

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

Anne-Lorraine Bujon,

Directrice éditoriale, Conventions, Institut des hautes études sur la justice

Harold Epineuse

Chargé de mission, IHEJ

Antoine Garapon

Secrétaire général de l'IHEJ

juin 2014

Avant même l'affaire de l'amende record infligée par les États-Unis à la BNP, plusieurs évolutions récentes ont illustré l'importance croissante des questions de droit et de justice dans la vie économique internationale. Ainsi en mai 2013, Total acceptait de verser une amende de près de 400 millions de dollars aux autorités américaines pour mettre fin à des poursuites dans une affaire de corruption en Iran. En février 2014, c'était au tour de Google de proposer un accord à l'amiable à la Commission européenne pour échapper à des sanctions pour entrave à la concurrence, et le même mois, deux élus du Maryland demandaient à ce que la SNCF soit écartée des marchés publics de la côte est des États-Unis en raison de son rôle dans la déportation des juifs pendant la Seconde guerre mondiale.

Ces quelques exemples, où des enjeux de business « pur » se mêlent à des questions politiques sensibles dans un environnement juridique toujours plus complexe, signalent que la mondialisation a profondément modifié la nature du droit. Celui-ci n'est plus seulement une règle du jeu, un organisateur neutre des rapports mondialisés, il devient un terrain privilégié pour l'expression de rapports de force politiques, économiques et sociaux. À la jonction d'enjeux nationaux et internationaux, publics et privés, le droit mondialisé est un nouveau terrain d'influence.

Ce terrain d'influence reste à investir par la France, que sa culture, politique plutôt que juridique, ne prédispose pas à cela. À investir et non à défendre : la guerre de tranchées protège moins les intérêts de la France que ceux de certaines clientèles (les professions, les réseaux, certains cercles industriels, qui évoluent dans un paradigme qui a sans doute fait ses preuves jadis, mais se trouve aujourd'hui dépassé par l'extrême inventivité et versatilité de la mondialisation). Il faut donc abandonner la logique exportatrice d'un supposé « modèle » juridique français rayonnant dont la splendeur ne reviendra jamais (même s'il continue d'alimenter le rêve de certains) pour participer pleinement à un débat mondial sur les nouvelles formes de régulation de la mondialisation – une sorte de « droit global » bigarré – qu'il faut absolument contribuer à définir.

D'UN MONDE DE DROITS À UNE ÉCONOMIE DE RÈGLES

Dans ce nouveau système mondial, le droit international traditionnellement conçu, codifié par des instruments classiques comme les traités, conventions ou accords internationaux entre États souverains, ne représente qu'une petite partie du corpus de règles, de normes, de lois, et de mécanismes de règlements des différends qui affectent concrètement les échanges internationaux à chaque fois que les personnes, les services et les biens passent les frontières, et à l'intérieur même de celles-ci car la mondialisation

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

affecte aussi les politiques et les droits internes. Le droit « global » est en réalité un ensemble composite de règles de droit public et privé, de règles de bonne conduite et de jurisprudence combinées de cours étrangères. Le droit du contrat au sens large, entendu comme pratique de la négociation et des accords entre parties prenantes, joue un rôle toujours plus important, à tous les niveaux, et de plus en plus, il faut regarder également du côté du droit « mou » pour se faire une idée de l'état du droit mondial : des chartes, des labels, des directives volontaires, des codes de bonnes pratiques, des possibilités de règlements des conflits qui échappent au cadre d'intervention du juge, qu'il soit national ou international.

À la multiplicité des formes et des systèmes de droit, une réalité déjà ancienne, s'ajoute ainsi une pluralité des acteurs, voire même une explosion du nombre des « émetteurs de droit » : les États bien sûr restent dans la course, tout comme les organisations internationales, mais à côté d'eux – et non plus en dessous – se trouvent désormais les instances non gouvernementales, les entreprises, des associations professionnelles ou de la société civile, et jusqu'aux cours elles-mêmes qui entretiennent un dialogue transnational sans médiation des États. Lors d'une conférence à la Brookings Institution en décembre 2012, Mireille Delmas Marty et le juge à la Cour suprême des États-Unis Stephen Breyer donnaient ainsi le chiffre de 30000 organisations productrices de normes à travers le monde. Certaines institutions strictement privées jouent désormais un rôle central, comme l'International Accounting Standards Board¹ qui élabore depuis Londres les nouvelles normes comptables internationales.

UNE NOUVELLE GÉOGRAPHIE DES NORMES

Hétérogène et protéiforme, cet ensemble reste aujourd'hui difficile, voire impossible à cartographier. L'exercice présenterait

pourtant un intérêt certain s'il permettait de représenter non seulement les grands systèmes et « familles » de droit, mais aussi les centres d'activité juridique ou judiciaire plus ou moins intense, l'implantation des grandes institutions d'enseignement du droit ou la démographie des professions juridiques, les flux de contentieux, ou encore le volume et la nature des transactions juridiques qui circulent d'un pays à l'autre.

