

Title	L'INFLUENCE DE LA MONDIALISATION SUR LE DROIT DES CONTRATS
Author(s)	Aynes, Laurent
Citation	Osaka University Law Review. 1999, 46, p. 35-48
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/6391
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

L'influence de la mondialisation sur le droit des contrats

Laurent AYNÈS*

1. Dans les années 1980**, les juristes, spécialement anglo-américains, ont commencé à s'intéresser au phénomène de la globalisation ou mondialisation de l'économie¹⁾. Avec la multiplication et l'invasion des flux financiers planétaires, le développement fulgurant des systèmes de communication et de transport, l'essor de la concurrence mondiale, il est apparu que les Etats-nation, jusque là souverains, ne parvenaient plus à contrôler leurs économies et devaient finalement s'adapter à des mouvements qui les dépassaient. Dès lors, la production de normes juridiques étatiques, l'autorité même de l'Etat sur laquelle elles reposent, se sont trouvées brutalement remises en cause²⁾.
2. Cette situation a de multiples causes; l'une des principales réside sans doute dans le parti pris par les Etats de s'ouvrir le plus possible aux flux (de produits, de personnes, d'investissements, d'idées) synonymes d'enrichissement. Comme on l'a observé, *« le mouvement de libération des échanges s'accompagne d'une formidable expansion de règles internationales grignotant des domaines traditionnellement internes. Désormais, pour tout ce qui a trait à l'échange, les législations nationales tendent à être coiffées, remodelées par des accords internationaux... la mondialisation met en concurrence entreprises, individus mais aussi Etats. Pour ceux-ci, les flux de la mondialisation constituent une condition majeure de leur enrichissement; il est vital de les attirer... Ce qui détermine alors la législation, c'est finalement moins la volonté du peuple que l'impératif d'adaptation permanente à la*

* Agrégé des Facultés de droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

** Ce texte est la trame d'une conférence donnée à Mexico en juin 1998 et à Osaka en novembre 1998. Il sera également publié à Mexico, par l'A.I.S.I.

- 1) « Globalisation » et « mondialisation » ne sont pas, en principe, des termes, synonymes. Le premier décrit un phénomène économique d'uniformisation des pratiques ignorant les frontières et les particularismes locaux. Le second traduit un élargissement de l'échelle: c'est à la dimension du monde qu'il faut imaginer le marché. Le terme « mondialisation » est plus courant en France. Dans la suite de ce texte, on considérera cependant comme équivalents ces deux termes.
- 2) v.p.cx.: A.J. Amaud, Entre modernité et mondialisation, L.G.D.J. 1997, 19 et s.

concurrence internationale »³⁾. Ainsi le phénomène de la globalisation, censé n'intéresser que les économistes, a-t-il des retombées très directes sur la règle de droit: sur sa fonction, son origine, sa genèse. Qu'on y voie un instrument au service de l'économie, ou l'expression de la recherche de valeurs supérieures-la justice, par exemple-la règle de droit est profondément secouée par ce phénomène, que personne n'a décidé, et qui poursuit sa course inéluctable.

3. Il est vrai que toutes les relations juridiques ne sont pas également affectées par la globalisation. Par exemple, les rapports de famille semblent devoir être épargnés; encore que la circulation des personnes, des modèles sociaux et des religions, jointe à la mondialisation de la notion de Droits de l'homme puisse conduire aussi à un bouleversement du droit des personnes et de la famille⁴⁾. Mais ce sont naturellement les règles juridiques gouvernant les échanges économiques qui se trouvent les premières atteintes. Et spécialement lorsqu'elles s'appliquent aux biens qui franchissent facilement les frontières parce qu'ils n'ont pas d'attache matérielle: monnaie scripturale, instruments financiers, propriétés incorporelles, images, informations... Leur circulation est facilitée par le fulgurant développement des moyens de communication, qui permettent à un acte juridique conclu en un point quelconque du globe de déployer ses effets instantanément aux quatre coins de la planète.

