

Le droit comme matière première et produit fini

BENOIT FRYDMAN

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le droit comme matière première et produit fini », in *À qui profite le droit?*, anthemis, 2020.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2020-le-droit-comme-matiere-premiere-et-produit-fini>

Benoit Frydman

I. Shopping au supermarché des droits nationaux

LIVRONS-NOUS pour commencer à un petit exercice.¹ Munissez-vous, si vous le voulez bien, d'une mappemonde, d'un planisphère ou ouvrez votre Atlas à la carte politique du monde. Contemplant cette carte, vous vous trouvez en position de survol. Votre regard embrasse d'un seul coup d'œil l'ensemble de la planète ou du moins sa représentation. Que voyez-vous ? Sur fond d'une grande masse bleue, qui figure les mers et les océans, une mosaïque de couleurs qui couvre l'intégralité des terres habitées, c'est-à-dire des continents (à l'exception de l'Antarctique, qui demeure souvent en blanc ou n'est pas représenté du tout). Chaque pièce de couleur représente le territoire d'un État, limité par ses frontières. Cette carte du monde, qui nous est familière, encore que sujette à changements, est le paradigme du gouvernement du monde selon le modèle international.

Il n'existe pas de gouvernement mondial central. Les mers sont libres, à l'exception (de plus en plus étendue) des eaux territoriales et de droits spécifiques des États dans leur zone économique exclusive. Quant à l'Antarctique, il fait l'objet d'un statut international spécial, établi par un traité qui « gèle » (pour l'instant) les revendications territoriales de certains États. Pour le surplus, chaque État se voit reconnaître le pouvoir et la compétence de régir souverainement, selon les règles de son propre droit, toutes les affaires et les situations qui se déroulent à l'intérieur de ses frontières ou, plus généralement, qui relèvent de sa juridiction.

La localisation est un critère habituel pour déterminer la compétence de l'État. Ainsi, les États sont-ils compétents pour réprimer les infractions à leur droit pénal commises sur leur territoire ; de même, pour fixer les règles et sanctionner les violations relatives aux conditions de travail ou au respect de l'environnement. Il existe en outre d'autres critères de compétence, comme la nationalité des personnes impliquées, pour les questions qui concernent l'état civil, le mariage ou la famille notamment ; le domicile, en matière fiscale ; ou même le libre choix des parties pour les contrats internationaux.

On appelle « facteurs de rattachement » ces critères qui déterminent quel État sera compétent pour telle ou telle affaire. Des dispositions supplémentaires régissent les cas difficiles, par exemple lorsque la situation implique plusieurs territoires, comme un paiement international, un message envoyé par Internet ou une pollution transfrontalière. D'autres règles indiquent le juge qui sera compétent

1. La présente contribution écrite est constituée d'extraits de l'ouvrage de B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global – L'économie de marché est-elle juste ?*, Bruxelles, Éd. Académie royale de Belgique, 2014, chapitres 4, 5, 6, 8 et 11.

Le droit comme matière première et produit fini

pour traiter de l'affaire et trancher les litiges. L'ensemble de ces règles forme l'une des branches les plus subtiles de la discipline juridique : le droit international privé. Aussi bizarre que cela puisse paraître et malgré ce que son nom semble indiquer, chaque État a le sien propre. Ses règles divergent donc d'un État à l'autre, mais il existe heureusement des conventions entre les États pour tenter de les harmoniser quelque peu.

À présent que vous êtes familier des principes qui gouvernent l'organisation du droit au niveau mondial, poursuivons notre exercice en modifiant notre point de vue. Quittons la position de survol qui était la nôtre en regardant la carte, pour nous projeter à l'intérieur de celle-ci à un endroit quelconque du globe. L'exercice est plus simple qu'il n'y paraît : il vous suffit de prendre votre localisation actuelle. Tandis que vous regardez la carte ou lisez ce manuel, vous vous trouvez à un endroit précis, sur le territoire d'un État souverain, ou alors sur un bateau ou dans un avion, soumis à la loi de l'État dont il bat pavillon.