Ce travail redessinerait en partie seulement la carte de la puissance économique et politique. Elle montrerait sans doute que les principaux foyers de droit se trouvent aux États-Unis, en Angleterre, et en Europe du Nord, mais on serait surpris d'y découvrir aussi des espaces de non droit, comme les juridictions non coopératives, à côté de capitales du droit autoproclamées ou parce qu'elles représentent un nœud incontestable de la juridicité mondiale, comme Bruxelles, Genève ou La Haye. En Afrique ou en Asie, en particulier, on verrait se dessiner une nouvelle géopolitique de l'influence par le droit. Car le poids d'un pays, d'une région ou d'une ville dans ce système tient à son importance économique mais il doit beaucoup également à la réactivité, l'adaptation culturelle à de nouveaux instruments juridiques, la capacité à se mettre à l'échelle des enjeux globaux, la qualité d'une formation juridique ouverte et moderne, la fiabilité et la non-corrupcion des institutions. N'est-ce pas l'apanage des marchands, a fortiori dans le commerce international, que de désigner tel ou tel tribunal compétent, dans telle ou telle ville, en application de tel ou tel droit, plutôt que de s'en remettre à un pays ou un système de droit tout entier ?

UNE CONCURRENCE DES PLACES DE DROIT PLUS QUE DES SYSTÈMES

Puisque désormais les acteurs économiques ont le choix, une réelle concurrence s'est installée entre fors, en lieu et place de la coexistence qu'assuraient hier des traités ou des règles de droit international privé ou public. Londres, mais aussi La Haye

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

sont en ce moment engagés dans une grande campagne pour promouvoir leur place dans le droit mondial. Aucune place n'est acquise et l'on voit par exemple Singapour menacer sérieusement Londres, avant d'être à son tour menacée par Séoul, tandis qu'à Sao Paulo ou Rio de Janeiro le nombre d'avocats explose littéralement. Ce qui explique l'attractivité de ces villes, c'est autant le dynamisme économique que le respect qui y est porté aux juges, et à tout l'écosystème des professions juridiques (universitaires, avocats et magistrats, multinationales et grandes directions juridiques).

Il ne faudrait pas conclure trop vite que dans ce paysage nouveau les juridictions nationales ou les États souverains ne comptent plus, ni que les frontières ont disparu, sinon, à quoi bon dresser une carte ? En revanche il faut bien acter qu'il existe un droit de nature transnationale qui s'est largement imposé aux acteurs (volontaires ou forcés) de la mondialisation. Un droit qui ne fait pas encore système et se nourrit d'un foisonnement de règles en concurrence les unes avec les autres, un droit qui passe aisément les frontières, qui se mélange et se superpose aux droits nationaux et au droit international classique. Un droit qui en un peu plus d'une décennie aura mis au défi nos catégories juridiques et politiques en prenant le monde entier par surprise.

L'AVANCÉE INÉLUCTABLE DE LA COMMON LAW ?

À l'évidence, une carte du droit global mettrait en lumière une forte influence anglo-américaine. Celle-ci s'explique en partie par des politiques très déterminées de promotion des systèmes et services juridiques des États-Unis et du Royaume-Uni, adossées à des associations professionnelles redoutablement efficaces comme l'American Bar Association ou la Law Society anglaise, mais ces efforts de lobbying n'expliquent pas tout. Une des raisons du succès de la *common law* est en effet sa souplesse et plus encore sa capacité à mêler intérêts et valeurs. La *common law* offre par nature un terrain de négociation et de compromis

entre des intérêts, des systèmes, des cultures différentes là où d'autres systèmes juridiques, comme les différentes familles du droit civil, du droit islamique ou du droit coutumier, proposent au monde la construction d'une paix juridique inclusive, une forme d'organisation des rapports sociaux, et se projettent comme un modèle universel. Sans formuler de telle ambition, la *common law* s'en remet plus simplement aux forces et passions du marché. Et l'imaginaire contemporain d'une mondialisation marchande lui offre une terre naturelle où prospérer.

Pour s'en convaincre, il suffit de prendre comme exemple l'extraordinaire succès du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) des États-Unis. L'application extraterritoriale de cette loi, extrêmement américaine dans ses présupposés comme dans son histoire, représente aujourd'hui pour les entreprises du monde entier un tel risque, en termes de sanctions financières mais aussi de réputation, qu'elles se réorganisent en profondeur pour répondre aux exigences des autorités américaines. Pour ce faire, elles se dotent de départements de la conformité (*compliance*) qui doivent permettre de réformer les pratiques de l'entreprise et de ses filiales à travers le monde – pour prévenir les risques de corruption, mais aussi et peut-être surtout pour pouvoir bénéficier de la clémence du ministère de la Justice américain si d'aventure elles se retrouvaient malgré tout accusées de manquements à la règle. On pourrait citer aussi la force performative du classement *Doing Business* de la Banque mondiale : index du climat des affaires dans le monde, ce dernier repose sur l'adhésion presque doctrinaire à un modèle de gouvernance typique, et ouvre ce faisant un véritable marché de la norme, dont le *business* de la réforme juridique sait fort bien tirer profit.

