

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS/2018/28

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

Le droit transnational

Gilles Lhuilier



Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.



Le droit transnational

Gilles Lhuilier - Professeur de droit privé, ENS Rennes

Avril 2018

ABSTRACT

A practical case – the negotiations currently underway in Geneva concerning the so-called binding treaty on the responsibility of transnational companies – has cast a clearer light on the changes taking place in international law (whether private, business, criminal, or public) and the emergence of a new branch of law originating in North America - transnational law - seeking to reinvent the approach to the issue by focusing on the practices of legal actors: global lawyers, transnational corporations, NGOs, victims, etc. This case provides significant conceptual challenges: transnational law entails not only a change in the sources of international law, but the transformation of the methods of law themselves, i.e., of our practices, regardless of our fields (labor, environment, commercial law, etc.) or professions (legal practitioners, researchers).

KEYWORDS: Private international law, transnational law, law shopping, forum shopping.

RÉSUMÉ

Un cas pratique -la négociation actuelle à Genève du Traité dit contraignant sur la responsabilité des entreprises transnationales- permet de mieux comprendre l'évolution du droit international (privé, des affaires, pénal, public) et l'émergence de cette nouvelle branche de droit d'origine nord américaine - le droit transnational - qui tente d'en renouveler l'approche en privilégiant les pratiques des acteurs du droit : les global lawyers, les entreprises transnationales, les ONG, les victimes, etc. L'enjeu de ce cas du droit pour le penser est important : le droit transnational n'est pas qu'une modification des sources du droit international, c'est une transformation des méthodes du droit, c'est-à-dire de nos pratiques, et ce quels que soient nos objets (droit social, environnement, commercial...) ou nos professions (praticiens, chercheurs).

MOTS CLÉS : Droit international privé, droit transnational, droit commercial, forum shopping.

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

RÉF. G. Lhuilier, Le droit transnational, COMPTRASEC-WPS/2018/28, Avril 2018.

© COMPTRASEC - 2018
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

Le droit transnational

Le *droit transnational* est né dans la langue anglaise il y a presque soixante ans aux États-Unis sous la plume de Philip Jessup qui proposait dans un petit livre une nouvelle approche du droit international. Ce livre relativisait le rôle de l'État et de la Nation au fondement du droit international classique et esquissait une nouvelle conception d'un droit qui n'est plus réductible seulement au national ou à l'international, mais est désormais constitué d'une multitude de règles aussi bien d'origine privée que publique mobilisées par la pratique d'acteurs de plus en plus divers tels que les entreprises extractives transnationales, les organisations non gouvernementales de droits de l'Homme, les victimes environnementales, etc.

Ce résumé est un peu partial car le livre de Jessup n'est en effet pas très clair, et ressemble plus à un long article constitué de notes prises au jour le jour par un professeur qui était aussi juge à la Cour internationale de justice. Mais Jessup inventait alors – en anglais – l'expression de *Transnational law* et le droit transnational désigne alors depuis toutes les « règles » applicables concrètement à toute situation juridique qui dépasse les seules « frontières d'un État », quel que soit leur auteur ou leur nature juridique (public, privé, commercial, etc)¹.

Soixante ans plus tard, j'écris le premier livre en langue française consacré au Droit transnational aux éditions Dalloz, dans la collection méthodes du droit². Je fais cette fois non seulement le constat de nouvelles règles comme Jessup, mais aussi celui de l'émergence d'acteurs de plus en plus divers à coté des États et des organisations internationales, telles que les entreprises extractives transnationales, les ONG les victimes environnementales, etc.

Et surtout je fais le lien entre « règles » et « acteurs » : par des *legal strategy*, des « choix » de lois sont réalisés par les acteurs qui composent ainsi des espaces normatifs, espaces de règles de droit choisies. Et qui pour réaliser ces choix, les acteurs comparent les différentes règles en concours. C'est ce que je nomme la théorie des « espaces normatifs ».

Il y aurait ainsi un changement de paradigme de la pensée juridique, de l'interprétation de la règle par un juge étatique garant d'un ordre juridique au choix et à la comparaison de règles de droit par les acteurs qui composent ainsi très librement des « espaces normatifs » singuliers très divers selon l'espace géographique et humain qu'ils organisent.

Pour avoir une claire conscience de cette transformation du droit, il faut en avoir été l'acteur, il faut l'avoir pratiqué comme juge ou *global lawyers* ou expert international – et comme Jessup- ou moi même, avoir été profondément surpris par ces nouvelles figures du droit. Cette pratique transnationale nous a

1 « We... shall use the term *transnational law (TL)* to include all laws which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories », *op. cit. supra*. Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2.

2 G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Dalloz, col. Méthode du droit, 2016.

laissé “la bouche grande ouverte de surprise” selon l’expression de Jessup³. Mais il faut aussi avoir eu le courage, comme Jessup, de suspendre les théories traditionnelles d’un droit pensé à travers l’Etat, l’ordre et la règle. Alors seulement il est possible d’ouvrir son esprit à des théories alternatives, complémentaires et co-existantes que sont le « site », les choix, les liens, les « espaces normatifs» humains et géographiques et mouvants ...

Pour exposer le changement que réalise le droit transnational, qui est tout autant une transformation *du droit que de la pensée du droit*, je vais adopter double méthode.

D’abord une méthode de juristes, une méthode exégétique et un commentaire du texte du résumé du livre en 9 propositions qui se trouve en 4^e de couverture du livre (cf image 1).



Ensuite, comme une telle exégèse est impossible en quelques minutes, ou en quelques pages, j’adopterai une méthode plus philosophique. Et j’utiliserai le procédé rhétorique des « percepts » c’est-à-dire d’images qui résument des théories selon la définition de Gilles Deleuze⁴ car nous ne sommes pas seulement que des juristes !

Cette méthode – texte et images- permet d’évoquer simplement les quatre niveaux d’analyse du droit transnational : d’abord les formes nouvelles du droit positif, tel un grand contrat extractif. Ensuite, les pratiques des acteurs du droit telle que la création d’une commission d’enquête internationale ou des groupes de contrats par le *corporate* ou l’arbitrage international. Puis, la doctrine juridique qui tente de prendre en compte ces nouvelles formes du droit et de la pratique, tel le droit international privé qui tente de redéfinir des méthodes les plus traditionnelles, telle la localisation du contrat et se transforme profondément. Enfin l’épistémologie du droit, et la théorie des espaces normatifs ou ce nouveau paradigme d’un droit sans fondement autre que les liens entre les acteurs du droit.

3 “open-mouthed surprise” : « If those who are trained, particularly in our law schools and graduate schools of political science, are nourished on the pap of old dogma and fictions, it is not to be expected that they will later approach the solution of transnational problems with open-minded intelligence instead of open-mouthed surprise ». Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven Yale University Press, 1956, p. 108.

4 G. Deleuze, F. Guetari, *Qu’est-ce que la philosophie ?* Éditions de Minuit, 1991.

Juristes donc, et au cœur du droit positif. Mais pas seulement.

Commençons !

Citation 1 : « Le droit transnational analyse les pratiques des acteurs du droit que sont les États, mais aussi les entreprises transnationales, les ONG, etc.



Image 2

Ces « images » (image 2 supra) sont exemplaires de la « déterritorialisation » de la pensée nécessaire à la recherche sur le droit déterritorialisé.

Le 28 janvier 2008, une colonne de rebelles avait réalisé une incursion en territoire tchadien. Les combats dans la capitale ont été d'une violence extrême. Et des hommes en armes ont fait disparaître notamment Ibni Oumar Mahamat Saleh, le principal opposant au régime tchadien.

Quelles violences ont été exercées lors de ces journées ? Qui avait fait disparaître ces opposants politique : les rebelles Soudanais, le gouvernement tchadien ? L'armée française présente au Tchad ?

J'étais alors désigné par l'Union Européenne, la France, l'Allemagne, etc. pour organiser une Commission d'Enquête Internationale sur ces événements. Comment créer une telle commission d'enquête internationale ? Il n'existait aucun réel précédent de ces pratiques de Droit international public !

Cette pratique professionnelle nouvelle et qui relevait du droit international public, création d'une commission d'enquête internationale – n'était cependant pas très différente des autres pratiques du droit transnational que j'avais expérimentées en tant que privatiste, telles que la rédaction d'un grand contrat international ou la création d'un tribunal arbitral commercial international, voire la rédaction d'une sentence arbitrale etc.