Vous venez ainsi de passer d'une perspective macrojuridique, dans laquelle vous considériez le système des droits dans son ensemble, à une perspective microjuridique, depuis laquelle nous allons à présent envisager les mêmes règles, mais sous un angle différent et d'un point de vue particulier. Ce point de vue peut être celui de n'importe quelle « personne privée », par exemple une entreprise ou un individu quelconque, comme vous et moi, avec ses caractéristiques propres, ses intérêts, ses valeurs, la situation familiale, professionnelle, patrimoniale, existentielle dans laquelle il se trouve et les projets qu'il ambitionne de mener. La mosaïque des ordres juridiques nationaux, c'est-à-dire les règles de droit des différents États, n'a pas changé depuis tout à l'heure, mais elle se révèle à présent à vos yeux sous un tout autre aspect, non plus celui d'un système d'organisation du monde, mais bien celui d'une somme de contraintes et aussi d'opportunités.

Ici encore, l'exercice est très simple et nous nous y sommes tous exercés, sans nous en rendre compte, en vacances ou en voyage d'affaires. Imaginez que vous souhaitiez accompagner une soirée de détente d'un verre de whisky ou d'un autre alcool local. Selon le pays où vous vous trouvez, la chose sera autorisée ou non, dans certains lieux, à certaines heures et moyennant certaines conditions. Si vous désirez à présent consommer un autre type de psychotrope, comme de la résine de cannabis, la carte des possibles se modifie rapidement et il vous faudra, le cas échéant, envisager de vous déplacer vers un autre pays pour satisfaire votre souhait, en vous munissant, au besoin, d'une prescription médicale appropriée.

Supposons à présent que vous soyez, mettons, un acteur en vue ou un homme d'affaires prospère. Établi en France, vous décidez de franchir le Quévrain et de vous installer de l'autre côté de la frontière,

Benoit Frydman

en Belgique, dont les autochtones ignorent visiblement qu'ils habitent une forme de paradis fiscal. Ou bien, vous êtes Belge et, dans le but de transmettre une partie de votre patrimoine à vos proches, vous vous rendez chez un notaire aux Pays-Bas, qui enregistrera votre donation, sans vous exposer au paiement de droits d'enregistrement en Belgique. La seule condition est de ne pas mourir dans les trois ans, mais vous pouvez vous assurer contre ce risque auprès d'une compagnie d'assurance locale.

Arrêtons-nous un instant sur ces exemples, qui nous permettent déjà de relativiser deux idées reçues sur la globalisation. Premièrement, il faut se garder de confondre le global avec le lointain, les confins du monde, mais aussi avec l'universel. Sur le plan du droit, nous évoluons dans l'environnement global dès lors que nous sortons, même de quelques kilomètres, hors des frontières de la souveraineté ou que nous échappons à son emprise en jouant sur les facteurs de rattachement. Deuxième idée reçue, mais fausse : il faudrait être gros pour jouer global. En réalité, aujourd'hui, presque chacun de nous peut devenir un « global player », un acteur global, sans même quitter son fauteuil. Il nous suffit d'ouvrir notre ordinateur ou notre téléphone et d'accéder à Internet. Le jeu s'ouvre à nous avec ses règles et ses possibilités et la partie commence. On n'y joue d'ailleurs pas forcément que pour de l'argent.

L'essentiel n'est-il pas de vivre heureux comme on est, avec ceux qu'on aime ? Ainsi, l'ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*) publie un planisphère d'aspect différent des cartes politiques habituelles. Il colore les régions du monde selon le statut qui est réservé aux personnes non strictement hétérosexuelles : rouge ou orange pour les persécutions et la répression, vert ou bleu pour la protection contre les discriminations ou la reconnaissance des unions et des partenariats, ainsi que des rapports de filiation, avec des intensités de ton différentes selon les degrés mesurés. Un couple homosexuel peut ainsi, en consultant cette carte qui évolue rapidement dans nos contrées, visionner les pays à éviter, ceux où il est possible de s'installer, de vivre en couple, de voir son partenariat consacré par la loi, avec les droits civils et sociaux qui s'y rattachent, voire de se marier et d'avoir des enfants ou d'en adopter. Autre exemple qui concerne tous les couples, ceux qui souhaitent devenir parents peuvent s'adresser, dans certains pays, à des mères porteuses et même les rémunérer de manière tout à fait licite. Si cette gestation pour autrui n'est pas (encore ?) autorisée chez nous, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'on ne pouvait cependant pour ce motif refuser chez nous l'établissement du lien de filiation avec un enfant porté ailleurs dans ces conditions.