Aujourd'hui le FCPA est à la source de plusieurs conventions internationales de lutte contre la corruption, comme la convention de Merida ou celle de l'OCDE, et de révision de législations nationales aussi bien que des procédures de sanction des institutions financières internationales. Les classements internationaux de la Banque mondiale ou du *World Justice Project* donnent le la sur les marchés du droit. Ces derniers mois, la Chine

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

n'a-t-elle pas réformé sa législation anti-corruption en reprenant à son compte certaines dispositions du droit américain globalisé, et notamment sa portée extra territoriale ? Le Maroc ou le Rwanda ne jouent-ils pas les bons élèves des classements à grand renfort de conseils fournis par des cabinets internationaux, pour faire monter leur valeur sur les marchés et auprès des agences de développement ? Ce n'est pas parce que les États-Unis partagent avec la Chine, le Rwanda ou le Maroc un même système de valeurs, mais plutôt parce que cette manière de traquer les manquements à la règle analyse les mécanismes pratiques de la corruption, et ses effets concrets. Sans oublier que les classements et la litanie de la *Rule of Law* offrent des opportunités politiques évidentes. Dans le prolongement des développements les plus récents du droit américain, le droit global ne cherche pas à se présenter comme légitime, mais plutôt comme efficace.

UNE PLACE POUR LA FRANCE

Cette alliage si bien réalisé par les États-Unis entre discours, pratiques, savoir-faire et protection bien comprise de ses intérêts nationaux est encore difficile en France, où le droit est traditionnellement l'affaire exclusive des juristes, eux-mêmes répartis selon des divisions internes soigneusement entretenues dans des catégories – droit public et droit privé – et des professions – magistrats, avocats, juristes d'entreprises – qui communiquent peu entre elles. La France souffre également d'avoir trop peu développé une vision propre de la mondialisation et de la place qu'elle peut y tenir. Ni mouvement inéluctable vers un monde de concurrence sauvage dans lequel on ne se reconnaîtra plus, ni représentation irénique d'un espace mondial unifié gouverné par un seul jeu de règles, la mondialisation actuelle est avant tout un nouveau système de relations économiques organisées par le droit, dans laquelle l'opportunité nous est offerte de défendre nos intérêts et nos valeurs.

La France ne manque pas en effet d'atouts dans cette nouvelle géographie. D'abord parce qu'il existe à travers le monde une réelle

demande d'équilibre, et le Brésil ou la Chine, mais aussi l'Inde, peuvent se reconnaître dans d'autres langages que celui du tout marché. La France bénéficie également d'une langue et d'une culture juridique commune, notamment en Afrique et dans le monde arabe, auxquelles les élites juridiques et judiciaires de nombreux pays restent attachées. Mais cet attachement doit être considéré comme un capital à faire fructifier plutôt que comme une rente. Elle doit utiliser ce fonds commun en le tournant vers des questions d'avenir : qu'a-t-on à proposer concrètement sur les politiques d'investissement, l'encadrement du progrès technologique, la promotion du droit social et le droit de la famille, ou la diversité culturelle ? La France doit réinventer une nouvelle relation avec des pays qui ne voient pas d'un mauvais œil une alternative au *diktat* américain, conscient des effets profonds de ce dernier sur les structures de leur société, notamment après le printemps arabe. Celle-ci devrait être fondée sur des intérêts partagés et une exigence d'excellence en direction des jeunes générations qui ont grandi dans cette réalité globale.

CHANGER DE REGARD: LE DROIT CONTINENTAL NE SUFFIT PAS

Pour définir une stratégie pour la France dans ce nouveau paysage, on ne gagne pas forcément à se représenter le monde comme le terrain d'une lutte à mort entre droit civil et *common law*. Forgé en réaction à ce qui était ressenti comme l'impérialisme de la *common law*, le concept de droit continental ne peut à lui seul résumer les objectifs de la France sur le terrain de la régulation de la mondialisation.

D'ailleurs le droit continental existe-t-il vraiment comme il existerait un modèle de *common law* qui en serait le complet opposé ? Il y a plutôt une variété de droits d'origine romano-germanique, qui ne génèrent pas forcément un sentiment de communauté d'appartenance, et différentes articulations de la *common law* avec des éléments de droit positif. On trouve sans doute aujourd'hui plus

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

d'unité dans les usages du droit que dans les principes et les théories. Et on s'aperçoit en interrogeant les acteurs de l'économie globale qu'ils pratiquent le plus souvent des formes d'hybridation des droits – c'est évident dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, mais aussi en droit des contrats par exemple, où les modèles types sont volontiers suédois. Et c'est presque toujours sur le choix du for, plus que sur le droit lui-même, que portent les négociations des parties.