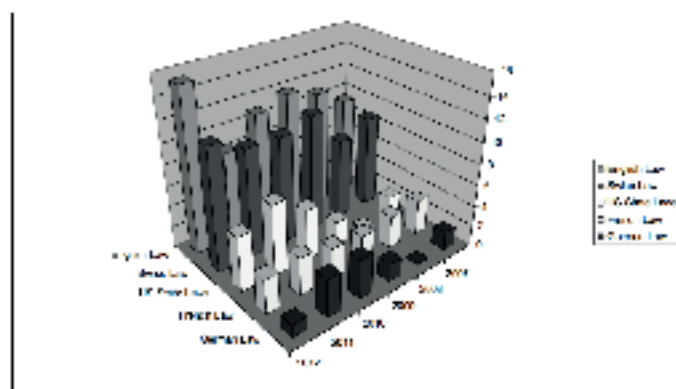
Il s'agissait d'une pratique de comparaisons des effets de droit que des choix de normes et de procédures diverses déjà existantes pouvaient entraîner pour créer une institution nouvelle qui réponde à un besoin transnational concret.

Pour rédiger les statuts de cette commission, j'ai alors emprunté à plusieurs sources comme le règlement intérieur de la Commission Internationale Humanitaire d'Établissement des faits ; ou l'arrêt

de la Cour internationale de Justice dite Affaire des activités armées sur le territoire du Congo – RDC c. Ouganda – du 19 décembre 2005 ou encore des articles du règlement d'arbitrage commercial de la CCI.

J'avais été élevé à la doxa du droit assimilé à l'Etat et du droit international comme droit de la société des Etats. Or dans ma pratique je construisais un OVNI de droit international public en déterritorialisant des normes internationales pour les appliquer sur le territoire de deux Etats.

J'étais alors obligé d'ouvrir les yeux sur ce qui était pourtant au cœur de ma propre discipline telle la loi nationale « dé-territorialisée » car choisie par les parties à un contrat ou les arbitres. Des objets très familiers telle la loi choisie par les parties dans un contrat international m'apparaissait alors dans leur fondamentale étrangeté de loi mouvante.



Les lois nationales choisies dans les contrats internationaux.
Source : G. Cuniberl, « The International Market for Contracts : The Most Attractive Contract Laws », 34 Nw.J. Int'l. & Bus. 2014, p. 473.

Image 3

La théorie du droit transnational trouve ainsi son origine dans un voyage, dans un décentrement de soi-même⁵ qui permet au juriste de comprendre le décentrement du monde. Il peut s'agir d'un décentrement intellectuel, prendre au sérieux la pratique juridique décentrement disciplinaire, il peut s'agir aussi d'un décentrement physique, d'un voyage réel, par exemple en Afrique. Certains juristes ont ainsi réalisé la « déterritorialisation » de la pensée décrite par Gilles Deleuze. Je cite « *se déterritorialiser, c'est quitter une habitude, une sédentarité, plus clairement, échapper à une aliénation, à des processus de subjectivation précis* »⁶.

⁵ Voir le résumé du débat organisé en 2015 par le réseau Meriden 180 de Cornell Law school, le réseau de chercheurs américains et asiatiques, sur « Arbitration : A Decentering Approach to the Study of Globalization ? », in <http://meridian-180.org/en/forums/forum-summary-arbitration-decentering-approach-study-globalization>.

⁶ G. Deleuze, F Guetari, *L'anti œdipe*, 1972, en même temps », G. Deleuze, F Guetari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Éditions de Minuit, 1991, p. 66.



Image 4

Comment échapper à nos processus de pensée du droit les plus traditionnels ? Un exemple : cette très belle image de femme d'Henri Matisse figure dans le livre de Merleau-Ponty, *L'Œil et l'Esprit*. Merleau-Ponty voit dans cette peinture de femme, le bras, le bras de l'artiste, le bras de Matisse, et écrit : « *C'est en prêtant son corps au monde que le peintre change le monde en peinture* »⁷. Pour Merleau-Ponty, la vision est une certaine « expérience » du monde et de l'espace de ce monde, dont le corps, les corps rendent compte.

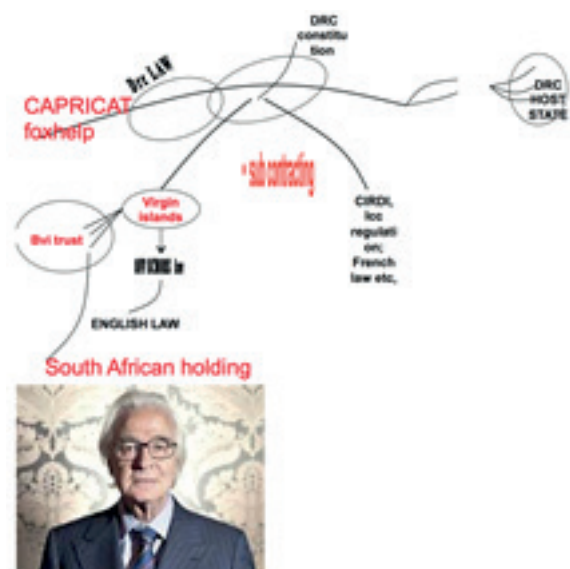


Image 5

Alors évidemment, les juristes ne sont pas des peintres. Voici le type de dessins que je réalisais lorsque j'étais consulté ou négociais des grands contrats internationaux, ici un contrat pétrolier. Les lignes sont des techniques de choix, et les rond les normes choisies. Les acteurs- entreprises transnationales, nationales, Etat-hôtes, *lawyers* mettent en oeuvre des pratiques professionnelles de choix de normes tel l'incorporation, les clauses de choix, l'arbitrage, la localisation physique, pour choisir des droits, nationaux ou internationaux. Et évidemment ces pratiques de choix sont indissociables de pratiques de « comparaison ».

⁷ Maurice Merleau-Ponty, *L'œil et l'esprit*, 1964.

Le droit transnational réalise ainsi un décentrement du regard, de la règle de droit – l’image traditionnelle du droit- aux techniques des juristes, le bras de l’artiste. *Voici ce que tente le livre, montrer la main des juristes qui opèrent comparaisons et choix et construisent des ensembles normatifs.*

Citation 2 Ce droit permet de rendre intelligible les règles de droit qui s’appliquent à des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui traversent les frontières nationales (Partie 1) ».



Image 6

Voici l’image des concessions territoriales de 12 contrats pétroliers et gaziers sénégalais dont je viens de faire dans le cadre du processus de l’ITIE- ce que l’on nomme « la revue critique ». J’ai réalisé un grille d’analyse des tableaux « comparatifs » permettant de systématiser les observations des 12 contrats⁸.

Image 7

⁸ Article « La revue critique des contrats pétroliers et gaziers sénégalais. Un résumé/ The critical review of the senegalese oil and gas contracts. An overview, in *International Business Law Journal*, Sweet & Maxwell, 2018, n°6. Voir le texte de la Revue (86 pages), in https://www.academia.edu/37475313/Revue_critique_des_contrats_petroliers_et_gaziers_Sénégalais

Regardons juste les clauses relatives à l'identification des parties : La moitié des sociétés extractives sont incorporées dans des paradis fiscaux (2B, 3A à 3D). Certaines de ces sociétés extractives n'ont pas d'adresses, ou n'apparaissent pas dans des recherches d'information par les pratiques les plus communes du commerce international. Cela est d'autant plus étonnant qu'il s'agit de contrats off shore et off shore profond qui demandent à la fois des connaissances techniques et une surface financière importante notamment en cas de pollution pour indemniser les victimes, qu'il est évidemment impossible de vérifier pour de telles sociétés off shore.

L'incorporation est souvent présentée comme un choix de la loi applicable de la société, un *law shopping* réalisé par le choix du lieu de la constitution. Elle est en réalité bien davantage qu'un simple choix de *lex societatis* : *tax shopping*, *liability shopping*, *criminality shopping*, *asset freezing*, *mystery shopping*, *freedom shopping*, *treaty shopping*, etc.

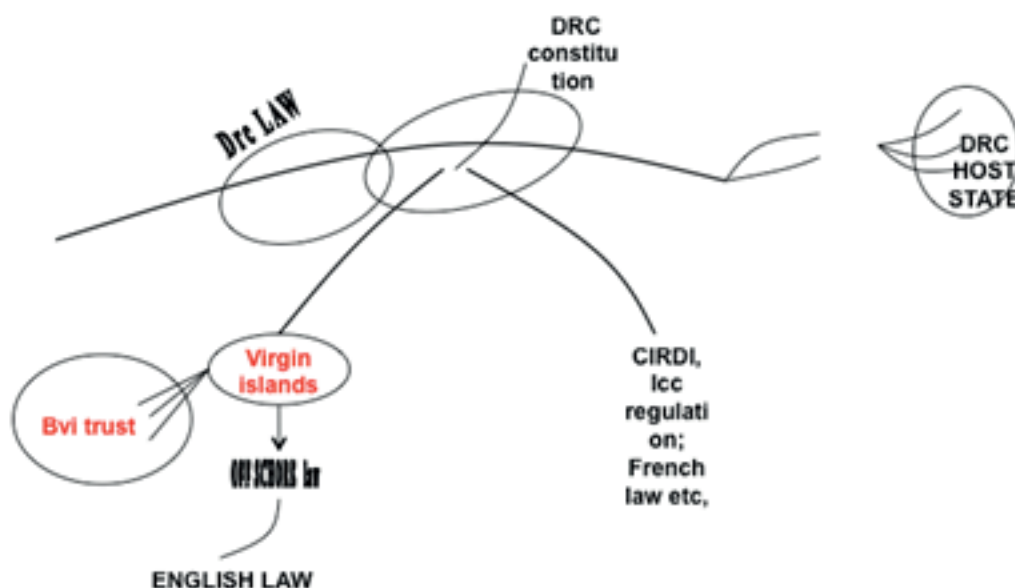


Image 8

Ce schéma montre ainsi qu'une même technique juridique – l'incorporation, le corporate- permet des choix de normes appartenant à presque toutes les branches du droit pourtant présentées séparément par la doctrine.