Le principe étant bien compris, passons à présent à un niveau supérieur, disons professionnel. Mettez-vous dans la peau du directeur général d'une grande entreprise par exemple. Vous êtes foncièrement

Le droit comme matière première et produit fini

honnête et respectueux des lois. Vous dirigez et développez votre entreprise en « bon père de famille ». Vous avez une mission à remplir et des comptes à rendre à votre conseil d'administration et à vos actionnaires, qui vous ont fixé des objectifs en termes de rentabilité et de profit. Vous contemplez à nouveau la carte du monde, entouré de vos collaborateurs et de vos conseillers, en train de planifier votre stratégie. Peut-être entendrez-vous avec étonnement, comme ce dirigeant d'une grande banque, votre directeur financier vous demander : « Combien d'impôts souhaitez-vous payer cette année ? » L'impôt serait-il devenu une contribution volontaire, au même titre que le don gratuit que le clergé faisait au Roi sous l'Ancien régime ? Peut-être bien dès lors qu'il y a tant de voies ici et ailleurs pour y échapper de manière licite. Voulez-vous pratiquer, par exemple, la « double irlandaise » et le « sandwich hollandais » ? Rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public, rassurez-vous ! Il s'agit seulement d'une forme de société hybride qui a son siège en Irlande, mais dont les bénéfices sont réalisés aux Bermudes et les titres logés dans une holding néerlandaise. Le géant de l'Internet, Google, qui a pour devise de ne pas être mauvais (« *Don't be evil* »), y a recouru pour ses activités en Europe, en toute légalité. Il a toutefois encouru, il est vrai, les critiques de certains gouvernants européens et d'une partie de l'opinion. La gourmandise, pour ne pas dire la goinfrerie, n'est plus un péché capital, mais demeure quand même un vilain défaut.

Compliquons un peu l'affaire. Vous êtes à présent à la tête d'un groupe industriel diversifié. Où logerez-vous vos usines ? Vous devrez songer à la qualification de la main-d'œuvre bien sûr, mais aussi à son coût et à celui éventuel de la protection sociale. S'agit-il d'une activité dangereuse ou polluante ? Vous considérerez les règles applicables en matière de sécurité, d'environnement et de gestion des déchets, en faisant la distinction entre les « règles de papier » et les exigences réelles sur le terrain et en calculant les sanctions que vous risquez en cas de manquement. Bien d'autres éléments entreront en compte : la sécurité sur place, l'état des routes et le niveau de corruption ; la protection effective de vos brevets ; les risques d'expropriation ou de litiges et la possibilité d'obtenir justice devant les juridictions locales ou un collège d'arbitres. Parmi tous les paramètres que vous devez maîtriser et qui conditionneront vos choix, vous serez amené à considérer les aspects techniques et économiques bien évidemment, mais l'examen des contraintes et des opportunités juridiques tiendra également une place très importante.

Vous êtes désormais engagé de plain-pied dans l'environnement juridique global. L'exercice est pratiquement terminé. Il ne vous reste à présent qu'à ressortir de la carte où vous étiez plongé et à revenir à votre position initiale de survol. Que voyez-vous ? La carte n'a pas changé depuis tout à l'heure, mais elle revêt à présent une tout autre signification. Ce que vous avez devant vous, ce n'est plus un système

Benoit Frydman

ordonné de partage du gouvernement du monde, mais bien un vaste marché global des droits nationaux. L'exploration ne fait pourtant que commencer. Il nous faut à présent analyser comment ce marché fonctionne et considérer les effets qu'il produit.

II. La concurrence régulatoire et la course vers le bas

Le passage par l'approche microjuridique nous a permis de comprendre qu'il n'existe pas d'ordre juridique mondial, mais bien plutôt un marché des droits étatiques. Voyons à présent comment ce marché fonctionne. Du côté de l'offre, considérons dans un premier temps, de manière simplifiée, que les producteurs de droit sont les États qui composent la communauté internationale, soit près de deux cents selon le décompte de l'ONU. Chacun de ces États produit du droit, en plus ou moins grande quantité, selon sa culture et les capacités de son outil de production, soit son système institutionnel et son administration. Le droit constitue un produit complexe ou plutôt une vaste gamme de produits qui couvrent potentiellement tous les domaines de la vie sociale.

