LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION

La collection « Penser le Droit »

La collection « Penser le Droit » a pour objet la publication d'ouvrages originaux de philosophie et de théorie du droit. Elle accueille également des traductions d'ouvrages étrangers.

La qualité scientifique des manuscrits soumis à publication est évaluée de manière anonyme par le comité de lecture de la collection. Les manuscrits sont envoyés au Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université Libre de Bruxelles, CP-132, 50 av. F.D. Roosevelt, B-1050 Bruxelles.

Organisation de la collection

Directeur : Prof. Benoît Frydman

Secrétaires : Prof. Gregory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge

Comité de lecture

Olivier Corten
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

Mireille Delmas-Marty
Professeur au Collège de France

Edouard Delruelle
Professeur à l'Université de Liège

Alfred Dufour
Professeur à l'Université de Genève

Jean-Marc Ferry
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris

Antoine Garapon
Secrétaire général de l'Institut Des Hautes Etudes sur la Justice

Serge Gutwirth
Professeur à la Vrije Universiteit Brussel

Peter Haggenmacher
Professeur à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève

Jean-François Kervégan
Professeur à l'Université Paris-I Sorbonne

Françoise Michaut
Directrice de Recherche au C.N.R.S.

François Ost
Professeur aux Facultés Universitaires Saint-Louis

Diego Quaglioni
Professeur à l'Université de Trente

Michael Stolleis
Professeur à l'Université de Francfort-sur-le-Main

Françoise Tulkens
Juge à la Cour Européenne des Droits de l'homme

PENSER LE DROIT

LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION

SOUS LA DIRECTION DE
JEAN-YVES CHÉROT ET BENOÎT FRYDMAN

BRUYLANT

PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

1. *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de Emmanuelle Bribosia et Ludovic Hennebel, 2004.
2. *La société civile et ses droits*, sous la direction de Benoît Frydman, 2004.
3. *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique,* par George C. Christie. Traduit de l'anglais (américain) et présenté par Guy Haarscher, 2005.
4. *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, par Benoît Frydman, 3e édition, 2011.
5. *Philosophie de l'impôt*, sous la direction de Thomas Berns, Jean-Claude Dupont, Mikhaïl Xifaras, 2006.
6. *Responsabilités des entreprises et corégulation*, par Thomas Berns, Pierre-François Docquir, Benoît Frydman, Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz, 2006.
7. *Dire le droit, faire justice*, par François Ost, 2007.
8. *Généalogie des savoirs juridiques contemporains. Le carrefour des lumières*, sous la direction de Mikhaël Xifaras, 2007.
9. *La vertu souveraine*, par R. Dworkin. Traduit de l'anglais (américain) et présenté par Jean-Fabien Spitz.
10. *Juger les droits de l'homme. Europe et Etats-Unis face à face,* par Ludovic Hennebel, Gregory Lewkowicz, Guy Haarscher et Julie Allard, 2007.
11. *La prohibition de l'engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. Généalogie d'une transmutation,* par Alain Renard, 2008.
12. *L'Europe des cours. Loyautés et résistances*, par Emmanuelle Bribosia, Laurent Scheek, Amaya Ubeda de Torres, 2010.
13. *L'imaginaire en droit*, sous la direction de Mathieu Doat et Gilles Darcy, 2011.
14. *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique,* par Benoît Frydman, 3e édition, 2011.

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : www.bruylant.be

© Groupe De Boeck s.a., 2012
Éditions Bruylant
Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2012/0023/185 ISBN : 978-2-8027-3621-9

CHAPITRE II.

COMMENT PENSER LE DROIT GLOBAL [1] ?

PAR

BENOIT FRYDMAN

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB),
Directeur du Centre Perelman de Philosophie du Droit

UNE QUESTION PROVOCANTE

Comment penser le droit global ? Question provocatrice car elle en suppose une autre résolue, et non des moindres : le droit global existe-t-il ? Rien n'est moins sûr. On peut certainement parler d'un mouvement de mondialisation, qui n'est pas toujours si mondial que cela ; on peut traiter de la globalisation de la finance et de l'économie, du moins dans certains secteurs, et évoquer des questions globales, comme la lutte contre le réchauffement climatique. Mais peut-on véritablement parler d'un droit global, quand le droit demeure, en apparence du moins et dans les discours officiels, l'apanage de l'État ou, dans le cas du droit international, des États. Ne serait-il pas plus prudent d'évoquer les effets de la mondialisation sur le droit que d'invoquer un droit global ?

Question provocante plutôt, au sens où elle provoque la pensée, la réflexion, car, en présupposant son objet, elle nous permet, non plus seulement de considérer les effets destructeurs de la mondialisation sur les structures juridiques en place, nationales et internationales, mais aussi d'apercevoir et de penser les nouveaux

[1] Ce texte a été établi par la conjonction, d'une part, d'une conférence donnée à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III le 19 janvier 2010 dans le cadre du programme «Droit global» du Laboratoire de Théorie du Droit et de l'École doctorale en sciences juridiques et, d'autre part, d'un exposé sur «les normativités globales» aux rencontres d'Aix sur *La science du droit dans la globalisation*. Je remercie chaleureusement le Pr. Jean-Yves Chérot et le Laboratoire de théorie du droit, qui m'ont permis d'approfondir mes réflexions méthodologiques sur le droit global en m'invitant comme professeur durant deux années académiques en 2009-2010 et 2010-2011. Le présent texte, qui leur est dédié en témoignage de la gratitude et de l'amitié de l'auteur, conservera la trace de ces séjours heureux.

objets juridiques, souvent encore non ou mal identifiés, qui émergent des relations transnationales et de la société mondiale en construction.

Ces dispositifs multiples et hétéroclites, qui prolifèrent, de manière souvent anarchique, dans les domaines les plus mondialisés, mettent au défi l'entendement du juriste, de par l'extraordinaire diversité de leurs origines, de leurs formes ou de leurs effets et l'apparent arbitraire de leur agencement et de leurs combinaisons. Ils constituent cependant l'horizon obligé du philosophe et du théoricien du droit du 21e siècle. Notre époque nous contraint, et ce n'est pas la première fois dans l'histoire, à repenser le droit à l'horizon du monde [2]. Nous sommes mis en demeure par l'évolution du monde, des relations et des régulations juridiques de réévaluer les principes, les concepts et les outils du droit moderne, établis depuis plusieurs siècles, solidement pensait-on, mais qui montrent chaque jour davantage les limites de leur pertinence et de leur efficacité à capturer leur objet et à le faire comprendre.

Nous sommes obligés de repenser les classifications et les catégories dans lesquelles les nouveaux objets qui émergent chaque jour, sortes d'ornithorynques du bestiaire normatif, se refusent obstinément à se laisser enfermer. À dire vrai, ces catégories sont tellement mises à mal qu'il nous faudra peut-être repenser à nouveau frais la norme juridique, voire le droit lui-même [3] et probablement nous résoudre à inventer une nouvelle logique des normes. Or ce sont bien là les tâches du philosophe et du théoricien du droit, vers lesquels se tournent, comme toujours dans les périodes de «crise» de paradigme, les collègues spécialistes du droit positif et parfois les praticiens eux-mêmes, mais aussi les philosophes et la société toute entière en demande de droit, et surtout nos étudiants, en particulier les plus avancés.

À cette nécessité pratique s'en ajoute une autre, plus épistémologique et plus personnelle à la fois, qui pousse irrésistiblement ceux qui s'intéressent à la philosophie et à la théorie du droit et donc cherchent à comprendre ce qu'est le droit, à tenter de percer le secret de l'énigme et pour ce faire à se mesurer à ce que le réel nous

[2] L'École du droit naturel moderne avait éprouvé la même nécessité au seuil de la Modernité et de la première mondialisation.

[3] Sur cette question, on lira dans ce volume la contribution de Jean-Yves Chérot, «Concept de droit et globalisation».

propose de plus difficile dans la compréhension des phénomènes juridiques. Comme l'écrivait Claude Levi-Strauss, dans un petit texte en 1968 : «La tâche essentielle de quelqu'un qui consacre sa vie aux sciences humaines, c'est de s'attaquer à ce qui semble le plus arbitraire, le plus anarchique, le plus incohérent, et d'essayer de découvrir un ordre sous-jacent ou du moins d'essayer de voir s'il existe un ordre sous-jacent»[4]. Suivons donc cette invitation du grand ethnologue, qui rappelons-le avait à la fois une formation de philosophe et de juriste (même s'il n'en faisait pas grand cas) et dont le premier grand travail portait sur un problème juridique, abordé à l'échelle globale[5]. Il nous faudra d'ailleurs peut-être à notre tour nous faire ethnologue pour collecter sur le terrain et analyser minutieusement ces objets juridiques non identifiés qui constituent le substrat, ou oserions-nous dire le «bric-à-brac», à partir duquel se bricole (pour reprendre un autre concept lévi-straussien[6]) le droit global.

Mais comment relever ce défi et s'atteler à cette entreprise ardue et de longue haleine ? Par quel bout prendre cette gigantesque masse de données brutes ? Comment les organiser et donner forme à ce droit global ? Autant de questions auxquelles sont nécessairement confrontés tous ceux, de plus en plus nombreux d'ailleurs, qui se lancent dans un tel programme de recherche. Pour apporter des éléments de réponse, je formule dans cet article, sur la base de l'expérience qui est la nôtre au sein du Centre Perelman de Philosophie du Droit, d'abord, une série de propositions de méthode (I) et ensuite, une série d'hypothèses de fond (II), les deux étant d'ailleurs nécessairement liées dans l'approche constructive de notre objet. Ajoutons immédiatement, et pas seulement à titre de précaution, que ce parcours n'est qu'une des entrées possibles dans la problématique de la mondialisation du droit, que nous ne prétendons ni exclure ni en invalider d'autres. La validité des théories nous

[4] Cl. Lévi-Strauss, «L'ethnologue est un bricoleur» (commentaires donnés en janvier 1968 pour une émission du service de recherche de l'ORTF consacrée à la grande aventure de l'ethnologie), in «Lévi-Strauss par Lévi-Strauss», *Le Nouvel Observateur*, hors-série, nov.-déc. 2009, p. 22.