L'étude et la promotion du droit continental ne peuvent donc suffire à répondre aux besoins des entreprises françaises dans la mondialisation. Sans doute faut-il aujourd'hui abandonner une posture qui paraîtrait trop défensive pour assurer à la France une meilleure défense. Ce n'est qu'un paradoxe apparent car en investissant moins dans la défense de certaines clientèles et en abandonnant la logique exportatrice d'un supposé « modèle » français à ceux qui en vivent, la diplomatie française pourrait se donner davantage de moyens pour infléchir la course du droit global vers la définition d'un modèle alternatif qui en réalité n'est pas juridique, mais politique.

Le droit n'est pas qu'une affaire de technique : il contribue à donner du sens en élaborant un récit commun et une vision collective des enjeux. On le voit dans la mobilisation de la société civile internationale sur des sujets comme l'évasion fiscale, l'économie *offshore*, la protection de la vie privée, ou la défense de l'environnement – autant de sujets politiques qui se traduisent en droit et en justice. C'est la contribution de notre pays sur ces questions qui est attendue, sa participation à la construction d'un récit positif sur le bien commun, la création, la technologie ou encore la réduction des inégalités et des grands déséquilibres mondiaux. Ce qu'on attend de la règle, en effet, c'est avant tout qu'elle nous protège, et nous permette de construire un monde vivable selon nos critères. Voilà un message politique que peut porter la France en considérant le droit comme un moyen et non une fin, en faisant des juristes des relais de sa politique plutôt que les gardiens d'un temple dont personne ne leur conteste d'ailleurs la propriété.

TROUVER DE NOUVEAUX RELAIS

Dans ce travail d'élaboration d'une politique juridique extérieure, encore faut-il s'interroger sur les forces en présence, compter ses troupes, établir des priorités, et bien choisir ses combats. En soutenant les efforts de construction d'un « index de sécurité juridique », destiné à faire contrepoids au rapport *Doing Business* de la Banque mondiale, par exemple, a-t-on bien mesuré l'investissement qui serait nécessaire pour donner à ce dernier une audience, et une effectivité ? Sans doute est-il plus réaliste une fois les grands enjeux bien repérés de chercher des alliances de circonstance avec d'autres puissances juridiquement différentes (quid de la sécurité juridique en Russie ou aux États-Unis) ou de taille intermédiaire avec qui peuvent être trouvés des valeurs ou des intérêts communs (comme le Brésil en matière de gouvernance d'internet). Chercher au cas par cas où sont nos alliés « objectifs » dans tous les territoires et en priorité ceux dont nous nous distinguons politiquement : il existe actuellement aux États-Unis des organisations qui défendent un régime plus protecteur de la vie privée – qui sont-elles ? Les connaît-on ? A-t-on établi des relations de travail avec elles ? Peut-on utiliser la puissance que leur offre l'écosystème médiatique et politique américain pour faire prospérer nos idées sur le droit à moindre frais ?

La priorité d'une diplomatie économique serait de travailler avec tous les relais disponibles en misant sur les idées et leur circulation. Beaucoup de Français occupent aujourd'hui des positions stratégiques dans la mondialisation, mais on ne les mobilise pas assez en tant que réseau. Pour renouveler le réseau français, il faut d'ailleurs prendre acte de ce que la mondialisation a donné un poids accru à des professions et des profils différents de ceux qui ont fait la grandeur de la France autrefois. Avocats d'affaires, directeurs juridiques d'entreprise, arbitres internationaux, pourraient être autant de relais informels pour l'élaboration et la diffusion d'une stratégie d'influence juridique, pour autant que celle-ci soit formulée et convaincante, sans être abandonnée aux intérêts des uns plus que des autres. Tout ce travail est d'autant plus important que les ressources de l'État sont aujourd'hui

La France dans la bataille du droit global : un autre front de la diplomatie économique

limitées. Il est peut-être parfois plus utile d'appuyer des initiatives existantes de la part des ONG ou de fondations d'entreprise, de récupérer de l'information par des avocats sur la vie des affaires, que de réinventer son propre circuit d'influence.

L'État français pourrait jouer en matière de droit mondial un rôle d'impulsion, et de facilitateur, sans avoir à construire de bout en bout une infrastructure spécifique pour cela.

Notes :

1. L'IASB a remplacé en 2001 l'International Accounting Standards Committee créé en 1973 à Londres par des organisations comptables de neuf pays développés. Il est totalement indépendant des institutions publiques.