



RÉGULER LA MONDIALISATION

CONVENTION | S
RÉGULER LA MONDIALISATION



J Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice



3 **Avant-propos**

4 **Introduction**

Treize années de régulation de la mondialisation

6 **Chapitre 1**

L'action normative des États au-delà de leurs frontières

- 7 1.1. L'extraterritorialité du droit étatsunien, un usage stratégique du droit
- 11 1.2. Le *lawfare*, guerre par le droit ou guerre au-delà du droit ?
- 15 1.3. Les pistes d'une puissance normative européenne
- 17 Conclusion

18 **Chapitre 2**

L'entreprise multinationale, entre régulations nationales et conformité

- 19 2.1. Les enjeux de la conformité pour les régulateurs et pour les entreprises
- 24 2.2. La régulation des activités des multinationales en France, quel modèle ?
- 27 2.3. Les conflits normatifs et éthiques rencontrés par les multinationales
- 29 Conclusion

30 **Chapitre 3**

Un mode de régulation de la mondialisation : l'arbitrage d'investissement

- 31 3.1. Les enjeux stratégiques de l'arbitrage d'investissement
- 33 3.2. Les mutations du rôle de l'arbitre
- 34 3.3. Vers une juridictionnalisation de l'arbitrage ?
- 35 Conclusion

36 **Chapitre 4**

Un nouvel espace de régulation : le numérique

- 37 4.1. Un espace numérique à réguler
- 39 4.2. Le numérique, un espace sans État ?
- 40 4.3. Un espace numérique contesté : le retour des États
- 43 Conclusion

44 Les archives du programme ConventionS

45 Réguler la mondialisation. Actes de l'initiative ConventionS (2009-2021)

Avant-propos

l Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ) est un groupement d'intérêt public constitué en 2022 à partir de la fusion entre l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), créé en 1990 sous statut associatif, et le groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice (MRDJ). La nouvelle entité poursuit, développe et enrichit les activités des précédentes. Dans ce contexte, il est apparu nécessaire de mieux valoriser et rendre disponibles les travaux antérieurs pour éviter qu'ils ne demeurent dans la seule mémoire de leurs initiateurs et participants.

L'originalité de la méthode de travail du programme ConventionS conçu et animé par l'IHEJ en partenariat avec le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères méritait également d'être mieux connue. L'objectif a été d'associer dans un cadre informel et régi par la règle de Chatam House (les analyses du groupe peuvent être diffusées mais les propos des participants doivent être anonymisés) des acteurs professionnels qui ne se rencontrent pas souvent – diplomates, représentantes et représentants de différentes autorités publiques françaises ou d'organisations internationales, chercheuses et chercheurs de différentes disciplines, juristes d'entreprise ou d'organisations non-gouvernementales, membres de barreaux français ou étrangers, magistrates et magistrats. Les participants ont bénéficié d'un lieu en commun permettant des échanges libres sur les enjeux de la régulation de la mondialisation pour l'analyse des phénomènes nouveaux, la formulation de propositions et l'approfondissement de leurs connaissances réciproques, le tout au rythme d'une rencontre par mois.

Au-delà des documents internes et des comptes-rendus établis à l'issue des séances, il nous a semblé utile de retirer de ces dix années de travaux intenses les principaux enseignements de cette initiative. Afin de favoriser une analyse externe, cette synthèse a été confiée à Matthieu Febvre-Issaly, docteur en droit public, qui n'a pas participé au programme ConventionS.

Valérie SAGANT

Directrice de l'IERDJ

Harold ÉPINEUSE

Directeur adjoint de l'IERDJ et cofondateur de l'initiative ConventionS

Introduction

Treize années de régulation de la mondialisation

Le programme ConventionS s'est déroulé sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) de 2009 à 2021, qui a ensuite intégré l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ).

Ce programme est une initiative commune avec la direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats créée la même année au sein du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, dans le sillage de la publication le 1^{er} janvier 2008 du livre blanc, *La politique étrangère et européenne de la France 2008-2020. La France et l'Europe dans le monde*.

Autour d'un calendrier de rencontres et de publications, l'ambition du programme ConventionS était de créer de l'intelligence collective en croisant les perspectives des diplomates, des juristes praticiens et universitaires, de femmes et d'hommes d'entreprise ou encore d'économistes et de spécialistes des relations internationales.

Réfléchir au droit dans la mondialisation revenait à interroger la place respective du droit, de l'économie et du politique dans la diplomatie française, dans les entreprises, pour le pouvoir réglementaire et le législateur.

Le droit dans la mondialisation apparaissait alors comme un espace d'hybridation et de concurrence sans se traduire pour autant par une disparition du droit national. C'est ce paradoxe qu'a interrogé ConventionS tout au long d'un riche programme.

Durant ces treize années, quatre-vingt-quinze ateliers et quinze matinées ou journées d'études ont été organisés au plus près de l'agenda diplomatique. Près d'une centaine de décryptages, notes et entretiens ont été publiés sur un site Internet dédié.

Des groupes de travail ont été constitués sur la lutte contre la corruption, sur le numérique, sur l'arbitrage et sur les directeurs juridiques d'entreprise.

À chaque fois, fidèle à sa vocation, le programme réunissait différents acteurs et observateurs afin de réfléchir aux changements survenus dans le champ de la régulation de la mondialisation. En particulier, les réflexions des groupes de travail de ConventionS ont cherché à concilier des pratiques, des techniques et les imaginaires qui les travaillent.

Au cœur du programme figurait l'idée que la notion de mondialisation elle-même est une construction, largement autoréférentielle, qui peut être conçue de trois manières différentes : un échange d'unités politiques, économiques ou culturelles, la transformation de ces unités, ou enfin la transcendance de tout système qui stratifierait le monde en unités, à partir d'une rationalité occidentale propre à l'État westphalien¹. Dit autrement, les récits politiques forment la manière dont le droit encadre la mondialisation, c'est-à-dire une manière d'agir sur le monde.



Les récits politiques forment la manière dont le droit encadre la mondialisation, c'est-à-dire une manière d'agir sur le monde.

La présente synthèse vise à restituer les principaux questionnements et apports des travaux menés au sein du programme. Ces treize années ont fait du programme ConventionS le témoin de son temps mais aussi une matrice pour les réflexions actuelles. Et ce, pour deux raisons principales.

1. Voir Jens Bartelson, "Three concepts of globalization", *International Sociology*, vol. 15, n°2, juin 2000, p. 180-196.



Ces treize années ont fait du programme ConventionS le témoin de son temps mais aussi une matrice pour les réflexions actuelles.

Premièrement, le programme est né alors qu'émergeaient les idées de régulation et de mondialisation ou de globalisation du droit ainsi que les approches d'un droit post-étatique, pluraliste ou fonctionnel. Les acteurs français s'interrogeaient alors sur le lien entre contrainte et régulation, norme et stratégie ou droit et force. Les travaux de ConventionS ont interrogé ces notions de manière transversale tout en les opérationnalisant à travers des objets d'étude plus précis, souvent nouveaux, tels qu'ils émergeaient des réflexions et intuitions des différents acteurs. La question d'un modèle français ou européen s'est posée à toutes les étapes du programme, en lien étroit avec la sphère internationale et anglophone. Les divergences culturelles et leur dépassement ont fourni un cadre d'analyse de la mondialisation alors que le récit de celle-ci ne pouvait plus se satisfaire d'une seule image harmonieuse où le droit viendrait encadrer un ajustement naturel.

Deuxièmement, ConventionS a été un lieu de rencontres précieux pour des acteurs qui n'avaient pas l'habitude d'échanger alors qu'ils menaient chacun des réflexions pratiques semblables dans leur domaine. La pluridisciplinarité et la production du savoir que l'on retrouve aussi bien dans les entreprises multinationales que de la part des organisations non-gouvernementales devaient être croisées pour comprendre un phénomène aussi pluriel que la mondialisation, quand bien même il s'agit de droit. La richesse de la documentation produite par le programme² réside dans les points

de vue apportés par diverses expériences de la mondialisation, conduisant au fil des années à des inflexions dans la manière de concevoir la régulation elle-même. À certains égards, le transnational a dépassé l'international en faisant émerger de nouvelles sources de normativité et de nouveaux acteurs.

Cette synthèse aborde quatre enjeux transversaux discutés au sein du programme durant ces treize années : l'action normative des États au-delà de leurs frontières et en particulier les questions de l'extraterritorialité des modes alternatifs de règlement des différends et de la guerre par le droit ou *lawfare*, le rôle de l'entreprise multinationale, entre régulation étatique et conformité, un mode de régulation propre à la mondialisation, l'arbitrage d'investissements, et un nouvel espace de la régulation, le numérique.



À certains égards, le transnational a dépassé l'international en faisant émerger de nouvelles sources de normativité et de nouveaux acteurs.

Un retour sur le programme ConventionS viendra compléter cette synthèse qui prendra prochainement la forme de plusieurs témoignages afin de mieux comprendre l'originalité de cette initiative. Les archives du programme ConventionS quant à elles, seront accessibles pour l'usage des chercheuses, chercheurs, diplomates et juristes qui s'intéressent au droit dans la mondialisation comme indiqué en fin de document.

2. Voir *infra*, Les archives du programme ConventionS.

1 L'action normative des États au-delà de leurs frontières



Le programme ConventionS s'est intéressé dès 2009 à l'action normative des États au-delà de leurs frontières : ses formes, ses acteurs et ses tendances, loin des idées préconçues.

Comme l'exprime le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé alors président de l'IHEJ lors du lancement de ConventionS, « le droit global n'est pas un nouvel ordre normatif, structuré, hiérarchisé, articulé à la manière de la pyramide de Kelsen, mais il résulte en fait d'une utilisation nouvelle du droit. S'il défie à ce point la dogmatique juridique, c'est qu'il est d'abord le fait d'acteurs transnationaux, comme les entreprises, les organismes professionnels ou les organisations non-gouvernementales, selon des circuits qui échappent souvent au contrôle des États, des lois nationales se voyant privées de leurs effets sur leur propre territoire du fait, par exemple, d'une *class action* introduite aux États-Unis. Les États doivent se garder de dénoncer, de manière un peu pavlovienne, "l'emprise américaine", car les agents de cette mondialisation juridique peuvent se trouver en leur sein : il peut s'agir aussi bien de militants, d'entreprises, voire de leurs propres juges nationaux³. »

Le programme ConventionS a alors été le miroir d'une rupture. De 2010 à 2017, les travaux portent sur l'extraterritorialité des décisions de justice et sur les procédures des agences fédérales étatsuniennes vis-à-vis des entreprises étrangères.

Le droit dans la mondialisation est alors envisagé au prisme des systèmes de droit et les acteurs français discutent de l'attractivité d'un modèle continental. Or, à partir de 2016, ce sont des tendances plus politiques que juridiques qui sont observées, poursuivant des tendances antérieures à certains égards.

La guerre économique qui s'installe entre les États-Unis et la Chine pose la question du rapport du droit à l'économie mondialisée et à la diplomatie sous un nouveau jour. Les ateliers et journées d'études du programme discutent alors les notions émergentes de puissance normative et de guerre par le droit ou *lawfare*, notamment dans la perspective d'une Europe qui s'est construite sur une approche différente du droit.

1.1. L'extraterritorialité du droit étatsunien, un usage stratégique du droit

L'extraterritorialité du droit est d'abord une notion étatsunienne. Elle nomme l'applicabilité de dispositifs législatifs au-delà du territoire national, notamment les lois Helms-Burton (1996), d'Amato-Kennedy (1996), Sarbanes-Oxley (2002) ou Dodd-Frank (2010). Sur leur fondement, des accords sont conclus à l'issue des enquêtes menées par les agences fédérales, qui ont pu adopter des sanctions retentissantes à l'égard d'entreprises étrangères.

La notion se caractérise par son ambivalence du point de vue juridique, puisque son usage d'abord étatsunien participe à la définir en droit international. La Cour permanente de justice internationale l'a encadrée dans sa décision Lotus de 1927 en exigeant un lien suffisant entre la règle et la situation régie, mais ce lien est interprété très largement par les autorités américaines tandis qu'il favorise le rôle de celles-ci du fait de la structure déséquilibrée des échanges internationaux.

En effet, l'implication de personnes physiques ou morales américaines et surtout l'usage du dollar dans les échanges fondent un lien suffisant avec la loi nationale aux yeux de l'Office of Foreign Assets Control (OFAC), de la Securities and Exchange Commission (SEC), du Department of Justice (DOJ) et des procureurs des États, en particulier celui de New York.

3. Discours de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, président de l'IHEJ, à l'occasion du colloque de lancement du programme ConventionS le 2 février 2010 au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, « Réguler la mondialisation : quel rôle pour la diplomatie française ? ».

La justice négociée des agences fédérales des États-Unis

Une justice négociée d'un type particulier vient alors jouer un rôle majeur dans l'activité économique transnationale⁴. L'extraterritorialité étatsunienne est notamment apparue dans les réflexions du fait des sanctions adoptées à l'égard d'entreprises françaises.

En 2014, BNP Paribas se voit infliger une amende de presque neuf milliards de dollars pour ne pas avoir respecté les règles étatsuniennes relatives à l'embargo à l'encontre du Soudan, de l'Iran et de Cuba. La même année, Alstom est rachetée par General Electric à la suite d'une enquête du département de la Justice pour des soupçons de corruption, menant à un plaider-coupable, et suscitant, du côté français, le doute quant au rôle exact des autorités fédérales dans le rachat. Les procédures flexibles, incertaines et peu contradictoires imposées par ces autorités, avec une instruction particulièrement offensive, illustrent l'ambivalence que peuvent recouvrir les rapports entre le droit, l'économie et le politique.

Surtout, la situation des entreprises est différente en France où la procédure dirigée par le procureur et les autorités administratives est plus lisible, et l'action des entreprises elles-mêmes moins centrale.

À l'inverse du modèle français fondé sur la légalité des délits et des peines, les amendes judiciaires et les sanctions transactionnelles étatsuniennes prennent les chiffres d'affaires pour ordre de grandeur. L'évitement du procès, et donc du risque, couplé à une morale particulière qui vise à échapper au discrédit public, permet l'acculturation des multinationales aux mécanismes transactionnels.

L'extraterritorialité est alors un moyen de réguler la mondialisation. L'application de règles relatives à la lutte contre la corruption ou les pratiques anticoncurrentielles en particulier peut faire office d'encadrement des pratiques. Or, l'extraterritorialité repose sur la transaction plutôt que sur la résolution judiciaire des litiges. Il s'agit en effet d'accords entre les agences fédérales et les parties, à l'issue d'enquêtes internes ou externalisées à des cabinets d'avocats que doivent pratiquer les entreprises, en lien parfois avec la pratique des lanceurs d'alerte et l'auto-dénonciation. Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 repose ainsi sur la nomination

d'un moniteur qui remplit la fonction de tiers indépendant. L'accord est ensuite homologué par un juge.

Ainsi, ces accords constituent une manière hybride de corriger les effets négatifs du marché globalisé en leur faisant échapper à l'instruction judiciaire et aux règles de procédure associées, au profit des parquets, agences et autorités publiques soumises au politique.

De leur côté, les multinationales sont soumises à la fois à une logique d'universalité puisque leur activité est transfrontalière, et à une logique nationale puisqu'elles doivent se soumettre à des régulations nationales qui peuvent être particulièrement contraignantes dans le cas étatsunien ou au contraire plus permissives vis-à-vis de la fraude fiscale ou des violations du droit du travail.

L'aspect transnational des législations extraterritoriales permet alors une normalisation intermédiaire, propre à une logique de marché, ni tout à fait étatique, ni tout à fait privée.



L'extraterritorialité est alors un moyen de réguler la mondialisation et [...] présente également un sens politique, indissociable de son effet économique.

L'extraterritorialité présente également un sens politique, indissociable de son effet économique, puisque les règles concernées portent souvent sur les sanctions adoptées à la suite d'embargos américains ou sur l'antiterrorisme. La limite entre le droit extraterritorial et la diplomatie est ténue, puisque c'est par l'action politique des États que des sanctions peuvent être mises en place, à l'instar des gels d'avoirs pratiqués par l'Union européenne.

Les mécanismes de l'extraterritorialité accentuent la conformité (ou *compliance*⁵) des entreprises étrangères utilisant le dollar ou exerçant une activité dans des pays ciblés par la politique étrangère étatsunienne, comme l'Iran ou Cuba. L'effet produit est une altération de l'économie mondialisée.

4. Voir Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

5. Voir *infra*, chapitre 2.



On observe alors deux phénomènes particuliers. D'une part, une pratique de surconformité des entreprises afin d'éviter d'éventuelles sanctions qui jouent à la fois un rôle dissuasif et un rôle d'influence des normes étatsuniennes. D'autre part, une mise en conformité des régulateurs nationaux par l'adoption de législations en miroir du droit étatsunien.

En 2013, la Confédération helvétique conclut avec les États-Unis un accord relatif aux avoirs américains non-déclarés qui amène à la mise en place de mécanismes transactionnels. De même, la loi dite Sapin II du 9 décembre 2016 vise à répondre, à la française, à la régulation étatsunienne de la lutte contre la corruption en recourant aux transactions ainsi qu'en imposant aux entreprises de mettre en place des programmes de conformité⁶.

Aussi, la spécificité de l'extraterritorialité étatsunienne, telle qu'actée par exemple dans le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) de 2010, est qu'elle constitue l'imposition unilatérale de règles plutôt qu'une recherche d'accords bilatéraux ou multilatéraux avec les États. Outre les lois qui ont explicitement vocation à s'appliquer à l'étranger, avant par exemple l'adoption d'un texte comme le FATCA, ce sont toutes les lois qui peuvent être utilisées par les agences fédérales en pratique.

Du point de vue juridique, le rattachement par un lien suffisant pour qualifier l'extraterritorialité est de moins en moins justifié par les autorités américaines. Aussi, l'application extraterritoriale est souvent soupçonnée d'être illégale sans que cette illégalité puisse toujours être constatée. Le juge occupe néanmoins un rôle plus actif à partir de 2010 lorsque plusieurs juridictions aux États-Unis refusent d'homologuer les accords transactionnels.

Dans la décision *Morrison*, malgré l'implication d'un citoyen américain dans une action impliquant une banque australienne, la Cour suprême a décliné sa compétence contre l'avis de la SEC qui estimait qu'un élément constitutif de la fraude avait été commis aux États-Unis. La décision mène à l'abandon des poursuites contre Vivendi et la Société Générale.

La jurisprudence insiste alors sur l'intérêt public comme critère de rattachement au droit américain et sonde de plus en plus l'intention du législateur avant d'accorder l'effet extraterritorial aux textes.

