

# REVUE DES DEUX MONDES

DECEMBRE 1997

PRESIDENT : MARC LADREIT DE LACHARRIERE

REVUE MENSUELLE FONDEE EN 1829 - 65 F

ETUDES et REFLEXIONS

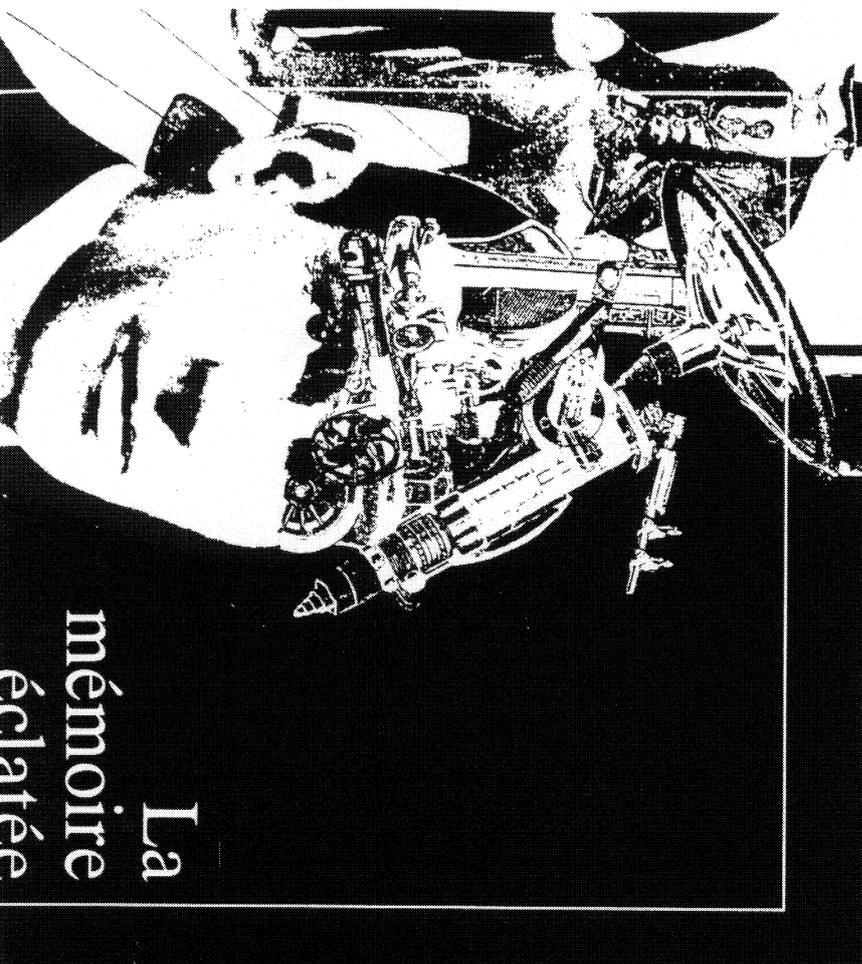


Marie-Anne Frison-Roche

## LE VERSANT JURIDIQUE DE LA MONDIALISATION

**B**eaucoup de réflexions s'organisent autour du phénomène de la mondialisation. Ses faces économique, financière, sociale et politique sont explorées, sans que la perspective proprement juridique soit envisagée autrement qu'à travers la question plus générale du devenir de l'Etat. Pourtant, cette dimension juridique existe dans les faits et peut avoir une incidence sur la définition de la mondialisation, définition très discutée et qui ne se met en place que progressivement (1).

En effet, à l'aune du droit, on peut dire que la mondialisation existe de deux façons, quantitative, qualitative. Du point de vue quantitatif, la mondialisation n'est que l'intensification de l'internationalisation, de telle sorte qu'au point de vue de leur structure



La  
mémoire  
éclatée

juridique, les entreprises ne sont plus ancrées sur un seul territoire mais constituent désormais des sortes de mille-pattes, ayant une implantation dans chaque pays, grâce notamment au procédé juridique des filiales. Du point de vue qualitatif, la mondialisation est tout autre chose que l'internationalisation. Elle est même pour le droit son contraire : prenant alors l'appellation de « globalisation », la mondialisation désigne le fait que les entreprises n'ont plus pied nulle part. L'activité est globale, c'est-à-dire qu'elle ne touche plus terre et n'a plus comme territoire que la totalité de la planète. L'usage du terme de « virtualité », guère plus correct syntaxiquement que celui de « globalisation », cherche à exprimer cette apesanteur (2). C'est la finance qui a fait passer l'activité économique de l'internationalisation intensifiée à une véritable globalisation.