Du côté de la demande, on retrouve nos acteurs globaux. Nous savons déjà que cette dénomination rassemble beaucoup de monde, du simple particulier aux grandes entreprises, en passant par les associations et les PME. Tous ceux-ci sont normalement assujettis au droit, mais ils disposent, en fonction de leur statut et de leurs moyens, d'un choix plus ou moins étendu entre différents ordres juridiques auxquels ils ont accès. Certains s'en tiennent au paquet des règles de l'État dont ils ont la nationalité ou dans lequel ils sont établis et auxquelles ils sont habitués. Mais d'autres, de plus en plus nombreux, se montrent plus mobiles ou plus actifs. Ils jouissent de plusieurs nationalités ou multiplient les lieux d'établissement ou exploitent simplement d'avantage les réseaux de communication et de transport pour contracter ici et là des acquisitions, des placements financiers, voire des unions et des liens familiaux. Parmi ceux-ci, les acteurs économiques sont sans doute les mieux à même de profiter des meilleures opportunités, d'autant qu'ils peuvent aisément, comme on l'a vu, dissocier leurs choix en fonction des opérations qu'ils mènent ou selon les différents aspects juridiques de celles-ci.

Du point de vue du consommateur, le marché global des droits offre des opportunités sans nombre, en raison des différences considérables entre les ordres juridiques étatiques. Les règles, tout comme au temps de Pascal, divergent d'un État à l'autre. Il y a en outre d'énormes différences de niveaux d'organisation, d'exigence et de protection entre les ordres juridiques, notamment dans les domaines économique, fiscal, social ou environnemental, mais aussi en matière de démocratie, de

Le droit comme matière première et produit fini

libertés politiques et de droits de l'homme en général, ainsi qu'au niveau des garanties et protections associées à l'État de droit.

La diversité de l'offre et surtout l'ampleur des différences incitent fortement les acteurs globaux à la mobilité. Ceci n'a rien de fondamentalement neuf ou d'imprévu. Dans *La richesse des nations*, Adam Smith notait déjà que les capitaux avaient naturellement tendance à se déplacer vers les régions du monde où ils sont le moins exposés aux taxes et aux prélèvements. Faut-il s'inquiéter de cette concurrence régulatoire au niveau mondial ? Kant voyait au contraire dans l'ouverture des frontières et le développement du commerce international un motif d'espérer. L'accroissement de la mobilité devait encourager les États policés à libéraliser leur régime afin d'attirer ou de retenir les personnes de talent, éprises de droits et de libertés.

Plus près de nous, Friedrich Hayek, qui doit être tenu pour l'un des principaux théoriciens et inspireurs de la globalisation en cours, se réjouit lui aussi de la mise en concurrence des règles. Le libre choix qu'elle permet et l'arbitrage par le marché qui en résulte opèrent la sélection naturelle des règles les plus favorables au développement des sociétés humaines, ce que Hayek appelle le « *nomos* ». Ce *nomos* s'oppose au *taxis*, c'est-à-dire aux mesures et planifications imposées par des organisations administratives étatiques lourdes et rigides, qui supportent mal l'épreuve de la concurrence et sont vouées à se réformer ou à disparaître. Pour certains même, le libre marché des droits fournirait un modèle politique attractif, alternatif au régime de la démocratie représentative. Les citoyens, plutôt que d'élire à intervalles réguliers les gouvernants chargés de faire les lois, choisiraient directement, parmi l'éventail des règles existantes, celles qui leur conviennent ou leur paraissent les meilleures ou les plus justes.

Ces théories ne sont pas demeurées sans effet sur le plan politique, loin de là. Dans les années 1980, les élèves de l'École de Chicago et les disciples de Hayek ont alimenté les rangs des administrations de Reagan et Thatcher et inspiré bon nombre de réformes. Ils ont notamment accompagné la dérégulation des marchés financiers par le démantèlement parfois brutal, comme dans le cas du « Big Bang » de la City à Londres en 1986, du système de réglementation, de surveillance et de cloisonnement qui était le fruit de la crise de 1929. Ajoutez à cela la libéralisation effective des mouvements de capitaux en Europe en 1990 et les effets des programmes d'ajustement structurel et d'ouverture de leur économie, imposés par le FMI et la Banque mondiale aux États en contrepartie des aides financières. Vous aurez ainsi réuni les conditions d'un libre marché financier global. Dans le même temps, l'abaissement des barrières tarifaires et non tarifaires aux échanges, couplé à la réduction des coûts de transport et à la révolution des technologies de l'information et de la communication, ont favorisé le développement spectaculaire du commerce mondial et

Benoit Frydman

des échanges, ainsi que la croissance économique dans de nouvelles régions du monde.