4. La globalisation économique est la conséquence du choix d'un objectif majeur, reposant sur un fondement délibérément posé, ou accepté par résignation: la liberté des échanges mondiaux. Tout l'effort des organisations internationales étatiques - par exemple: l'Organisation Mondiale du Commerce, issue des accords de Marrakech, concernant les marchandises, les services et la propriété intellectuelle, selon laquelle « *des politiques commerciales libérales - celles qui garantissent la liberté de mouvement des biens et des services- amplifient le bénéfice que l'on peut retirer de la production la meilleure, la mieux conçue et effectuée au meilleur prix* »⁵⁾ - ou privées -par exemple: la Chambre de Commerce Internationale, qui, depuis 1919 se propose d'encourager « *un système international ouvert de commerce et d'investissement et de défendre l'économie de marché* »⁶⁾ - est tendu vers cet objectif: établir, amplifier et

3) Ph. Moreau-Defarges, La mondialisation, P.U.F. 1997, 56; L'ordre mondial. Armand Colin 1998.

4) v. par e.x.: A.J. Arnaud, précité, Internationalisation des droits de l'homme et droits de la famille, p.p. 77-97.

5) « Un commerce ouvert sur l'avenir », publication de l'O.M.C., Genève 1998, p.7

6) Brochure de présentation, 1997

protéger le libre accès des opérateurs aux marchés. Comment le droit pourrait-il y contribuer? Il semble que ce soit d'abord affaire de politique économique, chaque Etat conservant la maîtrise des règles juridiques qui s'imposent dans sa sphère d'autorité. Tout au plus prend-il l'engagement international de ne pas entraver par son droit le libre accès à ses marchés.

5. Et pourtant, on comprend qu'il n'y a pas de véritable liberté des échanges sans harmonisation des règles du jeu. La règle de droit locale particulière, originale, difficile à connaître et à comprendre peut être une entrave à la libre circulation des investissements. L'uniformisation s'impose. Mais pour adopter des règles uniformes, il faudrait un Etat mondial, un « gouvernement mondial », ce à quoi les Etats se refusent⁷⁾. Tout au plus se résignent-ils à placer certains secteurs naturellement internationaux sous la surveillance d'organisations internationales: l'aviation civile, la propriété industrielle, dans une certaine mesure, l'agriculture, les transports...
6. On touche ici à l'une des questions fondamentales de la théorie juridique: celle des relations entre la règle de droit et l'Etat-Nation. Si la caractéristique de la règle de droit est d'émaner d'un Etat-Nation, seule la coopération internationale, librement acceptée par les Etats, permettra, petit à petit, d'harmoniser les règles du jeu, de manière chaotique et fragmentaire, puisque l'hypothèse d'un Etat mondial est une chimère.

Si l'on estime au contraire que la règle de droit n'a pas nécessairement une origine étatique, que son fondement se trouve plutôt dans la « *rationalité pratique* »⁸⁾, le marché générant les règles de droit qu'imposent aux opérateurs les nécessités mêmes de ce marché, alors il est possible d'imaginer que la globalisation économique s'accompagne du développement d'un droit universel non-étatique, une sorte de droit naturel des temps modernes⁹⁾. La mission des Etats serait alors de protéger ce droit, plutôt que de le promulguer;

7) v. sur cette question, Our global Neighbourhood (Oxford University Press, New York 1995): rapport de la Commission on Global Governance (ONU)

8) Sur la « *lex mercatoria* », v. *infra*. n°15: v. plus spécialement, à propos de la mondialisation des marchés financiers, M.A. Frison-Roche, Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers, Banque et Droit 1995, 51 n°41

9) Sur le droit naturel, la littérature est immense, à commencer par Grotius; V. notamment, S. Goyard-Fabre et autres, Des thèmes du droit naturel. Caen 1987; Ph. Jestaz, L'avenir du droit naturel, R. tr. dr. civ. 1983, 233; M. Villey, Abrégé de droit naturel classique, Ar. Ph. dr. t. VI. 1961

ce qui implique notamment une vigilance particulière à l'égard des conditions de son application.