L'extraterritorialité renvoie également à l'universalité d'un système juridique : dans la décision *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum* de 2013, la Cour suprême des États-Unis refuse l'application de l'*Alien Tort Statute* de 1789 aux activités au Nigeria de plusieurs sociétés qui ont une activité aux États-Unis. Leur implication dans des violations des droits humains était alléguée par des ressortissants nigériens, mais les juges estiment que la loi en cause n'a pas d'effet extraterritorial en soi et n'a vocation à s'appliquer que sur le territoire fédéral. La décision accorde néanmoins un droit à agir devant les juridictions américaines aux victimes étrangères de violations des droits de l'homme par les entreprises nationales.

La perspective française, jusqu'à la loi Sapin II, est à l'opposé. La loi de blocage du 16 juillet 1980, prolongeant la loi du 26 juillet 1968, interdit la communication à une autorité étrangère d'informations susceptibles de porter atteinte aux intérêts économiques nationaux. Ce blocage qui n'existe que dans une vingtaine de pays est nuancé par les accords bilatéraux et une faible application, si bien que sa réévaluation est souvent évoquée.

Les pistes discutées au sein du programme *ConventionS* en 2014 et 2015 portent plutôt sur la reconnaissance des accords transactionnels au-delà des États-Unis et l'élaboration internationale d'un principe du *non bis in idem*. Il s'agit notamment d'empêcher qu'une entreprise soit poursuivie pour les mêmes activités dans le pays où elles ont lieu et dans un pays où elle a un établissement et qui pratique l'extraterritorialité, y compris par des procédures parajudiciaires comme celles des agences fédérales étatsuniennes.



Les pistes discutées au sein du programme *ConventionS* en 2014 et 2015 portent plutôt sur la reconnaissance des accords transactionnels au-delà des États-Unis et l'élaboration internationale d'un principe du *non bis in idem*.

6. *Ibid.*

L'importance des cultures juridiques

L'extraterritorialité ne se réduit pas au mouvement des actes d'un système juridique vers un autre. Elle renvoie aux dynamiques des systèmes de droit et à leur concurrence au sein de l'espace mondialisé.

Dès la fin des années 1970, les mouvements académiques de l'analyse économique du droit, à la suite des études de *Law and development*, accordent une place centrale à l'efficacité et aux aires culturelles. La *common law* centrée sur la résolution empirique des cas et la matière contractuelle est alors jugée plus efficace, tandis que le droit écrit des traditions civilistes serait éloigné du réel et prompt à une inflation normative ou à tout le moins textuelle. La tradition germanique se situerait entre ces deux modèles.

Le rapport *Doing business* publié en 2004 par la Banque mondiale consacre l'évaluation des systèmes de droit en matière notamment de droit des affaires. L'efficacité prime dans les critères de classement. En réponse, plusieurs travaux émergent en Europe pour revaloriser les traditions civilistes, à l'instar de ceux que mène et finance la Fondation pour le droit continental. La notion de sécurité juridique émerge en contrepoint de l'approche purement contractuelle. La stabilité qui y est associée apparaît en effet comme un élément déterminant du choix des acteurs privés. On peut retrouver une telle stabilité aussi bien dans des cultures juridiques de *common law* que de droit civil. De même, le rôle de l'État dans la formalisation du droit n'entretient pas de lien nécessaire avec la tradition juridique du pays.

Ces approches se distinguent par des rapports différents du droit à l'économie, avec une prime à la dérégulation et à la liberté économique dans les travaux des organisations internationales.

Or, la *rule of law* mise en avant dans les politiques de développement et associée à la *common law* apparaît comme un discours dont l'effectivité empirique est difficile à mesurer, aussi bien dans les pays du Sud, où elle joue le rôle d'une norme universelle et souvent neutre d'enjeux politiques, que dans les pays du Nord, loin des idéaux parfois professés à l'international.

En particulier, le lien de la *common law* avec la croissance économique des pays en développement peine à être démontré, quand bien même le rapport *Doing business* vise d'abord à orienter les fonds d'aide au développement. Il repose alors sur un présupposé institutionnaliste qui distingue la (bonne) gouvernance de la politique.

Les débats structurés au sein du courant *Law and development*, qui privilégie les *legal transplants* puis l'acculturation juridique des années 1960 à 1980, et au sein des *Democratization studies* ensuite, sont vifs après la chute du mur de Berlin et décroissent à partir du milieu des années 2000. La concurrence des systèmes de droit doit alors être relativisée : il s'agit de jeux d'influence et d'idées à distinguer de la concurrence du marché des services juridiques. Surtout, le droit contemporain ne se caractérise pas comme une compétition de systèmes de droits nationaux, ni de la seule influence des États les plus puissants. Il s'agit bien plutôt d'un ensemble de foyers ou de lieux de foisonnement où se forment des droits hybrides en fonction du dynamisme de l'ensemble des acteurs et du milieu juridique d'un lieu donné.

On voit ainsi émerger dans les années 2000 et 2010 des places comme La Haye, Bruxelles, Singapour, São Paulo, Rio de Janeiro, Séoul ou Paris pour l'arbitrage international.

Les travaux du programme ConventionS insistent sur la difficulté française dans ce paysage, qui n'est pas tant l'opposition culturelle et défensive à une *common law* monolithique qu'une loi mal reliée au réel et à un récit commun, des juristes éloignés des enjeux politiques et économiques, et des relais d'influence du droit à développer.



La concurrence des systèmes de droit doit alors être relativisée : il s'agit de jeux d'influence et d'idées à distinguer de la concurrence du marché des services juridiques.

1.2. Le *lawfare*, guerre par le droit ou guerre au-delà du droit ?

La guerre économique est abordée depuis les années 1990 comme la poursuite d'intérêts politiques plus ou moins offensifs dans les échanges et la régulation du commerce. Les transactions pratiquées par les autorités étatsuniennes reposent ainsi sur l'attrait qu'exerce l'accès au marché américain, une motivation suffisante pour les entreprises à respecter les sanctions. L'interdépendance économique renforce alors l'arsenal juridique à la disposition des États.

Les termes militaires occupent plus généralement une place importante dans la sémantique de la concurrence et de la compétition. Le domaine militaire est d'ailleurs lui-même touché par la judiciarisation et le droit international, participant de la mise en forme juridique des discours politiques à l'œuvre depuis la fin du xx^e siècle.

Du *soft power* à la guerre économique... par le droit ?

Aussi, la théorie des relations internationales est marquée au tournant des années 2000 par trois courants structurants. Un courant réaliste insiste sur le rôle de la puissance et du rapport de force entre les États. Un autre courant qualifié d'institutionnalisme libéral prône plutôt la coopération et une forme de raison qui dépasse la seule force. Un troisième courant constructiviste insiste sur le rôle des acteurs et des comportements plutôt que la volonté abstraite des États.

Le droit est-il le seul produit de ce rapport de force ou l'instrument d'un apaisement ? Un peu des deux, si l'on suit la perspective adoptée par le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, selon lequel « [la] principale caractéristique du droit global est sa déterritorialisation : ce droit tend à désarticuler ("dés-homogénéiser") l'espace et à brouiller la distinction entre les

ordres juridiques nationaux, aussi bien qu'entre ceux-ci et le droit international classique. Il redessine les rapports politiques – quelques militants et militants peuvent tenir en respect des États – et cherche à puiser sa légitimité dans son efficacité : le droit global n'est pas par lui-même légitime, mais il se veut efficace, à l'inverse des institutions internationales qui sont légitimes, mais pas toujours efficaces⁷ : »

Les pratiques de l'administration du gouvernement des États-Unis sous le mandat de Donald Trump à partir de 2016 et la crise du multilatéralisme amorcent un tournant dans la manière d'apprécier l'aspect politique de la régulation de la mondialisation. La notion de *soft power* élaborée par Joseph Nye en 1990 pour analyser le recul de la force brute et le rôle de l'influence politique, économique et culturelle dans la puissance étatsunienne, a moins de pertinence.

L'idée de guerre économique qui avait prévalu dans les analyses se voit remplacée par une appréhension plus géopolitique. La théorie économique, même lorsqu'elle s'appuie sur des usages stratégiques du droit, reposait en effet sur l'idée d'une pacification des relations internationales, fut-ce au service d'un modèle économique particulier. Mais l'économie elle-même fait l'objet d'un rapport de force par la pratique des embargos et du protectionnisme. Il convient alors de constater que l'influence étatsunienne ne s'exerce plus seulement à l'égard de régimes dictatoriaux, dans lesquels l'action des entreprises européennes est contrainte à se mettre en conformité, mais également à l'égard des pays alliés.

L'extraterritorialité révèle alors une ambivalence de la mondialisation, puisque les rapports privés ne peuvent s'appuyer sur un espace tout à fait neutre ou un tiers visant à apurer les litiges dans l'espace global, et puisque la régulation des pratiques privées répond, au moins partiellement, à des enjeux stratégiques portés par des autorités nationales. Dès lors, les approches théoriques visant à remplacer la théorie du droit et de l'État par le droit global, ou la norme par la régulation privée, doivent être nuancées par le rôle persistant des intérêts étatiques et souverains dans le jeu mondial. Le droit est l'espace d'une forme de guerre autant que celui de la coopération.



Les approches théoriques visant à remplacer la théorie du droit et de l'État par le droit global, ou la norme par la régulation privée, doivent être nuancées par le rôle persistant des intérêts étatiques et souverains dans le jeu mondial.

7. Discours de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, président de l'IHEJ, à l'occasion du colloque de lancement de Convention S le 2 février 2010, *op. cit.*

La pratique des *offset* dans l'industrie de l'armement illustre l'usage politique de l'économie et du droit qui peut être fait dans le domaine des contrats internationaux. Il s'agit d'une contrepartie non financière exigée pour l'obtention d'un contrat, laquelle peut consister en la production locale (*offset* direct), l'octroi de licences et de transferts de technologies (*offset* semi-direct) ou encore des activités liées au contrat comme de la formation, une présence militaire étrangère ou des investissements divers (*offset* indirect). La logique est celle du troc ou du monopole et la contrepartie n'est plus seulement économique mais avant tout géopolitique. L'enjeu stratégique justifie alors l'exception faite aux *offset* pour le domaine militaire par l'Organisation mondiale du commerce (OMC).



L'approche chinoise de la mondialisation a longtemps été plus défensive qu'hégémonique [...]. Les choses ont changé lorsque les dirigeants chinois ont commencé à établir publiquement que la crise de la multilatéralité leur ouvrait une place favorable.

Le ministère américain de la Défense est particulièrement offensif dans la négociation des contrats d'armement vis-à-vis d'États ayant des liens diplomatiques avec les États-Unis, comme l'a montré le succès des ventes d'avions F-35 dans plusieurs pays européens en échange du partage nucléaire dans le cadre de l'OTAN. La distorsion entre marché et souveraineté passe alors par les instruments du droit privé pour la négociation des contrats.

À la négociation classique d'un contrat principal avec ses conditions générales, son prix et ses délais s'ajoute une négociation souvent parallèle concernant l'*offset*, qui dépend également du droit local et expose au risque de la corruption⁸. En France, la question de l'interdiction de l'*offset* du point de vue du pays d'origine de l'entreprise se pose.

8. Voir *infra*, chapitre 2.

L'émergence d'une puissance normative chinoise

L'idée d'une fin du multilatéralisme accompagne ce travail de la souveraineté par le marché. L'investissement du domaine de la régulation par la Chine est apparu dans les premières années de ConventionS. L'approche chinoise de la mondialisation a longtemps été plus défensive qu'hégémonique, en privilégiant un modèle économique et l'image d'un centre fort, plutôt que le droit ou des valeurs politiques en soi.

Les choses ont changé lorsque les dirigeants chinois ont commencé à établir publiquement que la crise de la multilatéralité leur ouvrait une place favorable. Le postulat général de Pékin est que les règles et standards existants ont été formés par des pays occidentaux et qu'il est temps pour la Chine de prendre part à la formation de règles et standards nouveaux, ou plus précisément alternatifs. L'État chinois a ainsi réactivé des instances asiatiques et exercé une politique d'influence au sein des organisations internationales, à l'instar de l'Organisation internationale de normalisation (ISO). La participation à ces instances accompagne une standardisation des normes techniques qui vise un objectif économique vis-à-vis des échanges.

Cette création normative s'appuie en outre sur différents instruments d'influence à l'instar des classements des universités comme celui dit de Shanghaï, des études stratégiques menées par des *think tanks* chinois ou de concepts comme la communauté de destin commun mis en œuvre dans le cadre du projet des nouvelles routes de la soie. Il s'agit d'autant de manières d'agir dans la mondialisation au sein du cadre international déjà fixé, en mobilisant la puissance commerciale du pays et un espace d'influence asiatique pour agir sur le langage du droit dans l'espace global.

De même, plutôt qu'un modèle d'application extraterritoriale à l'américaine, le pouvoir chinois a privilégié l'application de règles nationales aux entreprises chinoises ainsi que la constitution de champions nationaux comme TikTok, Alibaba ou Tencent. La mondialisation à la chinoise repose sur une vision du commerce et de l'économie qui, d'une part, place l'hégémonie culturelle et le droit au second plan et, d'autre part, privilégie le volontarisme économique à la libre concurrence.

Aussi, dans l'approche chinoise, l'économie et le droit sont mis au service d'un projet politique. Le regard occidental sur ce rapport à la norme est souvent teinté de pessimisme et d'incompréhension : ce rôle du politique n'implique pas une pratique d'extraterritorialité, sauf

en de rares matières pénales ou de concurrence et, bien sûr, pour les activités réalisées dans le pays.

Le projet des nouvelles routes de la soie lancé par le gouvernement en 2013 répond à des enjeux économiques, politiques et juridiques selon un ordonnancement particulier. Il s'agit de créer une chaîne de valeur par la construction d'infrastructures matérielles et financières le long de routes commerciales, et plus largement de constituer un projet politique assimilable à un *soft power* et à une vision plus active du rôle de la Chine dans la mondialisation.

Comme l'écrit Antoine Garapon, « le rééquilibration (dans la production des normes) peut donc à terme rebattre les cartes de la mondialisation juridique jusqu'ici largement menée par les États-Unis et, dans une moindre mesure, l'Europe. Cette politique de long terme qui va redessiner la carte du monde pour le siècle à venir, contraste malheureusement avec les politiques de court terme des Européens. Il est possible de se demander sur quoi débouchera cette politique : va-t-elle infléchir et redéfinir la mondialisation ? Ou ne risque-t-elle pas plutôt de déboucher sur une régionalisation du monde voire une sécession, un morcellement⁹ ? »



Aux États-Unis comme en Europe, la tendance est de commencer par le fondamental et les droits, quitte à ce que naissent des difficultés ultérieures dans l'acceptation de la règle et la construction de la décision.

Le projet des nouvelles routes de la soie implique la promotion de standards et de normes favorables à l'économie chinoise tout en mobilisant les acteurs dans un projet national avec des valeurs d'ouverture, d'inclusion et de bénéfice commun. Une caractéristique de l'approche chinoise de la mondialisation tient alors au long terme dans lequel elle s'inscrit avec des objectifs fixés à cinquante ans.

9. Antoine Garapon, note « Les nouvelles routes de la soie : la voie chinoise de la mondialisation ? » pour le programme ConventionS, novembre 2016.



L'aspect pragmatique des nouvelles routes de la soie suscite néanmoins l'hypothèse d'une forme d'impérialisme, typique d'une approche universelle qui cherche à dépasser l'État-nation.

Toutefois, il s'agit d'une présentation rhétorique qui ne reflète pas nécessairement la réalité d'un rapport de force au-delà de l'espace asiatique, où la force économique prévaut sur la puissance normative. Le projet lui-même traduit le choix d'une route concrète plutôt que de traités et d'organisations, à l'instar de ce que font les États-Unis avec les traités transatlantiques et transpacifiques ou les projets de démocratisation au Moyen-Orient, ou de ce que fait l'Europe avec des cadres normatifs exigeants. Aux États-Unis comme en Europe, la tendance est de commencer par le fondamental et les droits, quitte à ce que naissent des difficultés ultérieures dans l'acceptation de la règle et la construction de la décision.

Dès lors, le rôle d'accompagnement et de standardisation du droit dans l'espace d'influence chinois mène le pays à s'intégrer aux cadres et notions préexistants. La Chine reste d'ailleurs largement importatrice des modèles juridiques étrangers, en particulier depuis les réformes de la fin du xx^e siècle, en partie financées par des organisations non-gouvernementales et des pays occidentaux, tout en en s'excluant largement des cadres de l'État de droit. Le rôle normatif de la Chine dans la mondialisation va alors à rebours de la tendance aux traités de libre-échange, lesquels sont accompagnés de garanties juridiques afin de maintenir un espace pacifié aux relations commerciales, à l'image de la lutte contre la corruption et des droits de l'homme.

L'action d'influence de la Chine, en retour, peut être admise dans des pays qui ne souhaitent pas se voir contraints par ces normes, en Afrique ou en Amérique latine. En particulier, la culture juridique chinoise s'appuie moins sur un juge indépendant que sur la coopération et l'arbitrage, même si le système judiciaire connaît des

réformes visant à le rapprocher des standards qui prévalent dans le monde occidental en le disjoignant notamment du politique – du moins hors du champ des libertés publiques. L'environnement juridique du pays, très sophistiqué, repose sur une grande quantité d'écrits, assurant autant une certaine sécurité qu'il est un obstacle à la lisibilité pour les investisseurs étrangers.

L'aspect pragmatique des nouvelles routes de la soie suscite néanmoins l'hypothèse d'une forme d'impérialisme, typique d'une approche universelle qui cherche à dépasser l'État-nation. Celui-ci pourrait s'exercer vis-à-vis des pays traversés ou destinataires, notamment les plus petits et les pays d'Asie centrale, tandis que d'importants partenaires, comme l'Inde ou certains pays européens, semblent plus sceptiques. Le pragmatisme se mêle alors à une dimension idéologique dont la place n'est pas toujours facile à comprendre pour les acteurs.

Pour Antoine Garapon, « l'esprit pratique et la nécessité propre du business qui trouve en lui-même sa propre justification, occupent plus de place que dans l'extraterritorialité américaine et il y a fort à parier que la lutte contre la corruption y occupera moins d'importance. Les Chinois ont une confiance inébranlable dans la force de l'économie pour résoudre les problèmes, et donc une défiance à l'égard de la politique. Sur ce point précis, elle partage le même postulat que le libéralisme et fait le même pari que la mondialisation, et donc encourt le même risque de se tromper notamment à propos de populations où l'ethos guerrier ou religieux restent très forts. La Chine présente ainsi son fonctionnement comme un modèle post-démocratique (sans avoir jamais connu la démocratie) qui concurrence la démocratie¹⁰. »

La guerre économique qui a lieu entre la Chine et les États-Unis et s'est renforcée depuis 2016 a une incidence normative. La réduction de l'aide américaine à certains pays d'Amérique latine qui avaient reconnu la Cour pénale internationale a mené à des actions d'influence de la Chine.