Cette méthode – suspension de la théorie et examen des pratiques et des stratégies des acteurs dans des situations incertaines – est celle qu'adoptent les chercheurs qui transforment aujourd'hui les sciences sociales⁹, et notamment les penseurs du *global turn* qui appellent à « penser global », c'est-à-dire à réaliser une critique épistémologique du « nationalisme méthodologique »¹⁰.

Le point de vue adopté pour identifier ces règles est « pragmatique », ou « praxéologique ». Non plus le point de vue de la source du droit abstrait et des « branches » de ce droit mais celui de l'application concrète du droit, de son « effectivité ». La source du droit est moins déterminante que son « extraterritorialité » effective.

9 B. Latour, *Reassembling the social : an introduction to actor network-theory*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005; traduction B. Latour, *Changer de société, refaire de la sociologie*, Paris, La découverte, 2006.

10 M. Wiewiorka, *Neuf leçons de sociologie*, Paris, 2008, Pluriel, Robert Lafont ; U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Aubier 2003 ; M. Wiewiorka, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?* Paris, Aubier, 2006 ; U. Beck, D. Levy, *Cosmopolitanized Nations : Reimagining Collectivity in World Risk Society*, FMSH-WP-2013-27, February 2012.

Ce basculement du point de vue caractérise le droit transnational : du droit créé par les États vers un droit mobilisé par des acteurs qui créent des espaces de normes –« *hybrid legal spaces* »¹¹ - applicables à leurs relations, Ce nouveau point de vue permet de constater la diversité des branches de droit mobilisées par les acteurs et de réaliser ainsi à partir des pratiques des acteurs une unification du droit international.

J'ai donc nommé « espace normatif » l'ensemble des règles résultant de ce processus de mobilisation des règles par les divers acteurs. Le droit transnational réalise ainsi une unification des diverses branches du droit international. Il rassemble ainsi les règles de droit affectées d'un caractère effectif de « transnationalité », qu'elles soient de droit privé, de droit des affaires, de droit pénal, ou de droit public. Mais il permet aussi de redéfinir chacune de ces branches ou brindilles du droit que sont les droit international privé, des affaires, pénal, public...

Citation 3 : « Le droit privé transnational fait disparaître la souveraineté de l'État en permettant aux personnes privées de choisir la loi nationale applicable à leurs rapports en se localisant juridiquement sans lien avec leur localisation réelle (Ch. 1) »

Image 9

Ces techniques de choix de la loi – *law shopping*, *mystery shopping*, *forum shopping*, *freedom shopping*, etc. – donnent désormais aux personnes privées le pouvoir de transformer le rapport traditionnel entre l'État et ses sujets, et entre la loi et les personnes privées.

Ce rapport qui était un rapport de souveraineté et d'assujettissement devient –par un renversement historique un rapport d'affinité, de choix, d'évitement par les acteurs privés ou publics qui réalisent un choix des règles de droit, de mode de résolution des litiges, et même d'ordre public et de hiérarchie des normes.

Les personnes privées peuvent choisir la loi étatique nationale applicable à leurs rapports et ainsi de se localiser juridiquement un peu partout sur la planète sans lien avec leur localisation physique réelle sur un territoire national.

11 Voir le travail emprunt de pragmatisme et de réalisme du professeur Philippe Jestaz sur les sources du droit qui classe l'acte juridique au nombre des sources de droit par son rattachement à la coutume bouleversant la distinction par trop académique entre fait et droit. Ph. Jestaz, *Les sources de droit*, Dalloz, 2015, 2^e éd.

Le droit international privé tente cependant aujourd'hui de se réinventer sous l'effet de la globalisation du droit. Les « acteurs privés » apparaissent aujourd'hui au centre du droit international privé. Pour certains auteurs le nouveau fondement du droit international privé serait désormais ce pouvoir qui est donné aux acteurs privés de choisir la juridiction et la loi applicables à leurs relations et non plus la volonté des États¹². Un basculement s'opère d'un droit stato-centré incarné par la figure du juge étatique, qui disait quel droit national est applicable, vers un droit décentré incarné par la personne privée qui choisit le droit national et international applicable à ses relations.

Le rapport entre l'autorité surplombante de la loi et la volonté privée s'est inversé, la réalité du droit international est celle d'une « impérativité désactivée » par les pratiques¹³ des acteurs de libre choix du for et de la loi, les incorporations, les délocalisations etc.

Pour les professeurs Horatia Muir Watt et Dominique Bureau, le droit international privé est désormais défini comme « le régime des *rappports que les acteurs privés peuvent nouer par-delà les frontières étatiques* »¹⁴, définition qui semble directement inspirée de la conception du droit transnational de Jessup¹⁵.

J'ai proposé de nommer ce droit nouveau de droit privé transnational. En premier lieu la notion même de règle de conflit est transformée.

L'idée est simple : ce ne sont plus les juges étatiques qui « localisent¹⁶ » les rapports juridiques transnationaux factuels des personnes privées pour les rattacher à un ou plusieurs ordres juridiques selon la théorie de Batiffol. Ce sont au contraire les personnes privées qui se localisent juridiquement pour choisir –et imposer au juge- les ordres juridiques nationaux sous lesquels ils souhaitent inscrire leurs relations transnationales.

Il s'agit d'une recherche des règles potentiellement applicables, de par la comparaison des effets pratiques que l'application des règles entraînerait et, enfin, de l'adoption d'un choix par l'utilisation de techniques de choix de règles de procédures ou de règles de fond. Le *forum shopping law shopping* mais aussi de bien d'autres techniques, celles issues par exemple du droit des sociétés ou financier (coporate finance).

Une typologie des règles de conflit est proposée car trois techniques permettent la réalisation de tels choix.

D'abord la technique de « localisation contractuelle » par clauses de for, clauses de lois applicables, clauses d'incorporation de règles matérielles, contrats de procédure, en raison du principe d'autonomie qui prévaut tant pour les règles de procédures que les lois matérielles.

12 Voir Ch. Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, Académie de droit international de La Haye-Poche, 2013.

13 D. Bureau, H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP* 2009, n°61, p.1 ; D. Bureau ; « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Perruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2009, p. 77 ; H. Muir Watt, L. Radicati di Brozolo, « Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World », *Global Jurist*, 2004, t.1, p.4,

14 D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, T. I, Partie générale*, PUF, Thémis Droit, 2014 p. 1.

15 « Je dois utiliser » écrit Jessup « le terme « droit transnational » pour inclure toutes les règles juridiques qui encadrent les actions ou événements qui dépassent les seules frontières nationales. Ce terme inclut le droit international public et le droit international privé, mais aussi d'autres règles qui ne rentrent pas dans cette *suma divisio* du droit international » traduction de : « *I shall use the term 'transnational law' to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories* », Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University press, 1956, p. 2.

16 Mais aussi H. Batiffol, « Le rôle de la volonté en droit international privé », A.P.D. 1957, p.71 ; H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Maury*, t. I, p. 39 s. ; H. Batiffol, « Problèmes des contrats privés internationaux », 2 fasc., Paris, *Cours IHEI* 1961-1962 ; H. Batiffol, « La loi appropriée au contrat », in *Mélanges Goldman*, p. 1 s., etc.

Ensuite, la technique de la « localisation physique » par incorporation de filiales, délocalisation, sous-traitance, *joint ventures*, accords de coopération, de distribution, de savoir faire, etc., pour choisir les règles procédurales ou matérielles d'application territoriale qui échappent au principe d'autonomie.

Enfin, la technique de la « localisation hiérarchique » par choix d'une hiérarchie des normes en vigueur dans tel ou tel ordre juridique étatique ou dans un système international d'arbitrage, soit commercial, soit d'investissement, par le choix d'un ordre juridique contractuel par négociations, médiations, ou transactions etc., par le choix de localisation d'un arbitrage, d'un lieu d'exequatur ; etc pour bénéficier du rapport singulier entre les normes de droit organisé par la hiérarchie choisie.

Ces trois techniques permettent aux acteurs privés transnationaux de déterminer l'espace des normes applicables à leurs relations, mais aussi de contrôler les rapports entre les normes désignées.

Ces « espaces normatifs » sont ainsi constitués de normes déterritorialisées, en marge, ou se superposant aux ordres juridiques nationaux et à l'ordre juridique international.