[5] À savoir la question des règles du mariage qui président au choix du conjoint : Cl. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 2e édition, 1967.

[6] Cl. Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, col. Agora, ch. 1er La science du concret, pp. 30 et s.

semble, en ce domaine aussi, devoir être mesurée surtout à l'aide des résultats et des éclairages qu'elles procurent.

1. – Approche pragmatique du droit global

1.1. – *Chantiers, études de cas et OJNI*

Le programme «Droit global» constitue le programme central de recherche du Centre Perelman de Philosophie du droit. Il a débuté, il y a une quinzaine d'années, par l'étude des conséquences de la mondialisation sur le droit, pour aborder ensuite, de manière progressive et successive, l'émergence de nouvelles formes de régulation dans différents secteurs. Notre approche pragmatique des phénomènes juridiques nous a conduit à étudier les conséquences de la mondialisation sur le droit, non sur la base d'une théorie générale préétablie, mais au départ d'études de cas et d'observations sur le terrain. Nous avons ouvert successivement une série de «chantiers» dans des domaines particulièrement affectés par la mondialisation, comme la régulation de l'Internet et des univers virtuels, la lutte contre le réchauffement climatique, mais aussi la responsabilité sociale des entreprises, le contentieux transnational des droits de l'Homme, la régulation comptable et financière, les standards techniques et les indicateurs, ou encore l'Union européenne comme laboratoire du droit global. Pour ce faire, nous sommes souvent partis d'un cas singulier (comme l'affaire *Yahoo*! pour l'Internet, l'affaire *Nike* pour la responsabilité sociale des entreprises, l'affaire *Total* pour le contentieux transnational des droits de l'Homme), que nous avons étudié de manière particulièrement approfondie, sans nous limiter à une stricte approche de droit positif, mais en multipliant au contraire les angles disciplinaires et en prêtant de l'importance à des données qui sont parfois considérées comme non pertinentes d'un point de vue juridique : réactions dans la presse, stratégie des acteurs, solutions techniques, conséquences économiques, etc.

Ces études de cas nous ont souvent mis sur la piste d'objets normatifs non ou mal identifiés, nous les nommons «O.J.N.I.», dont le caractère juridique est douteux ou controversé, mais qui produisent en pratique ou tentent de produire des effets de régulation. Nous avons souvent privilégié dans ces chantiers et dans l'étude des cas, suivant peut-être en cela inconsciemment l'invitation de Lévi-

Stauss, les objets biscornus, étranges, nouveaux, déroutants, en pariant que leur étrangeté même les désignait à notre attention comme le signe de l'intérêt de ce qu'ils avaient à nous apprendre. Et nous sommes partis sur la piste de ces étranges créatures à travers la jungle (ou le fouillis) des relations globales, un peu comme le zoologue part à la recherche d'espèces nouvelles, tout en les comparant aux objets connus et en tentant de les classer par familles. C'est ainsi que, dans chaque domaine exploré avec succès (bien sûr nous nous sommes aussi fourvoyés dans plusieurs impasses), nous avons pu mettre en évidence certains dispositifs de régulation spécifiques. Ensuite, allant toujours dans cette direction qui conduit de la pratique à la théorie, nous avons comparé ces différents dispositifs sectoriels et, au départ des isomorphismes que nous avons pu observer, mis au point quelques hypothèses générales sur ces normativités globales et forgé quelques outils conceptuels.

1.2. – *Penser le droit sans l'ordre juridique – L'approche micro-juridique*

Cette approche pragmatique du droit global implique bien entendu déjà des partis-pris au niveau de la méthode qu'il faut expliquer car leurs effets sont décisifs pour la théorie que nous construisons. D'abord, notre étude du droit global n'est pas une étude globale du droit, du moins pas *a priori*. Les économistes distinguent utilement deux branches dans leur discipline, qui déterminent également deux points de vue : la macroéconomie et la microéconomie. Une telle distinction de niveau et de méthode existe aussi de fait dans d'autres sciences sociales comme l'histoire et la sociologie. Par analogie, nous pourrions également distinguer une approche macrojuridique et une approche microjuridique. Du reste, cette différence de niveau et de point de vue dans l'étude des phénomènes juridiques existe déjà, sous un autre nom, à travers la double définition du mot «droit», divisé en «droit objectif» et «droits subjectifs». Il ne s'agit pas de distinguer ici deux droits, mais bien deux points de vue différents sur le droit, deux horizons différents pour l'étude des phénomènes juridiques. L'approche macrojuridique privilégie l'étude du droit objectif au niveau de l'ordre juridique. L'approche microjuridique détermine les droits subjectifs à l'horizon du cas. L'ordre, d'un côté, le cas, de l'autre, tels sont les deux cadres dont l'histoire nous a dotés pour penser le droit. La méthode

des cas nous a été léguée par les Anciens; le concept d'ordre juridique a été imposé par les Modernes[7]. L'ordre s'est imposé de telle manière sur le continent européen que, lorsque nous étudions «le droit», nous privilégions presque toujours l'approche macrojuridique, comme s'il n'y en avait pas d'autre, du moins valide scientifiquement. C'est bien entendu sous cette forme de l'ordre juridique que nous considérons nos droits nationaux. En outre, nous avons extrapolé ce concept en l'appliquant à des niveaux supra-étatiques. Nous parlons ainsi, à la suite de la Cour de Justice de l'Union européenne, de «l'ordre juridique communautaire»[8] et également, de manière beaucoup plus contestable et d'ailleurs contestée, de «l'ordre juridique international»[9].

C'est donc tout naturellement que les juristes abordent la question du droit global par celle de l'ordre juridique global, pour constater immédiatement qu'un tel ordre n'existe pas, ce qui est exact. Il s'ensuit, pour nombre d'entre eux, que la notion de « droit global» n'a aucun sens et ne saurait être pensée. À défaut d'ordre, le droit global n'existe pas. Tout au plus peut-on constater, le cas échéant pour le dénoncer ou le déplorer, le désordre, voire le cahos qui règnent au niveau mondial dans le domaine du droit.

Une manière d'échapper à cette impasse consiste à recourir à la solution du pluralisme[10], développée notamment par Santi Romano[11], qui contestait le monisme, l'approche centrée exclusivement sur l'ordre juridique étatique, en démontrant qu'il existe au sein de nos sociétés non pas un, mais une pluralité d'ordres juridiques qui coexistent et entretiennent des relations diverses entre eux. Le pluralisme peut dès lors être remobilisé pour penser le droit global, non plus comme un ordre unique, de fait introuvable, mais bien sous la forme des relations et des coordinations, à observer ou à construire, entre les différents ordres juridiques existants. Cette option est privilégiée par nombre de travaux importants sur la

[7] Sur cette question, je me permets de renvoyer à B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 3e éd., 2011.

[8] CJCE, 5 fév. 1963, arrêt *van Gend & Loos* (aff. 26/62).

[9] V. à ce sujet l'article classique et déjà critique de J. COMBACAU, «Le droit international : bric-à-brac ou système ?», in *Le système juridique, Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 (1986), pp. 85-105.

[10] Voir, dans le présent ouvrage, l'étude spécifique consacrée par J.-J. SUEUR à ce sujet.

[11] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Spoerri, 1918.

mondialisation du droit, notamment en France, par Mireille Delmas-Marty dans sa théorie du «pluralisme ordonné»[12] et par Jean-Louis Bergel et l'Association internationale de méthodologie juridique à travers la notion de «plurijuridisme»[13].

Notre option méthodologique s'écarte de cette voie. Elle ne consiste pas à remplacer le monisme par le pluralisme, l'ordre juridique unique par la pluralité des ordres, mais bien à nous passer purement et simplement du concept d'ordre juridique pour envisager immédiatement les normes et les interactions juridiques entre les acteurs en tant que telles, indépendamment du ou des ordres dans lesquels elles s'inscrivent ou non. J'entends bien que ce choix suscitera des objections fondamentales sur le plan de la théorie du droit et qu'il sera regardé par beaucoup comme absurde. Il est, en effet, généralement enseigné qu'une norme ne peut exister isolément, mais qu'elle ne prend sens et effet qu'au sein d'un ensemble ou d'un système de normes, d'un ordre normatif préexistant auquel la norme s'adosse nécessairement[14]. En outre, beaucoup estiment qu'une interaction entre des agents ne peut avoir un caractère normatif, *a fortiori* juridique, qu'en référence à un ordre juridique préétabli déterminé. Il suffit à cet égard de rappeler la querelle homérique sur l'objectivisme ou le subjectivisme du contrat, l'objectiviste arguant, comme on sait, que le contrat entre particuliers ne tire sa validité et sa force juridiques que de l'ordre qui le garantit. Nous sombrerions donc quant à nous dans une sorte de subjectivisme total.

Pourquoi dès lors privilégier cette option radicale ? Pour une raison simple et dirimante aux yeux d'un pragmatique : parce que les phénomènes et les objets que nous observons dans la pratique nous l'imposent. Le plus souvent, les cas, les instruments, les dispositifs, que nous étudions sur nos différents chantiers globaux, soit traversent allègrement les frontières des ordres juridiques établis, soit se

[12] M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné (les forces imaginantes du droit,* t. 2), Paris, Seuil, 2006.