L'affaire relative au Boeing 737 Max illustre également ces rapports nouveaux entre le droit, le politique et l'économie dans la mondialisation : c'est la marque d'une fragilisation de la confiance sur laquelle ces rapports s'appuyaient jusqu'à présent. Le secteur aérien repose en effet sur un mécanisme de reconnaissance des certifications entre les différentes autorités

nationales ou régionales. Or, les incidents qui ont eu lieu à partir de 2016 sur les appareils de Boeing ont donné lieu à des soupçons de collusion entre la Fédération aéronautique internationale (FAI) et le constructeur.

La Chine a en retour élaboré des standards et des normes techniques propres sur son territoire : le pays a été le premier à immobiliser l'appareil du constructeur américain, tandis que les autorités étatsuniennes ont bien compris que la puissance commerciale nationale était en jeu.

De son côté, l'Europe exerce une forte influence du fait de l'exigence de ses standards, qui font référence pour les constructeurs et les régulateurs du monde entier. L'aérien incarne donc un monde multipolaire marqué par des enjeux géostratégiques, où la régulation joue le rôle d'un médiateur de confiance autant qu'elle peut nourrir des soupçons d'instrumentalisation.

En 2020 et 2021, la Chine a en outre mis en place des sanctions contre les entreprises et leurs représentants en Chine qui auraient imposé des mesures extraterritoriales au détriment d'entreprises nationales. Cette approche n'a rien de surprenant lorsque l'on considère que la Chine ne conçoit pas nécessairement son territoire comme un espace délimité par une frontière, tout en ayant été la victime de traités inégaux au long du XIX^e siècle et du début du XX^e, avec par exemple le régime de la concession.

À la fin des années 2010, c'est également la stratégie juridique de la Russie qui interroge. Dans la diplomatie du pays, l'usage du droit reste faible par rapport à l'expression brutale des intérêts politiques. La vocation globale du pays tranche avec une puissance économique russe qui reste régionale et dépendante du cours des matières premières.

Aussi, la culture juridique du pays repose sur un paradoxe. D'un côté, le droit est très présent : la Russie connaît un droit écrit prévisible et des praticiens bien formés, favorisant la vie des affaires contre un imaginaire négatif et l'idée d'une famille de droit socialiste ou distincte des

À la fin des années 2010, c'est également la stratégie juridique de la Russie qui interroge. Dans la diplomatie du pays, l'usage du droit reste faible par rapport à l'expression brutale des intérêts politiques.

¹⁰. *Ibid.*



traditions de droit civil. D'un autre côté, le droit connaît une forte instrumentalisation dans le pays dès lors que des enjeux politiques apparaissent vis-à-vis des libertés publiques, à l'instar des tensions du pays vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme (dont le pays a quitté le système en 2022) et d'une méfiance assumée des autorités envers le discours international des droits de l'homme. Le régime s'est notamment appuyé sur une rationalisation des intérêts des oligarques, à côté du cadre formel de l'État. Les investisseurs doivent alors comprendre les rapports de force politique tout en considérant les contraintes d'un système juridique particulièrement formalisé.

1.3. Les pistes d'une puissance normative européenne

Le programme ConventionS a été l'occasion pour les différents intervenants d'insister sur la nécessité d'élaborer une approche européenne dans l'usage du droit vis-à-vis de la mondialisation. Si l'Europe se caractérise en effet par la double puissance de ses normes et de son marché, ces normes ne sont traditionnellement pas dirigées vers l'extérieur d'une manière à exercer une influence¹¹. À la fin des années 2010, les discussions portent ainsi sur la nature du paradigme européen face à l'activisme étasunien et au pragmatisme chinois.

La régulation de la mondialisation exige alors une reterritorialisation des intérêts et des instruments juridiques. En particulier, face aux approches néoréalistes qui mettent en avant le retour de la force dans la mondialisation, il s'agit de penser une dialectique entre cette force, indéniable, et la logique juridique qui perdure dans l'approche européenne. L'axe chinois, indien et africain est revalorisé dans les études, de même que la mise en œuvre des intérêts étasuniens dans la régulation, mais il s'agit d'une influence dans laquelle le droit occupe un rôle secondaire.

De même, illustrant les apories du droit globalisé, c'est par la force du marché et des entreprises européennes que l'Europe pourrait gagner en influence, par exemple en recourant moins au dollar de manière à sortir de l'extraterritorialité du droit américain. La négociation des accords commerciaux par l'Union européenne est également l'occasion de créer un



Si l'Europe se caractérise en effet par la double puissance de ses normes et de son marché, ces normes ne sont traditionnellement pas dirigées vers l'extérieur d'une manière à exercer une influence.

récit normatif alternatif. Plus largement, au sein des ateliers de ConventionS, la force du marché européen est vue comme un véhicule d'une influence stratégique par de nombreux experts, tandis que les entreprises semblent plus sceptiques vis-à-vis de la capacité de l'Europe à agir et exercer une influence similaire à celle du droit américain.

D'une certaine manière, le Cloud Act adopté par le Congrès des États-Unis en 2018 renforce la prééminence des entreprises américaines du numérique en s'appliquant aux données des entreprises européennes stockées auprès des premières. Le règlement général sur la protection des données (RGPD) européen élaboré en 2016 ne répond que partiellement à cette logique. Il limite notamment les transferts de données des citoyens européens et laisse aux entreprises européennes la possibilité de conclure des accords avec des partenaires du numérique.

Le régulateur est alors placé devant le fait accompli d'une avance technique aux États-Unis, comme c'est par ailleurs le cas en Chine, où le stockage sur des serveurs étrangers est encadré par la loi nationale. Un consensus s'établit néanmoins autour du rapport de force instauré par l'extraterritorialité, qui ne peut être laissée à l'appréciation des seuls acteurs économiques.

D'une autre manière et notamment aux États-Unis, le Cloud Act a été perçu comme une ouverture. Il précise en effet que la donnée peut être transmise aux autorités judiciaires étrangères sans changer la procédure complexe par laquelle le juge peut faire une telle demande, mais permet des accords bilatéraux par lesquels les États peuvent faciliter l'obtention de données stockées sur le territoire américain sans avoir à passer par la saisine d'un parquet étasunien, une procédure réputée très lourde.

Cela correspond à une perception plus large des acteurs qui travaillent en lien avec les États-Unis et qui constatent que les Américains conçoivent leur extraterritorialité comme une légitimité juridique et non comme un instrument économique de conquête et de captation des entreprises internationales. Cette vision procède

11. Voir Zaki Laïdi, *La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, Presses de Sciences Po, 2008.

de l'idée que la loi nationale est efficace si les pouvoirs publics se donnent les moyens de la rendre efficace.

Le terme d'extraterritorialité lui-même a tendance à disparaître au fil des discussions pour laisser place à l'idée de déterritorialisation dans la régulation, en lien avec le rôle universalisant du marché et celui renationalisant du protectionnisme, à l'instar du Brexit qui a lieu en 2016. Comme marché puissant et en s'appuyant sur la valeur de l'euro, l'Union européenne a les moyens d'une influence juridique, puisque celle-ci passe par l'attractivité économique auprès des entreprises.

L'Union européenne pèse également comme puissance normative à l'image de la normalisation comptable qu'elle a menée dès la fin des années 1990 et qui fait référence bien au-delà de l'Union à travers les International Financial Reporting Standards adoptés en 2005. Il s'agit alors d'un droit dur, transposé hors de l'Europe par plusieurs pays ainsi qu'à l'International Accounting Standards Board, organisme de droit privé créé en 2001 qui fait l'interface avec les US Generally Accepted Accounting Principles et dont la pertinence a été mise en cause lors de l'affaire Enron en 2001. La falsification comptable de l'entreprise avait provoqué un crash boursier.

L'Union européenne fait également office de référence dans la coopération qu'elle permet entre les agences de régulation financière des États membres, avec le Réseau européen de la concurrence (REC) depuis 2004 et l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) depuis 2010. Or, l'exportation des stratégies nord-américaines de régulation appelle à une coordination accrue, notamment à l'échange d'informations et de données sur les marchés financiers, mais également un meilleur soutien des entreprises par les agences de régulation comme aux États-Unis.

Dans le même état d'esprit, la création des Chambres commerciales internationales par la France en 2018 répondait à une logique d'attractivité vis-à-vis des acteurs économiques que le Brexit détournait de la place londonienne. Si l'oralité des débats, la *cross examination* et surtout l'habitude des milieux d'affaires font de l'Angleterre un lieu encore privilégié, le droit français présente des avantages, à condition que les magistrats et avocats soient formés à la *common law* et aux spécificités des contrats internationaux. Une telle approche exige que les acteurs politiques fassent confiance à la justice et au droit, y compris en matière économique, plutôt qu'aux seuls enjeux de pouvoir.



La notion même de régulation n'est pas aisée à percevoir dans un pays où la légitimité est associée à l'État. Plus précisément, les difficultés rencontrées par les entreprises françaises et européennes du point de vue de la régulation tiennent en partie à la mauvaise connaissance des pratiques, notamment étatsuniennes.

Les travaux de ConventionS insistent également sur la structure des communautés juridiques et la formation des élites. La notion même de régulation n'est pas aisée à percevoir dans un pays où la légitimité est associée à l'État. Plus précisément, les difficultés rencontrées par les entreprises françaises et européennes du point de vue de la régulation tiennent en partie à la mauvaise connaissance des pratiques, notamment étatsuniennes. Le cas topique est celui du caractère invasif des techniques de *discovery* mobilisées par les autorités fédérales et par lesquelles les parties poursuivies sont appelées à produire elles-mêmes des éléments de preuve.

Or, les entreprises françaises sont habituées aux garanties du procès français et de lois anti-corruption moins exigeantes¹². La société Alstom a ainsi été condamnée en 2014 pour ne pas avoir informé spontanément les autorités de faits dont elle avait eu connaissance et ne pas avoir pleinement et immédiatement collaboré à l'enquête pour des faits de corruption qui étaient, par ailleurs, d'importance variable. La société n'avait pas de dispositif de conformité et d'enquête interne, habituée au droit français en la matière.

À l'inverse, l'intervention du président de la République François Hollande auprès de Barack Obama lors de l'affaire visant BNP Paribas a pu être perçue par les observateurs comme le signe d'un rapport au pouvoir plutôt qu'au droit.

Du point de vue de la puissance publique, la force des États-Unis semble résider dans une forte homologie sociologique entre les autorités et des rapports interpersonnels, alors que c'est moins le cas dans l'espace européen.

¹². Voir *infra*, chapitre 4.



Alors que la mondialisation a connu plusieurs ères, avec la transformation en marchandise des biens en valeurs dans les années 2000 et l'extension simultanée du modèle de l'entreprise multinationale, le droit français paraît inadapté aux yeux de plusieurs participants au programme ConventionS. Est notamment mise en cause la formation de ses juristes, largement théorique et peu pluridisciplinaire, tenant le fait à l'écart du droit, peu attachée aux modes alternatifs de résolution des conflits. Le besoin de droit est pourtant important dans de nombreux espaces, comme en Chine ou dans certains pays africains.

En outre, la formation des magistrats français aux enjeux économiques que rencontrent les entreprises, y compris au-delà des grands corps, est perçue comme un pivot central de l'intégration des entreprises françaises dans la production normative propre à la mondialisation.

De même, la diplomatie scientifique pourrait être réinvestie comme un *soft power*, tout en affirmant le respect de la liberté académique comme un modèle européen spécifique. Les différents acteurs du programme ConventionS appellent alors à une *intercorporation*, sur le modèle interministériel, pour faire discuter ensemble les acteurs publics et les entreprises dans la mondialisation.

Conclusion

Les travaux réalisés par ConventionS sur l'action normative des États au-delà de leurs frontières entre 2009 et 2021 ont porté sur un changement des pratiques et des perceptions.

Face aux crises de la gouvernance internationale et interétatique et de la régulation, la perspective française et européenne pourrait consister à investir une polygouvernance qui dépasse les seuls États, mais dans laquelle le rôle de l'État, s'il n'est plus celui de la formule westphalienne autrefois dominante, reste stratégique.

Deux constats s'imposent. D'une part, le rapport au droit, au politique et à l'économie a changé parmi les acteurs français et européens. Il s'est agi de considérer la manière par laquelle des usages instrumentaux du droit pouvaient prolonger des intérêts politiques et économiques, notamment face aux pratiques étatsuniennes et chinoises. Le droit doit alors être appréhendé par la stratégie des acteurs de la mondialisation au lieu de la seule production normative. Les pistes privilégiées au sein

du programme sont la formation des différents acteurs nationaux à la mondialisation juridique, la coordination au sein d'espaces formels et informels réunissant ces acteurs, la présence de la France dans les cercles de cette mondialisation et la coopération internationale en matière de droit, notamment à destination des pays en demande de droit civil, mais également des entreprises, qui sont souvent autant en prise avec des traditions écrites qu'avec la *common law*. Le droit contemporain se caractérise en effet par une hybridation des traditions.

D'autre part, l'idée d'une mondialisation par le droit est mise en cause par les différents rapports au droit qui s'expérimentent dans les années 2010. Il n'est plus possible d'envisager de manière univoque une pacification par la norme entre des acteurs jugés égaux dans un espace commun.

Le programme ConventionS a alors insisté sur la typologie des rapports au droit dans les différents espaces. Les discours sur la régulation de la mondialisation connaissent des usages politiques qui dépassent une terminologie souvent traditionnelle et inchangée, largement issue d'un imaginaire de coopération interétatique.

Ces usages sont marqués par la sémantique de la fragmentation à la fin des années 2010, avec notamment un tournant en 2018 dans les travaux du programme, qui appelle alors à mieux comprendre l'articulation entre droit et géopolitique. C'est un nouveau récit de la mondialisation appuyé sur le droit qui se développe alors en Europe.

2

L'entreprise multinationale, entre régulations nationales et conformité

Du fait de la spécificité de son fonctionnement qui met en relation diplomates et acteurs publics, directeurs juridiques d'entreprise, avocats, universitaires et experts, le programme ConventionS a été le lieu privilégié d'une discussion sur les enjeux juridiques relatifs aux multinationales.

Au cœur des discussions figurent les notions de régulation et de conformité ou *compliance*, soit la production normative des acteurs de la mondialisation eux-mêmes, en concurrence ou en complément du droit national et international.

Le programme vise à accompagner la réflexion du ministère des Affaires étrangères alors que la dénonciation de la corruption occupe une place centrale dans les mouvements de protestation dans les pays arabes en 2011, en particulier en Tunisie et en Égypte.

La France coprécide alors le « Groupe corruption » du G20, créé après les sommets de Pittsburgh et de Toronto, où les thèmes de la transparence et de la gouvernance ont été liés sans équivoque à la bonne marche des affaires économiques et financières internationales.

Les questionnements portent sur l'association du secteur privé à de nouveaux engagements des États, à l'articulation du pouvoir judiciaire et des négociations internationales, et à l'assistance que les ministères pouvaient apporter aux entreprises. Le groupe de travail dédié réfléchit alors à la séquence et à la modélisation de la corruption, à la place de la régulation et à ses formes, aux implications des dispositifs internationaux et extraterritoriaux en lien avec l'action normative des États dans la mondialisation¹³.

C'est un jeu d'équilibres et de déséquilibres d'un genre particulier auxquels les entreprises sont confrontées dans leur activité transnationale, entre loi nationale et traités, régulation et autorégulation.

Les enjeux de la régulation placent les multinationales au cœur de l'activité normative autrefois réduite à l'État. Ce nouveau rôle interroge aussi bien les entreprises que les pouvoirs publics qui s'intéressent aux potentialités d'un droit souple (*soft law*) plus adapté au marché économique et à sa vocation transnationale. En sus du groupe sur la lutte contre la corruption créé dès 2010, une étude est réalisée en 2014 sur les directeurs juridiques des entreprises françaises dans la mondialisation.

En 2016, c'est un groupe de travail sur la justice économique qui est constitué. Les participants aux différents travaux de ConventionS interrogent l'acculturation des entreprises françaises aux questions de régulation et amorcent des discussions qui accompagnent les instruments nouveaux dont se dote la France avec la loi Sapin II du 9 décembre 2016 et la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance.

2.1. Les enjeux de la conformité pour les régulateurs et pour les entreprises

Plusieurs phénomènes participent d'un contrôle social accru sur les entreprises multinationales au tournant du millénaire, alors que leur rôle dans la mondialisation devient de plus en plus évident.

La définition même de la multinationale, comme celle de la mondialisation¹⁴, nécessite une réflexion particulière : c'est *a minima* une entreprise qui agit par ses filiales et succursales et qui détient hors de son implantation initiale des capitaux compris comme des investissements directs étrangers¹⁵. Or, le processus de mondialisation ajoute à la relation verticale entre maison mère et filiales une circulation horizontale entre les branches.

Une autre caractéristique de ces organisations est qu'elles n'ont pas été pensées par la théorie des relations internationales. Or, la crise financière de 2008 déplace le regard des seuls phénomènes structurels vers les manquements éthiques des organisations et de leurs agents.

13. Voir *supra*, chapitre 1.

14. Voir *supra*, chapitre 1.

15. Voir *infra*, chapitre 3.



L'étendue et la nature du droit auquel [les entreprises] sont soumises posent question : comment encadrer une activité qui n'est pas inter-, mais multi- ou plutôt transnationale ?

C'est une remise en cause de la régulation telle qu'elle est discutée, comme alternative à la loi, depuis les années 2000. Surtout, l'étendue et la nature du droit auquel elles sont soumises posent question : comment encadrer une activité qui n'est pas inter-, mais multi- ou plutôt transnationale ?

De même, il est difficile de distinguer une entreprise nationale d'une entreprise multinationale, puisqu'il s'agit de sociétés de droit privé immatriculées dans un État qui peuvent être amenées à dépasser les frontières de celui-ci par les échanges et les fusions-acquisitions. À l'inverse, ne sont purement globales que les organisations interétatiques créées au cours du xx^e siècle ou de rares organisations et sociétés internationales privées.

De la corruption aux droits de l'homme, l'élaboration d'une forme particulière de droit

La corruption elle-même émerge comme phénomène politique et social dans les années 1990. On vise autant la corruption active ou passive d'agents publics ou privés que le blanchiment, le détournement de fonds, le trafic d'influence ou les infractions comptables, même si les différentes régulations ne concernent pas l'ensemble des pratiques. Une affaire impliquant des pots-de-vin pour l'obtention d'un marché dans un pays émergent par une entreprise européenne n'est pas de la même nature, par exemple, que le scandale qui touche la société Enron et ses comptes falsifiés aux États-Unis en 2001, ou encore l'approche d'un agent public par la dissimulation.

La méthodologie visant à définir et chiffrer la corruption est elle-même l'objet de controverses. L'organisation Transparency International créée en 1993 produit ainsi un classement des États selon leur degré de lutte, en fonction de leur part dans les échanges internationaux.

