

Petit manuel pratique de droit global

BENOIT FRYDMAN

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Ed. de l'Académie Royale de Belgique, col. « *l'Académie en poche* », 2014 (124 pp.).

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/book/2014-petit-manuel-pratique-de-droit-global>

Benoit Frydman

À mon père, qui m'a appris à regarder autrement.

« Vous ne pouviez vivre plus longtemps
dans le domaine de la règle ; aussi vous avez dû entrer
dans le domaine de la lutte. »

Michel Houellebecq

Remerciements

Je remercie Jean-Pierre Hansen et Hervé Hasquin, sans lesquels ce livre n'aurait pas existé. Je remercie également mes confrères de l'Académie, Bruno Colmant, Xavier Dieux, Alain Eraly et Philippe de Woot pour leurs encouragements constants et leur amicale complicité dans cette entreprise. Je suis très reconnaissant en outre à Sophie de le Court, Gregory Lewkowicz et Stefan Goltzberg pour leur relecture très vigilante de ce texte et leurs suggestions pour l'améliorer. Je suis cependant seul responsable des erreurs qu'il contiendrait encore.

1. Mode d'emploi

CET ouvrage s'inscrit dans la série *L'économie est-elle juste ?* Cette question comporte deux volets. Les règles de l'économie de marché sont-elles justes en soi ? À défaut, peut-on en rendre le fonctionnement juste ou plus juste par l'établissement de règles adéquates ? Cette seconde question peut être prise en charge par le droit.

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 une partie des ressources produites par celle-ci. La survie de ce modèle et son financement sont aujourd'hui en péril, remis en cause par les transformations en cours dans l'économie mondiale.

La construction européenne et la mondialisation nous imposent 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

Petit manuel pratique de droit global

de l'économie de marché pour assurer une répartition juste des ressources et le fonctionnement équitable du système ? Cela a déjà été tenté, sans succès, et rien n'indique qu'il convienne de persévérer 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 ceci n'est pas seulement l'affaire des États et de nos gouvernants, mais bien de chacun d'entre nous, comme on le verra dans ce livre, que nous soyons acteur dans les entreprises, militant d'association, juriste de formation ou simple citoyen.

Ce livre se présente donc sous la forme d'un petit manuel pratique de droit global à l'usage de tous. Le lecteur y trouvera les connaissances de base pour survivre et s'orienter dans la jungle proliférante des normes globales, un kit de bricolage pour la construction et la mise en œuvre de dispositifs de régulation et une initiation aux techniques de la lutte pour le droit dans l'environnement global.

Les pages qui suivent s'appuient sur les recherches et travaux que nous avons menés en équipe au sein du Centre Perelman de philosophie du droit de l'ULB, depuis une quinzaine d'années. Ceux-ci sont conduits selon la méthode pragmatique caractéristique de l'École de Bruxelles.

2. Très brève histoire du droit mondial

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

Ce droit minimum, qui régit les relations avec l'autre, l'étranger, deviendra le « droit naturel » en tant qu'il vaut pour tous les êtres humains, lesquels ont en partage la nature humaine. L'idée du droit naturel et des gens sera reprise, à l'époque des grandes découvertes et de la colonisation du monde, pour déterminer le régime juridique applicable aux Indiens et aux peuples indigènes.

Dans cette Europe moderne, l'idée d'une loi unique relève aussi du projet d'établir le gouvernement de la raison. Si le droit et la justice reposent sur la raison, ils doivent nécessairement être universels comme elle, même si l'observation des réalités n'incline guère en ce

Benoit Frydman

sens. S'interrogeant sur la maîtrise du monde par l'homme, Pascal se demande ainsi : « Sur quoi fondera-t-il l'économie du monde qu'il veut gouverner ? » Et d'ironiser, à la suite de Montaigne, sur la possibilité de la fonder sur le droit : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà. »

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

L'ambition de ce droit naturel, rationnel, universel et laïc est de préserver la paix, que les philosophes des Lumières rêveront de rendre « perpétuelle », mais aussi de combattre l'injustice où qu'elle se produise, puisque désormais, comme le constate déjà Kant à la fin du 18^e siècle, « toute atteinte au droit en un seul lieu de la terre est ressentie en tous ».

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

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

Petit manuel pratique de droit global

dans le contexte du capitalisme triomphant et de l'impérialisme colonial.

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

D'autres « internationalistes », réformistes et pacifistes, s'attèlent cependant à construire les structures favorisant l'émergence d'une société mondiale plus juste. Issus d'Europe et d'Amérique, ils unissent leurs efforts et se réunissent notamment au sein de l'Union des associations internationales, créée par deux juristes hors norme de l'École de Bruxelles : Henri Lafontaine et Paul Otlet. Lafontaine sera récompensé par le Prix Nobel de la Paix en 1913. Paul Otlet, à qui l'on doit entre autres l'invention du terme « mondialisation », est aussi un précurseur génial des sciences de l'information et de l'Internet. Ensemble, ils ambitionnent de mettre en fiches la totalité des œuvres scientifiques et culturelles du patrimoine mondial (plus de 15 millions de fiches seront effectivement rédigées au fil des ans) et d'y donner accès à tous pour favoriser le progrès des savoirs et l'entente mutuelle.

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

Le choix du modèle économique structure alors la division du monde en deux blocs. Les États nouveaux issus de la décolonisation sont sommés de choisir leur camp et tentent tant bien que mal de conquérir leur souveraineté effective, notamment sur leurs ressources naturelles. Le continent eurasiatique, qui abrite la majorité de la population mondiale, est communiste, sauf aux deux franges extrêmes de l'archipel nippon et de la péninsule de l'Europe occidentale et des îles britanniques. Dans cette pointe extrême de l'Occident, le règlement

Benoit Frydman

de la question sociale se négocie à l'intérieur des frontières nationales. Les termes du compromis qui aménage la redistribution s'établissent en fonction du rapport des forces économiques et politiques, notamment de la proximité et de l'urgence de la « menace communiste ». Ainsi s'opère la transformation progressive de l'État libéral en État social ou État providence.

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

En 1989, la chute du mur de Berlin, entraînant deux ans plus tard celle de l'Union soviétique, consacre la victoire sans partage de l'économie de marché, dont le domaine s'étend désormais à l'ensemble du monde. La dérégulation financière, l'abaissement du coût des transports, qui favorise le redéploiement de la production industrielle dans les pays à très bas coûts de main-d'œuvre, la révolution de l'Internet et des réseaux de communication, tissent les mailles d'un vaste réseau global, sinon universel. Car ce « village global », qui n'a jamais été aussi peuplé, est profondément marqué par les inégalités, plus fortes que jamais, et par les divisions qui font obstacle au règlement commun de problèmes de plus en plus pressants, dont l'Humanité semble avoir peine à prendre conscience et en tout cas à prendre la mesure.

Les questions de la gouvernance globale, mais aussi du droit global, et donc celle de la justice qui en est inséparable, se posent donc à nouveau et dans l'urgence. Ce droit global, que l'on pouvait croire hier encore réservé aux rêveurs et aux idéalistes, s'impose désormais, sinon avec la force de l'évidence, du moins avec celle de la nécessité.