[13] J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme. Actes du 8e congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

[14] Nous reprenons ici les mots de Pierre Livet dans son ouvrage *Les normes*, Paris, Armand Colin, 2006, notamment p. 3 et p. 74, qui leur donne une portée tout à fait générale, bien au-delà donc des seules normes juridiques. En théorie contemporaine du droit, cette thèse est largement partagée, bien au-delà de la tradition kelsenienne et elle participe d'ailleurs de la «philosophie spontanée» des juristes.

situent en dehors de ceux-ci, soit encore empruntent leurs instruments à des ordres juridiques multiples. Si bien qu'un rasoir d'Occam normalement aiguisé conduit à ne pas supposer de l'ordre là où, de l'aveu de tous, il ne s'en trouve point. En d'autres termes, le concept autrefois si nécessaire d'ordre juridique, tel qu'il a été créé au 17e siècle, nous a paru constitué davantage un obstacle, un écran, qu'un secours ou un outil pour appréhender et comprendre l'émergence de normativités globales et il nous est dès lors apparu opportun et urgent de nous en détacher. Ceci ne nous détourne pas de la tentation évoquée par Lévi-Strauss de découvrir «l'ordre sous-jacent» aux phénomènes infiniment divers et biscornus dont la réalité nous pose l'énigme, mais nous fait douter de trouver le secret du nouvel ordre dans l'ancien.

1.3. – *Critique du «nationalisme méthodologique»*

D'autant que le concept d'ordre juridique ne comporte pas seulement une dimension logique (un ensemble ordonné et complet de règles cohérentes), en l'espèce problématique, mais également une importante dimension politique, dont la pertinence doit être évaluée à l'horizon global. L'ordre juridique est, en effet, très généralement compris et utilisé, comme un ordre institué, un ordre instauré ou garanti par une autorité, mieux encore par une autorité souveraine, dont le type exemplaire, sinon unique, est l'État. En ce sens, la notion d'«ordre» renvoie au moins autant à celle de commandement, imposé par le pouvoir à ses sujets à peine de sanction, qu'à celle de système. Historiquement, la mise en ordre logique des règles et l'affirmation de l'ordre politique souverain ont d'ailleurs constitué les deux faces (savoir et pouvoir) de la même monnaie régalienne.

L'identification des dimensions logique et politique de l'ordre juridique place les juristes, mais aussi les philosophes, devant une équation simple et assez rigide : droit = ordre juridique = État. Dès lors, pour nombre de philosophes, penser le droit global (ou le «droit cosmopolitique» pour parler comme certains), c'est non seulement réfléchir à un nouvel ordre mondial, mais aussi presque nécessairement poser, fusse de manière aporétique, la question de l'État mondial. Certains considèrent que le droit et l'État sont synonymes et qu'il n'y a de droit que créé par les États, c'est-à-dire des ordres juridiques nationaux et un ordre juridique international, constitué par le droit que les États créent entre eux. Nous pensons

quant à nous qu'il faut rompre avec cette manifestation de ce que le sociologue allemand Ulrich Beck qualifie (bien au-delà du droit et de la pensée juridique) de «nationalisme méthodologique»[15], tandis que d'autres parlent de «statocentrisme»[16].

Penser le droit comme un ordre étatique ne se justifierait que dans la perspective de la souveraineté. Or si la société mondiale dans laquelle nous vivons n'est certainement pas un monde sans États (l'ONU en compte près de 200), elle est, aujourd'hui comme hier, un monde sans Souverain. De fait, l'État mondial n'est pas pour demain et c'est probablement une bonne chose à en croire Emmanuel Kant, qui enseignait qu'un État mondial prendrait nécessairement la forme d'une dictature[17]. Or, dans un monde sans Souverain, les États sont contraints de se comporter comme des acteurs parmi d'autres, avec leur puissance et leurs spécificités. L'État, souverain (jusqu'à un certain point) à l'intérieur de son territoire, perd toute souveraineté (malgré ce qu'en dit le droit international public) dès qu'il en franchit ses frontières et doit composer avec d'autres forces, celles des autres États bien évidemment, mais aussi d'autres acteurs de la société mondiale comme les organisations internationales et les organisations non gouvernementales, mais aussi les entreprises transnationales et leurs réseaux.

Les plus réalistes, qui ont bien conscience que nous vivons durablement dans un monde multipolaire, glissent alors du concept d'«État mondial» au problème de la «gouvernance globale». Cette notion de gouvernance, empruntée aux politistes et aux managers, n'est pas sans intérêt et, dans le flou qu'elle affectionne, peut éventuellement servir de cadre adéquat pour décrire certains dispositifs de corégulation[18]. Je lui fais cependant le reproche de mettre par trop l'accent sur les organes, structures institutionnelles et procédures de décision, au détriment des normes, objets et dispositifs eux-mêmes, qui ne sont pas nécessairement produits, nous enseigne la pratique, par les structures de gouvernance inter- ou para-éta-

---

(15) U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003.

(16) G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 34. – W.J. Aceves, «Liberalism and International Legal Scholarship : The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation», 41 *Harv. Int'L.J.*, 129 (2000).

(17) E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*.

(18) B. Frydman, «Coregulation : a Possible Model for Global Governance», in B. De Schutter and J. Pas eds., *About Globalisation, Views on the Trajectory of Mondialisation*, Brussels, VUB Brussels University Press, 2004, pp. 227-242.

tiques que l'on met le plus en avant (organisations internationales, G8, G20, etc.). Il s'agit pour nous de ne pas réduire *a priori* les normativités globales aux sous-produits des institutions plus ou moins officielles de la gouvernance globale.

Pour le dire en termes plus théoriques, il s'agit, après avoir évincé le concept d'ordre juridique, de prendre à présent nos distances avec l'autre grande notion méthodologique du droit moderne, le concept de «source» du droit, en particulier de «source formelle». Celui-ci a pour principale fonction et effet de lier la règle, son sens, son champ d'application, sa force obligatoire et sa légitimité, à l'autorité ou l'institution qui l'édicte ou la prononce[19]. Il ne s'agit pas pour nous de nier ce lien, mais d'en relativiser la portée. Dans le contexte anarchique ou polyarchique de la globalisation, très bavard en termes normatifs, il ne nous paraît pas nécessairement pertinent de déterminer la valeur d'une norme exclusivement en fonction de son origine ou de son auteur. Pour le chercheur pragmatique, l'intérêt d'un objet, d'une norme, d'un dispositif se mesure souvent moins à la qualité de son «pedigree» qu'à l'importance des effets de régulation qu'il produit. Plusieurs exemples, tirés des standards techniques, codes de conduite, classements et autres labels, montrent que leur force normative n'a que peu ou parfois pas de lien avec la puissance, la qualité officielle ou la légitimité de ceux qui les ont d'abord conçus et diffusés. C'est pourquoi la démarche, normale pour le juriste, consistant à penser les transformations actuelles du droit en termes d'évolution de la théorie des sources ne nous paraît pas, en l'espèce, la plus prometteuse ni la plus pertinente. Nous sommes convaincus qu'une théorie du droit global ne s'épuise pas dans l'inventaire exhaustif de ses sources, quand bien même il serait possible de le dresser[20].

On nous fera sans doute le reproche, en détachant ainsi la règle de sa source et de son ordre, d'occulter voire de nier le lien entre le droit et le pouvoir qui l'impose et d'opérer ainsi, naïvement ou machiavéliquement, un découplage insidieux entre droit et politique. En réalité, c'est l'inverse. Il me semble qu'en limitant, au

[19] Sur la notion de sources et ses fonctions, *Le sens des lois*, *op. cit.*, ch. 6, spéc. §§175 et s., pp. 363 et s.

[20] Sur cette question, on se réfèrera à notre contribution avec G. Lewkowicz, «Les codes de conduite, source du droit global ?», in *Les sources du droit*, Bruxelles, Pub. des Fac. U. St Louis, à paraître en 2012.

niveau global, l'examen des normes aux textes édictés par les instances officielles, on sombre dans une sorte de formalisme, dont le juriste est coutumier et dont on lui fait reproche, depuis Marx, d'occulter ou dissimuler la réalité des rapports de force. D'autant qu'il n'est pas certain et même assez douteux que la réalité du pouvoir s'exprime au sein de ces instances de gouvernance ou par la voie de leurs canaux. Une analyse moins sourcilleuse, qui accepterait de comprendre dans le champ de la théorie du droit, au-delà des normes bien nées, celles qui sont parvenues par leur entreprise, permettrait peut-être de se faire une meilleure idée des forces non seulement politiques, mais économiques et techniques, qui impriment leur emprise sur le réel par l'entremise des normes.

1.4. – Ubi societas ibi ius – *Le droit de la société civile mondiale*

Nous nous sommes ainsi débarrassés, un peu cavalièrement, de l'ordre juridique et des sources formelles pour comprendre le droit global. Mais qu'allons-nous donc mettre à leur place ? Comment caractériser l'environnement global si ce n'est pas sous la forme d'un État (ou d'un lieutenant), ni sous la forme d'un ordre juridique institué ? Si nous nous reportons à la tradition dominante de la philosophie politique moderne, nous en serons réduits à penser l'état global comme un «état de nature». Nous voici de retour à Hobbes, qui décrivait la société internationale de son temps comme un état de nature peuplé de Léviathans actuellement ou potentiellement en guerre les uns avec les autres et que ne lient entre eux aucun contrat social. Mais, tandis que Hobbes pense l'état de nature, pour le dire un peu vite, comme un état de non-droit, où le droit de chacun ne connaît d'autre limite que sa puissance ou la limite que lui impose la puissance d'autrui, et presque comme un état de non-société, certains de ses successeurs, spécialement dans la tradition jusnaturaliste ou libérale, pensent, comme Locke notamment, qu'il existe déjà une société à l'état de nature et même une société dans laquelle les individus peuvent déjà revendiquer des droits naturels, en particulier la reconnaissance de leur propriété. Comme le disait déjà les Romains, *ubi societas ibi ius* : il n'y a pas de société humaine sans droit (mais il y a des sociétés humaines sans État). Bien plus, le grand Hegel, qui n'est ni libéral ni justnaturaliste et qui pense l'État comme la forme accomplie du droit et de la poli-

tique, pose comme logiquement préalable à l'État, un droit de la société civile, qui repose sur la reconnaissance des personnes, la propriété et le contrat. C'est au fond le droit privé, le droit civil (et le droit commercial), avant l'apparition du droit public, un droit où s'élaborent des formes, certes insuffisantes, prépolitiques d'institutions, comme les corporations.