Le constat est alors double : d'une part, la corruption est importante y compris dans les pays occidentaux, d'autre part, les multinationales s'impliquent dans des phénomènes corruptifs à diverses échelles et dans diverses régions.

La Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée dans le cadre de l'OCDE de 1997 est alors le principal instrument international de la lutte anticorruption, élaboré à la suite de cette prise de conscience.

Le G20 évoque régulièrement la lutte contre la corruption et la Banque mondiale ainsi que le Fonds monétaire international orientent leurs politiques en fonction des indicateurs en la matière. La lutte contre la corruption voit alors se mêler des acteurs étatiques, des organisations internationales publiques, la société civile et les entreprises.

Du point de vue des entreprises, la corruption représente plusieurs types de risques. Premièrement, les risques objectifs portent sur les pays les plus touchés et les types de clients auprès desquels elles interviennent. Les risques sont par exemple significativement plus élevés dans les travaux publics ou l'armement, comme un coût caché des grands contrats conclus avec les États. À l'inverse, les investisseurs étrangers peuvent être dissuadés d'intervenir dans un pays lorsque la corruption ou les poursuites associées sont importantes ou perçues comme telles.

Un deuxième type de risque peut être lié à la nature de l'activité, qu'il s'agisse d'avantages fournis directement par l'entreprise pour obtenir des contrats, du recours à des intermédiaires pratiquant une corruption indirecte, appelés facilitateurs d'affaires, de la participation à un groupement d'entreprises dont l'un des partenaires pratique la corruption, ou enfin de l'héritage de situations de corruption antérieures à une fusion-acquisition.

Un troisième type de risque, enfin, est d'ordre stratégique, du fait des environnements dans lesquels les entreprises interviennent. D'autres entreprises peuvent avoir recours à la corruption afin d'obtenir un avantage concurrentiel, tandis que certaines autorités publiques peuvent inciter à de telles pratiques. L'organisation doit alors élaborer une réflexion stratégique particulière vis-à-vis de ses objectifs et de la nature des risques. En zone de conflits, les entreprises rencontrent des difficultés similaires face aux rapports de pouvoirs locaux et aux actions d'États tiers, à l'instar des sanctions internationales et embargos qu'elles sont tenues de respecter si elles ne veulent pas être sanctionnées par l'extra-territorialité du droit d'États dans lesquels elles veulent intervenir¹⁶.

16. Voir *supra*, chapitre 1.



En lien avec la corruption, la justice fiscale fait l'objet de discussions depuis les années 2000 et d'initiatives à l'instar du G20 de 2009. Dans le contexte de la mondialisation des échanges, il s'agit cette fois-ci pour les États, mais également pour les organisations non-gouvernementales, de réclamer aux entreprises un dû qui échappe parfois aux législations nationales.

De surcroît, les organisations privées ont pu jouer des échelles de normativité et des espaces ouverts par les différences entre régulations nationales, si bien que l'enjeu n'est pas tant celui d'un retour au mode de contrainte national qu'une nouvelle forme de régulation adaptée aux structures du XXI^e siècle.

L'espace numérique présente un biais particulier puisque les activités sont déterritorialisées¹⁷ tandis que la guerre économique entre la Chine et les États-Unis nourrit un aller-retour de protectionnisme et de moins-disant fiscal pour les entreprises nationales¹⁸.

Une forme particulière de régulation émerge alors, ni tout à fait législation nationale contraignante, ni droit international, et partiellement assimilable à la *soft law* : les entreprises sont appelées à se mettre elle-même en conformité avec des exigences qui ne relèvent pas du droit dit dur mais ne sont plus tout à fait du droit dit souple lorsque les organisations les intègrent à leurs processus. Le droit n'est plus seulement envisagé comme un interdit ou comme l'arme connotée d'une guerre économique¹⁹ mais comme un moyen d'agir sur le monde.

Le choix n'a pas été fait d'élaborer des normes obligatoires sur le modèle du droit pénal ou du

droit international, mais de développer les codes de conduite et les pratiques internes aux organisations. Ce mode coexiste avec d'autres plus traditionnels : les entreprises peuvent être poursuivies par la justice des États ou leurs dirigeants par la Cour pénale internationale, y compris en complicité de violation des droits de l'homme dans des contextes locaux.

Mais plus largement, les droits de l'homme, la transparence et la protection de l'environnement correspondent alors à des valeurs véhiculées par les différents instruments juridiques coélaborés par les différents acteurs de la mondialisation. La société internationale s'est ouverte, des États initialement, en particulier avec leur éclosion lors de la décolonisation, aux entreprises et aux organisations non-gouvernementales (ONG) ensuite.

En particulier, l'environnement et les droits de l'homme ont intégré l'encadrement des pratiques des entreprises multinationales dans les différents espaces au sein desquels elles interviennent. Comme pour la lutte anticorruption, il peut s'agir d'instruments contraignants ou de *soft law*, de droit pénal national ou de droit international.

Plusieurs dispositifs ont participé de l'inscription de cette tendance à l'échelle internationale en proposant des normes d'adhésion spontanée aux multinationales : les Principes directeurs de l'OCDE élaborés depuis 1976, avec une déclaration sur les droits de l'homme et l'environnement en 2000, les règles de conduite de la Chambre de commerce internationale (ICC) dès 1977, la Déclaration des principes tripartite concernant les entreprises multinationales et la politique sociale de l'Organisation internationale du travail de 1977, le Global compact lancé par les Nations Unies en 2000, la norme ISO 26000 établie en 2010 ou encore les objectifs de développement durable de l'accord de Paris sur le climat de 2015.

Le Conseil de l'Europe, qui a constitué le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), insiste dès 2005 sur le respect des droits de l'homme non seulement par les États, mais également par les entreprises. Celles-ci élaborent elles-mêmes des codes de conduite, s'engagent dans des démarches collectives par branches, adhèrent à des certifications et à des audits externes et mettent en place des services chargés de la conformité. Il ne s'agit pas de garantir l'absence de corruption ou d'atteinte aux normes sociales et environnementales, mais d'attester qu'il existe des procédures solides mises en place pour les prévenir et, le cas échéant, les documenter et les signaler.



Une forme particulière de régulation émerge alors, ni tout à fait législation nationale contraignante, ni droit international, et partiellement assimilable à la *soft law* : les entreprises sont appelées à se mettre elle-même en conformité avec des exigences qui ne relèvent pas du droit dit dur mais ne sont plus tout à fait du droit dit souple lorsque les organisations les intègrent à leurs processus.

17. Voir *infra*, chapitre 4.

18. Voir *supra*, chapitre 1.

19. Voir *supra*, chapitre 2.

Avantages et limites de la conformité

L'enjeu est double du point de vue des régulateurs. La conformité permet de parvenir à faire respecter des standards sans avoir à les rendre contraignants et donc potentiellement plus difficiles à mettre en œuvre et à faire accepter. Il s'agit en outre de maîtriser la chaîne d'intermédiaires, qu'il s'agisse de sous-traitants ou de parties aux transactions, qui caractérise la pratique des multinationales dans la mondialisation. Ce second point est d'une importance particulière en matière de justice fiscale, puisque la difficulté principale est le manque de transparence des opérations menées par les trusts, les holdings et différents types d'intermédiaires, dans une pluralité de pays qui pratiquent parfois le secret bancaire.

À l'inverse, les entreprises participent à la puissance publique lorsqu'elles se soumettent à des obligations de communication sur les flux de marchandises, de personnes et de données, par exemple lorsqu'elles participent à la gouvernance technique de l'Internet²⁰ ou lorsqu'elles sont impliquées par les Nations Unies dans des conférences ou des processus comme celui de Kimberley qui associait des diamantaires à la lutte contre le commerce illicite en 2000, voire lorsqu'elles collaborent avec les services de renseignement.

Une difficulté pour les entreprises est qu'elles font face à un changement de paradigme international qui prohibe des pratiques jusqu'alors bien admises, voire jugées nécessaires dans certains contextes locaux. Aussi, le changement ne survient pas de la même manière partout : l'environnement normatif dans lequel les entreprises évoluent varie énormément selon les pays et notamment les régions. Les entreprises peuvent avoir un intérêt concurrentiel important voire nécessaire à recourir à la corruption dans certains pays.

De même, les entreprises multi-nationales qui interviennent dans des pays comme la Russie ou la Chine ne se voient pas appliquer les mêmes standards que ceux des marchés européen et nord-américain dans lesquels elles sont simultanément impliquées. L'accès des entreprises occidentales aux marchés russe ou chinois implique alors qu'elles apprennent la règle du jeu et sa pratique dans les deux pays. Le régime russe, par exemple, s'est constitué sur une privatisation des intérêts du pouvoir politique, tandis que le

régime chinois mêle une économie de marché aux objectifs propres du parti communiste. C'est alors également contre ces modèles que s'inscrit la lutte contre la corruption, comme garantie de la transparence des échanges.

L'application extraterritoriale du Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 aux États-Unis, inspirée par le scandale suscité par l'affaire Lockheed et qui est à l'origine de la Convention OCDE de 1997, est emblématique des difficultés rencontrées par les entreprises françaises. Les pratiques transactionnelles du département de la Justice ont en effet amené à des sanctions très importantes pour les entreprises²¹. Une présomption de non-poursuite leur est assurée lorsqu'elles révèlent des faits de corruption, ce qui suppose une coopération totale avec l'administration. Il s'agit alors d'un choix stratégique pour elles. L'adoption du Bribery Act par le Royaume-Uni en 2010 visait à répondre aux critiques adressées au cadre national, notamment à la suite d'affaires comme celle qui implique BAE Systems en Arabie Saoudite en 2006. Jusqu'alors, les dangers d'une réglementation nationale trop contraignante pour la compétitivité des entreprises britanniques dans les marchés étrangers était un obstacle à une évolution substantielle du droit national.

La loi de 2010 reprend néanmoins le délit de corruption passive déjà en vigueur, par lequel est incriminée l'acceptation de la corruption par un agent public. En outre, le Bribery Act crée un délit de manquement à l'obligation de prévention de la corruption qui engage la responsabilité des dirigeants d'entreprise du fait des actes de leurs employés et des intermédiaires étrangers, et ce alors que la Convention de l'OCDE ne vise que la corruption active, c'est-à-dire le fait de corrompre. La portée extraterritoriale est toutefois limitée aux succursales basées au Royaume-Uni et aux filiales seulement en fonction du degré de contrôle.

Une finalité sociale : le fonctionnement du marché

La lutte contre la corruption vise trois fonctions. Une première tient à l'évitement des risques et des coûts, parfois significatifs, qu'elle représente pour les entreprises, et du désavantage présenté par ces coûts pour les économies nationales qui veulent attirer des investisseurs. Par ailleurs, la lutte contre la corruption repose sur l'idée qu'elle est nécessaire au développement économique et social des pays du Sud.

20. Voir *infra*, chapitre 4.

21. Voir *supra*, chapitre 1.



C'est ainsi que l'envisageait Peter Eigen qui travaillait à la Banque mondiale lorsqu'il a créé l'organisation Transparency international. Troisièmement, la lutte contre la corruption a une fonction politique. L'écosystème des organisations internationales et des organisations non-gouvernementales produit alors une rationalité qui rejoint celle de l'économie néo-institutionnelle, c'est-à-dire l'attention à l'économie politique plutôt qu'au seul *homo economicus* et à une croissance économique à long terme. La corruption, comme la rente, le clanisme ou le protectionnisme, est alors conçue comme une infraction commise à l'encontre du marché.

La lutte contre la corruption et plus largement les exigences imposées aux entreprises traduisent le retour des États dans la correction des vices constitutifs qui l'affectent, dans les pays émergents mais également dans les démocraties occidentales. La responsabilité sociale et environnementale accompagne ainsi la négociation des traités et accords pour donner à la mondialisation un sens éthique. Elle produit alors une légitimité nouvelle, de manière performative, en agissant sur la distribution et la production du droit.

Il s'agit également d'une production de savoir par les organisations privées, entreprises comme organisations non-gouvernementales, qui constitue le mode d'être de la mondialisation contemporaine. En ce sens, la lutte contre la corruption prend le sens d'un traitement apposé à la maladie originaire et intemporelle des sociétés politiques, identifiée autant par Aristote que Robespierre et Montesquieu. Elle vise un idéal de transparence et d'intégrité.

L'influence exercée par les organisations non-gouvernementales est d'une grande importance autant pour l'élaboration de ces règles que pour la réaction du marché lui-même. Les

entreprises sont particulièrement sensibles aux influences exercées sur leur clientèle, leur actionnariat et les autorités régulatrices. La responsabilité sociale et environnementale est un champ de l'action publique qui vise à apporter des garanties par la contrainte autant que l'incitation. Les outils contractuels du droit privé sont en particulier mobilisés pour introduire des normes sociales et environnementales.

Dans le contexte de la régulation croissante par les autorités nationales et du développement de la *soft law*, les entreprises sont soumises à une exigence de conformité qui s'apparente à un champ de la régulation en soi et répond à une logique propre. Le droit américain, la Convention OCDE de 1997 et le Bribery Act accordent ainsi une grande importance à la prévention. L'idée est de pousser les entreprises à adopter elles-mêmes des règles et procédures en matière de lutte contre la corruption, en association avec les modes alternatifs de règlements des différends qui existent au Royaume-Uni et aux États-Unis, comme en Allemagne.

La conformité est alors un espace d'échanges plus qu'une autorité verticale venant sanctionner un comportement incriminé. Les entreprises peuvent par exemple se voir signaler des activités auxquelles elles participent plus ou moins directement grâce aux organisations non-gouvernementales, puisque les chaînes de responsabilité des multinationales sont complexes. À la suite des cas qui remontent à elles, comme lors des procédures transactionnelles à l'américaine, les entreprises peuvent être amenées à améliorer leurs procédures d'enquête interne et de mise en conformité et à élaborer des guides de bonnes pratiques à l'usage de leurs employés et fournisseurs, ou à s'entendre sur des principes communs au sein d'un secteur, à l'instar de l'initiative pour la transparence des industries extractives.

Depuis les années 2010, organisations non-gouvernementales et cabinets de conseil proposent des audits et des certifications afin de relayer ces efforts volontaires. En outre, il est de plus en plus fréquent que les entreprises, lorsqu'elles sont exposées à des risques sociaux et de corruption particulièrement importants à l'étranger, se dotent de filiales spécialisées dans la détection des risques lorsqu'il s'agit de choisir partenaires et contrats. Ces acteurs internes ou externes aux entreprises permettent d'enrichir le savoir des collaborateurs amenés à travailler dans les différents contextes où celles-ci interviennent, en élaborant des indicateurs par pays, par activité, par type de client, etc.



[La responsabilité sociale et environnementale des entreprises] produit alors une légitimité nouvelle, de manière performative, en agissant sur la distribution et la production du droit. Il s'agit également d'une production de savoir par les organisations privées, entreprises comme organisations non-gouvernementales, qui constitue le mode d'être de la mondialisation contemporaine.

Le droit souple international consiste également en l'élaboration d'indicateurs dont les entreprises peuvent se saisir, proposés par les organisations interétatiques comme les standards du Global Reporting Initiative (GRI) ou l'index Global Compact des Nations Unies, ou par la société civile comme ceux de la Fondation GoodPlanet. Outre les cellules de veille et de crise qui relèvent du domaine de la communication et de la gestion, le *risk assessment* pratiqué en interne se rapproche d'une obligation de moyen intériorisée par les entreprises. La conformité relève alors des pratiques d'autorégulation qui participent à la production du droit de la mondialisation par le marché lui-même. Les autorités nationales et internationales sont alors dotées d'un rôle d'initiative, d'accompagnement ou de contrôle.

2.2. La régulation des activités des multinationales en France, quel modèle ?

Un constat dominant dans les années 2010 est le caractère incomplet du droit français, associé à une incompréhension par les acteurs français du droit applicable à l'étranger. Les pots-de-vin ont longtemps été une pratique admise en France, donnant droit à déduction fiscale, tandis que la moralité était plutôt associée à l'exercice des fonctions régaliennes. Ces pratiques changent avec la mondialisation qui s'accompagne d'un essor du marché mais également d'une circulation accrue des systèmes de droit.

Traverser les cultures juridiques

Les entreprises françaises font alors état des difficultés qu'elles ont à s'acculturer aux pratiques très différentes des pays dans lesquels elles sont amenées à faire face à des poursuites, en particulier les transactions pratiquées par les autorités étatsuniennes²². L'encadrement français par le droit pénal des affaires est aussi strict, et donc prévisible, qu'il repose sur l'incertitude dans l'opportunité des poursuites selon les ressorts.

De la même manière, par exemple, la Norvège est souvent présentée comme une exception, avec un seuil de la preuve élevé qui mène à peu de poursuites. En outre, les moyens nationaux en termes de transparence sont jugés insuffisants par la société civile, alors que l'enjeu de la transparence des acteurs publics devient

central à partir de 2012, après l'affaire Cahuzac, notamment, qui voit un ministre du Budget pris au fait de dissimulation et de fraude fiscale.

La lutte contre la corruption correspond à un paradigme nouveau pour la culture juridique et politique française en répondant à l'éthique plutôt qu'à la morale ou à la tradition civique, à la responsabilité plutôt qu'à l'autorité ou à l'intervention de l'État. Certaines pratiques ordinaires dans un modèle de forte puissance publique peuvent en effet être conçues comme de la corruption dans un modèle concurrentiel, à l'instar du rôle du pouvoir politique dans l'obtention de marchés pour les entreprises publiques. Or, le paradoxe est que la place donnée à la lutte contre la corruption peut servir une extraterritorialité favorable aux entreprises nationales, comme l'indique la pratique étatsunienne. C'est un changement plus large



La lutte contre la corruption correspond à un paradigme nouveau pour la culture juridique et politique française, en répondant à l'éthique plutôt qu'à la morale ou à la tradition civique ; à la responsabilité plutôt qu'à l'autorité ou à l'intervention de l'État.

des liens entre capitalisme et libéralisme. La lutte contre la corruption s'envisage dans un paradigme de gouvernance où la confiance joue un rôle central pour réguler les rapports entre acteurs.

Le groupe de travail sur la justice économique du programme ConventionS estime en 2016 que les enjeux posés plus largement par l'encadrement judiciaire de l'activité des entreprises appellent cinq axes de réflexion : adapter le temps du procès, grâce aux modes alternatifs de règlement des litiges, en limitant le recours à l'appel et en systématisant la traduction des documents en anglais vers le français, revitaliser l'audience, instaurer une culture partagée, en travaillant sur les parcours, la formation économique et financière, la maîtrise de la langue par les magistrats et l'intégration d'économistes dans les équipes, tracer des liens entre les juridictions qui connaissent des affaires économiques, et enfin, promouvoir des outils juridiques et judiciaires adaptés au contexte global, mettre en valeur les décisions, renforcer la coopération avec les institutions publiques en charge de questions semblables.

²². Voir *supra*, chapitre 1.