L'« espace normatif » est ainsi une *méta* règle de conflit qui donne cohérence aux diverses techniques de choix de normes.

Citation 4 « Le droit transnational des affaires -droit des marchands- reste lié aux États qui en assurent l'effectivité (Ch. 2) »

Image 10

Les clauses des contrats sénégalais renvoient à la loi sénégalaise de l'époque de la signature *freezing clause*, mais aussi à des nombreuses reprises aux « usages pétroliers ».

Les litiges relèvent d'un arbitrage international d'investissement soumis au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, dont le lieu sera la France.

La question du droit applicable sera régie par l'article 42 de la Convention C.I.R.D.I. le choix de loi exprimé par les parties dans le contrat, et en l'absence d'un tel choix par le droit national du pays-hôte mais surtout «les principes de droit international en la matière ».

La jurisprudence arbitrale applique en effet le droit international pour combler les lacunes du droit national

et en corriger le résultat si ce dernier lui est contraire. Rôle complémentaire et *correcteur* du droit international dit-on¹⁷.

Concrètement il ne restera plus grand chose du droit Sénégalais dans une sentence qui sera définitive et irrévocable, immédiatement exécutoire et sans contrôle donc de l'ordre public !

Car les arbitres appliqueront les règles coutumières du droit de la responsabilité du droit international public, la codification sans portée normative opérée par la Commission du Droit International des Nations Unies (C.D.I.) dans ses « Articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ».

Les contrats du commerce international ou l'arbitrage international actuel ressemblent ainsi aux pratiques des marchands qui, au Moyen-Âge, avaient pour usage de se réunir dans de grandes foires où ils se trouvaient « détachés » du droit commun applicable sur le territoire seigneurial ou royal, et seulement soumis à une loi spéciale qu'ils avaient créée.

Cette actualisation de la question de l'autonomie normative des marchands est nommée théorie moderne de la *lex mercatoria*¹⁸, élaborée essentiellement par Berthold Goldman et Clive Schmitthof¹⁹. Cette théorie pense l'autonomie du droit du commerce international qui aurait créé une société des marchands avec son propre juge, le tribunal arbitral, – juridiction privée instituée par un contrat en dehors du cadre national – et ses propres règles, le « droit spontané », développé à partir des usages, coutumes, et principes généraux issus de cette société.

Pour la doctrine, la *lex mercatoria* est souvent synonyme de droit transnational²⁰ et même d'ordre juridique transnational²¹. Les États ont en effet cédé aux acteurs privés la possibilité de créer des règles de droit et de sanctionner leur inapplication par des juridictions privées.

17 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon*, 3 mai 1985, ICSID Reports, vol. 2, pp. 95 ss, no. 69 *Journal du droit international* (Clunet), vol. 114, no. 1, p. 163ss, 1987 ; *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, 16 mai 1986, ICSID Reports, vol. 1, pp. 509ss, nos. 20-22, *Journal du droit international* (Clunet), vol. 114, no. 1, p. 175ss, 1987.

18 Voir spécialement R. Michaels, "The True Lex mercatoria: Law Beyond the State", *Ind. J. Global Leg. Stud.*, 2007, 14 p. 447 mais aussi contra, E. Gaillard, « Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journal du Droit international*, 1995, n° 1, p. 4. Voir aussi par exemple pour retracer la controverse, J.-D. Bredin, « La loi du juge », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Bertold Goldman, 1982 ; The Rt. Hon. Lord Justice Michael Mustill, "The New Lex mercatoria: The First Twenty-Five Years", *Arb. Int'l*, 1988, n° 4 p. 86 ; Ch. Pamboukis, "Lex mercatoria: An International Régime Without State ?", *Revue Hellénique de Droit International*, 1993, n° 46, p. 26. Pour un historique complet voir : Ph. Kahn, « la lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », *Revue de droit de McGill*, 1992, vol. 37, p. 413.

19 C. Schmitthoff, « The Unification of the Law of International Trade », *J. BUS. L.*, 1968. p. 105 ; B. Goldman, *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Helbing & Lichtenhan, 1993 ; B. Goldman note sous Civ. 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Société Primary Coal Inc.*, JDI 1, 1992, p. 178 ; B. Goldman note sous C. Paris, 13 juillet 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland c/ Société Primary Coal Ltd*, JDI 2, 1990, p. 433 ; B. Goldman « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979, p.475 ; « Frontières du droit et "*lex mercatoria*" » APD, Tome IX : Le droit subjectif en question, Sirey, 1964, p. 177 ; B. Goldman, *Lex mercatoria*, nov. 1983, n° 3 *Forum International*, p. 3.

20 Voir E. Gaillard, *op. cit.* infra, mais aussi, parmi bien d'autres, H. Grigera Naón, "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" in N. Horn and C. Schitthoff, (ed.), *The transnational law of international commercial transaction*, Kluwer, 1982, p. 89.

21 «... ensemble de règles spécifiques et d'organes aptes à les appliquer... qui émerge de la formation de l'activité d'un groupe social lui-même spécifique », B. Goldman, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : L'affaire *Norsolor* », *Rev. arb.*, 1983, p. 379.

Une autre interprétation de ces normes des marchands transnationaux est cependant possible. Pour le professeur John Ruggie, apparaît une « nouvelle *lex mercatoria* »²² qui intègre désormais les droits de l'Homme dans les règles de droit international privé applicables aux contrats internationaux. Les *global lawyers* incorporent en effet de plus en plus souvent dans les contrats internationaux une clause de « renvoi » aux Pactes de droits de l'Homme facultatifs, créés par les institutions internationales à destination des entreprises transnationales tels les principes directeurs de l'ONU, Certaines de ces règles sont élaborées au sein d'organisations internationales comme l'O.N.U. qui a créé le « Pacte mondial ». D'autres regroupent différentes parties – entreprises, gouvernements, O.N.G., ou syndicats – telle l'initiative pour la transparence dans les entreprises extractives – l'I.T.I.E. Des codes d'éthique, d'une charte éthique ou d'un code de conduite etc., sont aussi élaborés par les entreprises. Parfois ces textes prennent la forme d'accords-cadres internationaux -A.C.I.- avec des fédérations syndicales mondiales dont les parties s'engagent à respecter les droits du travail au sein de l'ensemble des opérations de l'entreprise à travers le monde que ce soit directement ou par sous-traitance. Or ces soft law sont souvent des renvois à des normes impératives pour les Etats seulement (traité PIDESC, directives OIT, etc)

Ainsi, cette inclusion des normes de *soft law* en loi du contrat est aussi une transnationalisation de normes internationales qui rend impératives aux sociétés transnationales des règles de droit international public qui ne s'adresse en théorie qu'aux Etats.

Ainsi, peu à peu, les questions techniques – telles les clauses de choix de la loi dans les contrats – deviennent des questions politiques²³, les « gouvernements privés » que constituent les grandes entreprises réticulaires participant désormais à la régulation juridique du monde. Ces diverses régulations de la new *lex mercatoria* ont en effet été créées pour lutter contre les manquements des États aux obligations découlant du droit international public qui leur fait obligation d'appliquer le droit international aux entreprises transnationales.

Le droit international des affaires n'est donc pas univoque. Le *droit transnational des affaires* est ce droit applicable aux relations d'affaires transnationales qui élabore aujourd'hui le nouveau « contrat social » mondial. En effet, si ce droit est parfois élaboré partiellement par les personnes privées – c'est un droit dont les États ne disparaissent pas. Un *droit transnational des affaires* apparaît qui n'a plus l'État ou le territoire comme critère de formation et d'application mais qui, bien loin d'être un droit des marchands, est indissolublement lié au droit des États dont les normes sont choisies par les parties et dont les États en assurent l'effectivité.

Il reste que ces techniques s'analysent encore une fois comme des « choix » de règles internationales par des personnes privées qui s'engagent à les appliquer. Pour la doctrine contemporaine la *lex mercatoria* serait donc en réalité un simple mode de raisonnement comparatiste. Emmanuel Gaillard, dans son livre « Aspects philosophiques de l'arbitrage international »²⁴, affirme que la *lex mercatoria* est moins un corps de règles matérielles que la méthode des arbitres qui consiste à comparer les diverses règles de droit en concours, et à choisir celle qui convient le mieux à la solution de l'affaire en cause. La méthode des arbitres se substituerait à la méthode des juges étatiques. Et la méthode du droit transnational se substituerait à la méthode conflictualiste. Cette approche nouvelle de la *lex mercatoria* et de l'arbitrage s'écarte des théories classiques qui ne pensent le droit transnational qu'à travers l'ordre juridique. Elle transforme totalement la question de la *lex mercatoria*

22 Sur ce mécanisme technique, voir J. Ruggie, J. Sherman, “Adding Human Rights Punch to the New Lex mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice”, *Journal of International Dispute Settlement*, à paraître : <http://ssrn.com/abstract=2657885>. Sur sa signification et la définition de la new *lex mercatoria* comme l'institutionnalisation de l'arbitrage et des règles professionnelles comme mode de gouvernance mondiale, voir : A. S. Sweet « The new Lex Mercatoria and transnational governance », *Journal of European Public Policy*, 2006, n°13, 5, p. 627.