3. Autoanalyse de la névrose du déclin

Pour aborder globalement la question de la justice et du droit, il est utile de prendre conscience de l'état d'esprit dans lequel nous percevons aujourd'hui les transformations historiques en cours, qu'il est convenu de désigner par les termes « mondialisation » ou « globalisation ». Cet état d'esprit est loin d'être uniforme et universellement partagé. Les sentiments suscités par la marche de l'histoire et les récits qui en sont produits varient sensiblement selon les régions du monde et les classes sociales. La globalisation représente pour certains l'espoir de sortir de la misère et d'accéder à la croissance et à la consommation ou l'opportunité de profits et d'entreprises nouvelles, de formes de vie inédites. D'autres la perçoivent au contraire comme

Petit manuel pratique de droit global

une menace pour leur culture et leur identité, leur mode et leur niveau de vie. Certains la ressentent plus violemment encore comme une crise profonde, porteuse d'un terrible danger, l'annonce de cataclysmes irrémédiables et de conflits mortifères.

Une partie de la « vieille Europe », tout comme d'autres régions privilégiées, appréhende avec morosité et même avec une angoisse perceptible l'évolution d'une histoire dont elle avait rêvé un temps de pouvoir arrêter le cours. N'entendons-nous pas tous les jours les prophètes de malheur, mais aussi toutes sortes d'experts, nous annoncer à grands cris ou laisser entendre *mezzo voce* que serait venu le temps du déclin de l'empire américain et, pour l'Europe, celui de sortir discrètement, sur la pointe des pieds, d'une histoire du monde, qu'elle aura tant contribué à façonner, mais où elle n'aurait plus désormais sa place ?

Un petit exercice d'autoanalyse nous aiderait peut-être à ne pas succomber trop vite à ce vertige de la chute et à ne pas sombrer immédiatement dans la dépression. Car ces récits nous laissent une forte impression de déjà-vu. Est-ce dû à sa position géographique ou à son nom, qui désigne l'endroit où le soleil décline et se couche, l'Occident semble avoir été hanté, dès l'origine, par le mythe du déclin. Bien des siècles avant qu'Oswald Spengler ne fasse du déclin de l'Occident, le titre et le thème d'un best-seller au sortir de la Première Guerre mondiale, Hésiode nous décrivait déjà, dans *Les travaux et les jours*, les hommes tristement plongés dans l'âge de fer et se dirigeant vers une période plus sombre encore où « il ne restera plus aux mortels que les chagrins dévorants, et leurs maux seront irrémédiables ». Les premiers Chrétiens attendaient la fin du monde comme imminente et le syndrome de l'Apocalypse se rappelle régulièrement depuis lors à notre souvenir, comme la soi-disant terreur de l'An Mil et sa répétition comique avec le bug de l'an 2000. Enfin, la décadence de l'Empire romain nous a fourni pendant des siècles un thème inépuisable de rumination morbide et de projets de répétition, que nous n'avons pas encore fini de ressasser.

Faut-il mettre ces symptômes sur le compte d'une nature anxieuse ? Sans doute, mais en nous rendant compte que cette peur de la mort exprime aussi l'énergie de la vie. N'est-ce pas elle qui a encouragé les Européens à se projeter toujours vers l'avant, à la recherche de grandes découvertes et de nouvelles aventures ? Et elle aussi qui nous a aidés à rebondir après de vraies catastrophes ? Encore au siècle dernier, l'Europe n'a-t-elle pas réussi à triompher de la pulsion de mort, qui l'avait poussée au suicide de la Première Guerre mondiale puis à la déchéance et aux crimes du fascisme et du nazisme ? Détruite, tombée du faite de sa puissance au fond du gouffre et ayant perdu son âme dans le néant absolu de l'enfer d'Auschwitz, ne s'est-elle pas redressée une fois encore pour se développer de plus belle au cours des « Trente glorieuses » ? Cette période de prospérité économique,

Benoit Frydman

que l'on nous dépeint aujourd'hui comme le lointain âge d'or de notre modèle social, à nous autres hommes de l'âge de fer, promis au malheur et aux chagrins...

Prendre conscience de cette obsession du déclin, de la décadence et de la chute est sans doute indispensable si l'on veut échapper à la fatalité de l'inexorable répétition de ce qui n'a pas été analysé. Il ne s'agit pas pour autant de refouler sa peur en sifflotant avec insouciance l'hymne de la mondialisation heureuse. Il convient seulement de ne pas céder à la panique, qui est le plus souvent mauvaise conseillère, et d'amener notre esprit à regarder, sans trop les déformer, les réalités en face. Tous les hommes ont naturellement le désir d'apprendre et de connaître, nous enseigne Aristote. Connaître le monde pour nous comprendre nous-mêmes et les autres, telle semble être la première tâche confiée, depuis la Grèce, à la philosophie. Même s'il ne suffit pas d'avoir compris le danger pour le conjurer ni de prévoir un malheur pour l'éviter. La connaissance n'est qu'un préalable à l'action, mais un préalable souvent utile pour concevoir une stratégie efficace.

Commençons donc par analyser clairement la dynamique à l'œuvre pour en démonter le mécanisme.

4. Shopping au supermarché des droits nationaux

Livrons-nous pour commencer à un petit exercice. 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

Petit manuel pratique de droit global

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 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, 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

Benoit Frydman

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 Quiévrain et de vous installer de l'autre côté de la frontière, 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 strictly hétérosexuelles : rouge ou orange pour les persécutions et la répression,

Petit manuel pratique de droit global

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 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 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 dangereux ou polluante ? Vous considérez les règles applicables en

Benoit Frydman

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 plein 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 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.

5. La concurrence réglementaire 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

Petit manuel pratique de droit global

sont habitués. Mais d'autres, de plus en plus nombreux, se montrent plus mobiles ou plus actifs. Ils jouissent de plusieurs nationalités, 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 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 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 en charge 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.

Benoit Frydman

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 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

Petit manuel pratique de droit global

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 Singapour, 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 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

Benoit Frydman

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 19^e 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 soumise à une autorisation spéciale du gouvernement. Ils voulaient ainsi susciter et attirer à eux de nouveaux courants d'affaires et stimuler les projets 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.

*Petit manuel pratique de droit global***6. 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 de celui-ci.

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.

Les États produisent du droit, mais ils ne sont pas les seuls. Ils fournissent 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 structure 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 clientes, 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. Ils transforment la matière première des droits nationaux, dont ils 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 spécia-

Benoit Frydman

lisés 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 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 un simple clic. Ainsi, 90 % des ventes de produits dérivés à travers le monde, qui représente un marché global de 25 mille milliards de dollars, sont réalisées selon les termes d'un contrat standard, mis au point par un seul 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 faut donc aménager les contrats et 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.

Petit manuel pratique de droit global

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-Exxon 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 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. Tel est aussi 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 E-Bay 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

Benoit Frydman

litiges, deviennent à leur tour les producteurs de la matière première d'un droit nouveau.

7. Rencontre avec un OJNI : les indicateurs globaux

Producteurs, distributeurs et arbitres du droit, les juristes globaux en sont également les courtiers. Le « droit comparé », discipline naguère réservée à quelques érudits pointus, est devenu l'une des spécialités les plus demandées et les plus pratiques. C'est que pour faire jouer la concurrence régulatoire et tirer profit de l'avantage comparatif, comme aurait dit Ricardo, il ne suffit plus de se spécialiser dans l'étude du droit de son pays. Il importe d'en connaître plusieurs, au moins sous certains aspects. De nouvelles formations au droit global fleurissent ainsi dans les écoles de droit, dont le programme se compose souvent d'un mélange savant de cours de droit comparé et de droit international privé (rappelez-vous, la discipline qui permet de déterminer la loi applicable et le juge compétent).