Une pression publique particulière s'exerce en 2014 et 2015 en ce sens, alors que des sanctions étatsuniennes ont visé BNP Paribas, Total et Alstom. Il s'agit autant de renforcer le droit pénal national que la crédibilité et la compétitivité des entreprises françaises à l'étranger, vis-à-vis notamment des concurrentes britanniques et étatsuniennes mais également des réglementations mises en place dans les pays émergents, alors que la loi dite Sapin I du 29 janvier 1993 visait uniquement la prévention de la corruption sur le territoire national. Le constat était qu'un délit tel que celui de corruption d'agent public étranger, créé en 2000, n'avait donné lieu à aucune sanction.

L'adaptation du droit français à partir de 2016

La création du parquet national financier en 2014 puis la loi dite Sapin II du 9 décembre 2016 viennent répondre à ces interrogations. Du point de vue du droit souple, la loi Sapin II impose la mise en place d'un programme interne de lutte anticorruption comprenant un code de conduite, une cartographie des risques et des dispositifs de contrôle interne, un programme de formation des salariés et un dispositif d'alerte.

Surtout, le droit français souffrait d'un manque d'efficacité plutôt que d'un encadrement incomplet. Le choix a alors été fait de suivre l'exemple étranger avec pragmatisme. En particulier, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) vise à donner aux parquets un instrument de même nature que celui que les entreprises peuvent rencontrer à l'étranger. Le dispositif permet au procureur de la République de proposer à une personne morale mise en cause pour les délits de corruption, de trafic d'influence ou encore de blanchiment de fraude fiscale, si elle accepte de reconnaître les faits, une convention pouvant aboutir au versement d'une amende, à la mise en place d'un programme de conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) nouvellement créée, et à l'indemnisation de la victime. Le juge doit homologuer une telle convention. Il s'agit en outre d'une mesure publique, dans le sens où l'agence publie des communiqués de presse relativement aux conventions conclues.

L'AFA, dirigée par un magistrat et placée sous la tutelle des ministères de la Justice et du Budget, dispose également de pouvoirs d'enquête propres. Plus largement, la loi Sapin II vise les personnes publiques en imposant des obligations aux élus et hauts fonctionnaires.

La première convention judiciaire d'intérêt public est conclue en 2017 entre le parquet national financier et la banque HSBC dans un cas particulier où une instruction était en cours pour blanchiment de fraude fiscale. La CJIP impliquait donc de reconnaître une qualification pénale, qui plus est hors du champ originel de la loi Sapin II. En revanche, la préférence donnée aux longues enquêtes préliminaires par le parquet national financier facilite la conclusion de telles conventions. Le ministère public recherche également la coopération des entreprises, alors même que l'existence d'un programme de conformité n'a pas été reconnue comme circonstance atténuante par la loi Sapin II.

L'essor de ces programmes du fait de leur importance cruciale dans les procédures étatsuniennes ou, dans une moindre mesure, britanniques appelle pourtant à considérer leur rôle en droit français. Une difficulté pour les entreprises françaises et leur conseil tient au partage des données vis-à-vis notamment du secret bancaire et des lois de blocage française et européennes.

Enfin, l'essor des mécanismes transactionnels interroge les méthodes de la justice française vis-à-vis de la mondialisation. Les entreprises nationales sont alors soumises à deux temporalités et deux logiques différentes. Le cadre national n'encourage pas la coopération – notamment l'auto-dénonciation – qui est pourtant centrale dans le système anglo-américain et permet au dirigeant de ne pas être complice de l'infraction qui lui est révélée par l'enquête interne.

À l'inverse, du point de vue des autorités publiques et de la justice, la principale difficulté vise à convaincre les entreprises de coopérer de cette manière, alors que la sanction pénale en matière de corruption est plus faible que celle que l'on peut craindre, par exemple, aux États-Unis, où la transaction apparaît alors comme une réelle opportunité d'éviter un procès potentiellement coûteux.

Si l'acculturation au dispositif en France reste à prouver, des acteurs de la lutte contre la corruption comme Transparency International le soutiennent, tout en regrettant la faiblesse des moyens attribués à l'Agence française anticorruption et au parquet national financier, quand d'autres acteurs regrettent eux la dévalorisation du paradigme français de la justice pénale.

Les différents observateurs s'inquiètent également de ce que la tendance au protectionnisme, qui fait suite à la pandémie de Covid-19, amène les autorités publiques à réduire les procédures vis-à-vis des entreprises nationales.

L'élaboration d'une culture judiciaire et des affaires de la coopération est la piste envisagée par les acteurs pour réduire les incompréhensions culturelles auxquelles sont exposées les entreprises françaises dans la mondialisation.

La création du parquet européen en 2014 a visé à uniformiser les pratiques des vingt-deux États membres signataires du dispositif en matière de fraude, de TVA européenne et de droits de douane. Le projet date de 1997 et avait été envisagé par un comité d'expert, puis par le Conseil européen de Tampere en 1999, comme l'élément d'une intégration judiciaire européenne, idée dont par ailleurs est issu le mandat d'arrêt européen. L'idée du comité d'experts était qu'un procureur européen devait pouvoir engager des poursuites sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le projet adopté ne remet toutefois pas en cause les procédures nationales, par exemple le principe d'opportunité des poursuites en vigueur en France, même si une certaine harmonisation de la procédure pénale a eu lieu en 2010, selon une logique de coopération judiciaire. Le parquet européen s'appuie alors sur un procureur présent dans chaque État pour assister les parquets nationaux, ainsi que sur une prérogative d'action publique totalement indépendante au niveau de la justice européenne.

La responsabilité sociale et environnementale des entreprises est également renforcée en France avec la loi de 2017 relative au devoir de vigilance. Alors que l'audit social interne comme externe est jugé insuffisant par de nombreux observateurs, il s'agit d'un durcissement qui va au-delà du droit souple et marque un retour partiel de la régulation étatique contraignante. Celle-ci bénéficie d'une adaptation puisque le choix a été fait d'instaurer l'inter-normativité et la densification du droit souple au lieu de renforcer le droit pénal de l'environnement. La loi oblige ainsi les sociétés mères à mettre en œuvre un dispositif de suivi et d'évaluation des atteintes aux droits par leurs sous-traitants ou leurs fournisseurs étrangers. Il s'agit alors d'une forme d'extra-territorialité dont le point de départ est limité à la domiciliation de l'entreprise en France. La conformité est accompagnée d'un mécanisme de responsabilité qui peut mener à des poursuites, traduisant une judiciarisation et un durcissement du droit souple. L'obligation ainsi constituée repose sur la diligence raisonnable, c'est-à-dire l'engagement à produire une normativité d'ordre social et environnemental. La loi n'en dicte pas le contenu mais accompagne le processus d'un mécanisme de responsabilité attentif aux dommages, bien maîtrisé par le contentieux, ce qui

n'implique pas en soi d'envisager le caractère contraignant propre à des dispositions légales, réglementaires ou internationales.

Comme l'énonce Pauline Abadie pour le programme ConventionS en 2021, « le passage d'une obligation de dire (loi NRE et Grenelle pour l'essentiel) à une obligation de faire c'est à dire de prévenir les (risques de) dommages à l'environnement et aux droits humains (loi vigilance et Pacte). Depuis une quinzaine d'années, l'obligation de diligence raisonnable du droit des affaires s'est enrichie d'une autre dimension qui tend aujourd'hui à s'autonomiser. En effet, à mesure que s'est posée la question de l'élargissement du cercle des créanciers des obligations fiduciaires dues par les dirigeants au-delà des seuls actionnaires pour englober, outre l'entreprise en tant qu'entité distincte, des parties prenantes de plus en plus extérieures, il ne s'est plus uniquement agi d'œuvrer à prémunir l'entreprise contre les risques qui lui causeraient tort à elle, mais d'œuvrer à prémunir les autres, c'est-à-dire ces parties prenantes externes, contre les impacts négatifs que l'activité de l'entreprise pourrait leur causer. De là, s'est développée une conception de l'exigence de prudence tournée vers la prévention des dommages aux tiers et reposant sur le même type d'audits préalables et de contrôles internes qu'en matière de *due diligence* "classique" ; ceux-ci s'étant entre-temps raffinés et structurés pour devenir un domaine d'expertise à part entière, une direction essentielle dans l'organisation générale de l'entreprise, voire un droit autonome : la compliance²³. »

À partir du constat de l'insuffisance des dispositifs internationaux et de l'autorégulation, la société civile à l'origine de la loi sur le devoir de vigilance a trouvé un relais dans la régulation nationale, mais aussi le contentieux. La même société civile peut en effet élaborer une stratégie contentieuse afin de donner des suites



À partir du constat de l'insuffisance des dispositifs internationaux et de l'autorégulation, la société civile à l'origine de la loi sur le devoir de vigilance a trouvé un relais dans la régulation nationale, mais aussi le contentieux.

23. Pauline Abadie, contribution au programme ConventionS, juin 2021.

efficaces et visibles à ses plaidoyers. Les attentes des organisations non-gouvernementales ont néanmoins été déçues du fait que les litiges sont confiés aux juridictions commerciales et que la présomption de responsabilité, sur le modèle exigeant du droit du travail, n'a pas été adoptée. La question d'un renforcement de l'audit social reste ouverte, au-delà des seuls acteurs privés que sont les cabinets. À cet égard, une difficulté demeure puisque le contrôle étatique varie selon les lieux et exigerait une extraterritorialité d'exécution difficile à mettre en œuvre hors du territoire de l'État émetteur.

2.3. Les conflits normatifs et éthiques rencontrés par les multinationales

Sur la lutte contre la corruption et la responsabilité sociale et environnementale, le programme ConventionS apporte le double regard des chercheurs et des entreprises. Dans l'espace qui se dessine actuellement, les entreprises multinationales participent d'une production normative qui est un dispositif de savoir autant qu'un dispositif de pouvoir. La notion même de régulation renvoie à une pluralité d'acteurs et à un processus plutôt qu'à un rapport contraignant à une règle. La mondialisation est en effet marquée par une diversité des modes, sources et usages de la régulation qui est difficile à appréhender par les acteurs eux-mêmes. En particulier, le droit fait l'objet d'enjeux stratégiques qu'une entreprise doit prendre en compte, voire maîtriser.

Les entreprises françaises expriment alors une difficulté à s'acculturer à des rapports à la norme qui ne sont pas ceux auxquels un salarié français est habitué. Selon le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, la « mondialisation s'appuie sur des acteurs qui sont traditionnellement faibles en France : les corps intermédiaires, la société civile, le secteur privé, voire la fonction juridique et les professions juridiques dans notre société, le nombre des membres de ces professions étant peu élevé, comparé à celui de nos voisins²⁴ ». À l'inverse, selon le vice-président du Conseil d'État, les deux atouts de la culture juridique française sont l'importance de son école de droit public et une expertise dans le domaine de l'arbitrage²⁵.

24. Discours de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, président de l'IHEJ, à l'occasion du colloque de lancement du programme ConventionS le 2 février 2010, *op. cit.*
25. *Ibid.* Voir *infra*, chapitre 4.

Du point de vue de l'entreprise : le rôle du directeur juridique

Le point nodal des divergences culturelles entre les pratiques des affaires en France et dans l'espace angloaméricain réside dans la position du directeur juridique de l'entreprise. Historiquement cantonné à un rôle d'ingénierie juridique en France, il est pourtant, dans le contexte du droit américain, un facilitateur d'affaires et un partenaire. Le directeur juridique d'une multinationale participe ainsi à la régulation de la mondialisation en se situant au contact de la conformité, du contentieux et des relations avec les autorités nationales. Il est juriste, stratège et manager.

Dès lors, l'émergence du pouvoir normatif des entreprises du fait des procédures transactionnelles d'un côté et des mécanismes d'autorégulation d'un autre expose le directeur juridique à une ambivalence. Loyal envers son organisation, il doit également coopérer avec les autorités. Attentif au respect des normes, il gère les crises et prend part aux négociations par le jeu des clauses, il participe d'une prévention des risques et de la bonne santé de la gouvernance par un contrôle interne efficace.



Le point nodal des divergences culturelles entre les pratiques des affaires en France et dans l'espace angloaméricain réside dans la position du directeur juridique de l'entreprise.

Le directeur juridique se situe alors entre le directeur financier, le partenaire et l'avocat, avec néanmoins la fonction propre que lui confère le rôle de l'entreprise dans la mondialisation : le directeur juridique accorde les intérêts de l'entreprise au droit et aux demandes de la société civile. En outre, la fonction stratégique du droit²⁶ impose de le considérer comme un *problem solver* et de le former aux savoirs associés. Le directeur juridique qui ne dispose pas de ce savoir expose son entreprise aux risques des sanctions pratiques aux États-Unis, et prive son entreprise de l'innovation juridique qui constitue le succès, par exemple, de plateformes comme Uber ou Airbnb. Le droit français ne reconnaît pourtant pas de statut d'avocat en entreprise, similaire au

26. Voir *supra*, chapitre 1.

General counsel aux États-Unis. Ce statut apporterait au directeur juridique les garanties qui vont avec l'extension de ses fonctions jusqu'à certaines autrefois considérées comme régaliennes ou stratégiques. Ces garanties pourraient consister en un régime de secret professionnel ou un encadrement de la présomption d'innocence et de l'auto-dénonciation.

L'autorégulation privée est arrivée à maturité au moment où un certain retour de l'État avait lieu dans la mondialisation économique. Le rôle du département de la Justice des États-Unis interroge ainsi le paradigme d'une création normative privée, puisque l'État ne s'en tient pas seulement à une fonction régulatoire, mais pratique une certaine offensive par l'intermédiaire des agences. Il s'agit toujours néanmoins d'inciter les entreprises à élaborer des mécanismes de conformité et des enquêtes internes, soit leur propre régulation. Les organisations non-gouvernementales et les cabinets d'experts et d'avocats, qui sont appelés pour mener les enquêtes ou qui proposent des certifications, forment alors un écosystème de la gouvernance dans la mondialisation. C'est un marché propre qui s'est constitué, animé par les acteurs privés, encadré par les agences étatiques et une intervention judiciaire ponctuelle. La lutte contre la corruption interroge alors la frontière entre le formel et l'informel.

La responsabilité sociale et environnementale (RSE) forme elle-même un ensemble hétérogène de pratiques, discours et propositions normatives ou philosophiques qui interroge sur son efficacité réelle. D'un engagement éthique ou moral, la responsabilité sociale et environnementale devient alors un mode de gouvernance qui peut être accusé de fonctionner à vide et de viser avant tout des objectifs de visibilité, de réputation et de rentabilité économique.

Du côté de l'intérêt général : les limites de la conformité

À cet égard, la culture juridique française peut être jugée encore rétive à prendre la responsabilité sociale et environnementale au sérieux tandis que les entreprises nationales en resteraient souvent à sa dimension rhétorique. L'image de la normativité en réseau face à la verticalité de la régulation nationale s'accompagne d'interrogations sur la nature des obligations. À l'inverse, les acteurs publics et privés français sont habitués à une confrontation et un droit dur qui, pour être exigeant, ne permet pas l'élaboration commune des standards qui fonde l'autorégulation et la conformité. Ce sont d'ailleurs les insuffisances



Les acteurs publics et privés français sont habitués à une confrontation et un droit dur qui, pour être exigeant, ne permet pas l'élaboration commune des standards qui fonde l'autorégulation et la conformité.

des pratiques françaises ciblées dans les affaires qui ont mené à des sanctions record aux États-Unis. Les services de conformité des entreprises françaises ont en effet été pris en défaut et l'importance de la coopération pleine et entière attendue dans le modèle américain avait été mal intégrée.

L'idée centrale de la responsabilité sociale et environnementale est celle d'une prudence des entreprises dans l'élaboration de leurs relations contractuelles, traduite par le concept de *due diligence*. Les différents dispositifs, à l'instar de la loi sur le devoir de vigilance, ouvrent alors à des réflexions et développements pratiques relatifs aux notions de dommage et de préjudice, même s'il s'agit ici non seulement de protéger la société des entreprises mais également les entreprises d'elles-mêmes.

Les normes et codes de conduite sont parfois accusés, de manière interne aux organisations, de participer d'une complexification qui entrave l'activité économique ou commerciale, avec des variations selon que les entreprises sont déjà acculturées à ces pratiques ou non, en particulier si elles agissent dans l'espace anglo-américain.

Ces pratiques représentent une charge importante en termes de moyens financiers et humains pour les organisations. Les dispositifs de la conformité peuvent enfin être accusés de réduire l'obligation à un noyau réduit de valeurs fondamentales légitimant des pratiques plus vastes et mal contrôlées, et en confiant au marché l'élaboration de ces valeurs.

Selon Guillaume Delalieux, « [en] circonscrivant à l'intérieur d'un petit périmètre réduit excluant de fait ces valeurs fondamentales, non soumises au débat démocratique mais à un dialogue entre parties prenantes "choisies", le cadrage imposé par la RSE renforce le mouvement de dé-démocratisation²⁷ ».

Ces pratiques reviennent à canaliser le dialogue entre les entreprises, la société civile et les autorités publiques, au risque d'abaisser soit

27. Guillaume Delalieux, contribution au programme ConventionS, juin 2021.



les standards normatifs visés, par exemple avec un droit international (le système onusien ou les accords commerciaux), soit le niveau du contrôle exercé dans le cadre, par exemple, d'une régulation nationale. Les réflexions s'orientent alors vers l'articulation d'exigences nationales et conventionnelles basses, déterminées notamment par la pression exercée par la société civile, à partir desquelles l'activité normative des acteurs privés peut s'exprimer.

Avec tous les avantages qu'elle propose, la densification normative de la conformité implique également une fragmentation et une complexification de la régulation. Celle-ci est le produit de la mondialisation elle-même, avec la fin des empires coloniaux au milieu du xx^e siècle, transformant ce qui relevait jusqu'alors des échanges gouvernés par la puissance publique.

Les États pratiquent aujourd'hui de plus en plus la coopération, tandis que le marché et la société civiles organisent une part croissante des échanges, avec les risques de corruption et de déresponsabilisation associés. La lutte contre les mauvaises pratiques est parfois critiquée par les organisations non-gouvernementales et les experts pour le tableau de chasse de sanctions phénoménales plutôt que des effets structurels probants.

Un enjeu particulier à l'égard du rôle de l'État est celui de la taxation. Dans le modèle étatsunien, les transactions peuvent autant porter sur la fraude fiscale que sur les embargos ou les règles de la concurrence. Or, sur le sujet de la fiscalité comme celui du recouvrement des avoirs en lien avec la corruption, les techniques d'évasion et l'opacité des circuits financiers, en particulier dans les paradis fiscaux, deviennent un sujet public à partir des années 2000 et officiel avec le G20 de 2009. À côté de ces circuits, les banques sont associées à la prévention des risques sans pouvoir remplacer la puissance publique, tandis que l'échange d'informations entre les États est la voie privilégiée jusqu'ici.