23 Ainsi que le souhaitent les tenants des “*postcritical*” *international law*. Voir *supra*, chapitre I, introduction, et pour aller plus loin, R. Michael, “Post-Critical international law : From politics to technique”, in H. Muir-Watt, D. P. Fernandez Arroyo, (dir.), *Private international law and Global governance*, Oxford, 2014, p. 54.

24 E. Gaillard, *Aspects philosophique de l'arbitrage International*, Poche-Académie de droit international de La Haye, 2008.

qui est désormais pensée comme une pratique détachée des ordres juridiques.

Citation 5 : « Le droit pénal transnational s’applique lui aussi en dehors du cadre territorial national traditionnel du droit pénal (Ch. 3) »

The image shows a screenshot of a spreadsheet application, possibly Microsoft Excel or Google Sheets. The spreadsheet is filled with data organized into columns and rows. The columns are labeled with various categories, and the rows contain numerical and text data. The spreadsheet is viewed from a slightly elevated angle, showing the grid lines and the overall layout of the data.

Image 11

Les contrats sénégalais montrent la pratique systématique de *liability and criminality shopping* : les montages *corporate* font par exemple que les sommes « consignées » sur un compte de la société extractive pour réaliser une dépollution en fin d’activité risquent fort d’avoir disparu le jour de la cessation d’activité. Et en cas de pollution pétrolière *offshore* les sanctions pénales ne seront pas prononcées, et les milliards dédiés à la dépollution ou à l’indemnisation des victimes ne seront probablement jamais versés par des entreprises elles-mêmes *offshore* dont la solvabilité ou/et les réels propriétaires sont inconnus.

Alors que droit pénal est dit bien trop rapidement territorial l’idée droit pénal transnational s’impose dans la pratique.

En premier lieu, le choix de droit pénal : *criminality shopping*. Lorsque le lien entre la société mère et l’acte à l’origine du dommage n’est qu’indirect, le principe de la personnalité juridique et le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions des personnes morales inhérent au droit des sociétés, rend presque l’imputation à la personne de la société mère de l’entreprise multinationale d’une responsabilité pour les actes d’autres personnes que sont une filiale ou d’une autre entité de sa chaîne d’approvisionnement.

En créant des entités juridiques distinctes, la société mère échappe ainsi à la responsabilité pénale ou civile. Incorporer une filiale dans le pays hôte, la sous-capitaliser ou introduire entre la société mère et la filiale un *trust*, constitue pour une société transnationale un moyen très simple d’échapper tant à la responsabilité pénale qu’à la responsabilité civile. Ces choix de droit pénal applicable sont au cœur des pratiques de *corporate*.

En second lieu, naît en réaction un droit pénal extraterritorial pour cette criminalité transfrontalière : un droit pénal extraterritorial.

Ce droit pénal extraterritorial trouve des fondements de plus en plus nombreux : la compétence universelle, mais aussi la personnalité active, la personnalité passive, ou la complicité par instigation, les *due diligence*,

le devoir de vigilance permettent à un État de réprimer des crimes et délits commis en dehors de son territoire. Des juridictions pénales interétatiques existent aussi – telle que la Cour pénale internationale, ou les tribunaux internationaux pénaux *ad hoc* – qui par définition ne sont pas liés par le critère territorial étatique de compétence, etc.

Partie 4 du projet de traité transnational : mesures de prévention



Image 12

Cette compétence pénale, dite alors extraterritoriale, est subsidiaire de la compétence territoriale de l'État où est localisé le délit.

Bref, un nouveau droit pénal émerge peu à peu, que l'on pourrait qualifier de « transnational » en ce qu'il s'applique concrètement aux sujets de droit dès lors qu'existent des situations de traversée de frontières. Ce terme de droit pénal « transnational » rassemblerait ainsi les deux « branches » traditionnellement distinctes que sont le « droit pénal international » et le « droit international pénal ».

Ce droit pénal ou civil tend à ce que les entreprises transnationales aient une obligation personnelle de veiller à l'application du droit pénal et du droit international par leurs sociétés filiales ou leurs sous traitants. Dans l'examen de l'imputabilité des actes délictueux ou la recherche d'indemnisation des victimes de ces actes, il n'est plus tenu compte seulement de l'organisation juridique du groupe de sociétés, mais aussi de la réalité des relations économiques et professionnelles, ainsi que de la nature de l'acte incriminé, bref de l'existence d'une sphère d'influence, du pouvoir d'une entreprise sur une autre.

Ce droit pénal transnational est donc un droit de la responsabilité pénale en raison du pouvoir exercé sur autrui, qui les analyse selon la criminologie d'entreprises étudiée par Sutherland, crime commis par et pour l'organisation économique²⁵.

25 E.-H. Sutherland, et D. R. Cressey, *Principes de criminologie*, Sirey, 1966, p. 85 à 108 ; D. R. Cressey, Why managers commit fraud, Australian and New Zealand, *Journal of Criminology*, 1986, p. 195.

Citation 6 : « Un droit public transnational naît qui déconstruit la séparation entre droit national et international, de nouveaux acteurs contribuant à l'émergence d'un droit « déterritorialisé (Ch. 4) »



Image 13

L'exemple sera encore celui du traité contraignant sur la responsabilité des entreprises transnationales qui se négocie depuis 3 ans à Genève. Certains acteurs négocient une responsabilité personnelle des sociétés mère pour défaut de vigilance des actions de leurs filiales ou co contractants, qui s'appliquerait « directement » aux sociétés transnationales. Premier traité « transnational » qui organiserait « l'effet direct vertical » et « horizontal » du droit international.

Nouveauté car dans la conception classique du droit international public, les individus – les personnes privées – ne sont pas des sujets du droit international public, n'ont ni capacité juridique internationale ni de personnalité juridique internationale car la société internationale n'est composée que d'États, et d'organisations internationales. Les individus sont seulement les « bénéficiaires » du droit international si les États qui ont la pleine compétence sur leur territoire acceptent de donner un effet dans leur ordre interne aux règles internationales : les États font « écran », dit-on, à l'application du droit international aux individus.

Aujourd'hui, les États et les organisations internationales perdent donc le monopole de la personnalité juridique, même si tous les sujets de droit n'ont pas la même personnalité juridique internationale.

- Les individus peuvent parfois saisir les États eux-mêmes sur le fondement de la « compétence universelle », qui jugent alors des personnes ayant commis des « crimes internationaux », et ce, sans rattachement de nationalité.

- Les personnes privées peuvent aussi parfois saisir certaines organisations internationales régionales qui accordent ce droit aux individus de saisir directement leurs juridictions telles la Cour interaméricaine, ou la Cour européenne de justice.

- Des victimes peuvent seulement « informer » le procureur de la CPI de faits qui pourraient nécessiter l'ouverture d'une telle enquête.

- Des entreprises peuvent saisir une justice internationale arbitrale et faire condamner un État devant les cours et tribunaux d'arbitrage international institués par la convention internationale de Washington de 1965 ou par un traité d'investissement.

Ainsi le droit international actuel est lui aussi plus étendu que le droit international classique pensé traditionnellement comme le droit des États et des organisations internationales. Ce droit public international nouveau traduit l'importance grandissante de personnes privées dotées d'une capacité désormais transnationale qui leur permet d'agir pour donner une « effectivité » au droit.

La conception traditionnelle de l'application du droit international public est ainsi bouleversée. Certes les personnes privées, les victimes, les O.N.G., les transnationales ne sont peut-être pas des « sujets » de droit international public de plein exercice car les textes de droit international public ne s'adressent le plus souvent qu'aux États, à charge pour eux de les faire respecter à leurs ressortissants personnes privées ou sur leur territoire national. Les obligations du droit international public n'engagent donc en théorie que les États. Les personnes privées peuvent en demander l'application devant les juridictions de droit interne de l'État en cause (effet direct). Voici pourquoi « le droit international pénètre au cœur même du sanctuaire de la souveraineté » selon l'expression de Michel Virally²⁶.

Mais émerge en pratique désormais un « espace normatif » transnational de débats et de procédures dit transnationalisation par le professeur Kho, grâce notamment à la possibilité de la saisine des organes onusiens par des personnes privées transnationales, ou par la saisine de juridictions internationales régionales ou par de nouvelles législations nationales visant à faire appliquer les résolutions de l'O.N.U. par des entreprises transnationales à l'aide de mécanismes de droit privé, comme les clauses sociales dans les sous-contrats de fourniture ou les mécanismes incluant des certifications privées etc.

Reculé ainsi le double principe définissant le droit international public classique c'est-à-dire le principe d'un droit public international s'imposant seulement aux personnes étatiques et le principe d'application territorial de la loi étatique.