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 empirique cette fois. 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. La main-d'œuvre est demeurée beaucoup plus sédentaire, notamment en raison des entraves à l'immigration qui n'ont pas disparu. 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 ». Cette orientation à la baisse du niveau de régulation se trouve accentuée par des pratiques de dumping réglementaire auxquelles se livrent certains États pour conserver ou restaurer l'avantage concurrentiel que procure un moindre niveau d'exigences normatives. Tel est le cas notamment des « 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 les États nouveaux venus dans la compétition internationale, dont le niveau de développement et de régulation, ainsi que le niveau de vie de la population sont particulièrement faibles. Il existe en outre de véritables zones de non-droit, correspondant aux territoires d'États fantoches ou 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'États existants. Il n'y a pas de taille minimale pour constituer un État. 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. Au sein même des États, des zones franches sont créées, soumises à un régime juridique particulier, favorable au développement des affaires. On en trouve sur tous les continents, aux Émirats, au Nigeria, à Singa-

Le droit comme matière première et produit fini

pour, au Brésil et la plus célèbre d'entre elles est sans doute en Europe, la City de Londres, sans parler des territoires britanniques 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 soit dans l'espace virtuel de l'Internet, soit sur des plateformes installées en haute mer, en dehors des eaux territoriales des États 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 le 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. Les vaisseaux en traversent les immenses étendues pour y mener leurs affaires, voguant d'île en île et de comptoirs côtiers en petits paradis lointains. 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 américaine, « *the race to the bottom* » (car la globalisation juridique, on l'aura compris, parle principalement anglais) date en réalité des années 1930. Les économistes Berle et Means désignèrent ainsi les effets de la concurrence farouche que se livraient certains États fédérés pour inciter les sociétés commerciales à s'installer de préférence chez eux. Pour ce faire, les États réduisaient, à coup de législations successives, les formalités de constitution, les taxes et les contraintes en matière de fonctionnement des personnes morales, y compris au détriment des intérêts des créanciers, des actionnaires et du public. Le phénomène est parfois qualifié aussi d'« effet Delaware », du nom de cet État américain qui tient depuis longtemps la corde et s'est fait une spécialité de maintenir son droit des sociétés constamment à jour en s'alignant (à la baisse) sur les réformes entreprises dans les autres États. Le Delaware abrite d'ailleurs aujourd'hui près de 60 % des sociétés cotées américaines, dont la même proportion des cinq cents sociétés les plus capitalisées, ainsi que nombre d'entreprises d'origine étrangère, qui ont décidé de s'y implanter.

Ce phénomène était en réalité né en Europe dès la seconde moitié du XIXe siècle, lors de la « première mondialisation ». Les États européens entrèrent les premiers en compétition en libéralisant à qui mieux mieux, en quelques années à peine, la création des sociétés par actions et à responsabilité limitée, auparavant soumises à une autorisation spéciale du gouvernement. Ils voulaient ainsi susciter et attirer à eux de nouveaux courants d'affaires et stimuler les projets

Benoit Frydman

d'investissement en favorisant la levée des importants capitaux nécessaires à la construction de voies de chemin de fer et d'autres grands travaux et entreprises. 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 dans leur patrimoine une masse gigantesque d'actifs, en même temps qu'elles emploient, commandent et fournissent leurs principaux revenus à des millions de travailleurs à travers le monde.

De nos jours, le même phénomène se reproduit au sein de l'Union européenne. Après l'échec des tentatives d'harmonisation du droit des sociétés et de la forme de la société européenne, l'Union favorise ouvertement la concurrence entre les États membres quant aux règles de gouvernance des sociétés. L'absence d'harmonisation fiscale et sociale a créé les conditions favorables à une concurrence régulatoire intra-communautaire, qui fait désormais clairement sentir ses effets. Ceux-ci sont renforcés par la pratique, qui se généralise, du « détachement » des travailleurs, qui revient en substance à employer dans un pays une main-d'œuvre aux conditions (moins chères et moins protectrices) fixées par un autre État de l'Union. 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.

III. La chaîne de production du droit global

S'il est possible de développer des activités économiques en se passant des économistes, il est beaucoup plus difficile de « faire du droit », comme on dit, sans en appeler à des juristes. En effet, les juristes ne sont pas seulement des observateurs du droit. Ils ne se contentent pas d'en étudier les lois afin d'en prédire les évolutions et de conseiller les opérateurs. Ils en sont les médiateurs actifs et ils interviennent directement à toutes les étapes de la chaîne de production et de distribution du droit.