Dès lors, cette globalisation concerne essentiellement deux objets : l'information (en elle-même et par les techniques qui la véhiculent) et l'argent. Le monde financier, post-wébérien, se réenchante (3). Il a perdu son Dieu, n'a plus que quelques démiurges. Mais la globalisation n'est pas pour autant limitée : liée à ces deux objets, elle touche tout, car le monde semble se réduire aujourd'hui à de l'information et à de l'argent. La financiarisation de l'économie a dialectiquement poussé à la globalisation, comme la diversité des États nationaux avait dialectiquement poussé à l'internationalisation. Ainsi, on peut dire que le monde entier s'est globalisé parce qu'il s'est rétréci dans le même temps à l'activité informationnelle, communicationnelle et financière. Par ce concret désincarné, les distinctions se sont estompées : celle de l'émetteur et du récepteur, celle du producteur et du consommateur. On peut même aller jusqu'à soutenir que le système fonctionne sans personne : le monde globalisé est un monde désert.

Le premier type de mondialisation, celui de l'internationalisation intensive, a engendré des problèmes juridiques difficiles ; le second type, celui de la globalisation, en a engendré qui paraissent insurmontables. Il concerne, en effet, des activités sans territoire, supposant des produits désincarnés et pouvant être transportés sans coût et sans délai. Mais qu'est le droit hors d'un territoire, ce territoire qui est le socle du régalien ? Qu'est-ce qu'un droit qui ne pourrait saisir personne ? N'arrive-t-on pas à un droit privé d'une force qui

lui était intime, dénué de pouvoir de contrainte, bref d'un droit en état d'épuisement ?

Pourant, dans le même temps, on n'a jamais autant parlé du droit, de sa nécessité et de l'appel que les opérateurs eux-mêmes font à son pouvoir régulateur. Il faut donc sans doute distinguer dans le droit lui-même. Ce qui est mis en difficulté, c'est le droit d'origine étatique, celui qui tire sa force du territoire. Mais le droit peut exister en dehors de l'État. Contraint à cet arrachement, il peut devenir alors l'outil adéquat de la mondialisation.

### **Epuisement du droit étatique par la mondialisation**

L'État et le droit ont souvent partie liée, au point de se confondre parfois, parce que l'État imprime aux règles un pouvoir de contrainte sans lequel on a pu dire que la prescription n'avait pas de nature juridique. C'est le bras séculier qui rend véritablement obligatoire, efficace, juridique, la loi ou le jugement. Or, si l'on en reste à cette conception classique du droit, la contrainte n'est pas naturelle à l'espace mondial. En effet, en amont, les opérateurs ont la puissance de quitter leur statut d'assujettis, en détruisant par révétement la contrainte que l'État engendre par l'exercice habituel de son pouvoir normatif. Plus encore, fait défaut la contrainte en aval, faute de juge et de police.

### **L'éventement du droit étatique par les opérateurs économiques**

Classiquement, l'État, caractérisé par sa souveraineté, établit des normes qui s'imposent aux destinataires, qualifiés d'assujettis. Mais l'accroissement de la mobilité géographique des opérateurs économiques, notamment dans l'implantation de leurs activités économiques, dont le choix est facilité par les progrès des communications et l'immatérialité grandissante des produits, leur permet de choisir les règles étatiques qui les agréent. Dès lors, il y a des délocalisations juridiques : la délocalisation sociale est la plus visible ; la délocalisation fiscale est sans doute la plus pratiquée.