La comparaison donne d'ailleurs lieu à une littérature spécialisée qui vante l'usage proactif du droit par les managers et enseigne les moyens de se procurer ainsi un avantage sur la concurrence. Mais cette littérature se trouve dépassée par de nouveaux instruments qui, poursuivant en apparence le même objet, empruntent une forme plus originale et plus structurée : les indicateurs globaux. Cet objet juridique non identifié, qui ne ressemble en rien aux anciens codes ni aux recueils de jurisprudence, pas plus qu'il n'est produit par des parlements ou des tribunaux, n'en constitue pas moins un outil central de la nouvelle gouvernance globale. Il en naît chaque jour de nouveaux et peu de domaines échappent à l'emprise de leurs mesures. Les données, rassemblées dans des classements ou figurées sur des cartes du monde thématiques, constituent le matériau de base de géographies non euclidiennes, qui promettent la réalisation d'une nouvelle génération d'atlas.

Certains indicateurs commencent à produire des effets significatifs. Car il ne faut pas s'y tromper. Les indicateurs globaux ne sont pas de simples thermomètres, qui se borneraient à relever les températures et à enregistrer leurs évolutions. Il s'agit d'instruments de gestion et de contrôle, bien connus d'ailleurs dans les entreprises, qui ont pour objectif et pour fonction d'améliorer les performances mesurées et de réformer les comportements. Ils atteignent de tels résultats par la publication des performances, la réalisation de classements (les *rankings*) ou d'examens (comme les *stress tests* en matière bancaire), la définition de niveaux de référence (le *benchmarking*) et d'objectifs à atteindre, assortis d'incitants, sous forme de promesses de récompenses ou de menaces de pénalités et de sanctions.

Petit manuel pratique de droit global

Prenons, par exemple, l'un des plus célèbres d'entre eux, l'indice « *Doing Business* » publié chaque année par la Banque mondiale. Il mesure en quelque sorte la « compétitivité » des États, c'est-à-dire leur attractivité pour les investisseurs. Il s'agit d'un indicateur composite, qui amalgame en un seul chiffre, déterminant l'ordre dans le classement, une multitude de données, parmi lesquelles de très nombreux indicateurs juridiques. L'attractivité d'un État dépend ainsi non seulement du coût et de la qualification de sa main-d'œuvre, mais également de l'état de sa législation dans différents domaines qui intéressent les affaires, de la qualité et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, du fonctionnement des organes administratifs et du niveau de corruption, de la lourdeur des formalités, de la longueur des procédures, etc.

La notoriété du classement contribue à son efficacité. Non seulement il fournit un outil d'aide à la décision à l'investisseur en quête de nouvelles opérations, un peu comme un touriste à la recherche d'une destination consulte les guides de voyage ou ceux des hôtels et des restaurants. Mais surtout, il fonctionne comme un instrument d'autocontrôle des États eux-mêmes, qui craignent de perdre des places dans ce classement. La Banque mondiale a d'ailleurs créé à leur intention un outil spécifique, le « *business reform simulator* », qui leur permet d'extrapoler combien de points telle ou telle réforme réglementaire leur fera gagner ou perdre. Tant l'index que le simulateur favorisent bien sûr le jeu de la concurrence régulatoire.

La Banque mondiale a également mis au point d'autres classements comme l'indice « *rule of law* », spécialement dédié au droit. Son principe est fondé sur le lien, établi par les économistes de la Banque, entre développement économique et environnement juridique favorable. L'indice mesure et compare, dans cet objectif, le niveau de qualité des différents ordres juridiques étatiques, sur la base d'un grand nombre de paramètres, dont beaucoup reposent d'ailleurs sur la perception de quelques experts. Amalgamé dans un chiffre, celui-ci détermine le classement des États. La plupart des États se montrent très sensibles à leur position dans ce classement, qui indique aux yeux de la communauté internationale et de l'opinion mondiale, à quel niveau, plus ou moins acceptable, ils peuvent être considérés comme des « États de droit ». Mais le classement produit aussi des effets plus concrets dès lors que la note des États est prise en compte notamment pour l'octroi de crédits par la Banque, ou, dans des procès, pour déterminer si la justice d'un pays peut être considérée comme fiable.

Les organisations internationales n'ont toutefois pas le monopole des indicateurs globaux. De nombreux indicateurs sont conçus à l'initiative d'organisations privées et des médias, souvent avec des moyens artisanaux ou même rudimentaires. En ouvrant la voie à la comparaison, ils peuvent avoir pour effet de déclencher, d'intensifier ou d'organiser la compétition dans n'importe quel secteur. Ainsi, le

Benoit Frydman

désormais célèbre « classement de Shangai » des meilleures universités du monde. Mis au point par un professeur de chimie, vice-doyen de son état, assisté par trois de ses collaborateurs, il avait au départ pour objectif modeste d'établir un benchmark pour l'Université Jiao Tong de Shangai, sélectionnée par le gouvernement chinois pour se hisser à terme parmi les meilleurs établissements du monde. Bien qu'établi initialement avec très peu de moyens, sur la base de critères forcément rudimentaires et partiels, choisis pour le caractère public et aisément accessible des informations, ce classement s'est rapidement imposé — peut-être parce qu'il était le premier — comme un référentiel mondial.

Consulté un peu par les étudiants et beaucoup par les académiques et les gestionnaires des universités, ainsi que par ceux qui les subventionnent, le classement, quoiqu'imparfait et décrié, s'impose aujourd'hui comme instrument de gestion mesurant l'évolution relative de l'institution dans le temps et par rapport à ses concurrents plus ou moins directs. Une baisse dans le classement peut motiver le renvoi d'un président d'université ou d'un recteur. Le classement inspire aussi, comme en France, d'importantes réformes de structures pour se hisser vers les premiers rangs. Il conditionne en outre l'accès aux subsides et aux coopérations de recherche et facilite ou non la reconnaissance des diplômes. Le classement de Shangai constitue ainsi un outil non négligeable dans la mise en place d'un marché global de l'enseignement supérieur, favorisé notamment par le développement des nouvelles technologies (notamment les Moocs, les cours de masse ouverts en ligne) et l'inclusion des services d'éducation dans les accords de libre-échange. Organisant la comparaison et la compétition, ils contribuent à renforcer la notoriété de véritables « marques » académiques au niveau mondial.

Les agences de notation de crédits et leurs fameuses petites lettres (de AAA à D), si célèbres depuis la crise financière des *subprime*, offrent un exemple plus spectaculaire et beaucoup plus important encore du développement des indicateurs et du rôle qu'ils assument désormais de fait dans la gouvernance globale. Simples feuilles de presse à leur naissance, l'oligopole formé par les trois principales agences de notation évalue aujourd'hui la qualité, c'est-à-dire le risque de défaut, de plus de 90 % des emprunts cotés au niveau mondial. Leur rôle de « guide » des emprunts s'est imposé comme indispensable par l'explosion de l'éventail des titres proposés aux investisseurs, en raison du décloisonnement mondial des marchés et de l'inventivité débordante de l'ingénierie financière. Les réglementations nationales et le comité de Bâle, qui réunit les représentants des grandes banques centrales du monde, ont renforcé cette fonction. Ces multiples réglementations ont intégré la note délivrée par ces agences comme un élément déterminant les titres que les investisseurs institutionnels (comme les assurances par exemple) peuvent détenir en portefeuille.