Le schéma d'un marché global réduit aux États producteurs de droit se révèle dès lors simpliste et abstrait. Il est trop empreint d'une sorte de physique sociale, qui donne aux phénomènes qu'elle décrit ou prédit l'apparence à la fois d'un phénomène spontané ou automatique et d'une fatalité implacable. Elle ne fait pas la part qui lui revient à l'imagination et à l'action des hommes qui conçoivent, fabriquent et commercialisent les différentes pièces de l'engrenage.

Le droit comme matière première et produit fini

Les États produisent du droit, mais ils ne sont pas les seuls. Ils produisent en réalité la matière juridique première, qui sera ensuite transformée à l'initiative d'hommes de loi, qui inventent et mettent au point pour leurs clients des véhicules juridiques adaptés à leurs activités et à leurs opérations : création de personnes morales et structures de groupes, chaînes de contrats, instruments financiers, montages fiscaux, etc. Les grands cabinets d'affaires se présentent désormais comme des « *global law firms* », expression qui revêt une double signification. D'une part, elle signale leur ambition d'entreprises globales, ayant des bureaux dans les principales places d'affaires du monde, à l'instar des sociétés multinationales qu'elles ont pour clients, auxquelles elles proposent une prise en charge globale de leurs services juridiques, quel que soit le lieu de l'affaire ou de l'opération. D'autre part, et de manière complémentaire, ces cabinets constituent également de véritables fabriques de droit global, où sont mis au point et montés les structures, instruments et autres véhicules, à destination des acteurs économiques globaux. Ces firmes sont donc des producteurs actifs de droit dans l'environnement global. Elles transforment la matière première des droits nationaux, dont elles n'hésitent pas à combiner les éléments (comme on l'a vu, par exemple, pour la double irlandaise et le sandwich hollandais) pour bricoler de subtils mécanos qui permettent d'organiser les opérations transfrontalières, dans tous leurs aspects économiques, sociaux, financiers, fiscaux, etc., au mieux des intérêts de leurs clients.

Ces juristes globaux n'appartiennent pas tous au cercle fermé (et qui se prétend « magique ») des grands cabinets d'affaires anglo-saxons. Beaucoup opèrent dans des structures plus modestes et plus discrètes, des PME du droit, des cabinets de niche, hautement spécialisés dans un secteur ou un produit particulier, parfois même à titre individuel. Ils ne travaillent d'ailleurs pas tous pour les multinationales, mais aussi pour leurs adversaires, ainsi que pour certaines associations et les pouvoirs publics, à tous les échelons. Très mobiles, sinon nomades, ils interviennent à chaque maillon de la chaîne de la production. En amont, ils conseillent en experts les États ou les villes qui souhaitent améliorer leur position dans la compétition globale. Ils peuvent leur proposer des « kits » législatifs ou leur offrir un service sur mesure de réformes spécialement adaptées à leur situation et à leurs besoins spécifiques. La préparation de la Constitution du Soudan a ainsi été confiée à un grand cabinet de Los Angeles.

On trouve ensuite des créatifs, inventeurs et ingénieurs qui conçoivent les structures plus ou moins complexes, mais aussi, comme nous le verrons, ceux qui forgent les instruments de la contre-attaque. Les produits juridiques ainsi mis au point sont ensuite spécifiés, standardisés, localisés pour être ensuite distribués tout au long de la chaîne économique jusqu'au consommateur de droit final, qui n'aura plus qu'à les entériner par une signature ou même d'un simple clic.

Benoit Frydman

Ainsi, 90 % des ventes de produits dérivés à travers le monde, qui représentent un marché global de vingt-cinq mille milliards de dollars, sont réalisées selon les termes d'un contrat standard, mis au point par un cabinet d'avocats.

Mais la chaîne ne s'arrête pas là, car il faut encore assurer, c'est particulièrement important en droit, le service après-vente. L'installation d'appareils juridiques globaux est une opération d'autant plus délicate qu'elle concerne toujours non seulement le client, mais également d'autres acteurs avec lesquels celui-ci se trouve en relation. Il est donc nécessaire d'aménager les contrats et de négocier les codes de conduite avec les partenaires commerciaux, les fournisseurs et les clients, les travailleurs et les syndicats. Il faudra en outre gérer les difficultés et surmonter les réticences des administrations et du fisc. Et bien entendu, quand cela ne passe pas, qu'un accident ou une attaque se produit, il faudra affronter ou prendre l'initiative du procès, où à nouveau l'avocat se trouve au centre du jeu.