Le droit public dit inter-« national » se transforme ainsi car le droit positif de la mondialisation déconstruit la séparation fondatrice – *summa divisio* – en droits étatiques nationaux et droit international, en faisant apparaître de nouveaux « acteurs » et « forums » globaux, de nouveaux modes mixtes de création et d'application du droit, bref un droit « déterritorialisé ».

Le droit international connaît ainsi une « révolution silencieuse qui lui permet de mieux répondre aux défis de la mondialisation économique et de l'affaiblissement de la capacité de régulation de l'État »²⁷. Le professeur Dominique Carreau, suggèrent alors d'abandonner l'expression « droit international » : « Pour notre part, nous adopterons la conception du professeur et ancien juge américain à la CIJ, Jessup, qui caractérise le droit international contemporain comme étant le “droit transnational” ».

26 M. Virally, *Cours général de droit international public*, Rec. cours La Haye 1983, t. 183, p. 124.

27 O. De Schutter, *Entreprise et violation des droits de l'Homme*, FIDH 2010, p.5.

Citation 7 : « Le droit transnational a aussi pour intérêt de présenter les méthodes des acteurs qui mobilisent les règles de droit par ce processus transnational (Partie 2). La pratique des professionnels du droit à l'œuvre par exemple dans les contrats ou l'arbitrage international consiste en des techniques de choix de lois : forum shopping, law shopping, treaty shopping, etc. (Ch.1) »

Ce droit transnational pragmatique permet aussi de renouveler le rôle de la doctrine juridique, non plus systématisation des règles de droit applicable, mais systématisation des méthodes de choix du droit.

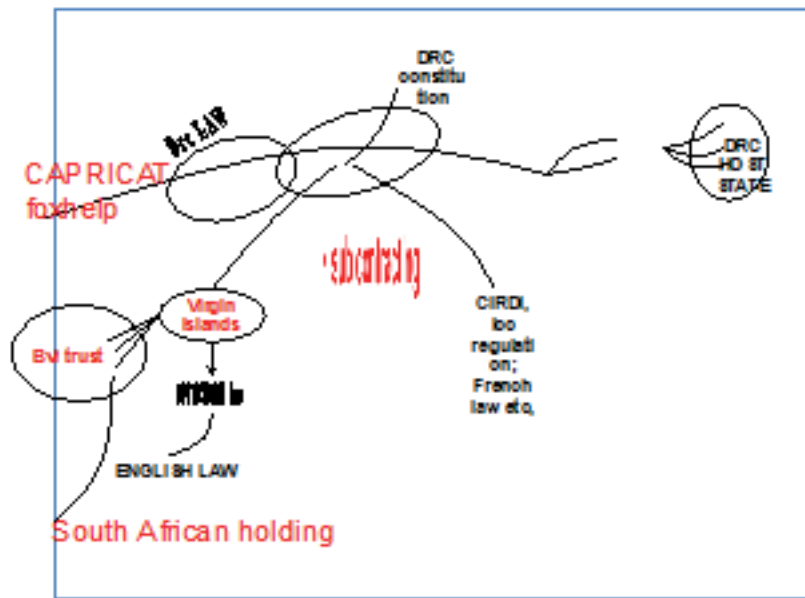


Image 14

Les schémas des grands contrats extractifs – ici pétroliers- illustrent parfaitement l'affirmation d'Emmanuel Gaillard²⁸ selon laquelle « Les règles transnationales résultent d'une méthode et non d'une liste »

Pour un nombre de plus en plus important d'auteurs tels que Peer Zumbansen, G-P. Calliess, Jean-Marc Sauvé²⁹, le droit transnational se définit par ses méthodes.

C'est la grande idée d'Emmanuel Gaillard : la *lex mercatoria* pas des règles mais une méthode.

L'idée est admise aujourd'hui tant dans les *law firms* qu'à la *Harvard law school* que la maîtrise de ces méthodes communes à la communauté de juristes globaux est plus importante que la connaissance d'un droit national voire d'un système juridique de *Common law* ou de droit continental³⁰. Ce savoir n'est pas appris à

28 E. Gaillard, « Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995, n° 1, p.22.

29 P. Zumbansen, « Transnational Legal Pluralism », *CLPE Research Paper* N° 01/2010, p. 141. G-P. Calliess, « Law, Transnational », *CLPE Research Paper series*, paper 35/2010, vol. 06 N°8. J.-M. Sauvé, « Les acteurs français dans la mondialisation du droit », www.conseil-état.fr, Paris, 2011.

30 J. Flood & P. D. Ledere, « Becoming a cosmopolitan lawyer », *Fordham Law review*, 2014, Vol. 80, p. 2513.

l'Université mais dans les *global law firms* et les entreprises transnationales³¹.

Les praticiens du droit ont depuis longtemps fait le constat que le juriste « global » -qu'il soit formé dans la *Common law* ou dans le droit continental- est celui qui partage un savoir juridique particulier, celui de la pratique professionnelle globale, de la pratique des *global law firm*.

Image 15

Une doctrine de « semi praticiens » pour reprendre l'expression de Philippe Jestaz peut alors apparaître.

Les praticiens du droit transnational comme les lawyers qui travaillent dans les *global law firms* sont insérés au sein d'une « communauté professionnelle » transnationale. Leurs pratiques juridiques comme le *corporate* c'est-à-dire les montages transnationaux de groupes de sociétés ou l'arbitrage commercial international ont en commun de réaliser une « approche stratégique » du droit et vise à connaître, puis comparer, et enfin choisir les règles applicables à une situation juridique par divers procédés de *forum shopping* et *law shopping*, créant ainsi des espaces normatifs propres.

Un certain nombre de pratiques peuvent être systématisées par la doctrine transnationale, par exemple :

- Forum shopping/course aux tribunaux/choix par une partie du juge compétent pour trancher un litige/choix du juge non parce qu'il est le for le plus approprié, mais parce que les règles de conflits de lois que ce tribunal utilisera mèneront à l'application de la loi qui lui convient le mieux/ensemble des choix de procédure par les parties à un litige c'est-à-dire les choix de règles procédurales qui peuvent influencer la solution du litige et avoir des effets sur le droit matériel applicable.

- Forum shopping pénal/saisine des juridictions de l'État dont la loi pénale est la plus à même de saisir les actes d'une entreprise extractive transnationale.

- Choix d'ordre public/localisation par les acteurs privés leurs activités ou de leur litige dans un ordre juridique national pour bénéficier des dispositions d'ordre public de cet ordre national ou international.

31 Voir la dean de la *Harvard law school* : M. L. Minow, « Making global lawyers for the 21 st Century », Keynote Address to the FutureEd 2 Conference at Harvard Law School, *A Blue Paper, Harvard Law school*, 2011 ; D. Wilkins, « Making Global Lawyers: Legal Education, Legal Paradox, and the Paradox of Professional Distinctiveness », discours donné à l'occasion de sa nomination comme « Lester Kissel Professor of Law », Harvard Law school.

- Choix de hiérarchie normative/localisation par les acteurs privés, de leurs activités ou de leur litige dans un ordre juridique national ou international pour bénéficier de la hiérarchie des normes de cet ordre c'est-à-dire du rapport entre règles de droit organisés par cet ordre.

Citation 8 « théoriciens et épistémologues du droit transnational élaborent la théorie de l'« espace normatif » qui renverse la pyramide normative kelsennienne, les acteurs réalisant par leur legal strategy des choix de juridictions, de lois, mais aussi d'ordre public et de hiérarchies normatives. (Ch. 2 et 3).

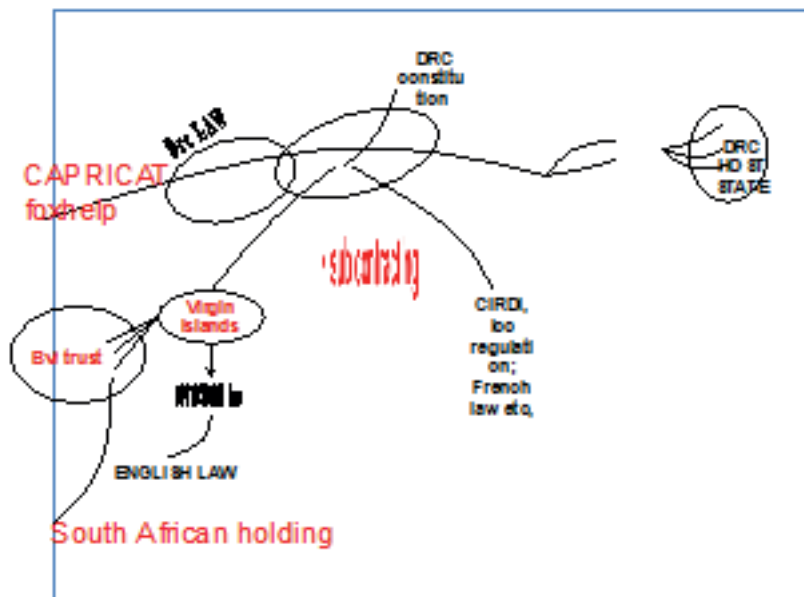


Image 16

Une communauté de professeurs de droit a élaboré des théories du droit transnational tout un corpus d'études sur la mondialisation du droit.