Petit manuel pratique de droit global

et la part de fonds propres que les banques doivent détenir pour en couvrir les risques. La notation imprègne en réalité tous les niveaux de l'industrie financière, des statuts des fonds d'investissement aux clauses des contrats d'emprunt (dont le taux d'intérêt peut varier selon la note) et jusqu'aux logiciels dans les salles de marché.

Les critiques et les attaques qui ont assailli, de toutes parts, les agences de notation, lors de la crise des *subprime* et celle des dettes souveraines européennes qui a suivi, comme déjà d'ailleurs lors des crises financières précédentes, ne font que souligner en négatif la fonction que les marchés, les investisseurs et les autorités publiques entendent voir remplie par ces agences : celle d'un régulateur du marché financier global, que les réformes juridiques qui répondent à leurs défaillances ne font que renforcer et entériner. Beaucoup d'économistes relativisent leur influence en arguant que les marchés ont souvent déjà anticipé les jugements des agences et que l'abaissement de la note souveraine des États-Unis ou de la France par exemple n'a pas produit jusqu'à présent d'effet sur le taux de leurs emprunts obligataires.

Ces économistes ne voient pas que les agences ne régulent pas tant les marchés que les emprunteurs. Ceux-ci, qu'il s'agisse d'entreprises, de collectivités publiques ou même des États dits « souverains », ont absolument besoin de recevoir une « bonne note » s'ils veulent avoir accès aux marchés financiers. Le niveau de la note, censé refléter le niveau de risque, détermine en outre le taux d'intérêt qu'exigent les prêteurs. Les emprunteurs font donc comme tous les élèves du monde qui s'emploient à satisfaire les exigences des examinateurs : ils cherchent à connaître les critères et les procédures des agences et adaptent leurs déclarations et leurs comportements en conséquence. Et comme les critères d'évaluation des agences reflètent les attentes des créanciers, les émetteurs d'obligations sont incités, pour obtenir le résultat honorable qui conditionne leur financement, à adopter une politique idoine.

Les collectivités publiques et les États sont ainsi conduits à réduire drastiquement leur déficit public, par la réduction du nombre de fonctionnaires et des programmes de pensions, la diminution des dépenses de services publics, notamment en matière d'éducation et de soins de santé, la privatisation de leurs actifs, de même qu'en encourageant la modération salariale, tout en préservant la sécurité, pour restaurer la compétitivité et l'attractivité de l'État ou de la localité. S'ils s'y refusent et se rebellent, ils s'exposent à une dégradation sévère de leurs notes et à des conditions de financement difficiles, comme l'ont illustré dans le passé les exemples des villes de Detroit, Philadelphie et même New York aux États-Unis, ainsi que ceux de l'Australie en 1989 et du Japon en 2002. Les États européens, qui sont aujourd'hui dans le collimateur, se montrent à cet égard plus dociles ou plus prudents. Ainsi, les indicateurs financiers contribuent-ils puissamment

Benoit Frydman

à la course vers le bas, que certains préfèrent qualifier de « course vers l'efficacité ».

8. 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 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 fait l'objet de débats infinis et de contestations parfois violentes, entre conservateurs, révolutionnaires et réformistes, ces derniers l'ayant finalement emporté, du moins chez nous.

Leur réalisation a en outre mobilisé toute l'imagination et les ressources de l'ingénierie juridique. L'impôt sur 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

Petit manuel pratique de droit global

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 a 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 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

Benoit Frydman

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 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.

*Petit manuel pratique de droit global***9. Mais que fait le droit international ?**

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

Tous les États ou presque de la communauté internationale sont membres de l'Organisation des Nations Unies, où ils se retrouvent pour discuter, négocier et décider des grands problèmes du monde. L'ONU représente pour beaucoup la gouvernance mondiale, tandis que les grands se réunissent aussi dans des instances plus informelles, comme le G7 (ou G8) et le G20, qui font figure de directoire des puissances. Mais, si les lieux de négociation ne manquent pas, les États peinent souvent à s'entendre sur les grands défis auxquels fait face aujourd'hui notre planète.

Le piétinement sur la question du réchauffement climatique en donne une bonne illustration. Depuis le Protocole de Kyoto, qui date déjà de 1997 et n'imposait que des réductions modestes des émissions de carbone à un nombre restreint d'États, on a essentiellement reculé et ce malgré les avertissements de plus en plus alarmants lancés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), constitué par les gouvernements eux-mêmes pour informer leurs discussions. De même, lors de la crise financière, les États du G20, qui s'étaient portés massivement au secours de leurs banques, ont annoncé haut et fort une reprise en mains musclée de la finance mondiale, qui n'a débouché que sur quelques frêles mesures, relatives aux paradis fiscaux notamment, mais absolument pas jeté les bases d'une régulation effective. Depuis lors, les financiers et les banques ont repris leurs opérations de plus belle, tandis que les États qui les ont aidés voient leur marge d'action entravée par leurs dettes.

Benoit Frydman

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

À cela s'ajoute le problème de la « fragmentation » du droit international, fruit notamment de la spécialisation des organisations en charge des différents secteurs, qui conduit à une forme de schizophrénie de la communauté internationale. L'OMC refuse ainsi d'aborder les questions sociales, notamment celles des conditions de travail, qu'elle renvoie systématiquement à l'OIT. De même, l'organisation mondiale en charge de la propriété intellectuelle (OMPI) ne se soucie pas des problèmes de santé posés par les brevets sur les médicaments, qui empêchent de les distribuer à un prix abordable dans un grand nombre de pays, qu'elle renvoie vers l'Organisation mondiale de la Santé (OMS). Il est évidemment très difficile d'élaborer des compromis politiques dans de telles conditions.

Bien plus, même lorsqu'un accord a pu être trouvé et qu'il existe des traités et des règles en vigueur, encore faut-il s'assurer des moyens de les faire appliquer sur le terrain. Or les États sont eux-mêmes les agents d'exécution du droit international sur leur territoire. Il leur revient dès lors d'en mettre en œuvre les dispositions et le cas échéant d'en sanctionner les violations. Or tel n'est pas toujours le cas en pratique, loin de là, soit que les États n'en aient pas les moyens, soit qu'ils n'en aient pas la volonté, soit enfin qu'ils soient eux-mêmes les auteurs de la violation. Ainsi, en matière sociale, l'Organisation internationale du Travail (OIT) a produit près de deux cents conventions, sur tous les aspects du travail et de sa réglementation, dont les principales, notamment sur le travail forcé, la liberté syndicale, le travail des enfants, la durée du travail et les salaires, les discriminations et les mauvais traitements, ont été ratifiées par une large majorité des États. Pour autant, ces conventions ne sont pas respectées, notamment dans les États où se concentre la production mondiale à bas coût, dans des conditions extrêmement difficiles et parfois épouvantables. Et que dire des violations graves des droits de l'homme qui sont le fait même des

Petit manuel pratique de droit global

États qui en ont soi-disant garanti la protection ? Leurs ressortissants se voient bien accorder le droit à un « recours effectif », mais devant une instance nationale, ce qui revient cyniquement à inviter la victime à réclamer justice à son bourreau. Si des juridictions régionales, comme la Cour européenne des droits de l'homme, se développent, notamment en Amérique latine et en Afrique, la plupart des victimes de violations graves n'y ont pas accès et il n'existe pas encore à ce jour de véritable Cour mondiale des droits de l'homme.