Un jeu qui se complique singulièrement dans les affaires globales, puisqu'au marché des lois s'ajoute à présent celui des juges (« *forum shopping* »). L'accès aux juridictions internationales étant pour l'essentiel réservé aux États, il faudra s'adresser à un juge national pour trancher le litige. Mais lequel ? Comment saisir le « bon » juge ou échapper à celui que l'adversaire veut vous imposer, comment résoudre les conflits de juridiction ou au contraire les multiplier, et, si l'on parvient enfin à obtenir une décision favorable, recourir à un autre juge encore pour la faire exécuter à l'autre bout de la planète. C'est tout l'art difficile du contentieux transnational que pratiquent des avocats spécialisés.

À moins que, pour échapper à la justice des États, on ne confie le contentieux à des arbitres. Ces juges privés, spécialisés notamment dans les affaires du commerce mondial, qui sont en réalité eux aussi le plus souvent des avocats, forment une catégorie particulière, très prisée au sein des *global lawyers*. Leur juridiction s'étend sans cesse dans l'environnement global. Elle s'impose désormais aux États eux-mêmes, qui acceptent par traités de leur soumettre tous les litiges relatifs aux investissements étrangers. Un tribunal arbitral vient ainsi de condamner la Russie à payer 50 milliards de dollars aux anciens actionnaires du géant pétrolier Youkos ; tandis que d'autres arbitres tentent de bloquer ou de contrer la condamnation par la justice équatorienne de la société Chevron-Texaco au paiement d'une dizaine de milliards de dollars en réparation de plusieurs décennies de pollution. Dans l'Union européenne, l'introduction d'une clause d'arbitrage de ce type dans les traités commerciaux en négociation avec le Canada et les États-Unis suscite une intense controverse politique. Tandis que des ONG se sont lancées, non sans quelque succès d'ailleurs, à l'assaut de ces procédures d'arbitrage, afin de les rendre plus transparentes et

Le droit comme matière première et produit fini

d'y faire entendre leur avis, en obtenant le statut d'« ami de la Cour » (*amicus curiae*).

Mais il n'y a pas que dans les gros litiges commerciaux et financiers que la justice privée tend à se substituer à celle des États. C'est également le cas des innombrables petits différends qui se multiplient, notamment sur Internet, à mesure que se développe le commerce électronique. L'ingénierie juridique se montre ici aussi à pied d'œuvre pour concevoir et faire fonctionner des procédures et modes alternatifs de règlement des conflits. Plusieurs millions de litiges sur la plateforme eBay sont ainsi réglés par un processus de médiation en ligne, géré automatiquement par un logiciel. L'ICANN, responsable des noms de domaine qui identifient les sites sur le réseau, a mis au point des procédures d'arbitrage pour régler les différends engendrés par l'attribution et l'usage de ceux-ci. Le système de paiement en ligne PayPal, qui parvient jusqu'ici à échapper, par un mécanisme ingénieux, à l'application des règles bancaires, recourt lui aussi à l'arbitrage pour le règlement des litiges, de même que le système d'échange de fichiers Dropbox.

Une justice virtuelle disséminée se met ainsi chaotiquement, mais frénétiquement en place sur le réseau global où, faute de pouvoir appliquer simultanément les différents droits de la planète, les nouveaux « juges » préfèrent souvent s'en référer aux principes d'un droit global qu'ils contribuent en fait à créer. Tel est également le cas des arbitres globaux qui, plutôt que de décider quelle loi nationale doit s'appliquer au litige, s'en réfèrent aux principes généraux du commerce mondial et de l'arbitrage international. Ainsi se boucle le cycle de production du droit global, lorsque les juristes globaux chargés de trancher les litiges deviennent à leur tour les producteurs de la matière première d'un droit nouveau.

IV. 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 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

Benoit Frydman

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 la 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 font 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 le revenu 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 fabriqués 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'État libéral en ce que nous appelons l'État social, l'État 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 États-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'État. Ils sont passés à la postérité comme les fondateurs de l'École de Bruxelles.