Particulièrement intéressante pour ce qui nous concerne est, à cet égard, la position des empiristes écossais (Hume, Smith, Ferguson), que Hegel a lus et médités, et qui récusent avant lui l'hypothèse du contrat social et la solution de continuité, artificielle selon eux, que la conclusion de ce pacte impose entre la vie sociale et la vie politique. Hume et ses successeurs transforment le problème et par suite le programme de la philosophie du droit. Ce problème n'est plus, comme dans la tradition contractualiste : «quelles sont les clauses nécessaires d'un pacte social (juste) ?»; mais bien : «comment la convention procède-t-elle de la nature ?», autrement dit : comment les règles juridiques et les institutions politiques émergent progressivement dans l'histoire des sociétés ? Avec Locke, Hume, Smith et Hegel, nous pouvons donc penser un droit logiquement ou historiquement antérieur à l'État, un droit de la société civile mondiale. Mieux encore, nous pouvons en raconter l'histoire. Nous sommes en mesure d'observer, de manière empirique, dans différents secteurs, les transformations à l'œuvre sur le plan normatif au départ des interactions stratégiques des acteurs. Nous rapportons, dans la seconde partie de cet article, quelques résultats provisoires que nous pensons pouvoir tirer de ces observations.

2. – Dynamiques du droit global

2.1. – *Destruction créatrice et extension du domaine de la norme – Le droit global est-il du droit ?*

L'observation des effets de la mondialisation sur le droit présente deux versants. Le premier met en évidence les conséquences destructrices de la mondialisation sur les règles et les institutions juridiques modernes, en particulier des droits nationaux, mais aussi du droit européen et du droit international. C'est notamment le phénomène désormais bien connu de «la course vers le bas». Mais, la fas-

cination qu'exerce cette déconstruction spectaculaire et inquiétante tend souvent à occulter ou à négliger d'autres phénomènes normatifs, plus discrets, qui se développent simultanément. Car la nature sociale semble avoir horreur du vide juridique et l'affaiblissement des Léviathans et autres dinosaures du droit moderne paraît ouvrir une niche écologique favorable à l'évolution d'autres organismes normatifs, de formes diverses, qui investissent les décombres et les interstices entre les droits nationaux et le droit international. Ces nouvelles créatures du bestiaire normatif (parfois issues de souches plus anciennes, déjà répertoriées dans la taxinomie juridique) méritent également un examen attentif en tant qu'embryons de nouvelles normativités potentielles.

Un doute important surgit ici sur la qualification juridique de ces normativités émergentes et par voie de conséquence sur la compétence des juristes à en traiter. Le droit moderne n'englobe pas tout le champ de la normativité, même s'il prétend le dominer. Le droit n'est qu'une forme parmi d'autres de régulation sociale, qui présente des caractéristiques précises, par exemple l'articulation entre normes primaires et normes secondaires dans la théorie de Hart. Or les normativités dont il sera question ici ne s'inscrivent pas le plus souvent dans un tel schéma. Le théoricien du droit peut donc à bon droit affirmer que ces normes ne sont pas juridiques et rejeter pour ce motif la notion de «*droit* global». Mais quelle conclusion en tirer ? Si on en déduit que ces normes n'intéressent pas le juriste et le théoricien du droit, qui n'auraient pas vocation à en traiter, car elles sortent du cadre de la définition du droit, une telle conclusion ne satisfera pas le pragmatique, non plus d'ailleurs que le curieux. D'un point de vue pragmatique, le juriste peut et même doit s'intéresser à ces normes en tant que celles-ci produisent ou tentent de produire des effets de régulation tels qu'elles concurrencent, voire tendent à se substituer aux normes juridiques classiques. Pour reprendre ici un concept utile aux comparatistes, certaines de ces normes opèrent potentiellement comme des «équivalents fonctionnels» des normes juridiques. Elles ne peuvent être délaissées uniquement aux autres sciences sociales. Le philosophe du droit ou le théoricien du droit doivent s'y intéresser, même si cela implique une extension de leur province, de leur empire ou de leur juridiction à un champ plus étendu de normativités. Cette conception large de la philosophie des normes n'est au demeurant pas neuve, mais mon-

naie courante au moins jusqu'au 18e siècle. L'œuvre de Jeremy Bentham témoigne, par exemple, de la fécondité d'une telle approche pour la philosophie et pour le droit.

2.2. – *La course vers le bas et le marché global des droits nationaux*

Si l'on veut résumer grossièrement les effets de la mondialisation sur le droit, on peut dire que la mondialisation correspond à une nouvelle phase d'évolution du capitalisme et plus largement de la société mondiale, dans laquelle certains acteurs, que l'on appelle désormais non plus «multinationaux» mais «transnationaux», au nombre desquels on compte bien sûr certaines grandes entreprises, mais pas seulement des entreprises, déterminent et coordonnent désormais leurs stratégies d'actions directement à l'échelle planétaire, et non plus par référence à un ou plusieurs pays ou régions déterminés. Le concept de «mondialisation» est un concept développé au départ par la microéconomie, qui désigne le point de vue d'un acteur particulier sur son environnement. C'est également ainsi, me semble-t-il, que la notion doit être comprise en droit, d'un point de vue microjuridique donc. Ainsi exprimée, la mondialisation correspond en quelque sorte à un point de vue sur le monde, un point de vue simultanément global et particulier en l'occurrence. Sur le plan du droit, et pour aller très vite, ce point de vue place notre acteur transnational dans une situation nouvelle. Il n'est plus désormais le sujet d'un ordre juridique prédéterminé dont il subit la contrainte et le cas échéant les sanctions. Mais il se trouve au contraire placé devant un paysage fragmenté, une mosaïque d'ordres juridiques, qui correspond en gros à la carte politique du monde, divisée en États. Ce paysage lui-même n'est pas nouveau, puisqu'il a été tracé par la Modernité d'abord et la décolonisation ensuite. Ce qui est nouveau c'est le point de vue et l'opportunité d'en tirer parti. L'acteur transnational se trouve en effet, à l'égard de cette mosaïque d'ordres juridiques, dans une situation de «*forum shopping*», selon l'excellente expression forgée par les spécialistes du droit international privé, c'est-à-dire en situation de faire son marché entre les différents ordres juridiques nationaux.

La mondialisation ainsi comprise, d'un point de vue microjuridique, conduit certes pas à la création d'un droit global, mais à la création d'un marché global des droits nationaux par la mise en

concurrence de ces ordres juridiques entre eux. Cette thèse de la concurrence régulatoire (*regulatory competition*) et de la «course vers le bas» (*the race to the bottom*) qu'elle provoque n'est pas nouvelle, puisqu'elle a été développée, dans le contexte intérieur des États-Unis [21], depuis les premières décennies du 20e siècle, notamment par Louis Brandeis [22]. Désormais, elle peut être adéquatement transposée au niveau mondial, avec la circonstance aggravante qu'il n'existe pas à ce niveau d'État fédéral qui puisse éventuellement en tempérer les effets [23].

Les États, soucieux d'attirer les fonds, les activités, les opérations sur leur territoire afin de générer des revenus, de l'emploi, du développement et de la croissance, veulent offrir un «paquet normatif» attractif aux acteurs transnationaux, en particulier aux entreprises [24]. Celles-ci tendent à privilégier, jusqu'à un certain point, l'ordre le moins disant sur le plan normatif, les obligations juridiques, au sens le plus large incluant évidemment les prestations sociales et fiscales et les contraintes environnementales, étant perçues comme des coûts qu'il s'agit de minimiser dans la quête incessante à la maximisation du taux de profit. Nous connaissons bien évidemment cette situation à travers la pratique de ce qui nous apparaît comme des «délocalisations». Cette situation concurrentielle conduit logiquement à une «guerre des prix» d'autant plus sauvage que la disparité est très importante entre les différents

[21] Notamment parce que les Américains appellent «l'effet Delaware» en droit des sociétés, du nom de cet État qui, en supprimant la plupart des exigences et contraintes pesant sur les sociétés, a attiré nombre de celles-ci à s'immatriculer dans l'État, tout en exerçant une pression forte et constante «à la baisse» sur le droit des sociétés des autres États de la fédération.

[22] Ces notions ont été proposées par Berle et Means dans leur ouvrage classique *The Modern Corporation and Private* Property (New-York, McMillan, 1932) avant d'être consacrées, dès l'année suivante, par le juge Brandeis dans son opinion dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Ligget Co v. Lee* (288 U.S. 517, 558–559).

[23] On délaisse ici la question de la transposition de cette thèse aux États de l'Union européenne, sur la base soit d'une politique délibérée des institutions, soit comme conséquence de la réalisation du marché unique et de certaines décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Sur l'idée de l'Union européenne comme «laboratoire du droit global», on lira, dans ce volume, la contribution d'Arnaud Van Waeyenberge et Dephine Dogot.

[24] On peut se faire une idée de ce type de «paquet normatif» en consultant des ouvrages ou sites d'information du type *Doing Business in* ... , qui indiquent aux entrepreneurs les avantages et les inconvénients, les coûts et les bénéfices de l'installation ou d'opérations menées au départ des différents États de la planète. Voyez en particulier le site *Doing business* de la Banque mondiale. Selon les experts de la Banque, la comparaison des indicateurs sur cinq ans entre 2011 et 2006 montre que des changements en termes de régulation sont intervenus dans 85 % des 174 économies (et donc ordres juridiques) étudiées qui «simplifient» la vie des affaires et améliorent la situation juridique des investisseurs (site http ://www.doingbusiness.org/reforms/five-years, consulté le 6 septembre 2011).

ordres juridiques dans le monde et que certains États (dits paradis fiscaux, financiers, numériques, etc.) n'hésitent pas à recourir des pratiques de *dumping* réglementaire pour s'arroger d'importants avantages concurrentiels. On sait que les États, qui se plaignent de cette situation, sont pour une large part à l'origine de celle-ci, puisque tant le décloisonnement des marchés financiers que l'abaissement des barrières aux échanges de marchandises et de services ont fait l'objet d'une politique délibérée de «dérégulation», elle-même fondée sur une idéologie libérale radicale, dont les effets sont encore accrus par les évolutions économiques et technologiques, notamment le développement sans précédent des réseaux mondiaux de communication.