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

Pour toutes ces raisons, il est clair que le droit international, sous sa forme actuelle, n'a pas la vocation ni les moyens de devenir un droit mondial, le droit de la société civile mondiale en construction. On entend dès lors, du sein même de la communauté des internationalistes, des voix qui annoncent ou proclament « le déclin », « la chute », « la fin » ou « la mort » du droit international. Ces expressions sont sans doute excessives. Il est clair que nous aurons besoin des Organisations et des États pour contribuer à la construction du droit global et que ceux-ci auront des responsabilités importantes à y jouer. Mais pour pouvoir exercer pleinement ce rôle, il faut sans doute prendre acte, comme certains responsables l'ont déjà fait d'ailleurs, que les moyens d'action doivent évoluer et s'adapter aux circonstances et aux rapports des forces en présence. Ce qui s'annonce, ce n'est pas tant la fin ou la mort du droit international qu'un changement profond dans la manière de le concevoir. Et ce changement commence par la remise en cause des concepts fondamentaux qui ont guidé ce droit depuis deux siècles, à commencer par le monopole des États sur le droit et surtout leur attachement indéfectible à la notion de souveraineté.

10. Sortir de la caverne de la souveraineté

Si Platon et la philosophie des Anciens aspiraient à sortir de la caverne, les Modernes, nous indique Leo Strauss, loin d'en sortir, ont creusé une seconde caverne en dessous de la première. Cette seconde caverne ne serait rien d'autre, selon le savant auteur, que les présupposés de la philosophie politique moderne elle-même. Il faudrait dès lors commencer par tenter de nous en extraire. La philosophie est une discipline, voisine de la gymnastique et de la spéléologie, qui a pour

Benoit Frydman

objet, par la pratique de techniques et d'exercices adéquats, l'art de la sortie de caverne. Elle nous invite à déciller notre regard, à voir les choses et à penser le monde autrement, ce qui conduit à ouvrir de nouvelles perspectives pour l'action. Mais ces exercices sont moins aisés et plus périlleux qu'il n'y paraît puisque, à en croire Leo Strauss, ils peuvent conduire celui qui veut s'extraire à s'enfoncer davantage. Prenons-en le risque et tentons ensemble de sortir au moins de la seconde caverne, la caverne politique moderne, pour trouver une issue à l'apparente impasse du droit à l'âge global.

La philosophie politique moderne a le grand mérite de la simplicité. Elle divise les êtres en deux catégories. D'une part, le Souverain, qui dispose du pouvoir et du monopole de la violence légitime ; de l'autre, les particuliers, c'est-à-dire tous les autres, ses sujets, qui sont contraints à lui obéir. Le droit énonce les ordres, les commandements que le Souverain, c'est-à-dire l'État, adresse à ses sujets, sous peine de sanctions. Selon Kelsen, l'État et son droit sont en réalité des synonymes, ce qui simplifie encore les choses.

À la distinction entre le Souverain et ses sujets (ou entre les gouvernants et gouvernés comme préfèrent dire les juristes contemporains) correspond la grande distinction entre le public et le privé, qui détermine notamment une importante répartition des tâches. Il revient à la puissance publique, principalement à l'État, de fixer la loi dans l'intérêt général. Quant aux personnes privées, elles sont libres de poursuivre leurs intérêts particuliers et de chercher à les maximiser, à condition de rester dans le cadre fixé par la loi. Cette distinction est à la base de la philosophie et des constitutions libérales. La philosophie moderne du droit et les règles de l'économie de marché en sont les enfants légitimes.

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

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

Petit manuel pratique de droit global

son établissement dans un futur raisonnable et même à un horizon plus lointain.

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

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

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

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

La méthode Coué a ses vertus, mais aussi ses limites. L'idée selon laquelle le pouvoir n'aurait qu'à paraître, revêtu des habits de la majesté, pour ordonner le monde à sa main a quelque chose de profondément naïf, presque d'enfantin. Elle correspond à une représentation somme

Benoit Frydman

toute plus théologique que politique. De même, l'idée qu'il suffirait d'ordonner non seulement pour être obéi, mais pour voir réalisées, comme par miracle, ses quatre volontés. Même si cette croyance demeure assez répandue chez ceux qui font profession de gouverner, elle manifeste une conception très rudimentaire de l'art politique et de la technique juridique.

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

Les deux grands modèles du gouvernement du monde, la loi d'airain de l'État mondial et l'autorégulation du marché global, sont bien trop simplistes et rien dans l'expérience ne vient corroborer leur avènement. La réalité est, comme souvent, autrement plus complexe et subtile. Elle ne se laisse pas enfermer dans une formule ni dans un principe. Le droit global n'obéit ni à la main de fer du souverain ni à la main invisible du marché. Il se tisse plutôt fil à fil par les mains habiles de milliers d'artisans anonymes. Il se fait et se défait sous leurs doigts experts, tel la tapisserie de Pénélope.

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

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

Petit manuel pratique de droit global

l'apprendront bientôt à leurs dépens. Mais les associations, les ONG et les organisations internationales, et bien sûr les États sont également concernés, et au premier chef.

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

11. 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 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

Benoit Frydman

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. Les quatre premiers principes, relatifs aux conditions de travail, reprennent de manière pure et simple la déclaration de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur les droits fondamentaux au travail. Ils 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, avait renvoyé la patate chaude à l'OIT. 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 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 juristes 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 possibles pour elles. Droit souple donc, car il faut des liens bien souples pour fabriquer des collets résistants.

L'idée de faire réguler les conditions de travail par les entreprises elles-mêmes, du moins par certaines d'entre elles, n'était d'ailleurs pas neuve, mais avait été théorisée dans le cadre du mouvement dit de la « responsabilité sociale des entreprises » (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 du 18^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 »

Petit manuel pratique de droit global

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. Creusons davantage 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 décemment 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 vertu 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 croyances du nationalisme juridique. Certains 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

Benoit Frydman

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 la santé, en particulier en raison des émanations toxiques qui provoquent de graves maladies respiratoires. Nike lui-même n'a pas d'usine. Il s'adresse à des sous-traitants, à l'époque principalement un groupe 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, coincé dans un ascenseur par le redoutable Michael Moore, justifiera maladroitement le travail des enfants comme un moindre mal.

L'affaire prend une telle ampleur que Nike décide de réagir. Il avait déjà imposé son code de conduite contractuellement à ses sous-traitants et créé un corps d'inspecteurs interne à l'entreprise, chargé de vérifier le respect des conditions de travail par des missions d'inspection dans les usines. Voici donc Nike transformé en inspecteur du travail dans des usines dont il n'est ni le propriétaire ni l'employeur. Comme les critiques ne s'apaisent pas, Phil Knight décide de frapper

Petit manuel pratique de droit global

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 massives 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 et de se taire. La décision californienne 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. 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*.

Benoit Frydman

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-type, dont les dispositions peuvent être négociées avec les parties prenantes, parfois au sein d'organisations internationales, publiques ou privées.

La politique de responsabilité sociale des entreprises est désormais considérée comme une priorité importante pour plus de 80 % des cadres dirigeants. 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 salaires demeurent bas et les conditions de travail souvent lamentables. La RSE n'a pas empêché l'effondrement de l'usine de Dacca au Bangladesh, entraînant la mort d'un millier d'ouvrières, ni les travailleurs de l'usine Foxconn en Chine de se jeter par les fenêtres. La nouvelle

Petit manuel pratique de droit global

question sociale est très loin d'être réglée. La lutte globale 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.