Des *transnational studies* aux *global studies*, en passant par le droit comparé, ces théories ont pour point commun de décrire la circulation mondiale des droits et le progressif métissage ou créolisation du droit mondial, des nouveaux ordres juridiques ou espaces normatifs transnationaux se superposant aux ordres juridiques étatiques.

Leur méthode pourrait être résumée là encore par une approche « praxéologique », c'est-à-dire par une étude des pratiques des acteurs et non plus par l'élaboration des théories de l'État.

Certains pensent le nouveau avec l'ancien : ainsi, pour l'école du *New legal pluralism*, cette pluralité de *normative community* du monde transnational doit être pensée à l'aide du pluralisme inventé par les anthropologues pour concilier les ordres juridiques nationaux coloniaux et les formes de droits colonisés ou traditionnels en Afrique³².

32 "... instead of trying to stifle conflict either through an imposition of sovereigntist, territorially-based, prerogative or through universalist harmonization schemes, communities might sometimes seek (and increasingly are creating) a wide variety of procedural mechanisms, institutions, and practices for managing, without eliminating, hybridity", P. S. Berman, « Global Legal Pluralism », *Southern California Review*, 2007, Vol. 80, p. 1155 ; *Princeton Law and Public Affairs Working Paper* No. 08-001.

D'autres, de plus en plus nombreux, auteurs tels Peer Zumbansen³³, Graf-Peters Calliess³⁴, Harold Hongju Kho ou Benoît Frydman esquissent des théories qui n'ont pas besoin du « constitutionnalisme », de l'« ordre juridique », fût-il plural, de la loi « territoriale » ou de l'État, et construisent des théories qui pensent « autrement ».

On a vu l'exemple d'Emmanuel Gaillard, pour qui la *lex mercatoria* n'est qu'une méthode, celle des arbitres internationaux qui choisissent le droit applicable à une situation transnationale en comparant les différents droits en concours (droit américain, continental, chinois, etc.) pour appliquer celui qui apporte la meilleure solution à une question concrète. On a vu aussi les auteurs mélangeant -la *lex mercatoria* et le *global constitutionalism*- et élaborant la théorie de la *new lex mercatoria*³⁵ tels John Ruggie ou Alec Stone Sweet qui constatent que l'institutionnalisation de l'arbitrage international et des règles créées par les entreprises transnationales et les organisations internationales fait naître ce qu'ils nomment la nouvelle gouvernance mondiale.

De ces nouvelles théories de la mondialisation semblent alors émerger la théorie des « espaces normatifs » qui décrit au plus près les formes nouvelles que prend le droit positif de la mondialisation comme le contrat du siècle sino-africain. Ce terme d'« espace normatif » restait cependant à définir afin de lui donner une dimension opératoire.

J'ai donc défini un « espace normatif » comme un « site », c'est-à-dire un « lieu » non géographique, mais humain, où des acteurs réalisent par leurs techniques des agencements singuliers composés de normes orientées par leurs représentations.

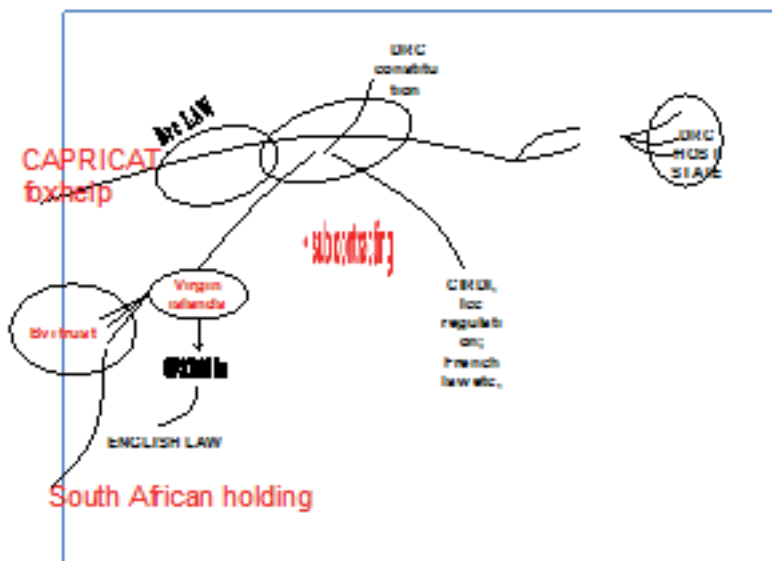


Image 17

- Un « site » (0) est un niveau d'analyse de la mondialisation du droit, tels que les grands contrats internationaux, les commissions d'enquêtes internationales, les agences de notation financière. Benoit Friedman dans son article « Penser la mondialisation », en pratique, à l'émergence et à la montée en puissance de nouveaux

33 P. Zumbansen. « Transnational Legal Pluralism », *Transnational Legal Theory*, 2010, Vol. 10, No. 2, pp. 141-189, 2010 ; *CLPE Research Paper* No. 01, 2010.

34 G-P. Calliess, « Law, Transnational », *CLPE Research Paper*, N° 35, 2010.

35 A. S., Sweet « The new Lex Mercatoria and transnational governance », *Journal of European Public Policy*, 2006, n°13, 5, p. 627 ; J. Ruggie, J. Sherman, « Adding Human Rights Punch to the New Lex mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice », 8 septembre 2015, *Journal of International Dispute Settlement*, à paraître : <http://ssrn.com/abstract=2657885>.

dispositifs de régulation, adossés à de nouveaux « points de contrôle », qui mettent en œuvre des normes de formes différentes des règles juridiques classiques, notamment de types technique et managérial. Le site n'est donc aucunement un lieu géographique, mais le lieu où des acteurs, par des techniques et des représentations, choisissent des normes diverses, par exemple le « site » du grand contrat pétrolier sénégalais.

- Des « techniques juridiques » (1) par lesquelles les acteurs choisissent les règles de droit : ce choix peut se réaliser par des techniques de *law shopping*, au sens donné par une nouvelle doctrine³⁶, qui désigne tous les mécanismes de choix de la loi applicable au fond du litige.

Ce choix peut en effet être réalisé par une localisation physique, telle la technique du *law shopping*. Ce choix peut être lui aussi réalisé par une localisation physique, contractuelle, ou une localisation dans une hiérarchie normative³⁷ : les techniques changent ainsi de statut dans la théorie juridique.

- Les « règles de droit » choisies par ces acteurs (2) : la liste est longue et comprend des conventions internationales, des lois nationales de procédure ou substantielles, des règlements institutionnels procéduraux d'arbitrage ou d'usage commerciaux, des codifications privées ou *restatements*, des règles contractuelles, etc. il peut en effet s'agir de choix de traités, de lois nationales, de normes privées mais aussi de hiérarchies normatives selon l'expression du professeur Bergé³⁸ c'est-à-dire de *for* et d'ordre public.

Nous sommes très loin du supposé « droit sans État »³⁹, né de la montée en puissance des marchés et du déclin des souverainetés nationales⁴⁰ la loi nationale – procédurale ou substantielle – est encore essentielle, mais c'est une loi déterritorialisée, choisie par les acteurs. Ces règles sont le plus souvent « hybrides » en ce qu'elles sont mêlées ensemble par les choix des acteurs.

- Les « représentations » (3) sont des discours qui encadrent l'action, soit des rapports aux droits, soit des processus plus précis qui encadrent l'action concrète des acteurs du droit. Ces représentations sont les discours des acteurs sur ces pratiques de choix et de règles –qui contribuent à orienter, construire et justifier les choix opérés. Dans la pratique, spontanément les praticiens utilisent ces « représentations » pour encadrer leurs actions, tel que le montre l'exemple de la détermination du « lieu » de l'arbitrage entre une entreprise transnationale pétrolière et le gouvernement sénégalais.

Mais le concept d'« espace normatif » appartient aussi à la philosophie analytique de l'esprit, américaine et anglo-saxonne, souvent appelée philosophie néo-pragmatique de Dummett, Rorty, et Sellars.

Wilfrid Sellars fut le premier à introduire l'image d'« espace de raison » ainsi que le concept d'« espace normatif »⁴¹. L'« espace normatif » contient, selon Wilfried Sellars, toutes les croyances, idées et normes qui construisent le monde social d'une société donnée, bref tous les standards de comportement approprié, les valeurs et croyances produites par une société.

36 E. A. Ohara et L. E. Ribstein, *The Law Market*, Oxford University Press, 2009 ; G. Lhuilier, « Le concept de « Law shopping ». (Droit international privé, droit social, droit de l'environnement) », *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, 2010.