2.3. – *La loi naturelle du marché global*

Faut-il conclure de cette «course vers le bas» dont on n'aperçoit pas la ligne d'arrivée au dépérissement du droit au profit d'une régulation du monde par les seuls mécanismes de l'économie de marché ? C'est ce que n'ont pas hésité à prédire ou à souhaiter certains, en particulier les défenseurs les plus radicaux de la dérégulation libérale. Sur le plan de la théorie du droit, ceux-ci s'inscrivent dans un cadre que nous avons qualifié ailleurs de «droit naturel économique»[25]. Celui-ci s'appuie notamment sur la théorie économique néo-classique de l'équilibre général qui prétend démontrer, dans une situation de «monde parfait», la régulation optimale de toutes les opérations par le jeu de l'offre et de la demande réglé par le seul mécanisme des prix. Il n'y a rien là qui soit tellement étonnant, pour l'historien des idées, si l'on veut bien se rappeler que la science économique est historiquement née de la science juridique, lorsque des philosophes comme Adam Smith, l'auteur de *La richesse des nations* (qui enseignait non seulement la philosophie morale, mais aussi la théorie du droit), cherchaient à établir les lois naturelles de la société et découvraient par là même la loi du marché. L'État et sa main de fer, le marché et sa main invisible, voici bien les deux modèles de régulation sociale que nous a légués la Modernité[26].

---

[25] B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 3e éd. actualisée, 2010, pp. 44 et s.

[26] Sur cette question, voyez le bel ouvrage de P. Rosenvallon, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, 1979.

Ces idées selon lesquelles l'État et de manière plus générale la réglementation ne sont pas une solution, mais un problème[27] et que les marchés laissés à eux-mêmes se régulent plus efficacement que ceux qui prétendent les contrôler n'en sont pas restés, comme on sait, au stade purement théorique, mais ont alimenté et légitimé de puissantes politiques de dérégulation à l'échelle nationale, régionale et mondiale, dont la dérégulation, le décloisonnement et la globalisation des marchés financiers constituent la réalisation la plus spectaculaire et la plus déterminante, mais certainement pas la seule. L'idéologie du droit naturel économique ou de la théorie économique standard, à laquelle sont acquis ou soumis une partie substantielle des dirigeants des organisations et agences en charge de la régulation, contribue non seulement à la déconstruction des normes juridiques en vigueur, notamment nationales, mais fait dans plusieurs domaines obstacle à l'établissement de nouvelles règles ou institutions à l'échelon régional ou mondial. Parfois même, lorsque, dans des cas classiques d'échec du marché, l'intervention des autorités publiques est jugée indispensable, celles-ci mettent en place des mécanismes hybrides, intéressants OJNI, qui visent à l'établissement de «marchés artificiels», comme par exemple, dans le domaine de la lutte contre le réchauffement climatique, les droits de polluer négociables[28].

Pour autant et malgré toute la puissance de cette idéologie et des intérêts qui la soutiennent, l'observation empirique de l'évolution des différents secteurs de la société globale ne confirme pas et même contredit l'hypothèse théorique de la régulation des échanges par la seule loi naturelle du marché. Plusieurs raisons permettent d'expliquer cet état de choses. D'abord, et c'est bien connu, la régulation par le marché nécessite paradoxalement un très gros travail préalable d'institutionnalisation, mais aussi l'établissement et la mise en œuvre effective de nombreuses règles et procédures pour assurer son bon fonctionnement. Cela est vrai non seulement pour les marchés artificiels, comme les marchés du carbone, mis en place dans le

[27] Selon la célèbre phrase attribuée à R. Reagan : «State is not the solution, State is the problem».

[28] Sur cette question, on se reportera notamment à notre cycle de conférences sur *Les nouveaux instruments juridiques et financiers de la lutte contre le réchauffement climatique*, février-avril 2011, www.philodroit.be (rubrique podcasts). Un résumé des interventions est également publié sur le site dans les *working papers series*, 2011/1.

cadre de politiques néolibérales [29], mais également pour les marchés classiques de biens, de titres et de services, comme l'analyse des causes de la crise bancaire de 2008 l'a démontré de manière convaincante [30]. Il ne faut donc surtout pas confondre état de nature et marché : le marché n'est pas la nature ou plutôt c'est une «seconde nature», comme disent les philosophes, mais qui demande à être instituée par le droit.

2.4. – *La lutte pour le droit*

Ensuite et surtout, l'observation sur le terrain des comportements des acteurs, quels qu'ils soient (publics et privés, marchands ou non...), enseigne que ceux-ci semblent loin de se satisfaire de la seule loi du marché dans l'espace global, mais qu'ils développent une activité, soutenue et parfois intense, formulent des revendications et prennent de nombreuses initiatives en matière soit de demande, soit d'offre de normes.

Nous avons pu constater très clairement, sur les différents chantiers que nous avons étudiés, que les «*global players*», comme les qualifie la littérature anglo-saxonne, sont en demande de normes et que des normes sont effectivement produites au cours des interactions et ce pour des raisons multiples et variées, qui ne sont pas forcément inédites : standardiser les caractéristiques, la qualité et l'interopérabilité des produits et des services afin de favoriser la division du travail et la globalisation de la production et de l'échange; stabiliser les attentes et garantir les opérations afin de réduire l'incertitude et les risques; coordonner les plans d'action des acteurs, structurer les réseaux et les groupes d'intérêts; mais aussi diffuser et faire prévaloir des intérêts, des valeurs, des modes de comportements; acquérir, maintenir, renforcer ou combattre des positions de puissance; légitimer des aspirations comme «justes» en les universalisant; etc.

---

[29] Sur cette question, voir l'analyse désormais classique de Michel FOUCAULT dans son Cours au collège de France sur le néolibéralisme : *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.

[30] Plusieurs ouvrages récents ont stigmatisé la dérégulation des marchés financiers et la passivité des autorités de contrôle comme causes majeures de la crise financière commencée en 2008 : J. STIEGLITZ, *Freefall* (tr. fr. : *La grande désillusion*), Norton & Company, 2010; P. JORION, *Le capitalisme à l'agonie*, Paris, Fayard, 2011; J. SAPIR, *La démonidalisation*, Paris, Seuil, 2011; etc.

En réponse à cette demande, de multiples entreprises de production de normes voient le jour dont les moyens et les techniques, très variés, vont du bricolage improvisé jusqu'à l'ingénierie normative la plus sophistiquée. Nombre de ces techniques mobilisent des normes, procédures ou institutions juridiques existantes. N'oublions pas que la société globale n'est pas née de rien, mais le produit d'une histoire, elle-même chargée de matériaux juridiques qui, pour être fragilisés ou inadaptés à l'horizon global, n'en demeurent pas moins disponibles et recyclables au service de nouvelles constructions normatives dont la logique, l'objectif et le champ d'application diffèrent souvent radicalement des ensembles desquels ils sont extraits.

Par-delà la mobilisation de notions classiques du droit des contrats et des obligations et des institutions du droit commercial (par exemple l'arbitrage, le droit des sociétés et les titres négociables), on mentionnera notamment le fait de donner une nouvelle extension ou de nouveaux destinataires à des textes internationaux [31] ou des tentatives diverses de donner des effets extraterritoriaux étendus à des règles nationales ou régionales [32]; différents phénomènes de «diffusion du droit» [33], circulation des règles ou des solutions par-delà les frontières des ordres juridiques (phénomènes dits de «transplants» [34] ou de «téléchargement» des normes) [35]; la production d'effets de régulation par l'action conjuguée, parfois accidentelle, de règles en provenance d'ordres différents [36].

[31] Par exemple, des textes de «*soft law*» sans portée juridique obligatoire, qui servent de référence à de nouveaux instruments comme dans le cas du *Pacte Global* de l'ONU ou qui sont appliqués à des personnes privées plutôt qu'aux États signataires comme à nouveau dans le Pacte global ou dans la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations.

[32] Comme, par exemple, dans le cas des «*long arm statutes*» ou, sur le plan de la plan juridictionnel, des règles de compétence universelle.

[33] W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Cambridge U. P., 2000, développé par le même auteur dans : «Diffusion of Law : a Global Perspective», *Journal of Legal Pluralism 49* (2004), 1 et «Social Science and Diffusion of Law», *Journal of Law & Society 32* (2005), 203-240.

[34] Notion développée par A. Watson dans *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974, qui connaît un important succès parmi les comparatistes.

[35] Métaphore utilisée notamment par Harold Koh et l'école de New Haven qui évoquent le «uploading» et «downloading» de règles juridiques entre le droit interne et le droit international en particulier.

[36] Voir à cet égard le phénomène que nous avons mis en évidence d'action conjuguée des dispositions américaines et européennes en matière de responsabilité des fournisseurs de services sur Internet, en particulier la «*good samaritan provision*» et la directive «commerce électronique» dans le domaine du contrôle des contenus sur Internet. (B. Frydman et I. Rorive, «Regulating Internet content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A.», avec Isabelle Rorive, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 1, pp. 41-59).

Il s'agit enfin du phénomène, bien mis en évidence par A.-M. Slaughter, de «la capture» de certaines agences de régulation étatiques, comme les autorités de régulation monétaires et financières, au service d'un agenda global[37], parmi lesquels on comptera même, dans certains cas, les juges nationaux[38].