12. Appliquer la pression au point de contrôle

Dans l'ordre canonique de sa présentation, le système du droit comprend un législateur qui fixe la règle, un juge qui l'applique et tranche les contestations et enfin les forces de l'ordre qui en assurent, si nécessaire, l'exécution par la contrainte. Cet ordre, qui paraît logique, ne correspond pas cependant à l'ordre chronologique dans lequel ces pouvoirs se sont habituellement progressivement constitués. Si l'on considère la féodalité et la constitution des États modernes en Europe, on verra comment certains lignages puissants, d'ailleurs en concurrence et en lutte les uns avec les autres, qui tiennent certaines places fortes, exercent d'abord leur contrôle par exemple sur un fleuve ou sur une région et perçoivent un tribut. La population en vient ensuite à s'adresser à l'homme fort dont elle subit le joug pour obtenir justice en cas de conflit. Ce n'est qu'ultérieurement, dans les administrations les plus développées, que des règles générales sont ensuite établies et promulguées. Saint Louis, quand il rendait la justice sous son chêne, aurait été bien étonné si on lui avait annoncé que ses successeurs auraient un jour le pouvoir de faire la loi. Ainsi, dans la pratique, le gendarme précède souvent le juge, qui annonce l'arrivée du législateur. Ce gendarme, on pourrait aussi bien le nommer « point de contrôle » ou « garde-barrière ». En conséquence, lorsque nous considérons la régulation dans un secteur global, c'est-à-dire non dominé par un souverain, nous ferons bien de porter attention en premier lieu à la structure des relations et aux points susceptibles d'être investis d'une fonction de contrôle.

Benoit Frydman

Le formidable développement de l'Internet fournit un terrain d'observation particulièrement intéressant pour l'étude de ces points de contrôle. Les innombrables batailles, toujours en cours d'ailleurs, pour son contrôle et sa régulation, offrent le spectacle d'une course-poursuite à la recherche de possibles gardes-barrières pour les transformer en régulateurs improvisés, le plus souvent malgré eux. Les États avaient commencé, comme souvent, par affirmer crânement leur souveraineté sur le réseau naissant, en proclamant que ce qui était illégal dans le monde réel (*offline*) l'était aussi dans l'univers virtuel du réseau (*online*). Mais, voyant comme la fluidité de messages, le plus souvent anonymes, échappait à la main de fer de leur censure, ils s'étaient rapidement découragés et semblaient même un temps avoir abandonné la partie. Tel n'était pas le cas cependant de certains particuliers qui cherchaient activement d'autres voies pour combattre des contenus portant atteinte soit à leurs intérêts personnels, tels les œuvres de contrefaçon, les propos diffamatoires ou les atteintes à la vie privée, soit à leur conception de l'intérêt général ou à des valeurs fondamentales qu'ils entendaient défendre.

C'est ainsi que le juge des référés de Paris fut saisi par des associations antiracistes lui demandant d'ordonner le retrait d'un certain nombre de contenus de type antisémite qui circulaient sur la plateforme alors importante de Yahoo !, en particulier la vente aux enchères de tout un tas de pins et autres accessoires sinistres à la gloire du IIIe Reich, de ses régiments SS et des chambres à gaz. Yahoo ! eut beau plaider qu'il n'était qu'un intermédiaire et qu'il n'intervenait en rien dans ces ventes, par ailleurs parfaitement légales, puisqu'elles étaient abritées sur son site aux États-Unis. L'intermédiaire fut condamné à bloquer l'accès à ces objets illicites en France et les multiples actions que la société intenta aux États-Unis, au nom du 1er amendement de la Constitution et de la liberté d'expression, n'aboutirent pas. Yahoo ! avait décidé dans l'intervalle de changer sa politique mondiale et d'interdire désormais la vente d'objets liés à des groupes de haine. Ebay, la plus grande plateforme mondiale, lui emboîta bientôt le pas, après réception d'une simple lettre émanant des services du parquet allemand.

Cette affaire célèbre popularisa le schéma du contrôle de l'Internet par la mise sous pression des intermédiaires, les fournisseurs d'hébergement des sites et des contenus en particulier. Ce dispositif, bientôt encouragé par différentes législations, notamment en Europe, aux États-Unis et au Japon, se traduisit par une procédure, formelle ou informelle, de « notification et retrait », qui fonctionne toujours à la demande des personnes publiques et privées. Celle-ci a transformé les intermédiaires du réseau en censeurs bien malgré eux des contenus qu'ils abritent en ligne. Elle les a contraints à définir des procédures et des règles pour trancher les différends.

Petit manuel pratique de droit global

Mais les internautes, toujours en avance d'une technologie, ont inventé les échanges *peer to peer*, qui permettent de se passer des fournisseurs d'hébergement. Les États se sont alors tournés vers les fournisseurs d'accès à Internet, comme dans la loi française Hadopi, mais pas toujours avec un grand succès.

Une autre tentative bien plus prometteuse devait être révélée par les manœuvres de l'Église de scientologie. Celle-ci avait en effet fait pression sur le moteur de recherche Google pour « délistier » le principal site de ses critiques. Auparavant renseigné juste en-dessous du site officiel, le lien vers le site critique avait disparu du jour au lendemain, ce qui avait motivé ses auteurs à mener l'enquête. Des chercheurs universitaires de Harvard avaient pris le relais et découvert que le procédé concernait en fait des milliers de sites à travers le monde.

Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a imposé aux moteurs de recherche la mise en œuvre d'un « droit à l'oubli » sur les réseaux. Contre toute attente, Google, sans doute instruit par l'expérience, a immédiatement mis en place un formulaire et une procédure, organisée par ses services et dont il est l'arbitre, pour répondre aux dizaines de milliers de requêtes qui lui sont adressées pour supprimer des liens vers certaines informations sensibles, jugées incorrectes ou dépassées. Étrange évocation d'Orwell, où l'on confie à Google le soin de réécrire la mémoire du réseau.

L'affaire Wikileaks fournit à l'administration américaine l'occasion de mobiliser un autre point de contrôle. Ne pouvant obtenir le blocage du site par les voies légales ordinaires (ce dont l'empêchaient sa propre Constitution et la jurisprudence de la Cour suprême), le gouvernement Obama eut l'idée d'exercer des pressions informelles, mais fortes, sur les intermédiaires financiers comme Visa ou Paypal qui fournissaient au site de Julian Assange les ressources de son fonctionnement. Wikileaks fut effectivement contraint à fermer pendant une période prolongée, avant de finalement réapparaître en ligne et de recourir à des circuits de financement alternatifs, notamment par le moyen de monnaies virtuelles, comme le Bitcoin.

L'affaire Snowden suscita enfin la surprise et une vague d'indignation en révélant que les services secrets avaient accès à l'ensemble des communications sur Internet et s'étaient ménagés, de gré ou de force, la complicité des gestionnaires du réseau, y compris dans sa partie matérielle. Pendant ce temps, l'opposition politique à cette surveillance se manifestait par la contestation de partis pirates, qui remportaient quelques succès éphémères, des actions de *hacking* comme celle des « Anonymous », ces illustres inconnus, et le développement comme à chaque fois de nouvelles technologies, notamment de cryptographie.