37 Sur ces notions, voir leur définition et description in Chapitre 1. *Le droit international privé, supra*.

38 J.-S. Bergé, « Legal Application, Global Legal Pluralism and Hierarchies of Norms », *European Journal of Legal Studies*, 2011-2, vol. 4, Autumn/Winter, p. 243.

39 G. Teubner, « Foreword : Legal Regimes of Global Non-State Actors », in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, p. xiii ; G. Teubner, « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State, op. cit.*, p. 5.

40 S. Strange, *The Retreat of the State The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, 1996.

41 W. Sellars « Philosophy and the Scientific Image of Man », in *Science, Perception and Reality*, Atascadero, Ridgeview Publishing Co, 1963 ; W. Sellars, *Science and Metaphysics*, London, Routledge, 1968.

Rien de vraiment bien nouveau vu de ce côté de l'Atlantique, où la question des « représentations » est au cœur des Sciences sociales, depuis près de cinquante ans. Emmanuel Gaillard, utilise lui aussi, le terme de « représentation » d'une manière proche de la tradition des sciences sociales françaises, entre *épistémè* foucauldien et *habitus* bourdieusien, en se dissimulant quelque peu derrière la philosophie américaine de l'esprit⁴². Des auteurs de plus en plus nombreux étudient désormais la « rationalité des acteurs⁴³ ».

Il reste que c'est alors un ordre juridique renversé qui est décrit dont le « fondement » réside dans les personnes privées que sont les entreprises transnationales et les arbitres internationaux et publics, ensembles; qui se font les « constituants » du monde transnational en décidant de donner force – ou non – aux droits étatiques ou aux règles internationales.

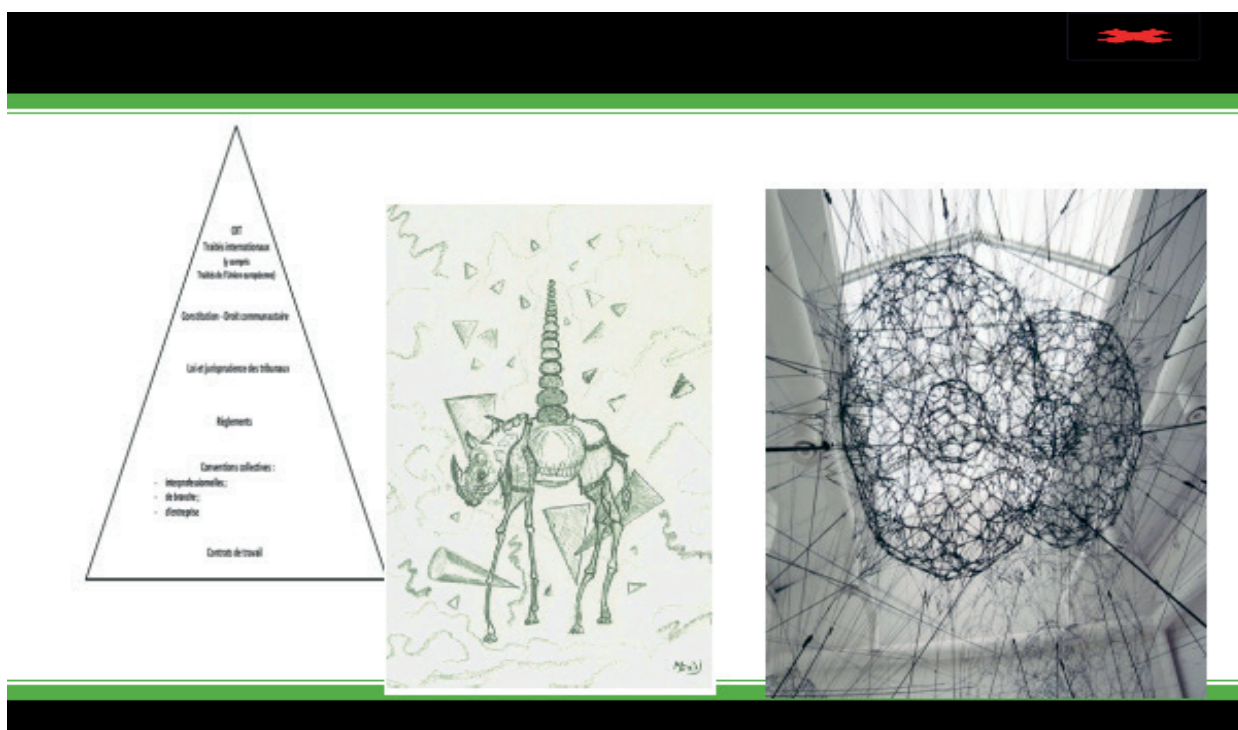


Image 18

Image 19

Image 20

- les acteurs privés « renversent » ainsi la pyramide normative kelsennienne (image 18) car ils sont, par leur choix de règles de droit, au fondement des espaces de normes déterritorialisées qui régissent leurs relations.

- Ces espaces sont aussi éloignés du Rhinocéros de l'Ecole de Dijon (image 18) qui symbolise la *lex mercatoria*.

- Ils ressemblent ainsi plus aux globes et sphères de Latour et Sloterjiques, sans fondements autres que les liens entre acteurs (image 20).

42 E. Gaillard, "The Representations of International Arbitration", *New York Law Journal*, 4 October 2007 ; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, The Hague Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

43 Voir par exemple article de Gilles Cuniberti sur le choix de la loi dans les contrats : « This Article then inquires which features made English and Swiss laws more attractive than other jurisdictions' laws and seeks to verify whether the postulate is true that international commercial parties are rational actors. It concludes that while some parties might have the resources to study the content of available laws before deciding which one to choose, others have no intention of investing such resources and are happy to rely on cheaper means to assess the content of foreign laws, including proxies. Furthermore, some parties suffer from cognitive limitations, the most important of which is parties' fear of the unknown and their correlative need to select a law resembling their own. Finally, unsophisticated parties might not fully appreciate the extent of their freedom to choose the law governing their transaction and might wrongly believe that it is constrained by largely irrelevant factors such as the venue of the arbitration », G. Cuniberti, « The International Market for Contracts : The Most Attractive Contract Laws », 34 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2014, p. 455 ; <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol34/iss3/3>.

Citation 9 : C'est alors autant que le droit, la science du droit qui est renouvelée

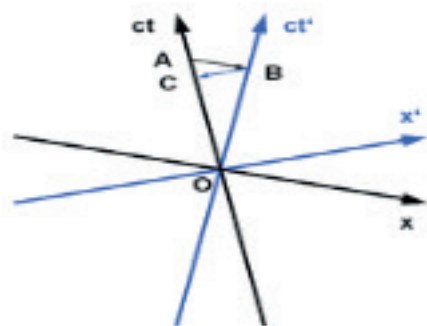


Image 21

Certains peuvent y voir une nouvelle ontologie du droit, d'un droit sans fondement car le droit transnational est aussi une ontologie du droit, d'un droit sans fondement logique (Kelsen) mais humains, les liens que ces humains nouent pour former ces espaces normatifs. « *Fudo* » disent les japonais pour désigner le « lieu », l'endroit où je suis, l'existence humaine étant étroitement liée à l'environnement « naturel » – et humain « d'un territoire donné » pour citer Tetsuro Watsuji⁴⁴.

D'autres pourraient plus simplement l'interpréter comme le diagramme de Minkowski qui a permis de visualiser la rupture épistémologique qu'a constitué la relativité générale d'Einstein.

- "Relatif" à quoi ? À la position dans l'espace et le temps d'un sujet, affirmait déjà Galilée.

- relativité "générale" affirme Einstein en 1904 pour qui l'espace qui n'est plus cet "espace absolu" de Newton, mais un espace pensé en mouvement, où les lois physiques ne sont plus immuables mais sont elles aussi différentes dans l'espace en conséquence de ce mouvement.

N'est-ce pas ce que tente aujourd'hui de penser le droit transnational dans l'espace du droit ? Des lois différentes selon les lieux où se "localisent" les sujets ?

Voici ce que pourrait bien être le droit transnational : un nouveau paradigme pour mieux comprendre les nouvelles formes du droit.

44 T. Watsuji, Fûdo, *Le milieu humain*, Paris, CNRS éditions, 2011, p. 36.

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

G. Lhuilier,

Les pratiques innovantes de formation des professionnels du droit : Vers un modèle « global » ? Recherche pour le ministère français de la justice, *Mission droit & Justice*, 2017.

G. Lhuilier,

Le droit transnational, Dalloz, 2016, 524 pages.

G. Lhuilier,

« Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit ? », *Droit et société*, 2016/1 (N° 92).

G. Lhuilier, A. Ngwanza,

Le contentieux extractif, édité par la Chambre de Commerce Internationale - C.C.I., 2015.

G. Lhuilier,

« The Drawing Up of International Extractive Contracts (Oil, Gas, Mining), » *International Business Law Journal*, 2015.



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé.
Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2018
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. G. Lhuilier, Le droit transnational, COMPTRASEC-WPS/2018/28, Avril 2018.