Dans ces conditions, la règle devient un produit en concurrence et les Etats ne sont plus que des vastes supermarchés de droit normatif. Cette compétition normative, qui se superpose à la compétition économique, remet en cause de fait la souveraineté nationale (4). Des lors, les normes doivent plaire aux consommateurs, et à chacun d'entre eux. Il en résulte une individualisation de la norme juridique : à chaque entreprise sa règle. Le droit en sort en miettes, multipliant les statuts particuliers. Plus encore, les lois sont désormais *inuitu personae* : on sait que la possibilité, pour les personnes publiques, de s'engager par une clause compromissaire à se soumettre à un arbitrage en cas de litige a été une innovation législative réalisée afin de rendre possible l'implantation en France d'Eurodisney. Ainsi, la définition du droit comme un ensemble de normes générales, abstraites et contraignantes, est affaiblie.

Au-delà, les systèmes juridiques eux-mêmes sont en concurrence. Sommairement, il existe le système romaniste et le système anglo-saxon. Or, le droit romaniste est un droit étatique, un droit public, un droit général et systématique ; le droit anglo-saxon est un droit spontané, un droit privé, un droit jurisprudentiel, casuistique, qui accumule les solutions particulières. En outre, de ce fait, le droit anglo-saxon est concret, tandis que le droit romaniste est abstrait. Les entreprises veulent du pragmatisme, c'est-à-dire du concret. Elles ne peuvent pas toujours s'offrir le luxe d'un système. C'est une des raisons pour lesquelles le droit anglo-saxon est en droit de recouvrir les activités économiques, quelle que soit leur localisation, non pas seulement parce qu'il serait emporté dans les bagages de la domination américaine mais du fait de son adéquation conceptuelle.

### **L'absence d'un juge international des affaires**

Le respect de la règle de droit est classiquement assuré par la perspective d'intervention d'un juge, de la police et de toutes sortes d'officiers ministériels qui tiennent leur pouvoir et leur légitimité de l'Etat. Les activités économiques globales s'insèrent dans ce cadre, parce qu'elles excèdent le territoire dans les limites duquel l'Etat déploie sa force légitime. C'est pourquoi le système amé-étatique de l'arbitre, c'est-à-dire du juge privé, contractuelle-

ment désigné, choisi et payé par les parties, trouve aujourd'hui un développement extraordinaire, à travers l'arbitrage international qui recouvre certains secteurs économiques et financiers entiers. Le plus souvent, ces tribunaux arbitraux n'appliqueront pas une loi d'un Etat particulier, mais statueront en équité ou suivant cette « loi des marchands » qu'est la *lex mercatoria*, sorte de droit naturel convenu entre opérateurs économiques. On y retrouve les principes de bonne foi, de force obligatoire des engagements, d'exécution loyale des obligations, etc.

On observera qu'à partir du moment où la puissance juridique de l'Etat décline, celle de la doctrine monte. Dans un monde sans contrainte *a priori*, il est normal que l'autorité magistrale retrouve de la vigueur. Ainsi, l'idée (5) et la méthode (6) de la *lex mercatoria* furent cernées par la doctrine universitaire, et c'est encore à elle que l'on doit l'élaboration récente de « principes communs au droit des obligations », constituant un corps de règles ayant vocation à être adopté volontairement dans les contrats transnationaux (7).

Il demeure qu'aucun ordre juridique mondial, au sens classique du terme, comprenant une source politique du droit, des règles sanctionnées par des juridictions publiques et une force de contrainte pour faire respecter l'ensemble, n'existe. N'ont été mis en place, et ce, depuis le Moyen Age, que des instruments juridiques de la taille des contrats, de petits ordres juridiques privés et *ad hoc*, sans aucune prétention à une régulation juridique globale. Or, la mondialisation en appelle une.

### **La nécessité d'une régulation juridique mondiale**

S'il doit y avoir un ordre économique et financier mondial, il doit y avoir un ordre juridique mondial, ne serait-ce que pour faire place à l'homme, celui qu'on a pu désigner, non sans appréhension, voire désapprobation, comme « l'homme mondial » (8). Cette nécessité d'un ordre juridique global s'appuie notamment sur le constat que la grande mobilité et liberté des opérateurs a accru la performance du crime et que les Etats isolés, seuls et enfermés chacun dans son territoire, ne peuvent poursuivre les délinquants

mondiaux, que sont notamment les trafiquants de drogue, dont les réseaux sont connectés aux réseaux financiers.