D'autres dispositifs manifestent des formes d'hybridation des règles juridiques avec d'autres champs normatifs : la régulation économique, avec les marchés artificiels déjà évoqués ou les dispositifs incitatifs qualifiés par Bentham de «législation indirecte»[39]; les «contraintes» technologiques, notamment dans le domaine informatique des réseaux de communication[40] et des univers virtuels; les normes managériales, notamment dans les dispositifs d'évaluation et de gouvernance par les indicateurs[41]; les standards techniques, notamment par l'extension du domaine des normes ISO et plus généralement par la colonisation par les standards techniques de domaines récemment couverts par les règles juridiques classiques, notamment les domaines de la santé, de la sécurité, de l'environnement[42], etc.

L'observation nous apprend ainsi que la société globale n'est pas un lieu de «non-droit», un lieu dont les normes seraient absentes; ce n'est pas non plus un vaste marché régulé par la seule loi économique de l'offre et de la demande. C'est un environnement complexe et fragmenté, risqué et incertain, au sein duquel différents acteurs qui poursuivent leurs propres objectifs cherchent à établir des normes qui soient favorables à leurs intérêts afin de consolider ou de faire progresser leurs positions. Autrement dit, s'il faut comparer l'état global à un état de nature, celui-ci n'est pas seulement le théâtre d'une lutte pour la survie ou la puissance (comme chez Hobbes), ni d'une concurrence pour l'appropriation des richesses (comme dans la théorie économique), mais aussi d'une véritable «lutte pour le droit», selon une expression que nous

(37) A.-M. Slaughter, *A New World Order : Government Networks and the Disaggregated State.* Princeton, Princeton University Press, 2004.

(38) Voir *infra* §14 sur le contentieux transnational des droits de l'Homme.

(39) *Principes du Code pénal*, 4e partie.

(40) V. notamment le livre de Larry Lessig au titre évocateur : *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000.

(41) Au sujet de l'application de telles normes dans le domaine de la justice, ainsi que leurs conséquences, leur efficacité et leur légitimité : B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011.

(42) Voir *infra* §16.

empruntons au jurisconsulte allemand Rudolph von Jhering[43]. Les normes juridiques, quand bien même on concèderait qu'elles ne constituent jamais qu'un moyen en vue d'une fin, un élément de la superstructure réductible «en dernière instance» à l'infrastructure économique[44], représentent un bien, un pouvoir, une valeur, qui sont recherchés pour eux-mêmes[45]. Il s'agit dès lors d'étudier comment, en l'absence d'un arbitre suprême (l'État souverain chez Jhering), le jeu des intérêts concurrents et la lutte pour le droit qu'elle provoque peuvent conduire ou non à l'émergence et à la stabilisation de dispositifs normatifs.

2.5. – *La pannomie*

Dans l'état de relative anarchie dans laquelle se développe la société mondiale, la faculté de proposer et d'imposer des normes n'est plus limitée aux États, dans le cadre des institutions parlementaires et gouvernementales, ni même aux organisations internationales. Il n'existe pas d'ordre juridique proprement dit, c'est-à-dire qu'il n'y a ni monopole du pouvoir d'énoncer des normes et de les imposer aux autres, ni règle ou procédure d'arbitrage entre les normes concurrentes. Il s'ensuit que tous les acteurs intéressés tentent de produire, d'adouber, de faire appliquer, de sanctionner les normes qui leur conviennent. Ainsi, si on prend l'exemple, tout à fait caractéristique, des codes de conduite, vous trouverez aussi bien des codes établis par les États ou les organisations internationales (comme par exemple le Pacte global de l'ONU), que des codes établis par des entreprises particulières, par des ONG ou encore par des experts[46]. La société mondiale ne se caractérise donc certainement pas par un état d'anomie, mais bien au contraire comme un état de «pannomie», si l'on m'autorise ce néologisme, où les normes surgis-

[43] R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Vienne, 1872, trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marescq Aîné, 1890, et réédition *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, 2006.

[44] Sur cette notion de réduction en dernière instance et l'autonomie relative qui justifie l'attention que l'on prête aux phénomènes juridiques, on se réfèrera bien entendu à l'étude classique de L. Althusser, «Idéologie et appareils idéologiques d'État», Paris, Éditions sociales, 1976, pp. 67-125.

[45] On peut se référer à l'intéressant débat engagé depuis 2002 en sciences politiques sur la notion de «puissance normative», dont on qualifie en particulier l'Union européenne. La controverse donne lieu à pas mal de publications et récemment encore : R. Whitman (dir.), *Normative Power Europe*, Palgrave Macmillan, 2011.

[46] Cfr. l'article précité de Frydman et Lewkowicz sur «Les codes de conduite, source du droit global ?».

sent de toutes parts, proclamées par autant de législateurs improvisés, publics ou privés.

Cette situation affecte bien évidemment les interactions sur la scène globale, où certains acteurs tentent de définir, modifier ou stabiliser les «règles du jeu» dans le cours même de leurs relations. Elle présente quelque ressemblance avec cette forme très particulière du jeu d'échecs décrite par Wittgenstein dans ses *Investigations philosophiques*, dans laquelle chaque joueur dispose à son tour du choix soit de jouer un coup, soit de modifier une règle[47]. Bien entendu, cette démultiplication extrême du droit nuit à son efficacité. Comme l'exprime justement Wittgenstein, dans un aphorisme très court dont il avait le secret qui constitue à mon avis une contribution majeure à la logique déontique : «Suivre une règle, c'est suivre la même règle»[48]. Si chacun suit sa propre règle, cela revient en pratique au même que s'il n'y avait pas de règle du tout.

Comment, en l'absence de procédure ou de règles d'arbitrage entre les normes concurrentes, certains dispositifs et certaines normes vont-elles réussir à prévaloir sur d'autres ? Comment, dans la lutte pour le droit, s'opère la sélection des plus aptes ? Il n'y a pas de réponse unique à cette question, mais nous avons pu, à plusieurs reprises, constater que l'émergence et la cristallisation de nouvelles normativités n'interviennent que dans une phase seconde, qui présuppose d'abord l'identification d'un point fixe au départ duquel la sédimentation normative s'opère éventuellement.

2.6. – *Les nouveaux points de contrôle*

Tout le monde en droit global peut se proclamer législateur. Mais ce n'est pas tout : certains peuvent s'instituer «gendarme» de la mondialisation, pour autant qu'ils disposent d'un moyen effectif de contrôler les actions des autres. Ou plutôt, puisque c'est plus souvent ainsi que cela se passe en pratique, les personnes en situation de contrôle peuvent être investies par d'autres, souvent à leur corps défendant, de la fonction de surveiller et le cas échéant de sanctionner les comportements des agents. Cette mission dont vont ainsi se

(47) L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961.

(48) *Investigations philosophiques*, *op. cit.*, §199. Et il poursuit au §225 : «l'emploi du mot "règle" et l'emploi du mot "même" sont étroitement liés (comme le sont l'emploi de "proposition" et l'emploi de "vrai.")». Le mot «même» opère la même fonction pour les normes que le mot «vrai» pour les propositions scientifiques.

trouver investis certains acteurs en position de contrôle sera souvent dénommée «responsabilité» aux différents sens que comporte ce terme en français de responsabilité morale (*responsibility*), juridique (*liability*) et d'obligation de rendre compte (*accountability*).

Dans les différents chantiers que nous avons étudiés, la recherche et l'identification de «points de contrôle»[49] ou de «garde-barrière»[50] précède souvent la détermination du contenu des normes. Autrement dit, le gendarme et le juge précèdent en quelque sorte le législateur, ce qui ne surprendra guère d'ailleurs les historiens du droit et de l'État. Dans plusieurs secteurs, on voit ainsi apparaître ou se développer, sous diverses formes, des dispositifs de surveillance, d'évaluation et de contrôle, qui tendent à assumer ou à être investis d'une fonction ou d'une mission «quasi-régulatoire»[51] de «monitoring global»[52]. Tel est de manière spectaculaire le cas des agences de notation dans le domaine des marchés financiers[53], mais aussi de certains dispositifs de classement ou «*rankings*», dans des domaines très divers qui vont de la qualité des universités[54] au niveau de respect par les États des droits de l'Homme ou de l'État de droit («*rule of law*»)[55].

Outre ces dispositifs qui vont de l'information, à l'évaluation, au contrôle et à la régulation, on observe, dans d'autres secteurs, que des acteurs totalement étrangers à la fonction d'information et de surveillance, se voient investis d'une mission de régulation et de contrôle, en raison de la position spécifique qu'ils occupent dans

[49] J. ZITTRAIN, «Internet Points of Control», *Boston College Law Review* 44 (2003), pp. 653-688. Voir aussi : J. ZITTRAIN, «A History of Online Gatekeeping», *Harvard Journal of Law and Technology* 19 (2006), pp. 253-298.

[50] Sur l'importance de cette position de «gatekeeping», voir, outre Zittrain précité, de manière beaucoup plus générale, l'ouvrage de J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, Paris, La découverte, 2005.

[51] J'emprunte cette expression à l'excellent article de T. SINCLAIR, «The Infrastructure of Global Governance : Quasi-Regulatory Mechanisms and the New global Finance», *Global Governance*, 7 (2001), pp. 441-451.

[52] T. SINCLAIR, «Global Monitor. Bond Rating Agencies», *New Political Economy*, 8 (2003), pp. 147-161.

[53] Voir notamment les articles de T. SINCLAIR précités et son ouvrage : *The New Masters of Capital. American Bond rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*. Cornell University Press, 2005.

[54] Voir notamment le fameux classement de Shanghaï (Academic Ranking of World Universities) : www.shanghairanking.com (consulté le 9/9/11).