Benoit Frydman

Mais il semble aujourd'hui qu'une autre institution encore se profile comme le futur centre de contrôle de l'Internet. Il s'agit de l'ICANN, en apparence simple association privée californienne créée en 1998, qui a pour mission essentielle l'assignation des noms de domaine sur le réseau, lesquels sont reliés à des adresses chiffrées. Faux nez, selon ses critiques, du gouvernement américain, qui a toujours refusé de confier la gestion du réseau mondial à une organisation internationale (entendez interétatique), l'ICANN se présente comme une instance qui associe toutes les parties prenantes à l'Internet. Chargée d'opérations purement techniques, elle s'est longtemps refusée à toute intervention dans les contenus. Mais les choses évoluent en même temps que le réseau continue de se développer, notamment avec la création d'un nombre important de nouvelles extensions qui viendront compléter les extensions classiques thématiques (du type .com ou .org) ou nationales (du type .fr ou .be). La création de l'extension .xxx, réservée aux contenus qu'on imagine, a suscité une grande opposition, notamment de la part de nombreux États et de l'administration Bush. Si l'extension contestée a finalement été maintenue à la suite d'une décision d'arbitrage, cette affaire délicate a rendu l'ICANN plus prudente et l'a incitée à développer une procédure très élaborée pour l'attribution des nouveaux « registres », à qui sera confiée la gestion des nombreuses nouvelles extensions en cours de création. Des procédures d'arbitrage ont été organisées pour trancher les conflits et les objections et une sorte de procureur a été désigné à cette occasion pour veiller à la protection de l'intérêt public universel et des principes du droit mondial en matière de liberté d'expression (qui demeurent à découvrir). Les États, qui n'ont auprès de l'ICANN qu'un rôle consultatif, au sein d'un comité nommé « GAC » (*Governmental Advisory Committee*), sont parvenus à ce que des obligations de contrôle de contenu soient imposées aux gardiens désignés des registres. Leur respect sera assuré par une procédure contraignante d'arbitrage, qui sera activée en cas de plainte. Les États espèrent ainsi, probablement avec raison, récupérer un plus grand pouvoir de contrôle sur leurs extensions nationales respectives, ce qui n'est pas forcément une bonne nouvelle pour l'avenir de la liberté d'expression sur le réseau.

Tous ces dispositifs successifs n'empêchent pas bien entendu la circulation de contenus illicites, pour certains dangereux, ni le réseau parallèle de « l'Internet sombre » de prospérer. De même, le droit pénal n'a pas supprimé le crime ni le crime organisé. Encore une fois, il ne faut jamais surestimer l'efficacité du droit ni de ce qui en tient lieu. Mais cette partie de saute-mouton d'un point de contrôle vers un autre, dont le rythme effréné s'explique sans doute par la jeunesse d'un réseau en plein développement et par sa fluidité, nous montre bien la dynamique à l'œuvre. Ce sont les particuliers eux-mêmes qui, faute de pouvoir s'adresser efficacement à un souverain, se mettent en quête d'un autre point de contrôle possible. Une fois identifié,

Petit manuel pratique de droit global

ils l'assaillent de demandes et le mettent sous pression par tous les moyens disponibles, afin de le responsabiliser à sa nouvelle mission de contrôle, à laquelle le point en question se montre souvent réticent. Si la pression réussit, le nouveau régulateur intervient effectivement et se trouve contraint de mettre en place des formulaires, des procédures et des règles pour tenter de justifier qu'il s'acquitte bien de sa mission, afin d'apaiser les différentes parties, qui ne cessent de réclamer de sa part des décisions dans des sens contradictoires. Il peut ainsi devenir une véritable instance de contrôle, à moins qu'un changement de circonstances, de moyens ou de structures ne rende son intervention obsolète ou qu'on l'abandonne à son sort pour un nouvel intervenant jugé plus efficace.

La logique du développement de la réglementation et des procédures au départ des points de contrôle n'est toutefois pas spécifique à Internet. Nous avons vu qu'elle s'applique aussi aux entreprises de marque, têtes de réseau, qui, sous la pression, sont incitées, sinon contraintes, à édicter des normes et à en surveiller et sanctionner l'exécution sur toute la chaîne de production ou de distribution dont elles ont économiquement le contrôle, ainsi bien sûr qu'au sein de l'entreprise ou du groupe multinational.

Pareillement, les agences de notation financière sont désormais identifiées, à tort ou à raison et certainement par défaut, comme un point de contrôle du marché financier global. Cela contribue à expliquer les nombreuses actions et poursuites dont elles font l'objet devant diverses juridictions, intentées soit par des investisseurs mécontents qui ont « fait confiance » à leurs notes et leur réclament l'argent qu'ils ont perdu, soit par les procureurs et autorités de surveillance qui leur reprochent le flou de leurs critères et de leurs procédures de notation, des erreurs, des conflits d'intérêts et des fraudes. Il s'ensuit également d'importantes réformes législatives, de part et d'autre de l'Atlantique notamment, qui mettent en œuvre ce que je propose d'appeler « le paradoxe du renforcement du mauvais régulateur ». Constatant que les agences de notation remplissent très mal la fonction de régulateur des marchés financiers, qu'elles n'ont d'ailleurs aucun titre ni aucune compétence à jouer, les acteurs publics et privés les mettent sous pression et leur imposent, à chaque nouvelle crise, des règles plus sévères de compétence, de transparence, d'impartialité, de recours, etc., qui tendent à renforcer et même à institutionnaliser leur fonction d'instance globale de régulation.

Tirant les leçons de cette situation, l'école du « droit administratif global » de l'Université de New York (NYU), menée par Kingsbury et Stewart, développe un intéressant programme, qui vise à identifier ces nouvelles instances de fait de la gouvernance globale (comme l'ICANN, les agences de notation ou l'ISO par exemple) et à leur imposer dans leur fonctionnement le respect des garanties procédurales et des droits fondamentaux des personnes affectées par leurs décisions.

Benoit Frydman

Cette démarche, similaire à celle qui a discipliné les pouvoirs publics locaux, les agences nationales et, dans une certaine mesure, internationales, esquisse l'une des voies possibles de l'institutionnalisation du droit global.

13. 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 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, 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'avait 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 faisant même la base d'une véritable philosophie. Ainsi, le judo et l'aïkido enseignent 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 Mètis 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 tenter de canaliser l'effrayant Léviathan, 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

Petit manuel pratique de droit global

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 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 se montrer souple, mais aussi inventif.

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, privées 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 d'assigner devant des juridictions étrangères des personnes suspectées de violations des droits de l'homme commises dans des États où elles 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 les familles de 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. Il 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 offshore 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 pénale de compétence universelle en Belgique, un temps devenue un foyer important de ce nouveau contentieux. Aux États-Unis, des plaideurs

Benoit Frydman

ingénieux, alliés à de savants professeurs, ont réveillé une loi de 1789, rarement appliquée et tombée depuis longtemps en désuétude, avec laquelle ils sont parvenus à fabriquer une sorte de 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 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.

D'autres instruments de la concurrence régulatoire peuvent être retournés pour combattre les effets délétères de la globalisation. Dans certains cas, la course vers le bas elle-même peut être retournée en course vers le haut, si l'on parvient à mettre intelligemment en place les conditions et les instruments de nature à inciter les acteurs à y prendre part. Ainsi, si les indicateurs d'effectivité favorisent souvent la dérégulation, 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 financières qui disciplinent les débiteurs répondent désormais les agences de notation sociétales, 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 laisser prendre au jeu du mimétisme et des métaphores. La notation sociétale est encore loin de produire 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.