Face à cela, la perspective d'une régulation par l'appel à la conscience, d'une bonne tenue des opérateurs par conviction et volonté de faire bien, bref la confiance accordée à l'éthique, dont le droit des affaires se fait volontiers l'écho, est assez dérisoire. Si l'on ne veut aller vers cette utopie, il faudrait alors reconstruire un quasi-Etat mondial. Mais cela est-il possible, raisonnable et sans danger ? Plutôt que cette reconstruction, ne conviendrait-il pas mieux de trouver dans cette nouvelle organisation du monde la source d'une organisation juridique de régulation ?

### ***La perspective d'une reconstruction d'un quasi-Etat***

La reconstruction d'une structure étatique à l'échelle mondiale, avec des règles générales et communes, des juridictions, une police et des agents d'exécution mondiaux pour en concrétiser la force obligatoire, peut prendre la forme très classique, mais ici intensifiée, des traités internationaux. Il s'agit alors d'un phénomène de tissage de souverainetés étatiques dont la densité finirait par recouvrir le monde. Il faut alors multiplier traités et accords de coopération judiciaire et d'exécution entre Etats. C'est sur cette base que prétend se constituer un véritable droit pénal international, mais l'expérience de son efficacité n'est pas pour l'instant probante, notamment à propos du sort, jusqu'ici très tranquille, de chefs de guerre mafieux.

Il faudrait donc aller plus loin et non plus unir contractuellement des souverainetés, mais transférer la puissance de souveraineté des Etats à une nouvelle structure, dans un processus de contrat social. Nous en avons fait l'expérience à travers l'ordre juridique communautaire (9), lequel est tout à la fois un ordre autonome, en ce qu'il produit ses règles sans avoir besoin de délégations particulières en ce sens, et un ordre intégré, en ce que chaque règle prend effet dans les ordres juridiques nationaux. Il est remarquable que se constitue aujourd'hui un droit pénal communautaire, qui attesterait que l'efficacité est au prix d'un transfert de souveraineté.

Mais l'Europe n'est pas le monde. On songe alors à reproduire l'expérience réussie à l'échelle planétaire. C'est potentiellement le

rôle dévolu à l'Organisation mondiale du commerce, qui contient en son sein les linéaments d'un ordre juridique mondial quasi-étatique, avec notamment ses organes d'adoption des règles et de sanction de leurs violations. Il faut avoir conscience qu'on construit ainsi un Léviathan global, de nature étatique, exprimant une volonté à laquelle nul ne pourra se soustraire, faute de lieu étranger dans lequel se réfugier. Il n'y a plus de droit d'asile dans un ordre étatique mondial. L'expérience doit rendre prudent face à une démarche qui conduit à promouvoir une concentration de tous les pouvoirs dans un organe abstrait, sous prétexte que les Etats n'en ont plus suffisamment.

Un ordre juridique total est potentiellement totalitaire. Pour sortir de l'impasse, on pourrait songer à de vieilles organisations, celles qui fonctionnaient avant l'implantation conceptuelle et factuelle de l'Etat.

### ***Une régulation juridique mondiale à insérer dans les réseaux***

Les activités globalisées échappent à la structure juridique traditionnelle parce qu'elles sont détachées du territoire. Mais elles ne peuvent se développer à travers des réseaux qui recouvrent en grille le monde. Les opérateurs ont besoin des réseaux techniques et de communication, particulièrement les réseaux informatiques et télématiques, mais également des réseaux plus sociologiques, composés de professionnels qui sont des relais indispensables de l'activité.

On observera que les professions, notamment financières ou d'audit, se structurent aujourd'hui en réseaux mondiaux.

Ainsi, le vide offert par le marché à la liberté et à l'initiative des opérateurs est compensé par l'émergence des réseaux de toutes sortes à l'intérieur desquels les individus vivent. S'il faut parler de société mondiale, c'est à travers une nouvelle définition sociologique qui l'appréhende comme un « réseau de réseaux (10) ». Dans ces conditions, le droit doit s'insérer dans les réseaux eux-mêmes, en s'adaptant à de nouveaux comportements qu'on a pu regrouper sous les termes d'« agir réticulaire (11) », et non se laisser happer lui-même par le marché, en se contraignant

par symétrie à reprendre une consubstantialité avec un Etat mondialisé.