Les discussions sur une taxation minimale des multinationales aboutissent à de premiers accords en 2019. Plus spécifiquement, une taxation des transactions financières est notamment envisagée dans le cadre du financement innovant du développement. Il s'agit alors de dépasser la fragmentation et l'opacité des aides au développement versées par les États pour créer, à l'échelle de la mondialisation, un fonds fiduciaire servant au développement socio-économique. Cela permettrait en retour d'engager un dialogue relatif à la réalisation des valeurs portées par les Nations Unies.

Conclusion

Deux conclusions peuvent être tirées des travaux du programme ConventionS dans les groupes de travail relatifs à la lutte contre la corruption à la justice économique et aux directeurs juridiques.

Premièrement, la formation et la rencontre des différents acteurs ainsi qu'une recherche sur les formes de la régulation favorisent une meilleure connaissance des pratiques. Un souci particulier doit être porté à l'acculturation des entreprises, des acteurs publics et de la société civile aux enjeux du droit mondialisé. La crise du multilatéralisme ne trouve pas seulement une issue étatique dans l'émergence, par exemple, de récits nationaux alternatifs à celui de la mondialisation²⁸ ; il s'agit aussi d'un déplacement de la source du droit. La spécificité de la conformité comme mode de régulation est qu'elle confie un nouveau rôle à des acteurs comme les directeurs juridiques d'entreprise et les organisations non-gouvernementales. Il s'agit alors de repenser leur rôle dans l'écosystème du droit et les apports réciproques de l'économie et de la société civile dans la régulation. Le programme appelait alors à la création d'un statut d'avocat d'entreprise.

Deuxièmement, de telles réflexions permettent autant d'équiper les entreprises et les diplomates que de perfectionner les outils nationaux. La mondialisation n'a pas réduit la demande de droit au profit d'un droit souple mais inaugure au contraire une hybridation qui doit être pensée spécifiquement. Le programme a accompagné les évolutions normatives françaises sur une voie intermédiaire entre d'un côté l'autorégulation du secteur privé et d'un autre le rôle de l'État et du juge, propre à l'approche nationale, aussi bien dans la résolution des litiges que dans le dosage de contrainte associé à la responsabilité sociale et environnementale.

Le programme ConventionS a accompagné la conception de la loi Sapin II et sa version française des « deals de justice », les conventions judiciaires d'intérêt public, ainsi que l'intégration par le législateur des exigences du droit souple, telle qu'elle a été poursuivie par la loi de 2017 relative au devoir de vigilance. En somme, la conformité doit faire l'objet d'une repolitisation afin de produire des effets sur la mondialisation. Il apparaît en particulier que la binarité entre droit fort et droit souple est dépassée, de même que la recherche de la convention parfaite et immuable : une approche plus réactive du droit doit être trouvée.

28. Voir *supra*, chapitre 1.

3

Un mode de régulation de la mondialisation : l'arbitrage d'investissement



l'arbitrage comme mode de règlement des différends entre États et investisseurs (RDIE ou ISDS en anglais) a connu un essor à partir des années 1990 et particulièrement ensuite durant les années 2000. Souvent mis en place par les États eux-mêmes, il s'organise autour d'un système atomisé de tribunaux *ad hoc* et d'organes permanents dont le recours est optionnel.

Un groupe de travail réunissant diplomates, investisseurs, conseils et arbitres est constitué à partir de 2010 au sein du programme ConventionS pour dresser un bilan. Il s'agit de comprendre et d'interroger les pratiques d'une activité en crise, marquée par la fragmentation et l'opacité.

Si le groupe de travail s'accorde à juger utile le mode alternatif de règlement des différends que constitue l'arbitrage, les travaux discutent son adaptation à l'économie et aux pratiques du XXI^e siècle. En particulier, l'arbitrage n'est plus seulement l'apanage de rapports entre États et investisseurs : il fait l'objet de négociations entre États. Est-il pour autant adapté aux accords de libre-échange entre les pays du Nord ? Les principales organisations ont-elles répondu aux demandes exprimées par la société civile ainsi que les États et les investisseurs eux-mêmes ?

Le groupe s'est intéressé aux dynamiques propres à l'arbitrage d'investissement avant d'en interroger les réformes en cours à partir de 2013, notamment dans le cadre de la discussion des accords bilatéraux avec les États-Unis et le Canada par l'Union européenne. Les propositions de juridictionnalisation ont en particulier attiré l'attention du groupe de travail entre 2016 et 2019.

3.1. Les enjeux stratégiques de l'arbitrage d'investissement

Les enjeux relatifs à l'arbitrage d'investissement tiennent à son utilité et à sa légitimité. L'arbitrage permet une sécurité pour les investisseurs vis-à-vis des États autant qu'une garantie de compétitivité pour ceux-ci vis-à-vis des investisseurs potentiels.

Après une première phase de résolution des litiges entre firmes transnationales, l'arbitrage répond après la Seconde Guerre mondiale à un clivage entre le Nord, d'où proviennent historiquement les investisseurs, et des États destinataires au Sud. Il s'agit de protéger les premiers de procédures judiciaires jugées inadaptées ou insatisfaisantes dans les seconds, ou de leur action propre, avec une faveur originellement donnée aux investisseurs. La pratique reçoit alors un encadrement à la mesure de son rôle dans les relations internationales.

La Convention de New York (1958) a créé la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Dans le système de la Banque mondiale, la Convention de Washington (1965) relative aux traités bilatéraux d'investissement a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ces deux systèmes permettent la reconnaissance des sentences et leur exécution dans plus de 140 pays et visent à dépolitiser les enjeux liés à l'investissement en établissant une distance avec l'État d'accueil.

Dans l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'arbitrage mis en place en 1994 a permis de sécuriser la position des investisseurs que le Mexique souhaitait faire venir tandis qu'il permettait au Canada de contourner un système judiciaire national contraignant.

Or, les clauses d'arbitrage sont de plus en plus remises en cause par les États. Des juridictions nationales peuvent parfois en annuler les clauses. La contestation des sentences elles-mêmes ou de leur exécution illustre la politisation qui pèse toujours sur la position de l'investisseur.



Le droit international accorde une place importante à la souveraineté des États, mais chaque accord de protection des investissements ou de libre-échange prévoit ses propres conditions dont le coût peut être important.

Le système CIRDI propose une exécution centralisée bien qu'elle ne puisse être forcée, tandis que le système CNUDCI repose largement sur les États. L'État reste en effet maître de l'opportunité de la mise en place d'une procédure d'arbitrage, sauf dans le cas où un traité bilatéral d'investissement l'y contraint. La règle demeure néanmoins l'immunité d'exécution pour la puissance publique, tandis que les assurances permises par le Club de Paris ou le Club de Londres semblent à bout de souffle du fait du rôle des États et des multinationales. Du point de vue de l'investisseur, l'arbitrage est alors regardé avec suspicion et n'offre pas toujours les garanties suffisantes face à un État hostile ou malveillant, qu'il soit directement contractant ou non.

Du point de vue de l'État en revanche, il s'agit de garder une marge de manœuvre lorsque les investisseurs étrangers sont touchés par des mesures d'intérêt général relatives à la santé publique, à la protection des travailleurs ou de l'environnement ou encore à la sécurité. Des sentences célèbres ont été rendues en faveur de Philip Morris en Australie, Lone Pine au Québec, Vattenfall en Allemagne ou Veolia en Égypte : les États ont été condamnés à verser des dommages-intérêts du fait de l'anonymisation des paquets de cigarettes, d'un moratoire sur le gaz de schiste, de la sortie du nucléaire ou de la fixation d'un salaire minimal. Même si ces sentences ne visent pas les politiques publiques elles-mêmes, elles représentent des coûts importants pour la puissance publique.

Le droit international accorde une place importante à la souveraineté des États, mais chaque accord de protection des investissements ou de libre-échange prévoit ses propres conditions dont le coût peut être important et les effets vis-à-vis du règlement des différends pas toujours bien compris par les États qui les ont conclus, notamment dans les premières décennies où l'arbitrage était mis en place après la Seconde Guerre mondiale.

Certains investisseurs lancent par ailleurs des procédures abusives en entrant dans le champ

de traités bilatéraux par le biais de leurs filiales voire en organisant des fraudes, ou multiplient les procédures. Le Brésil n'a jamais signé de tel accord tandis que la Turquie a cherché à sortir du système CIRDI. Ces accords sont plus largement conclus par des pays du Nord exportateurs de capitaux et d'une manière plus marginale entre pays du Sud ou entre pays du Nord.

Les critiques adressées aux sentences arbitrales visent souvent les traités d'investissement eux-mêmes, qu'il s'agisse de la rédaction de leurs clauses ou de l'accord entier. Beaucoup de traités anciens n'ont pas été bien conçus vis-à-vis des possibilités de litiges tandis qu'à l'inverse les traités plus récents ou révisés comportent des dispositions plus précises quant au contenu des protections accordées aux investisseurs ou au pouvoir normatif des États au sein de clauses d'exception, par exemple en incluant des dispositions spécifiques en matière de responsabilité sociale et environnementale. Les premiers traités s'en tenaient ainsi à évoquer l'intérêt général, laissant à la jurisprudence arbitrale la définition de la notion.

La question de l'utilité est d'autant plus vive que les États concluent de plus en plus d'accords de libre-échange et que la déséquilibre entre Nord et Sud s'est résorbé. De fait, l'arbitrage répond à des enjeux différents lorsque l'investisseur intervient dans un pays dont le système judiciaire de droit commun lui inspire confiance, tandis que l'amélioration de ce dernier peut être privilégiée à l'ouverture d'une voie arbitrale.

Néanmoins, dans de nombreuses situations, et notamment lorsque l'une des parties se trouve dans un pays hors de l'Union européenne comme la Russie ou le Kazakhstan, l'application de la décision d'un arbitre international se fera plus facilement que celle d'un juge européen.

En outre, l'investissement ne vient plus seulement du Nord vers le Sud mais emprunte souvent la voie inverse : les pays historiquement exportateurs de capitaux se retrouvent ainsi mis en cause par des sentences arbitrales impliquant des investisseurs du Sud.

En revanche, l'arbitrage offre aux pays développés et qui disposent de juridictions indépendantes une résolution des litiges d'apparence neutre car non-nationale et une efficacité technique pour les affaires complexes, permettant alors de pallier la différence des cultures juridiques concernées. L'étude des différentes sentences rendues dans les années 2010 montre ainsi des résultats équilibrés vis-à-vis des investisseurs et des États.

La question de l'inclusion de mécanismes d'arbitrage se pose à l'occasion des discussions des accords de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis et le Canada (Transatlantic Trade and Investment Partnership ou TTIP) et le Canada (Comprehensive Economic and Trade Agreement ou CETA). Le CETA augure une nouvelle génération d'accords en ce qu'il corrige un déséquilibre historique en faveur des investisseurs étrangers, avec notamment des garanties procédurales, une protection contre les plaintes parallèles ou abusives, et des phases de consultation en amont des litiges.

Les notions d'expropriation indirecte et de traitement juste et équitable sont suffisamment précises pour renforcer la prévisibilité des sentences. L'arbitrage répond également à un enjeu de confiance. Alors même que les pays concernés par le CETA et le TTIP sont des pays du Nord, il existe des doutes et des incompréhensions sur les systèmes judiciaires impliqués, ainsi que de grandes disparités de règles de procédure et de cultures juridiques, en Europe et dans le fédéralisme américain, qui favorisent la mise en place d'un mode de règlement des différends *ad hoc*.

3.2. Les mutations du rôle de l'arbitre

La régulation de la mondialisation est marquée d'un côté par la multiplication des instances et acteurs, et d'un autre côté par le rôle secondaire qu'y jouent les juges et tribunaux. Soit l'absence d'un tiers symbolique dans la résolution des litiges comme il en existe pourtant dans la quasi-totalité des systèmes juridique modernes.

L'un des enjeux de l'extraterritorialité est précisément le rôle des autorités publiques dans des poursuites parajudiciaires, même si le juge y occupe une place croissante aux États-Unis²⁹ et, pour la conformité et la RSE, en France³⁰. La place accordée à la régulation et à l'auto-régulation, y compris par l'intervention des acteurs publics, interroge également sur la règle à faire respecter.

L'arbitrage fonctionne alors comme une justice privée, participant d'une autonomie de la mondialisation vis-à-vis des États et de leur système judiciaire. En particulier, le caractère vague des premiers traités d'investissement a donné lieu à des jurisprudences élaborées. Or, en

matière d'investissements, de nombreuses sentences touchent à des questions d'intérêt général et suscitent parfois l'incompréhension dans la sphère publique. La contestation à l'égard du TTIP se concentre sur un mécanisme d'arbitrage jugé favorable aux multinationales au détriment des réglementations sociales et environnementales. Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement négocié au sein de l'OCDE avait déjà été retiré à la fin des années 1990 à la suite des réactions de la société civile.

La principale critique adressée à l'arbitrage tient à la nomination des arbitres. Les parties en choisissent généralement un chacune et les deux arbitres désignent ensuite un président pour leur tribunal, même si le recours au juge unique est fréquent. Le problème est triple. D'abord, la compétence et la professionnalisation sont fréquemment interrogées, alors que beaucoup d'arbitres sont également conseils. Ensuite, l'arbitrage apparaît comme un réseau fermé et opaque où quelques dizaines de personnalités rendent une grande partie des sentences, avec des risques de conflits d'intérêts, des arbitres connus pour leur faveur aux investisseurs ou aux États, et plus généralement un soupçon sur les motivations de la nomination. Il se développe alors une culture spécifique renforcée par le cercle restreint des arbitres et notamment l'importance de la réputation, qui ressemble à une régulation autonome typique de la mondialisation contemporaine. Cette critique est néanmoins largement issue des années 1970 et 1980 marquées par le monopole de quelques arbitres ou conseils issus du Nord, ce qui a changé. Un troisième problème propre à la désignation des arbitres est le coût de la procédure et des sentences. Des organismes tiers proposent ainsi de prendre en charge les coûts contre la perception d'une partie du recouvrement de dommages-intérêts éventuels (*third party funding*).

Plusieurs réformes sont discutées relativement à la sélection des arbitres, telles que l'adoption de codes de conduite, sur le modèle de celui proposé par l'International Bar Association. De même, l'Institute of Transnational Arbitration (ITA) a ouvert l'accès à une banque de données sur les arbitres à des organisations de la société civile. L'élaboration de listes d'arbitres obligatoires au sein des traités bilatéraux est souvent évoquée, alors que celle du CIRDI est facultative et composée par le président du conseil d'administration et les États signataires de la Convention de Washington, et non par les investisseurs, qui plus est dans l'opacité qui peut être propre à chaque État.

29. Voir *supra*, chapitre 1.
30. Voir *supra*, chapitre 2.

3.3. Vers une juridictionnalisation de l'arbitrage ?

Une difficulté tient à la prévisibilité et à l'opacité des sentences arbitrales. L'existence même d'une jurisprudence est discutable du fait que les décisions ne sont ni publiées systématiquement, ni unifiées. Le risque est donc celui d'une incohérence entre les décisions, y compris entre les instances laissées au choix de l'investisseur au sein d'un même traité. C'est le cas de la notion même d'investissement ou de l'interprétation des effets associés à la notion d'expropriation directe, certains tribunaux arbitraux ayant pu regarder si les mesures avaient pour but de déposséder l'investisseur tandis que d'autres examinaient le recours à un pouvoir normatif de bonne foi.

Toutefois, une jurisprudence nationale ou internationale n'est pas nécessairement plus cohérente tandis que les sentences ont souvent vocation à s'appliquer à des faits différents sans viser à produire une jurisprudence. L'avantage principal de l'arbitrage réside précisément dans la souplesse de sa procédure mais également l'adaptation aux espèces. La diversité des accords eux-mêmes est la source de ce fonctionnement. La personnalité des arbitres est également source de variation, certains tendant à participer volontairement à l'élaboration d'une jurisprudence, d'autre s'y refusant. Du point de vue des conseils des investisseurs, l'arbitrage présente alors d'importantes opportunités argumentatives et créatives.

Certaines notions ont néanmoins reçu une jurisprudence stable comme celle d'expropriation ou comme l'inclusion des grands contrats dans la notion d'investissement. Quoi qu'il en soit, les États ont intérêt en tant qu'États investisseurs ou hôtes d'investissements étrangers à

préciser les notions dans les traités et accords eux-mêmes afin de sécuriser les litiges à venir, mais aussi à garder une marge de manœuvre la plus large possible en tant qu'États souverains. Certains choix et certaines définitions sont alors laissés aux solutions élaborées par les arbitres au fil des litiges.

La tendance va à l'élaboration progressive de règles communes alors même que la procédure de l'arbitrage est de plus en plus contestée du fait de sa politisation, de sa fragmentation et de son opacité. Et ce, alors même qu'il repose sur une logique d'équité et d'utilité, puisque son recours est optionnel.

Lors des discussions qui ont eu lieu au sein de la CNUDCI à partir de 2017, un consensus inattendu s'est fait autour d'une critique du système, jugeant que l'indépendance des arbitres fait trop souvent l'objet de soupçons et de récusations qui allongent les procédures, que ces procédures sont plus généralement trop longues, et que la coexistence de micro-systèmes de règlement des différends en fonction des traités empêche l'émergence d'une jurisprudence claire et prévisible. La juridictionnalisation est la voie privilégiée pour améliorer le mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements. Celle-ci peut prendre deux formes.

Le renforcement des procédures

La première forme de la juridictionnalisation tient à la procédure. L'élaboration de règles en ce sens et plus largement la transparence des sentences sont une tendance lourde depuis les années 2010. La procédure occupe désormais une part importante d'un arbitrage qui présentait auparavant la spécificité d'être particulièrement léger. La procédure d'arbitrage est d'abord écrite puis orale, issue de l'hybridation des cultures civilistes, anglaise et nord-américaine. Il n'y a pas de procédure de *discovery* mais les parties doivent produire elles-mêmes les pièces pertinentes. La *cross-examination* des témoins suit une déclaration écrite de leur part.

Les acteurs de la société civile appellent régulièrement à la mise en place de normes communes de transparence dans les règlements internationaux ainsi que leur inclusion dans les traités, avec la possibilité de les rendre rétroactives ou de prohiber la rétractation des parties. Sont discutées également la publicité des audiences et des sentences et l'intervention des tiers à titre d'*amicus curiae*. Le règlement du CIRDI prévoit lui la publicité de l'existence de la sentence et de la dénomination des parties et du secteur d'activité.



Les États ont intérêt en tant qu'États investisseurs ou hôtes d'investissements étrangers à préciser les notions dans les traités et accords eux-mêmes afin de sécuriser les litiges à venir, mais aussi à garder une marge de manœuvre la plus large possible en tant qu'États souverains.



