et la commercialisation de produits ou services lorsqu'ils se fondent, pour justifier ces mesures restrictives, sur des standards techniques internationaux reconnus, telles les normes ISO par exemple. Ces standards tendent ainsi à devenir les bases du droit global.

La norme ISO 26000 pourrait dès lors devenir la norme globale édictant les bonnes pratiques et les procédures à suivre par les entreprises, ou plus généralement par tous les types d'organisations, publiques comme privées, pour pouvoir être considérées comme socialement responsables. Les entreprises, qui avaient réussi à saboter pendant tant d'années toutes les tentatives de l'ONU de leur assigner des obligations et des responsabilités, auraient donc cédé aux sirènes de la normalisation technique, qu'elles pratiquent tous les jours et qui leur paraît sans doute moins effrayante et moins contraignante que les décisions des organisations internationales.

Benoit Frydman

Les représentants des entreprises, qui ont négocié et donné leur accord à la norme ISO 26000, ont toutefois pris leurs précautions et y ont mis deux conditions. La première, que la norme en question ne puisse être certifiée et donc labellisée. L'ISO en a donné la garantie. Cependant, des dizaines de certifications et de labels ont immédiatement fleuri, proposés notamment par les organismes nationaux de normalisation, comme l'AFNOR en France, qui offre à l'achat, dans sa « boutique » en ligne, la norme NF-ISO 26000, son label et son dispositif de certification. Il semble bien que, sur ce point, les entreprises se soient laissé piéger par l'un des mille tours que la ruse dissimule dans son sac.

La deuxième condition est que la norme ISO 26000 ne puisse être considérée, à la différence des autres normes de ce type, comme un standard international, dont la violation serait de nature à justifier une mesure étatique de restriction au libre échange. Les entreprises ont ici encore flairé le piège : la norme ISO sur la RSE pourrait être brandie pour empêcher l'accès à certains marchés, au marché européen par exemple, de produits ou services qui ne seraient pas conçus dans des conditions acceptables ou par des entreprises responsables. À nouveau, l'ISO leur en a donné la garantie formelle. Il semble bien que les entreprises l'aient cru. L'avenir nous dira si elles se sont montrées naïves ou si, après bien des détours, l'astuce de Koffi Annan aura finalement fonctionné.

La légitimité et l'obsession des formes

Jusqu'à l'arrêt *James Elliott Construction* de la Cour de justice en 2016, le droit européen ne permettait aucun recours contre les normes techniques au motif qu'il s'agissait de normes privées et de surcroît dénuées de tout caractère obligatoire. Cette position compréhensible et logique n'en était pas moins mauvaise, car elle privait la Cour de justice de l'Union européenne, qui veille sur le respect du droit et de nos droits, du pouvoir et des moyens de contrôler ce qui se fabrique dans la grande usine des normes. Car les normes techniques sont partout et pas seulement à l'ISO. Elles envahissent tous les domaines. Elles n'ont plus, comme vous l'aurez compris, de « technique » que le nom, puisqu'elles interfèrent dans tous les aspects de la vie humaine et sociale, y compris ceux qui relevaient classiquement de la délibération politique et de la réglementation par le droit. Elles ne se limitent pas à la finance, à la comptabilité et au commerce, à l'informatique et à la technique (qui, à dire vrai, affectent eux-mêmes tous les domaines), mais ont de longue date envahi également la santé, l'alimentation, l'environnement, le travail et jusqu'au bien-être, qui a désormais son index, de même que le « bonheur national brut ». Les standards et les indicateurs concurrencent de plus en plus ouvertement les règles

La concurrence des normes globales

juridiques classiques et tentent même, lorsque celles-ci se trouvent en situation favorable, d'en prendre le contrôle.

Si le juge européen ou les juristes ne les voient pas, c'est qu'ils n'osent pas ou ne savent pas comment les regarder. Les juristes sont gens de protocole. Ils se montrent très attentifs au respect des formes. On les y a d'ailleurs éduqués. Ronald Dworkin observait ainsi que le juriste, qui s'intéresse à une norme, commence par en examiner le « pedigree ». Serait-il un peu snob ? Disons en tout cas que la naissance et le statut ne lui sont pas indifférents et qu'il se montre sensible à la reconnaissance officielle et aux marques de la souveraineté. Il n'a le plus souvent égard qu'aux normes qui, selon le mot de Chaïm Perelman, sont « revêtues de l'uniforme de l'armée régulière ». La constitution, la loi, le règlement et la jurisprudence, au plan international le traité, mobilisent toute son attention. Par contre, les normes dites « informelles » et les innombrables objets juridiques non identifiés que produit la globalisation l'ennuient. Il les range dans le grand placard de la *soft law*, tellement encombré avec le temps qu'il ne parvient plus à en fermer la porte. Alors, qu'on ne vienne pas lui demander, en plus, de traiter des innombrables normes techniques, des classements et des indicateurs, de protocoles informatiques et des petites lettres des agences de notation !