Le droit comme matière première et produit fini

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 d'abord à rembourser la dette publique, c'est-à-dire à procurer des revenus au capital, 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'État providence prend ainsi potentiellement la tournure d'une crise politique majeure, par le risque de désaffiliation de plus en plus large, d'abord des populations les plus défavorisées, puis des classes moyennes elles-mêmes, soumises à forte contribution financière, mais inquiètes 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 croissant de citoyens se laisse tenter par un retour à des solidarités plus « chaudes », de type communautaire ou religieux, 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'État social menace de couler, sans que le paquebot européen ne semble en mesure de prendre le relais.

À 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 beaux 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 son 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, renvoyés à notre égoïsme et cramponnés à notre héritage et à nos droits acquis, tandis

Benoit Frydman

qu'on nous explique que la 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'État 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 tenter 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 des forces de l'économie de marché repose avec force et à l'échelle d'une population mondiale plus nombreuse que jamais, 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.

V. 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 même particulièrement inventives et ingénieuses dans le recours aux techniques de la ruse. Ainsi, Kofi Annan, secrétaire 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 relatifs 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'est pas beaucoup demander certes, mais, en dehors de l'espace souverain, on n'attire pas les mouches avec du vinaigre. De fait, des milliers

Le droit comme matière première et produit fini

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 nom des Nations Unies. L'ONU fut d'ailleurs bientôt contrainte, pour gérer ce succès et limiter les abus causés par un trop grand enthousiasme, d'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'Organisation Internationale du Travail (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 après que l'Organisation Mondiale du Commerce (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 États, 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 États. Les termes de cette déclaration apparaissent en outre en recul et beaucoup moins précis 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 juriconsultes francophones ont longtemps traduit par « droit mou » ou « droit flou » et plus récemment, de manière moins méprisante, par « droit souple ».

Mais, à quoi bon un droit souple si l'on dispose déjà, au niveau international, d'un droit pur et dur ? C'est que ce droit international n'est applicable qu'aux États 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 États défaillants les entreprises elles-mêmes pour faire respecter ces principes. 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 possible 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 » (RSE) et mise en œuvre dans des « codes de conduite », que les entreprises s'imposaient en quelque sorte à elles-mêmes, souvent sous la pression de l'opinion ou de certaines ONG. Comme l'a très bien expliqué Beccaria déjà à la fin

Benoit Frydman

du XVIII^e 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 fabricant de jeans Levi Strauss avait ainsi édicté le premier code de conduite d'entreprise. Il sera 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 du droit. Il s'agissait d'engagements purement « moraux », ayant le statut de *gentlemen's agreement*. Dès lors, on n'y allait pas de main morte 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 ni émancipées des bonnes vieilles

Le droit comme matière première et produit fini

croyances du nationalisme juridique. Certaines allaient bientôt apprendre qu'on ne se risque pas ainsi impunément dans la jungle des normes globales. Elles n'avaient pas vu, 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 Niké, 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, profite des opportunités 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 nuisibles à leur santé, en particulier en raison des émanations toxiques qui provoquent de graves maladies respiratoires. Nike lui-même ne possède pas d'usines. Il s'adresse à des sous-traitants, à l'époque principalement un groupe taïwanais, qui exploite les différents sites de production. En Indonésie, une grève massive secoue les usines où sont fabriqués les produits Nike. Celles-ci 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.

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 États-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, coïncé 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

Benoit Frydman

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 États-Unis pour avoir été le premier ambassadeur noir à l'ONU, durant 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 avoir 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 tendu 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 en fait 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 États-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, 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. Elle a eu pour premier effet le transfert 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.

Le droit comme matière première et produit fini

L'information non financière s'est considérablement développée, sous l'influence non seulement de l'ONU, mais des États, 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*. Ceci facilite la tâche d'agences de notation sociétales qui mesurent et comparent les performances des entreprises. Les codes de conduite eux-mêmes se sont consolidés, précisés ou officialisés. Leur champ d'application s'est élargi en codes de secteurs ou en codes types, 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 management intègrent à leurs programmes 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 traduite 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 devient 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 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 exagérer les effets de ce foisonnement d'initiatives ni, de manière générale, surestimer la puissance du droit ou de ce qui en tient lieu. La clairvoyance et l'humilité 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 s'intensifier. Les sa-

Benoit Frydman

lares 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 États, 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, propriétaire de la marque. La notoriété de celle-ci fait sa force, mais l'expose par là même et la rend vulnérable ou à tout le moins 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 ou au coin de la rue. Nous venons ainsi de faire connaissance avec un « point de contrôle », notion importante dans la dynamique du droit global, qu'il nous faut à présent approfondir.