Par ailleurs, l'idée d'une procédure d'appel des sentences, largement inexistante sauf en de rares cas, est en gestation sans qu'une solution claire ne se soit dégagée. Il s'agirait notamment de résoudre les contradictions entre les sentences des tribunaux y compris au sein d'un même système.

Le CIRDI a mis en place un mécanisme de recours en annulation – qui n'est pas un appel – fondé sur plusieurs motifs examinés par des panels d'arbitres et un comité *ad hoc*, mais n'a pas prévu d'appel ni d'*exequatur* et des débats ont lieu sur la composition des panels et du comité, c'est-à-dire le choix du secrétaire général de l'organisation et la présence d'arbitres dans ces formations et dans les tribunaux. Deux obstacles tiennent aux délais de traitement des affaires et à la fragmentation naturelle de l'arbitrage.

La création de tribunaux arbitraux interétatiques ?

La deuxième forme de la juridictionnalisation repose alors sur l'unification du système, quitte à renforcer le rôle des États.

La mise en place de procédures de médiation, c'est-à-dire sans caractère obligatoire, est de plus en plus fréquente, à l'instar de celle prévue par le CETA ou par un règlement adopté en 2012 en ce sens par l'International Bar Association. Les techniques de médiation varient cependant selon les États et peuvent aboutir à une fragmentation. Or, les procédures d'arbitrage visent justement à dépasser une telle fragmentation depuis les années 2010 avec l'élaboration de jurisprudences et de normes qui deviennent des standards.

L'articulation des procédures d'arbitrage avec les recours internes devant la justice nationale du pays concerné est une piste qui permettrait d'apporter plus de légitimité aux sentences. Cela pourrait consister à créer une juridiction spécifique dans l'Union européenne ou pour les États-Unis, compétente pour une première instance ou un appel.

L'élaboration d'une offre interétatique de résolution des différends est souvent évoquée comme une alternative à l'opposition entre arbitrage et justice. La désignation de plus en plus fréquente d'arbitres sélectionnés sur des listes par les États illustre la ré-étatisation en cours. De même, le CETA a encadré la nomination des arbitres et donné un rôle aux États dans la procédure. La France a ainsi porté la proposition de créer une Cour multilatérale des investissements compétente pour réexaminer les sentences et chargée de l'élaboration d'une liste d'arbitres.

Une telle cour, évoquée dans les discussions de la CNUDCI à partir de 2017, viserait à remédier à l'éclatement des procédures et des décisions, tout en renforçant la légitimité des mécanismes puisque la nomination des membres de la cour pourrait se faire sur une base interétatique comme pour les cours régionales ou supranationales existant en droit international des droits de l'homme. La CNUDCI a mis en place un centre d'assistance technique pour les investisseurs qui permet de pallier *a minima* ces difficultés. Les négociations du TTIP ont donné lieu à des réflexions de la Commission européenne et d'États membres en vue de la création d'une juridiction internationale permanente des investissements, laquelle proposerait des juges professionnels et des règles de procédure claires et transparentes.

L'enjeu central est celui de la conciliation des litiges privés et de l'intérêt général, avec par exemple des clauses d'exception, voire de l'élaboration d'un droit international économique prévisible et auquel les États comme la société civile prendraient part.

Conclusion

L'arbitrage d'investissements se présente comme un objet paradoxal typique de la mondialisation du droit : opaque mais jugé indispensable par les acteurs, technique mais soumis à de vives critiques dans le débat public, à l'occasion notamment de la discussion des traités bilatéraux. Ceux-ci ont tendance à intégrer l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends en les encadrant mieux que par le passé. Le temps n'est plus aux incertitudes de la seconde moitié du ^{xx}e siècle.

Aussi, les différentes organisations proposant des systèmes d'arbitrage se réforment depuis les années 2010 en allant vers une procédure plus solide, même si la question de la nomination des arbitres, qui dépend en premier lieu des États et des investisseurs, reste ouverte. En particulier, la France a soutenu en 2015 la création d'une Cour multilatérale d'investissement, la mise en place de mécanismes d'appel ainsi que la protection du droit à réguler des États par des clauses d'exception dans les traités. Sa position a néanmoins été de soutenir l'inclusion du règlement alternatif des différends entre États et investisseurs dans le CETA et le TTIP, illustrant la continuité et la réinvention en cours de l'arbitrage d'investissements comme l'un des modes de régulation de la mondialisation.

4

Un nouvel espace de régulation : le numérique

En 2014, un groupe de travail relatif au numérique est mis en place dans le cadre du programme ConventionS, en lien notamment avec la direction des entreprises et de l'économie internationale du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. Les négociations alors en cours pour la stratégie numérique européenne interrogent la participation de la France à l'élaboration des politiques numériques.

Les sujets au cœur des discussions entre 2010 et 2016 sont la gouvernance du numérique et la normalisation technique, le droit d'auteur et la taxation de l'économie numérique. En plus de ces questions traditionnelles, les travaux s'orientent à partir de 2017 vers des objets nouveaux tels que les cryptomonnaies, les données et l'intelligence artificielle.

Sur ces questions comme sur les modes alternatifs de règlement des différends³¹, le constat d'une avance étatsunienne s'impose. Il s'agit alors non de réagir à un modèle mais de penser de nouvelles formes de régulation. L'Europe, très numérisée, pourrait pourtant être un lieu privilégié de l'économie de la donnée. En retour, les entreprises expriment leurs craintes vis-à-vis de la sécurité des infrastructures et des régulations étrangères et extraterritoriales sur les données.

Or, les différents acteurs font face à une réalité duale. D'une part, le numérique n'est pas simplement une technologie mais un système technique avec ses concepts et son espace propres. D'autre part, le numérique, universel et transfrontalier, apparaît comme un espace où le droit étatique a peu de prises. Il s'agit d'un mélange de technique et de régulation au confluent des niveaux nationaux et des acteurs publics et privés, entre mondialisation et démondialisation, entre autorégulation et action normative des États.



Le numérique, universel et transfrontalier, apparaît comme un espace où le droit étatique a peu de prises. Il s'agit d'un mélange de technique et de régulation au confluent des niveaux nationaux et des acteurs publics et privés, entre mondialisation et démondialisation, entre auto-régulation et action normative des États.

4.1. Un espace numérique à réguler

Le numérique renvoie à un espace virtuel et à l'imaginaire d'une société ouverte. Ceux-ci se comprennent dans le contexte idéologique étatsunien d'une société libérale et marchande de leur émergence, dès les années 1960. À cet égard, il s'agit d'un espace typique de la mondialisation telle qu'elle a eu lieu depuis deux siècles, c'est-à-dire commerciale et ancrée au Nord.

Une première étape a consisté en la mise en réseau des ordinateurs et l'élaboration des protocoles créés par des universitaires et chercheurs dans les années 1970 à 1990. Une régulation technique de l'adressage et des domaines (*root authority*) a rendu possible le fonctionnement du réseau et des paquets de messages.

Une seconde étape du développement numérique, amorcée depuis une vingtaine d'années, tient à la collecte et au stockage de l'information, que l'on appelle souvent *Big data* pour en signifier le caractère systémique.

La troisième étape que nous connaissons est celle de l'intelligence artificielle, associée à une puissance de calcul pour traiter la donnée, mais également à une forme d'apprentissage et de raisonnement à partir de la donnée.

Une nouvelle économie

Ces évolutions techniques ont bouleversé l'économie du secteur avec l'émergence d'entreprises multinationales connues comme les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) et d'entités plus modestes appelées à croître très rapidement, à l'instar des plateformes.

L'enjeu n'est toutefois pas seulement économique. Les grandes entreprises de l'Internet apparaissent depuis les années 2010 non

31. Voir *supra*, chapitre 1.

seulement comme des fournisseurs de contenu ou des gestionnaires d'infrastructure mais comme un pouvoir qui exerce une autorité et produit une légitimité spécifique. Ces organisations entretiennent dès lors des rapports conflictuels avec les puissances étatiques et des stratégies d'influence ou d'orientation vis-à-vis des citoyens. En particulier, la liberté de l'information présente indéniablement une nature politique, voire idéologique.

Comme l'estime Julien Nocetti, « l'ubiquité d'acteurs technologiques devenus systémiques est également un fait central de la décennie écoulée. Les GAFAM engendrent ainsi une nouvelle forme de pouvoir : global, diffus, omniprésent, celui-ci reste difficile à appréhender dans sa complexité sans s'intéresser aux jeux des acteurs. Ces acteurs ne sont plus seulement des 'géants du numérique'. Jusqu'à récemment, les GAFAM s'en tenaient à un discours du ressort de l'utopie, dans laquelle les technologies occuperaient une place déterminante, sans pour autant adopter des positions fermes et tranchées – quitte à s'arranger avec les pratiques de censure des régimes autoritaires. Leurs propos sont désormais plus concrets, concernent des sujets d'actualité majeurs (éducation, emploi, santé, réchauffement climatique, etc.). Ce positionnement leur permet de se façonner une image d'organisations quasi-philanthropiques, avec des prises de position progressistes, d'affirmer leur puissance, et de faire oublier que leur pouvoir repose sur l'exploitation des données personnelles des cinq milliards d'internautes dans le monde³². »



Les données interrogent le partage de la valeur, puisque les utilisateurs en sont les producteurs mais qu'elles sont captées et valorisées ensuite par des acteurs qui ne sont parfois pas connus d'eux, et souvent situées hors du droit qui leur est applicable.

Le numérique renvoie à des outils et des techniques et plus largement à une dématérialisation et une déterritorialisation qui opèrent une transformation profonde des rapports socio-économiques. Les étapes les plus récentes de la numérisation opèrent un passage de l'usage ponctuel de la technologie par les acteurs humains à une diffusion des processus dans toutes les sphères socioéconomiques et à une autonomisation des dispositifs techniques.

Deux enjeux se posent alors à la régulation. Le premier tient à l'élaboration de concepts communs, comme celui de donnée, qui ne revienne pas à chercher le sens porté par chaque branche ou chaque système de droit. Un deuxième enjeu tient à la frontière ou à la nature du système ainsi formé. Les données interrogent le partage de la valeur, puisque les utilisateurs en sont les producteurs mais qu'elles sont captées et valorisées ensuite par des acteurs qui ne sont parfois pas connus d'eux, et souvent situées hors du droit qui leur est applicable. Ce nouveau partage perturbe la conception de la propriété individuelle qui a émergé au XIX^e siècle, même si la propriété intellectuelle en avait déjà remis en cause les fondements.

Tandis que les multinationales hébergent et exploitent la donnée, les plateformes, qu'elles soient centralisées ou collaboratives, comme Netflix ou Airbnb, font reposer leur modèle économique sur cette activité.

La régulation juridique face à la régulation technique

En se connectant, l'individu produit de la valeur autant qu'il produit des effets dans le monde non virtuel, sans que l'on puisse appliquer un modèle de propriété individuelle sur les données comme on le fait pour des biens qui ne sont pas marqués par une telle multitude, une telle variété d'usages et un tel degré de technicité – le Conseil d'État plaide contre une telle patrimonialisation dans son étude annuelle de 2014.

Une même donnée ou information peut servir la surveillance, la création de valeur ou l'amélioration d'un service commercial ou d'intérêt général. Les individus comme les entreprises, en retour, sont dépendants de la donnée, sans toujours s'en rendre compte, et parfois sans en maîtriser les enjeux et risques spécifiques.

En témoignent les litiges entre Google, les annonceurs et les entreprises de presse ou de l'audiovisuel, sur les questions du prix et de l'accès. Avant 2018, la Commission européenne a élaboré divers cadres et avis par lesquels elle

³². Julien Nocetti, contribution au programme ConventionS, juin 2021.

exigeait des diffuseurs de démontrer la nécessité du transfert ou du partage de l'information. L'enjeu est perçu différemment aux États-Unis où l'utilisateur est souvent considéré responsable de ses données, à même d'accepter leur usage, dès lors qu'il en est informé.

Au numérique correspond une normativité en réseau exprimée par les instances étatiques, les organismes internationaux publics ou privés, les communautés scientifiques et techniques. La technique elle-même est productrice de normativités qui s'imposent parfois par défaut. Les acteurs du droit qu'ils soient nationaux ou privés s'interrogent alors sur la manière d'élargir ou de soumettre cette normativité technique à une normativité juridique pertinente.

Cinq formes de régulation apparaissent ainsi pertinentes aux acteurs du numérique : celle du pays d'origine de l'entreprise ou de la plateforme, celle du pays de réception, celle d'organismes internationaux, celle de l'auto-régulation par la multinationale, celle enfin des usagers eux-mêmes. Il apparaît néanmoins que le droit du numérique ne peut être la simple adaptation au numérique du droit commun ou d'une forme de régulation antérieure. Aussi, la normativité qui se met en place dans l'espace numérique est d'abord technique, et donc dépendante des acteurs qui animent la mise en réseau.

Selon Bertrand Warusfel, « le numérique est un système technique qui déplace les richesses et les relations entre individus et entre individus et institutions. Or, le droit du numérique a été approché pendant longtemps comme une simple adaptation du droit commun aux avancées du numérique. Ce système mélangera la règle et l'instrument de production et d'application du droit : c'est l'outil qui fixe le cadre, et donc, celui qui conçoit l'outil qui influe sur la règle³³. »

4.2. Le numérique, un espace sans État ?

Le numérique n'est pas un espace sans régulation, puisque celle-ci est privée et technique, contrairement à son fondement libertaire originel. Aussi, le numérique étant un phénomène transnational qui conteste l'État du système westphalien comme lieu de production, d'application et de sanction du droit. L'universalité s'oppose à la



Le numérique mobilise alors deux fondements théoriques qui entretiennent des liens variables, d'un côté le néolibéralisme, où l'acteur privé et le marché dominant et structurent l'organisation sociale avec l'appui des États, d'un autre côté une pensée libertaire, où la continuité prime sur la frontière.

territorialité traditionnelle des normes, la régulation s'oppose aux règles nationales et aux discussions intergouvernementales, et la privatisation ou la contractualisation s'opposent à l'autorité symbolique de la puissance publique.

La gouvernance de l'infrastructure et des protocoles du réseau Internet, notamment l'adressage, est ainsi technique et multipartite : elle relève d'une société de droit privé californien, l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), et non d'une structure publique ou d'une organisation internationale. L'usage d'Internet est alors gratuit alors que le Minitel français, par exemple, était facturé à l'heure, mais à l'inverse, les acteurs de la mise en réseau sont plus difficiles à identifier.

Le numérique mobilise alors deux fondements théoriques qui entretiennent des liens variables, d'un côté le néolibéralisme, où l'acteur privé et le marché dominant et structurent l'organisation sociale avec l'appui des États, d'un autre côté une pensée libertaire, où la continuité prime sur la frontière.

Dans l'espace numérique, certains dispositifs techniques prévalent sur leur mise en forme juridique. Ainsi les Initial Coin Offerings (ICO), alternative aux Initial Public Offerings (IPO) encadrées par le droit bancaire, sont des émissions de monnaies virtuelles ou jetons (*tokens*) réalisées par des entreprises ou des projets d'entreprises qui s'appuient sur la technologie *blockchain* en vue de lever des fonds par offre au public. Ces *tokens* sont émis en une seule fois à l'occasion d'une souscription, puis peuvent s'échanger sur des plateformes. L'argent reçu sert à financer l'entreprise pendant la durée du protocole. Il faut à l'inverse que les futurs utilisateurs du réseau ou les investisseurs prévoient que le *token* va être utilisé et prendre de la valeur. Les ICO ne sont d'abord pas soumises à une autorisation ou réglementation spécifique et les réponses concernant leur régime juridique varient d'un pays à l'autre. Sont-ils des biens divers au sens de l'Autorité des marchés financiers française ? Doivent-ils recevoir un

33. Bertrand Warusfel, groupe de travail du programme ConventionS sur la régulation du numérique, réunion du 12 septembre 2014.

cadre réglementaire propre ou des recommandations relatives aux pratiques ?

Des questions similaires se posent pour les *smart contracts*, des programmes conçus pour exécuter les termes d'un contrat de façon automatique lorsque certaines conditions sont réunies. Le codage rejoint alors la technique contractuelle.

D'autres dispositifs peuvent remplir une fonction similaire au droit sans trouver d'équivalent dans les catégories juridiques étatisées. Les monnaies numériques illustrent ce phénomène, à l'image du *bitcoin* né en 2008 à partir d'une chaîne désintermédiée, sûre et transparente, dotée d'un type d'encodage propre (*blockchain*). C'est autant une transformation de la technique de l'échange que des liens de confiance qui le fondent. Les cryptomonnaies servent par exemple de mode de paiement dans les petits États et sont utilisées pour des activités et achats en ligne voire par des communautés associées à l'*open source*. Elles s'appuient sur un sentiment de méfiance vis-à-vis de l'État et des banques centrales et de détail, et du droit qui encadre le secteur monétaire et financier.

Les intermédiaires frauduleux ont émergé en l'absence de régulation et à cause de la dispersion des acteurs. À l'occasion par exemple du minage, l'activité consistant à produire la monnaie virtuelle souvent à partir de matériels situés en Chine ou en Europe centrale. Les cryptomonnaies comme la blockchain suscitent alors des interrogations quant à la propriété des crédits, des inscriptions de valeur et des données personnelles associées, quant à l'encadrement de la technique elle-même, et enfin quant à leurs effets c'est-à-dire aux activités pour lesquelles cette technique est utilisée.

Une difficulté réside dans le fait que les acteurs de ces dispositifs techniques n'ont pas de culture du droit particulière. À l'inverse, les juristes et les hauts fonctionnaires sont confrontés à des techniques et des espaces virtuels qu'ils connaissent mal.

Jusqu'alors, la régulation est passée soit par le niveau européen avec des directives sur les données, le secret des affaires ou encore le droit d'auteur, soit par la négociation des accords bilatéraux, selon une approche privilégiée par la France, soit, enfin, par des législations nationales spécifiques, à l'image de la loi pour une République numérique dite loi Lemaire du 7 octobre 2016. Le droit du numérique apparaît alors nécessairement comme celui de l'immatériel, fixant un cadre imposé en premier lieu par l'outil technique.



Le droit applicable au numérique mêle de fait régulation centralisée ou multilatérale (étatique, internationale), autorégulation par les acteurs privés et co-régulation privée multipartite. Mais l'encadrement national peut être difficile.

Plusieurs modèles de régulation sont en concurrence. Le droit applicable au numérique mêle de fait régulation centralisée ou multilatérale (étatique, internationale), autorégulation par les acteurs privés et co-régulation privée multipartite. Mais l'encadrement national peut être difficile.

Le numérique pose par exemple la question de la fiscalité. L'OCDE a amorcé des réflexions en ce sens en 2018, mais la France a été plutôt réticente. De même, la concurrence fiscale entre les États européens a été avivée par les pratiques des multinationales du numérique. Face à Apple ou Google, la Commission européenne a été amenée à prononcer des sanctions importantes sur le fondement des règles applicables aux aides d'État, en dehors donc du champ d'une justice nationale démunie. C'est plus largement le modèle de la coopération et de la transaction qui domine.