Ce souverain mépris affiché pour les normes de bas étage (dans la fameuse « pyramide » de Kelsen) ou de piètre origine (dans la théorie des sources formelles) n'est pas dénué de grandeur, mais il apparaît imprudent et les justifications de ce dédain ne résistent guère à l'examen. D'une part, qu'importe que ces normes ne présentent pas un caractère formellement obligatoire, si elles imposent de fait leur emprise et affectent les droits et libertés de ceux qui ne peuvent y échapper. D'autre part, les gardiens du droit déclarent que ces normes ne méritent pas la considération du droit, car elles ne sont pas « légitimes ». Elles ne relèveraient pas du droit puisqu'elles ne sont pas édictées par les autorités établies, dans les formes prévues à cet effet. On tourne en rond.

Pour autant, si le droit ne se préoccupait que de ce qui est légitime, les juristes n'auraient pas beaucoup de travail. Le droit a pour fonction de sanctionner les transgressions, de limiter les débordements, de redresser les torts. C'est son travail de traiter de ce qui le déborde pour le ramener dans l'ordre de la règle. Dès lors, que notre monde soit régi chaque jour davantage par des normes édictées par des institutions qui ne seraient pas « juridiques » ni « légitimes » ne doit pas conduire les juristes à leur tourner le dos, mais au contraire à s'y intéresser davantage. Sauf à pratiquer la politique de l'autruche ou celle du Tartuffe, qui préfèrent cacher ce qui la menace ou ce qu'il ne saurait voir.

Benoit Frydman

Le droit, comme la vie, évolue sans cesse dans ses formes et dans ses structures. Il crée ou reconnaît constamment des catégories nouvelles de normes et d'institutions. Il est urgent qu'il s'occupe sans plus tarder des nouvelles normativités qui montent en puissance et de ceux qui les édictent afin de les soumettre au respect du droit. À défaut, c'est lui qui risque bien d'être contrôlé par elles. Si le droit et les juristes veulent conserver à l'avenir – ce qui est loin d'être acquis – la position dominante que leur avait conférée leur alliance privilégiée avec la souveraineté et l'État moderne, il leur faut impérativement étendre leur domaine d'activité à l'univers des normes. S'ils ne le font pas, ils régneront bientôt sur un domaine déserté, dont la surface se réduit, comme la peau de chagrin de Balzac, à chaque fois qu'on s'en sert pour effacer les conséquences néfastes d'une mauvaise action.

Plus grave, les gens de droit délaisseront à d'autres, techniciens et gestionnaires notamment, le soin de fixer les règles du monde, selon des impératifs d'efficacité et de rendement, d'où sera absent le souci des droits, de la justice et de l'autonomie, auquel nous sommes plus que jamais attachés et alors que nous avons confié au droit la mission de protéger.

Pour qu'ils soient à même de relever ce défi, qui n'est pas mince, il faut revoir fondamentalement la formation des juristes afin de les familiariser à l'étude des normes dans toutes leurs formes et tous les aspects, y compris économiques, sociologiques et techniques, et non plus seulement politiques. Cette formation leur sera d'ailleurs des plus utiles dans l'exercice des professions et des missions qu'ils sont appelés à exercer. Il est grand temps, en particulier, de considérer, à l'université et dans la société en général, le droit et l'économie comme deux points de vue complémentaires et non plus comme deux mondes entièrement distincts et différents, ce qui est absurde et stérile, et handicape considérablement nos capacités d'action.

Conclusion

Nous savons en définitive peu de choses 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

La concurrence des normes globales

validité et 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.

Résumé

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 États. Trois points d'appui ou leviers de l'action du droit global sont abordés (*forum shopping*, responsabilité sociale des entreprises et normes techniques), ainsi que les contentieux auxquels ils ont donné lieu ces dernières années. L'article montre combien l'identification de ce point d'appui peut permettre de corriger certains aspects délétères du fonctionnement de l'économie de marché.

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

Summary: Competing Global Norms

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 types of regulation that would either challenge or back existing state territorial regulation. Three elements that can operate as fulcrums or levers in global law are examined (*forum shopping*, corporate social responsibility, and technical standards), as well as the latest claims they have given rise to in courts. The paper shows how these fulcrums can be used to help promote greater justice in the market economy.

Benoit Frydman

Keywords: global law, legal norm, technical standard, regulation, forum shopping, corporate social responsibility