[55] V. par exemple le ranking de la banque mondiale en matière de gouvernance et de lutte anti-corruption, qui propose un classement composite et par indicateurs, parmi lesquels on trouve le respect de la *rule of law* par les États, ainsi d'ailleurs que la qualité de la législation («*regulatory quality*») : http ://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_countries.asp (consulté le 12/9/11).

l'organisation de la production et des échanges. Ces acteurs aussi ont été mis sous forte pression d'endosser, souvent à leur corps défendant, une fonction de régulation à laquelle rien *a priori* ne les destinait et qu'ils avaient peu de moyens et de légitimité pour assurer. Tel est le cas notamment des fournisseurs de services sur Internet (fournisseurs d'accès, d'hébergement, moteurs de recherches...), mais aussi des entreprises de marque, têtes de réseau en matière de produits de consommation. On développe ci-après ces deux exemples, qui ont donné lieu à des recherches approfondies au sein du Centre Perelman.

2.7. – *L'exemple de la régulation des contenus sur Internet* [56]

L'Internet était considéré dans les années 1990 comme un lieu de non-droit par excellence pour plusieurs raisons. D'abord, il était réputé impossible à réguler et avoir été expressément conçu pour cela. Ajoutez à cela une culture informatique libertaire et décidée à vaincre tous les obstacles, techniques ou autres, notamment politiques et juridiques, à la circulation des informations, qui avait même conduit aux beaux jours du réseau à la proclamation d'une *Déclaration d'indépendance du cyberespace*, déniant toute légitimité à l'intervention des États et les mettant même au défi de réguler l'Internet.

Ensuite, alors que l'Internet était très largement dominé par les États-Unis, toute intervention publique dans les contenus était jugée contraire au 1er Amendement de la Constitution et par suite annulable (et d'ailleurs effectivement annulée) par les juridictions fédérales et finalement la Cour suprême des États-Unis. Enfin, avant la bulle Internet, la foi des gouvernements dans le développement de la nouvelle économie numérique et dans l'idéologie de la dérégulation les incitait à ne pas réglementer pour ne pas entraver le développement de celle-ci. Pour toutes ces raisons, les États avaient, après quelques velléités et plusieurs échecs, plus ou moins renoncé à réguler le nouveau media et décider de «laisser faire». Or,

[56] Pour un exposé plus complet des questions résumées dans ce paragraphe et les références précises, on peut se référer à nos publications suivantes : B. Frydman et I. Rorive, «Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A.», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 1, pp. 41-59 et B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, «Public strategies for Internet co-regulation in the United States, Europe and China», in E. Brousseau, M. Marzouki., C. Meadel, (dir.), *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012 (sous presse).

que se passa-t-il ? Des groupes d'intérêts se mobilisèrent très fortement pour lutter contre certains contenus, soit dans un intérêt privé (comme les titulaires de droits de propriété intellectuelle victimes de contrefaçons), soit dans un intérêt public (comme les ONG luttant contre la pédophilie ou contre les discours racistes). Ces groupes d'intérêts privés ont identifié en la personne des fournisseurs de services internet (ISPs) et tout spécialement des fournisseurs d'hébergement, qui comme leur nom l'indique, hébergent les sites et les autres données sur leurs serveurs, un point de contrôle de l'Internet, sur lequel ils ont exercé une pression considérable par la voie de multiples actions en justice et de contraintes administratives. Ainsi, dans la célèbre affaire franco-américaine *Yahoo!*, un historien français de la Shoah avait été saisi par un collectionneur de «pin's» américain du scandale que constitue la vente aux enchères non seulement de pin's à l'effigie de la croix gammée, mais de toute une panoplie d'accessoires les plus variés à la gloire du troisième Reich et de la SS. Des associations françaises de lutte contre l'antisémitisme et le racisme décidèrent de cibler Yahoo! (qui n'était pas le seul intermédiaire concerné loin de là, mais, à l'époque, l'un des plus en vue) et de l'attaquer en justice pour le contraindre à bloquer l'accès «sur le territoire français» à de tels objets et plus largement de tous les contenus racistes. Cela conduira Yahoo! non seulement à une grande bataille de procédure transatlantique, que le géant américain ne va d'ailleurs pas gagner, mais surtout à changer de politique et à supprimer purement et simplement ces pages non seulement en France, mais aux États-Unis (où elles sont protégées pourtant par le 1er amendement de la Constitution), et dans le monde entier. Sous la pression, les autres grands vendeurs aux enchères, dont le n° 1 eBay agiront de même. Une procédure dite de «*notice and take down*» sera imaginée aux USA, puis généralisée en Europe et au Japon, qui transformeront les fournisseurs d'hébergement en censeurs, tout à fait involontaires et même réticents, mais assez efficaces, parfois trop efficaces d'ailleurs, des contenus sur l'Internet. Bien sûr l'efficacité de tels contrôles est tributaire de la structure des flux de données et lorsque ceux-ci évoluent, la pression se déplace. Ainsi, le développement du «peer-to-peer» pour le téléchargement illégal, où chacun est son propre hébergeur, déplace la pression du fournisseur d'hébergement vers le fournisseur d'accès, comme on le voit notamment en France avec la loi *Hadopi* par

exemple. Les moteurs de recherche, intermédiaires de fait devenus indispensables entre les usagers et les éditeurs de contenus, ont également été soumis à forte pression. Enfin, dans la récente affaire *Wikileaks*, on a vu les gouvernements, notamment le gouvernement américain dont les moyens d'action juridiques étaient faibles sinon nuls au regard du droit interne, déplacer et étendre la pression vers les fournisseurs de services financiers sur Internet, les comptes bancaires, paypal et autres visa, qui alimentaient wikileaks étant brutalement bloqués par ces nouveaux garde-barrière ainsi désignés de l'Internet [57].

2.8. – *L'exemple de la responsabilité sociale des entreprises* [58]

Un mécanisme à peu près similaire est repérable dans le domaine pourtant très différent de la réorganisation mondiale de la production et du travail vers des pays à bas coût de main-d'œuvre et faible niveau de protection sociale. Cette question avait été portée sur l'agenda international par les États-Unis et la France lors des négociations préludant à la naissance de l'Organisation Mondiale du Commerce. Ces deux pays avaient proposé d'introduire la possibilité d'exclure du bénéfice des accords de libre-échange les pays ne respectant pas un niveau de protection sociale minimal. Cette clause dite «sociale» ne fut pas adoptée par l'OMC, mais le problème transféré à l'Organisation Internationale du Travail (OIT) qui édicta une Déclaration tripartite, solennelle mais sans portée juridique obligatoire en droit international, proclamant quatre droits fondamentaux au travail, repris ensuite dans le Pacte mondial, proposé par l'ONU à la signature des entreprises [59]. Ce Pacte mondial, conçu à l'initiative du Secrétaire Général des Nations-Unies en l'an 2000, a connu un succès non négligeable, lié à la montée en puissance du

[57] On lira notamment sur cette affaire Y. BENKLER, «A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate», forthcoming *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, draft consulté à l'adresse : http ://benkler.org/Benkler_Wikileaks_current.pdf (28 juin 2011).

[58] Pour un exposé plus complet des questions résumées dans ce paragraphe et les références précises, on peut se référer à notre ouvrage collectif : Th. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

[59] Ces quatre droits, en retrait par rapport aux conventions en bonne et due forme conclues et ratifiées sous l'égide de l'OIT, sont l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, ainsi que de la discrimination au travail et la liberté d'association des travailleurs (liberté syndicale).

mouvement dit de la responsabilité sociale des entreprises. Ce mouvement de responsabilisation n'est pas complètement spontané, mais correspond largement à l'identification de certaines entreprises comme «points de contrôle» possibles dans l'environnement global. Depuis quelques années, certaines entreprises transnationales, en particulier celles qui vendent au public des produits de marque dont elles délèguent la fabrication à des sous-traitants dans des pays à bas coûts, ont été identifiées, d'abord par les ONG et autres acteurs de la société civile, puis par certains États et des organisations internationales qui ont ici encore suivi le mouvement, comme des points de contrôle pour sanctionner, à la place des États défaillants ou impuissants, l'exploitation du travail des enfants, les horaires infernaux, les conditions de travail dangereuses ou malsaines, l'interdiction des syndicats etc. Des sociétés comme *Nike*, par exemple, ont été mises sous une intense pression par les médias, l'opinion publique et donc leurs clients. Nike, comme d'autres, a répondu à cette pression en édictant, pour des raisons commerciales bien comprises et aussi se sortir du vide ou du flou normatif du droit local, un code de conduite que la société a imposé à ses sous-traitants en Inde, en Chine, en Indonésie, au Vietnam, aux Philippines, etc., en les soumettant en outre à des contrôles effectués par les services d'inspection de la firme ou par des auditeurs commandités à cet effet. Le code de conduite prévoyait des sanctions, au pire la rupture des relations contractuelles et donc la fin des commandes, en cas de violation des dispositions du code. Ces contrôles ayant été effectués de manière laxiste et alors que plusieurs enquêtes démontraient que les conditions de travail demeuraient déplorables, Nike a subi le retour du bâton de sa politique en étant assigné par M. Kasky, un citoyen de Californie endossant la fonction de «procureur privé», activiste dans le domaine de la consommation, qui l'attaquait pour publicité mensongère, dans une affaire longue et pénible que Nike n'est (pas davantage que Yahoo!) pas parvenue à gagner, même en allant jusqu'à la Cour suprême des États-Unis. Cette affaire a contraint Nike à changer sa politique sociale, à mettre sur la touche son fondateur historique Phil Knight, dont la réputation avait été écornée sur cette question, et à mettre ses actes de contrôle en accord avec son code de conduite.

Cette affaire et plus largement le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises nous montrent un transfert de la responsabi-

lité du contrôle des conditions de travail dans les entreprises, qui passe insensiblement de l'État local, dont c'est normalement la charge selon le droit international privé, et de l'organisation internationale, en l'espèce l'OIT, en principe compétente, mais sans réel accès direct «au terrain», vers un acteur privé, le commanditaire, qui n'est pourtant même pas l'employeur, mais qui a été identifié et mis sous pression (par la menace d'une atteinte à sa réputation et donc à la valeur de sa marque) comme celui qui peut de fait, en raison de sa position économique, exercer un certain contrôle sur les conditions de travail, alors même qu'il n'avait au départ ni la volonté, ni la compétence, ni sans doute la légitimité pour endosser un tel rôle.