La question de la donnée a surtout suscité des réponses européennes, qu'il s'agisse du règlement général de protection des données personnelles (RGPD) ou de la protection des usagers, dans l'arrêt Google Spain de la Cour de justice de l'Union européenne en 2014, qui se fonde sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour imposer un droit au déréférencement des usagers. La décision constitue une protection tout en confiant à Google un rôle d'intérêt général.

4.3. Un espace numérique contesté : le retour des États

L'aspect transnational ou global du numérique n'efface pas les questions territoriales ou souveraines. Au contraire les enjeux du numérique se comprennent en termes économiques et géopolitiques plutôt que dans le seul sens libertaire dans lequel l'espace virtuel a d'abord été conçu.

La gouvernance de l'Internet renvoie à une idée plus forte que la régulation, que celle-ci soit juridique ou technique : il s'agit d'une question de réseau, d'infrastructures et donc de territoires. Les GAFAM sont ainsi concentrés aux États-Unis qui développent un *soft power* spécifique, à commencer par la langue du codage, mais potentiellement également sur l'existence de *backdoors* dans les systèmes.

La cybersurveillance, révélée par l'affaire Snowden en 2014, comme la cybersécurité et les usages militaires du numérique montrent également l'influence exercée par les États, y compris sur les grandes entreprises du Net. Les États ont un intérêt paradoxal à ce que le réseau soit sûr face aux acteurs pirates mais également à ce que les standards de sécurité ne soient pas trop élevés, afin de favoriser leurs activités de renseignement.

Une gouvernance du Net sous influence

L'Europe reste marquée par une approche plus protectrice et un encadrement public plus fort. Cette approche est jugée inadaptée au *big data* Outre-Atlantique. La discussion au sein du groupe de travail porte alors sur la pertinence de la patrimonialisation, c'est-à-dire l'opposition entre d'un côté la possession des données personnelles et d'un autre un modèle de contrôle sur ces données.

Julien Nocetti note ainsi en 2021, revenant sur les enjeux du programme ConventionS, que, « [le] numérique est donc désormais un champ bien établi des relations internationales. La plupart des États en ont fait une priorité de leurs stratégies de sécurité nationale. Des super-puissances économiques y affirment leur volonté de contrôler les stocks et les flux de données, aussi bien que de produire et mettre à disposition l'information qui éclaire les citoyens dans les choix démocratiques. Des associations de défense des libertés publiques déploient des ressources pour faire face à la montée de normes sécuritaires qui empiètent sur des libertés fondamentales. Des groupes criminels ou para-étatiques se livrent à des activités d'espionnage industriel ou de sabotage, qui portent atteinte à des intérêts individuels et nationaux³⁴. »

La gouvernance de l'Internet s'est élaborée dans les années 1990 aux États-Unis, sous l'égide du département du Commerce, mais en laissant la main aux acteurs privés et en gardant des

liens contractuels et informels avec la puissance publique. L'ICANN répond à un modèle de gouvernance technique et multipartite, plutôt que de régulation. La société lie ainsi les acteurs privés mais également cinquante États au sein d'un comité consultatif.

Ce fonctionnement ne soulève d'ailleurs pas de conflit majeur dans l'activité quotidienne de l'organisation malgré la multiplicité des acteurs, du fait principalement que ce fonctionnement privé évite les conflits ouverts entre les États. Le principe même de la gouvernance fait néanmoins l'objet de discussions. Si la centralisation étatique semble exclue au regard de l'architecture actuelle de l'Internet, un retour des États pose question.

Les États-Unis défendent une neutralité du Net qui avantage les acteurs non-étatiques américains que sont notamment les GAFAM, et sont régulièrement accusés de surveiller le réseau grâce à la centralité de leur territoire dans les flux d'information et la situation géographique de l'ICANN et donc de l'adressage des noms de domaine.

Aussi, la Chine et la Russie souhaitent instaurer des mécanismes interétatiques, à l'image d'organismes de régulation mis en place pour des acteurs régionaux, comme la conférence de Vugen organisée en Chine pour l'Asie du Sud-Est en 2014, qui répond à sa stratégie et aux besoins de ses propres acteurs. Les deux pays se démarquent surtout par le contrôle étatique mis en place sur le territoire, facilité par le mandarin et le cyrillique qui ont permis de mettre en place un système clos.

Sans participer d'un tel contrôle, d'autres États, comme l'Inde et le Brésil, développent une diplomatie numérique active. En Europe, les partis populistes ont un programme en matière de numérique qui interroge la politique libérale suivie jusqu'ici.



La difficulté pour les États serait alors d'être placés au même rang que des acteurs privés, même si l'on a déjà, de fait, laissé ceux-ci s'organiser au sein du modèle de gouvernance actuel.

³⁴. Julien Nocetti, contribution au programme ConventionS, *op. cit.*

En Europe, un modèle de régulation par les droits

L'Union européenne a privilégié les instruments du droit international et donc un important rôle des États, tel qu'il existe pour les infrastructures physiques de l'Internet. De ce point de vue, une approche protectionniste est perçue comme un danger pour les entreprises européennes tandis que l'ouverture de la gouvernance incarnée par l'ICANN risque de laisser une place aux États autoritaires.

Un traité international, adopté par exemple dans le cadre onusien, pourrait ainsi être intergouvernemental et multipartite, avec des acteurs privés au même titre que les États, comme cela se fait dans le secteur bancaire. La difficulté pour les États serait alors d'être placés au même rang que des acteurs privés, même si l'on a déjà, de fait, laissé ceux-ci s'organiser au sein du modèle de gouvernance actuel.

Or, la tendance est plutôt à la *soft law* ou à la *lex electronica* qu'aux traités. Le numérique pose alors la question de la contrainte et de l'autorégulation, mais également de la place des experts et des usagers. Dans l'optique européenne, la protection des usagers repose sur un changement de mentalités vis-à-vis des enjeux de la donnée et du rôle des algorithmes du quotidien, que ce soit dans la consommation ou la vidéosurveillance. Les enjeux sont également démocratiques avec la formation des citoyens à ces espaces, face à l'imaginaire de la Silicon Valley.

Après une production normative importante dans les années 2000 avec les directives sur la signature électronique de 1999, sur le commerce électronique de 2000 et sur le droit d'auteur de 2001, l'Union européenne s'est retrouvée prise au tournant des années 2010 dans des désaccords avec les États-Unis et la casuistique de la Cour de justice, avec notamment la décision Google Spain qui reconnaît la société américaine responsable du traitement de données personnelles.

La France se démarque à la fois des États-Unis et de l'approche européenne dans sa défense du droit d'auteur. Celui-ci permet d'envisager la production de la valeur vis-à-vis des éditeurs de contenu et la définition de la création, et ce afin de garantir une sécurité suffisante aux acteurs économiques du secteur.

Pour les éditeurs, par exemple, la question principale tient à la définition du livre, tandis qu'à l'inverse, pour les usagers et la société civile, l'enjeu est celui du partage et de la réappropriation. L'œuvre numérique et plus largement l'équilibre

entre droit d'auteur et promotion de l'innovation posent des questions nouvelles au modèle français. Le droit privé est également un lieu de résolution de ces conflits, à l'instar de la décision de la Cour de justice dans l'affaire opposant Le Seuil à Google en 2009.

Le Règlement général de la protection des données (RGPD) élaboré en 2016 dans le cadre de l'Union européenne a visé un changement de culture chez les gestionnaires de données, dans les entreprises et administration, c'est-à-dire l'essor d'une culture de la donnée comme droit et comme valeur économique. Le RGPD est né en réaction aux demandes de la justice étatsuniennes d'accéder à des données stockées dans des *data centers* situés en Europe au nom de l'extraterritorialité du droit étasunien. Il s'est construit sur l'expérience de la négociation de l'accord commercial transatlantique, à l'occasion de laquelle le volet numérique a été jugé insuffisant.



La France se démarque à la fois des États-Unis et de l'approche européenne dans sa défense du droit d'auteur.

Du point de vue des entreprises européennes, le constat est alors fait d'une fragmentation du marché numérique et des investissements entre les différentes activités – mobilité, mise en réseau, stockage et analyse des données. Conséquemment, l'espace numérique européen est perçu comme trop peu régulé notamment pour les entreprises américaines qui y interviennent.

Or, le Cloud Act adopté par le Congrès américain deux mois avant le RGPD, en 2016, permet aux autorités d'accéder aux données de tout entreprise étasunienne, y compris celles de clients tiers étrangers. Une clause de courtoisie internationale permet de limiter les demandes dans ce dernier cas. Il s'agissait pour le législateur américain moins de contrer la législation européenne que d'encadrer les situations qui avaient donné lieu à des litiges comme celui opposant les autorités fédérales à Microsoft, qui



avait refusé de donner des données stockées en Irlande en 2013 et gagné en appel, arguant du flou de la loi alors applicable en matière d'extraterritorialité. Le Cloud Act ne fait que soutenir la pratique de l'administration américaine à cet égard.

Avec le RGPD, l'idée était de créer en retour un standard européen et une reterritorialisation du droit pour protéger les usagers et répondre aux demandes d'un cadre plus clair de la part des entreprises gestionnaires à qui des données pouvaient être demandées par les États et notamment les magistrats. Mais s'il interdit le transfert à l'étranger uniquement pour les données personnelles, le cadre de 2016 n'adopte toutefois pas un modèle d'extraterritorialité semblable au droit étasunien.

La difficulté tient à l'opportunité pour les États-Unis de conclure des accords avantageux pour les entreprises étrangères alors que leurs propres entreprises hébergent leurs données, ce qui permet de faire relever une grande partie de l'activité commerciale transnationale de leur juridiction.

Pour Julien Nocetti, « les États-Unis ont fait du contrôle des données l'axe prioritaire tant du redéveloppement économique structuré autour de leurs géants de la tech que de leur stratégie de sécurité. Ces deux éléments se conjuguent dans une longue tradition d'*open door policy* visant à l'ouverture de marchés et au maintien de la prééminence américaine. La Chine se situe dans une démarche décomplexée de puissance nationale, via un effort au long cours de rattrapage technologique et une volonté de briser le monopole numérique occidental. Dans cette optique, les données doivent permettre d'affirmer la vision chinoise de l'espace numérique autant que servir d'"instrument géopolitique" du projet de nouvelles routes de la soie. L'Europe, elle, pâtit d'un double effet ciseau : l'hégémonie américaine et l'affirmation chinoise affaiblit le continent qui peine à se positionner en puissance industrielle de premier plan, adoptant en conséquence une posture pour l'essentiel défensive³⁵. »

Aussi, après la révélation en 2018 du scandale la société Cambridge Analytica exploiter les données de Facebook à des fins d'influence politique dans la campagne du Brexit en 2016, « pour les États, l'un des défis consiste à agir sur le terrain politique en ne laissant pas aux grandes plateformes le monopole de l'initiative technologique (...). L'ultra-dépendance au numérique

se renforce déjà dans les champs d'expression de la souveraineté, avec des risques potentiels et bien identifiés pour la confidentialité et la protection de données stratégiques³⁶ ».

Conclusion

Le numérique est un espace de confrontation et de coopération qui repose sur le consensus technique, un éclatement des acteurs et des modes de production du droit variés. Dès lors, le numérique oppose quatre enjeux à la régulation : le caractère participatif de sa gouvernance au-delà des seuls acteurs privés, le déplacement de cette gouvernance des États-Unis vers l'Asie, l'intégration de nouveaux domaines tels que la cybersécurité, les cryptomonnaies et l'intelligence artificielle, et enfin la définition voire la repossession des termes et concepts, comme celui de donnée, par des acteurs producteurs de normes.

Dit autrement, le numérique permet de comprendre que le droit dans la mondialisation ne peut être une règle unique et verticale mais se construit dans la pratique. La régulation elle-même oscille entre l'encadrement par les États et le droit international, l'autorégulation par les acteurs privés et les techniciens, et la co-régulation multipartite. En la matière, un paradoxe est que la France et l'Europe représentent un marché important et un lieu de connaissances sur le numérique, sans avoir cherché à élaborer une stratégie claire face aux puissances que sont les États-Unis ou la Chine ou face aux plateformes.

Le programme ConventionS a accompagné la politique française du numérique en 2016, qui a donné lieu à une loi et à une redéfinition de la contribution nationale sur des termes géopolitiques. Concernant une stratégie européenne, les principales pistes évoquées sont le renforcement des partenariats entre le public et le privé, la force de l'Europe dans la négociation des accords bilatéraux et les investissements publics, notamment dans le chiffrement, la protection des droits – comme l'a illustré la forme choisie par le RGPD – et l'attractivité des acteurs privés. La protection des données, si elle préfigure une manière de réguler l'espace numérique, ne constitue néanmoins pas en soi une marque d'influence de même à agir sur le virtuel.

35. Julien Nocetti, Contribution au programme ConventionS, *op. cit.*

36. *Ibid.*

Les archives du programme ConventionS

Les archives du programme ConventionS conservées par l'IERDJ comprennent les publications, les comptes-rendus de la plupart des rencontres, et la riche documentation accumulée à l'occasion des différents travaux – ateliers, journées d'études, groupes de travail, notes et lettres de ConventionS. Ayant servi de matériaux de base à la présente synthèse, elles rendent compte d'un regard original porté sur plus de dix années d'échanges sur la régulation de la mondialisation.

Les chercheuses, chercheurs, praticiennes et praticiens qui souhaiteraient consulter ces archives peuvent adresser leur demande motivée auprès de l'IERDJ à l'adresse ressources@gip-ierdj.fr.



Remerciements

L'IERDJ remercie les intervenantes, intervenants, participantes et participant, à l'ensemble des activités du programme ConventionS dont les contributions et les échanges constituent la matrice de la présente synthèse autour des thèmes que nous avons retenus.

Nos remerciements vont également au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, co-fondateur du programme ConventionS, pour sa confiance et son soutien dans la durée, afin que ce partenariat puisse utilement nourrir la réflexion des diplomates autant que celle des autres professionnels participants réunis autour de cet objet hybride qu'est la mondialisation.

Outre le ministère, ce sont aussi les adhérents du programme, personnes physiques comme personnes morales, qui ont permis de faire vivre ce programme, dans le respect de l'indépendance des travaux conduits par l'équipe ConventionS, et qui doivent être eux aussi remerciés.

L'équipe de l'Institut des hautes études sur la justice qui a animé le programme ConventionS et les groupes de travail au fil des années était composée d'Antoine Garapon, secrétaire général de l'IHEJ, et de Harold Épineuse, secrétaire général adjoint, qui ont conçu ensemble les principes et modalités de travail originales de ce partenariat, d'Anne-Lorraine Bujon, directrice éditoriale du programme ConventionS jusqu'en 2016, d'Édouard Jourdain, secrétaire de rédaction du programme ConventionS jusqu'en 2018, et de Sarah Albertin qui a repris la coordination et l'animation du programme à partir de 2016 et jusqu'à sa fin en 2021. De nombreux stagiaires se sont succédé pour les accompagner, qu'ils soient chacune et chacun remerciés pour leur engagement à faire vivre cette aventure, de même que Matthieu Febvre-Issaly qui par son travail de synthèse nous en livre un témoignage bien vivant.

Directrice de la publication : Valérie SAGANT

Suivi éditorial : Xavier CAYON, Léa DELION et Harold ÉPINEUSE

Rédaction : Matthieu FEBVRE-ISSALY

Relecture et corrections : Coralie MANANT

Conception graphique, direction artistique et maquette : Isabelle CHEMIN

Impression sur papier recyclé : CIN - juillet 2024

L'IERDJ, STRUCTURE DE RÉFÉRENCE POUR LA RECHERCHE SUR LE DROIT ET LA JUSTICE

L'IERDJ assure la promotion d'une réflexion originale et prospective, le développement de la recherche et son soutien, ainsi que la mobilisation et la diffusion de connaissances sur les normes, la régulation juridique, les missions et le fonctionnement de la justice dans tous les champs disciplinaires pertinents.

Groupe d'intérêt public (GIP) riche d'une expérience de trente ans, il est le fruit du rapprochement en 2022 de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) et de la Mission de recherche Droit et Justice (MRDJ).

Par son statut, sa gouvernance, son histoire, la composition de son équipe et une démarche résolument interdisciplinaire, l'IERDJ se situe au point de convergence des ordres judiciaires, des professions juridiques, des institutions et de la multiplicité des cultures juridiques.

Il constitue un lieu de liberté de pensée, d'imagination et de rencontres pour les professionnels et les chercheurs et s'appuie sur la rigueur, l'indépendance, la reconnaissance et l'ouverture d'esprit qui caractérisent le monde de la recherche.

Courriel
contact@gip-ierdj.fr

Courrier postal
Institut des études et de la recherche
sur le droit et la justice
Ministère de la Justice
13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01

Venir dans nos locaux
47 bis, rue des Vinaigriers
75010 Paris



gip-ierdj.fr

RÉGULER LA MONDIALISATION

La mondialisation interroge la place respective du droit, de l'économie et du politique dans les activités juridiques mais également dans la diplomatie. C'est à partir de ce constat qu'un partenariat a été noué entre le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), qui a intégré par la suite l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ). Le programme ConventionS a permis à des juristes et diplomates, femmes et hommes d'entreprise, expertes et experts venus de centres de recherche ou de la société civile de réfléchir ensemble aux enjeux juridiques de la mondialisation. Les présents actes visent à présenter les principaux enseignements de ces rencontres, leur influence dans la construction ou l'évolutions du droit en France, et les pistes qui permettent encore aujourd'hui d'envisager l'encadrement juridique des activités de la mondialisation.

Le transnational a dépassé l'international en faisant émerger de nouvelles sources de normativité et de nouveaux acteurs. De la conformité ou compliance des entreprises en matière sociale et environnementale aux usages géostratégiques du droit par les États, du rôle de l'arbitrage dans les investissements étrangers aux formes de la gouvernance de l'Internet, c'est un espace de régulations nouvelles qui se dessine. Dans la mondialisation, le droit n'est pas plus le produit exclusif de l'État souverain qu'il n'est tout à fait dissous dans une mondialisation laissée au marché. Il ne peut être réduit à la verticalité de la contrainte publique ou à l'indifférence de la soft law, alors que le récit d'un ajustement naturel et harmonieux est devenu insuffisant. Qu'il s'agisse de la technique en jeu dans les activités numériques, des fonctions nouvelles des directions juridiques des entreprises multinationales ou encore de l'influence exercée par les organisations non-gouvernementales et les agences étatiques, c'est une coproduction du droit qui s'est mise en place. Un retour sur le programme ConventionS permet ainsi d'interroger nos imaginaires face à la mondialisation pour mieux appréhender les nouveaux défis qu'elle nous lance en cette période de profonds bouleversements.