14. Du bricolage à l'industrie des normes

Dans son beau livre *La pensée sauvage*, Claude Lévi-Strauss fait l'éloge du bricolage intellectuel. Le bricoleur est celui qui, pour construire ou réparer, s'arrange avec les moyens du bord, c'est-à-dire avec les

Petit manuel pratique de droit global

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 mettant au point des dispositifs qu'ils bricolent au départ de matériaux de toutes natures qu'ils empruntent notamment 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 un 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 de systèmes différents, dont ils combinent et mélangent allègrement les éléments. Pour autant, ils n'en contribuent pas moins à construire malgré eux les bases d'un droit nouveau. 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 pourtant celui du passage à la production industrielle et surtout à la distribution des normes, indispensables 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, l'entrepreneur principal exigera des différents corps de métiers qui lui font offre de montrer patte blanche, par exemple d'exhiber un label

Benoit Frydman

environnemental ou, pour les menuiseries, de produire le certificat attestant qu'elles 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, devra lui communiquer au préalable son code de conduite et expliquer notamment les règles et les procédures qu'il a mises en place pour assurer le recrutement non discriminatoire d'un personnel diversifié et favoriser la réduction effective de l'inégalité entre le nombre d'hommes et de femmes parmi les associés.

Nous comprenons ainsi 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. On pourrait dès lors imaginer que chaque entreprise se dote de son propre code de conduite et de sa propre procédure de vérification et d'inspection. Mais une telle solution, outre qu'elle offre peu de crédibilité et de garanties aux yeux des tiers, se révélerait très lourde et très coûteuse. 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 dès lors 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 le garantir à ses propres clients ou commanditaires ? 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 des Nations Unies et de l'Organisation internationale du Travail, 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 com-

Petit manuel pratique de droit global

prendre 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 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 vigilantes 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 20^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 soit le meilleur possible, mais que le produit livré ou le service rendu ne soit entaché d'aucun défaut et réponde 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 été bientôt suivies par 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 organisations. Ces normes sont présentées comme des dispositifs permettant d'améliorer, de mesurer et de contrôler les procédures et par suite 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 fabriquent et les rendent, c'est-à-dire les travailleurs de l'entreprise, ainsi que les partenaires industriels et 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

Benoit Frydman

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 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 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 la trouverez sur vos appareils électroménagers, les vêtements, les jouets, mais aussi 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 empêcher l'entrée et la commercialisation de produits ou services lorsqu'ils se fondent, pour justifier ces mesures restrictive, sur des standards techniques internationaux reconnus, telles les normes ISO. Ces standards tendent ainsi à devenir des véhicules 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,

Petit manuel pratique de droit global

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 paraissent sans doute moins effrayantes et moins contraignantes que les décisions des organisations internationales.

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 propose 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 laissées 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 du Pacte mondial aura finalement fonctionné.

15. La légitimité et l'obsession des formes

Le droit européen ne permet, dans son état actuel, aucun recours contre les normes techniques au motif qu'il s'agit de normes privées et de surcroît dénuées de tout caractère obligatoire. Cette thèse est compréhensible et logique. Elle n'en est pas moins mauvaise, car elle prive 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 européennes et mondiales. 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 interviennent dans tous les aspects de la vie humaine et sociale, y compris ceux qui relevaient classiquement de la délibération politique et de

Benoit Frydman

la réglementation juridique. 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 elles-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 juridiques classiques et tentent même, lorsqu'elles 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, la jurisprudence et, 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 range ce bric-à-brac 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. Les justifications de ce dédain ne résistent d'ailleurs 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 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 par des normes édictées par des institutions qui ne seraient

Petit manuel pratique de droit global

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, pire encore, celle du Tartuffe, qui préfère qu’on lui cache ce qu’il ne saurait voir.

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 dans 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 règneront 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 laisseront 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 attachés que jamais et que le droit a pour 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.

16. Prendre les choses en main

Dans la parabole de Kafka intitulée *Devant la loi*, un homme de la campagne demande à une sentinelle de pouvoir pénétrer dans la Loi. La sentinelle lui refuse l’accès et l’homme passe sa vie à attendre sa permission. Lorsqu’il est sur le point de mourir, la sentinelle referme la porte car celle-ci était réservée à l’homme. Mais la sentinelle elle-même n’a jamais pénétré dans le temple dont elle garde l’accès. Il y a, confie-t-elle à l’homme de la campagne, à l’entrée de chaque salle,

Benoit Frydman

des gardiens de plus en plus puissants, dont la sentinelle elle-même, dès la troisième, ne peut supporter la vue.

Ne nous comportons-nous pas nous-mêmes à l'égard du droit comme l'homme de la campagne ou comme la sentinelle ? Nous restons sur le seuil sans pouvoir ni oser y entrer et les gardiens du temple eux-mêmes ne semblent pas en avoir percé les secrets. Nous n'osons pénétrer dans le Saint des Saints. De quoi avons-nous peur ? De constater que la statue du Dieu a disparu, que les tables de la Loi sont brisées et que le Roi est nu ? Ou peut-être de découvrir que c'est à nous qu'il revient de l'habiter.

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 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 quelques 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. En nous extrayant de la caverne de la souveraineté, nous avons appris que nous ne pouvons abandonner le droit aux mains des seuls États. Nous ne pouvons plus raisonnablement nous contenter de poursuivre tranquillement nos intérêts privés à l'intérieur d'un cadre légal qui s'érode et se dérobe sous l'effet destructeur de la course vers le bas. Nous ne pouvons davantage nous permettre de demeurer passifs en attendant, comme on attend Godot, l'arrivée du *deus ex machina* de l'État mondial ou en assistant, médusés, au déchaînement des forces du marché ou à celui des groupes armés. Nous avons appris, comme nous l'a enseigné Henri De Page, l'un des grands juristes de l'École de

Petit manuel pratique de droit global

Bruxelles, que « le droit n'est pas, mais se fait, et que tous, gouvernés comme gouvernants, nous avons dans cette lutte une place que personne ne peut désertir si nous voulons faire triompher nos intérêts ou notre idéal ».

Dans ce petit livre, j'ai tenté d'exposer les premiers rudiments de la lutte pour le droit dans l'environnement global. Nous avons appris les conseils de survie dans ce milieu risqué, incertain et complexe : l'humilité et la prudence, la sagacité et la vigilance, mais aussi la souplesse et surtout la ruse. Nous avons appris les techniques de base, l'art des prises et celui des retournements. Nous nous sommes initiés au bricolage de dispositifs de régulation artisanaux en attendant de passer à un niveau plus élevé. Voilà somme toute les quelques explications et recommandations préliminaires que l'on peut attendre de tout manuel pratique d'initiation. Mais, comme nous le savons tous, ceci n'est qu'un préalable et nous n'apprendrons vraiment l'art de la lutte pour le droit qu'en nous y exerçant et en le pratiquant chaque jour. Le moment est donc venu de nous mettre au travail et de passer à l'action.

Table des matières

Remerciements	10
1. Mode d'emploi	11
2. Très brève histoire du droit mondial	13
3. Autoanalyse de la névrose du déclin	19
4. Shopping au supermarché des droits nationaux	23
5. La concurrence régulatoire et la course vers le bas	31
6. La chaîne de production du droit global	41
7. Rencontre avec un OJNI : les indicateurs globaux	47
8. La nouvelle question sociale	55
9. Mais que fait le droit international ?	61
10. Sortir de la caverne de la souveraineté	67
11. L'art de la ruse dans la lutte pour le droit	75
12. Appliquer la pression au point de contrôle	87
13. Techniques des prises et des retournements	97
14. Du bricolage à l'industrie des normes	103
15. La légitimité et l'obsession des formes	113
16. Prendre les choses en main	119

L'auteur

Benoit Frydman est professeur à l'Université libre de Bruxelles et à Sciences Po Paris. Il est président du Centre Perelman de philosophie du droit et membre de l'Académie royale de Belgique.