2.9. – *L'exemple du contentieux transnational des droits de l'Homme* [60]

On aura observé, à l'occasion des affaires *Yahoo!* en France et *Nike* aux États-Unis que le *forum shopping* n'est pas utilisé uniquement par les acteurs privés, en particulier les entreprises, pour se soustraire à leurs obligations, en profitant ainsi des conditions favorables créées par la mondialisation; mais que la même technique est également mise à profit par d'autres acteurs, notamment les ONG, pour soumettre ces mêmes entreprises à des obligations auxquelles elles semblaient devoir réussir à se soustraire, sous l'empire des règles traditionnelles du droit international privé et notamment de la territorialité des lois de police.

Cette utilisation opportuniste du *forum shopping* aux fins de la réalisation de standards de justice internationaux ou pour sanctionner la violation des droits fondamentaux est tout-à-fait caractéristique du contentieux transnational des droits de l'Homme. Ce type de contentieux a été découvert en Europe avec l'affaire *Pinochet*, bloqué en Angleterre, à la demande de juges d'instruction espagnol et belge, agissant sur la saisine de victimes chiliennes du dictateur et alors qu'une loi d'amnistie le protégeait dans son pays. Ce type d'action est utilisé de plus en plus souvent aujourd'hui pour poursuivre des entreprises que l'on estime coupables ou complices de

[60] Pour un exposé plus complet des questions résumées dans ce paragraphe et les références précises, on peut se référer à notre article : B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, «Le contentieux transnational des droits de l'Homme : une perspective stratégique», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2009, pp. 73-136.

violations des droits de l'Homme ou du droit humanitaire. Par exemple, deux grandes compagnies pétrolières, le Français Total et l'Américain Unocal ont dû affronter des procédures successivement aux États-Unis, en France et en Belgique, pour complicité d'exactions commises par l'armée birmane (immunisée quant à elle de toute poursuite en raison de l'immunité de juridiction absolue des États) dans le cadre de l'exploitation d'un gigantesque chantier gazier en Birmanie[61]. Les ONG représentant les victimes ont utilisé dans cette affaire toutes les ressources de la procédure, notamment la compétence personnelle active et passive, mais aussi le réveil d'une vieille loi de 1789 aux États-Unis, l'*Alien Tort Claim Act*, ou encore la loi de compétence universelle proclamée en Belgique (qui a cru un temps, dans ce contexte global, offrir «l'hospitalité judiciaire»[62] au monde entier, avant de devoir faire machine arrière, sous la pression des États-Unis), pour faire condamner juridiquement Total et Unocal et faire en même temps le procès politique de la junte birmane. Si l'affaire a finalement échoué en Belgique, après une épique bataille opposant entre elles les deux plus hautes cours du pays, elle s'est soldée aux États-Unis et en France par des transactions allouant de substantielles indemnités aux victimes.

On voit ainsi certains juges nationaux devenir, bon gré mal gré, les agents contestés d'une justice mondiale délocalisée, lorsque les victimes ou les organisations qui les représentent, privés de recours devant le juge interne et souvent aussi devant le juge international, utilisent les ressources de la procédure pour en faire les oracles d'une justice mondiale en devenir.

2.10. – *La guerre des normes*

Une fois le point de contrôle identifié, le processus de normalisation a trouvé un point d'appui sur lequel il peut se construire de manière plus ou moins élaborée et efficace. Une norme est adoptée par le contrôleur improvisé, qui est souvent imposée de l'extérieur par ceux qui ont réussi à mettre la pression et souvent aussi négo-

[61] B. Frydman, «L'affaire Total et ses enjeux», in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Larcier, 2007, pp. 301-321.

[62] B. Frydman, «L'hospitalité judiciaire» in *Justice et cosmopolitisme*, actes du séminaire international de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, publiés sur le site de l'Institut des Hautes Études sur la Justice (www.ihej.org/ressources).

ciée entre les principaux acteurs intéressés, avec éventuellement l'intervention des États ou des organisations internationales spécialisées, intergouvernementales ou privées, qui peuvent remplir une fonction de fixation des principes, de «*standard setting*».

Ces standards ne sont évidemment pas nécessairement uniques et des «guerres de normes» ne sont pas rares dans cet état de nature, où rappelons-le, chacun peut s'ériger en législateur et tenter, avec un succès variable, d'imposer son standard aux autres. Ces guerres de normes ne sont pas sans rappeler les guerres de standards auxquelles on assiste périodiquement dans le domaine technique et commercial, comme par exemple dans le domaine des formats de vidéo (VHS vs. Betamax) ou plus récemment du DVD haute définition (Blue ray vs. HD DVD) et finissent elles aussi par être arbitrées par le choix de leurs utilisateurs [63].

La Chine, par exemple, a réagi au développement du mouvement de la responsabilité des entreprises, à la déclaration de l'OIT sur les droits fondamentaux au travail et aux différents dispositifs normatifs comme la norme SA 8000 ou plus récemment ISO 26000, en proposant aux entreprises, dans le secteur du textile et des accessoires de sport, une norme de qualité concurrente, la norme SCS9000T, fondée sur des standards moins exigeants. Dans un tout autre domaine, celui des normes comptables, stratégique pour la finance et l'économie mondiale, les Européens ont décidé d'adouber les normes IFRS, édictées par un acteur privé, et convaincu d'autres puissances mondiales d'en faire autant, en vue de contrer la domination des normes américaines, et ce visiblement avec un certain succès [64].

2.11. – *Normes techniques vs. règles juridiques* [65]

Au-delà des guerres de standards, les normes, qui se développent dans les différents domaines de la globalisation que nous avons étudiés et les dispositifs dans lesquels elles s'inscrivent, ressemblent bien davantage à ces normes techniques qu'aux règles juridiques qu'elles

[63] Ce thème des «standards wars» a suscité une abondante littérature, en particulier dans les études économiques et managériales et, dans une moindre mesure, sociologiques et historiques, mais demeurent très (trop) peu étudiées jusqu'à présent par les juristes.

[64] Sur ce dossier, on se réfèrera notamment aux nombreux articles de Nicolas Véron et à son ouvrage *L'information financière en crise. Comptabilité et capitalisme*, Paris, Odile Jacob, 2004.

[65] Sur ce sujet, de manière approfondie, on lira, dans la même collection : B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les normes : de Hume aux rankings*, Bruylant, 2012 (en cours de publication).

concurrencent et parfois remplacent. D'abord, quant à leur élaboration, ces normes ne sont pas le produit d'un processus de type parlementaire ou d'institutions publiques représentatives, mais émergent plutôt de la pratique, comme une moyenne souhaitable constatée par les experts, sur laquelle s'accordent par consensus les acteurs du secteur et les «parties prenantes» (*stakeholders*). Ensuite, contrairement aux sources classiques du droit, ces normes ne sont pas imposées à des sujets, à peine de sanctions. Il s'agit au contraire de normes auxquelles les acteurs adhèrent volontairement, mais non spontanément ni de manière désintéressée, comme on l'a vu. Quant à leur publicité, les normes ne sont pas rendues visibles par une publication dans un journal officiel, qui en détermine le caractère obligatoire, mais par l'octroi d'un «label», qui signale aux autres, qu'un acteur s'est engagé à respecter telle ou telle norme. Le maintien de ce label suppose la mise en œuvre de dispositifs d'audits interne et externe, qui viennent prendre le rôle joué en droit interne par les services administratifs d'inspection. Si la violation de ces normes peut donner lieu à des actions en justice (comme nous l'avons vu avec les exemples de Yahoo! et Nike) et à des sanctions, celles-ci laissent généralement la place à des processus d'amélioration progressive des performances ou, dans les cas irrémédiables, à l'exclusion du label et par suite du club, parfois très étendu, qui fonctionne selon un certain standard.

Cette comparaison entre les normes globales et les normes techniques devrait évidemment être approfondie, mais les quelques éléments que nous avons trop rapidement pointés montrent en tout cas tout l'intérêt que les juristes auraient à se pencher sur ces normes techniques, trop longtemps considérées comme un «infra-droit» alors qu'elles sont plutôt un «contre-droit», comme l'écrivait Foucault dans des pages comme souvent visionnaires [66], et figurent dans le contexte actuel comme une alternative crédible et parfois efficace par rapport aux mécanismes juridiques traditionnels.

Conclusion

Ainsi se mettent en place des normes et des dispositifs de contrôle qui ressemblent à des instruments juridiques de par la fonction de

[66] *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, col. Tel, spéc. pp. 200-227 et *Histoire de la sexualité, t. Ier. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, spéc. pp. 109 et s.

régulation qui leur est assignée et qu'ils remplissent plus ou moins efficacement, mais qui en diffèrent radicalement par les formes et les moyens qu'ils empruntent. Ces normes et ces dispositifs sont encore très peu et très mal connus et il ne fait pas de doute que les travaux et recherches que j'ai tenté de résumer n'en sont encore qu'à leurs balbutiements. Nous en sommes réduits pour longtemps à explorer à tâtons les différents chantiers du droit global avant de pouvoir en comprendre le sens et en maîtriser les mécanismes. Pour autant, ces prolégomènes n'en sont pas moins encourageants dans la mesure où la similarité des dispositifs qui se développent dans les domaines les plus divers et dont nous n'avons pu donner ici qu'une mince idée permet de fonder quelque espoir dans une approche, sinon inductive du moins idéal-typique, de ces dispositifs et des éléments qui les composent. Ainsi s'ébauche dans le lointain la perspective encore floue d'une théorie élémentaire du droit global, qui ne reposera ni sur un inventaire exhaustif de ses sources, ni sur la construction d'un ordre cohérent et complet, mais bien sur la description d'un nombre fini d'éléments simples, dont les combinaisons permettraient de rendre compte de la multiplicité des agencements apparemment anarchiques, incohérents et arbitraires que la réalité place devant nos yeux.