Il faut alors s'appuyer sur les réseaux techniques et professionnels et laisser se développer en leur sein l'élaboration de règles de comportement, qu'on les appelle techniques ou déontologiques. Dans le même temps, le réseau secrète une structure disciplinaire qui procédera à la sanction, voire à l'exclusion, du professionnel perversi ou par trop incompetent. C'est pourquoi l'organisation en ordre professionnel, telle que la connaissent la plupart des professions libérales depuis le Moyen Age, pourrait devenir exemplaire.

Certes, il s'agit alors d'un droit « concentré » où tous les pouvoirs se confondent. En effet, ce sont les mêmes organes qui adoptent les règles et sanctionnent leur violation. Prendre cela en modèle conduit à abandonner le principe politique avéré de la séparation des pouvoirs. Mais on doit alors poser la question de savoir où est la barrière du totalitaire, puisque c'est de cela qu'un ordre juridique mondial efficace doit alors se méfier.

Dans une structure de type étatique, la puissance est donnée aveuglément aux sources du droit répertoriées, c'est-à-dire qu'un pouvoir légitime (parce qu'élu, parce que nommé, etc.) peut adopter toute règle entrant dans sa compétence formelle. C'est pourquoi on scinde le pouvoir, afin qu'un contre-pouvoir limite en ronde son voisin. La limite *a priori* vient contrebalancer un pouvoir également *a priori*.

Dans le droit technique et professionnalisé propre à un réseau, l'autorité des organes de régulation n'existe que parce qu'acceptée. C'est donc l'adéquation technique des décisions prises qui assoit l'autorité de ceux qui les prennent. Leur bonne réception par le secteur lui-même est le critère concret de la compétence. Cette limite substantielle légitime *a posteriori* le pouvoir. C'est de cette façon que semble s'organiser la régulation juridique mondiale des télécommunications (12), ou celle du secteur électrique (13).

Si l'on esquisse ainsi que le droit adéquat à la globalisation économique est un ensemble de règles et une justice confondus et internalisés, mais qui ne sont dotés que de la force que les destinataires eux-mêmes veulent bien leur donner au fur et à mesure de chaque nouvelle manifestation de puissance juridique, il y a alors

de beaux jours pour le vieux droit et la vieille justice des ordres professionnels, cette justice qui résista à la Révolution française. Maintenant que la Révolution de la globalisation nous a fait perdre le territoire et la conception classique d'un droit attaché à l'Etat, cette justice professionnelle sera sans doute ce qui va prospérer dans une régulation adaptée à ce qu'il faudra appeler même juridiquement le « Nouveau Monde ».

Marie-Anne Frison-Roche

1. O. Mongin, « Les tourments de la mondialisation. La bataille des interprétations », in *Mythes et réalités de la mondialisation*, revue *Esprit*, novembre 1996, pp. 155 et suivantes.
2. P. Lévy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, coll. « Sciences et société », éditions La Découverte, 1995, spéc. pp. 49 et suivantes.
3. M.-A. Frison-Roche, « Argent public, argent privé », in *Le Droit, l'argent et le système de l'argent*, Archives de philosophie du droit, 1997, à paraître.
4. E. Cohen, *La Tentation hexagonale. La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Fayard, 1996.
5. B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, 1964, pp. 177 et suivantes.
6. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1447, p. 818.
7. *Les Principes communs du droit européen du contrat : l'exécution. L'invocation et ses suites*, Documentation française, 1997.
8. Ph. Engelhard, *L'Homme mondial. Les sociétés humaines peuvent-elles sur vivre ?* éditions Arléa, 1996. L'auteur y cherche les moyens de faire renaitre le bien commun (pp. 454 et suivantes).
9. D. Simon, *Le Système juridique communautaire*, coll. « Droit fondamental », Puf, 1997.
10. D. Parrochia, *Philosophie des réseaux*, coll. « La politique éclairée », Puf, 1993.
11. Ph. Forget et G. Polycarpe, *Le Réseau et l'Infini. Essai d'anthropologie philosophique et stratégique*, Economica, 1997.
12. P. Musso, *Télécommunications et philosophie des réseaux : la postérité paradoxale de Saint-Simon*, coll. « La politique éclairée », Puf, 1997.
13. J.-M. Chevalier (dir.), *La Dégénération de l'électricité. Quels enjeux pour l'Europe ?*, Economies et sociétés, série « Economie de l'énergie », Puf, 1997.