7. Liberté et droit naturel: une institution juridique s'impose, le contrat. Le contrat peut vivre sans loi étatique, parce qu'il est la loi que se donnent les parties. La globalisation économique propulse en première place le contrat, comme l'instrument juridique le plus rationnel, le plus universel et le plus juste des échanges économiques. L'autorité de l'Etat elle-même n'est-elle pas fondée, dans une célèbre théorie politique, sur le consentement des citoyens? On constate que la globalisation économique s'accompagne d'un essor considérable du contrat international, voire même a-national; c'est à dire fixant les règles auxquelles les parties se soumettent, sans la protection d'aucun ordre étatique, par référence au fond commun de l'humanité. Ce contrat comporte en outre un mode conventionnel de règlement des éventuels litiges, par un organe dégagé de toute attache nationale: l'arbitre. Les parties auront-elles ainsi réussi à échapper à toute autorité étatique, de la même manière qu'Internet n'est rattaché à aucun territoire? On voit à quelle évolution pousse le phénomène de la globalisation¹⁰.
8. On examinera quelques aspects de ce phénomène qui touche les sources (I), les règles (II) et les acteurs (III) du droit des contrats.

I - LES SOURCES

9. Dans une vue traditionnelle des choses, l'Etat promulgue les règles juridiques gouvernant le contrat. Nous avons bien, en droit français, un texte du Code civil fondamental et ambigu, suivant lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (a. 1134). Ce texte paraît donc hausser la convention au niveau de la loi: même en l'absence de loi, la convention est source de droits et d'obligations. Mais on peut dire aussi qu'il n'en est ainsi que parce que la loi le veut bien.

10) Sur le droit applicable, en France, à Internet: P.Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des oeuvres, Dalloz 1996, Chr. 431; Les aspects internationaux de l'Internet, Communication au Comité Français de Droit International Privé, 21 nov. 1997, à paraître; Rep. International Dalloz. V° Propriété littéraire et artistique; v. également, pour un point de vue international, Y. Gendreau, Le droit de reproduction et l'Internet. AISL 1997.

La globalisation économique fait voler en éclat les frontières, et du même coup, l'espace d'autorité de la loi étatique. A la distinction traditionnelle entre le contrat interne et le contrat international¹¹⁾, gouvernés par des règles, certes différentes, mais rattachées à l'autorité d'un Etat, elle pourrait substituer une distinction entre le contrat local et le contrat transnational. Un exemple illustrera le propos: le contrat par lequel un euro-péen accède au réseau Internet est-il interne, international? La qualification traditionnelle n'est pas parfaitement adaptée. S'il est international, on voit bien que ne sont pas seulement en cause les ordres juridiques de plusieurs Etats. Pour régir ce type de contrats, c'est à un droit mondial qu'il faudrait pouvoir se référer.

10. Un certain mouvement s'opère en ce sens. Il procède d'abord de l'activité de nombreuses organisations internationales étatiques (spécialement, la CNUDCI) ou intergouvernementales (spécialement UNIDROIT) qui, inlassablement, élaborent des règles matérielles ou lois-type unifiées, destinées à être adoptées par les Etats.

Le progrès des règles matérielles internationales préfigure peut-être une mondialisation du droit (A). En outre, certaines régions du globe se sont organisées en un marché unique, espace soumis à des règles juridiques uniformisées (B). Enfin, le progrès des règles nationales ou transnationales est significatif (C).

A - Règles uniformes internationales

11. Le point est si connu, qu'il mérite à peine d'être souligné. Notre époque voit le progrès des conventions internationales de droit matériel, spécialement dans le domaine des contrats internationaux relatifs aux biens qui circulent librement: Convention de Vienne d'avril 1980 sur la vente internationale de marchandises; multiples conventions sur le transport maritime, fluvial, ferroviaire, aérien, routier; conventions relatives au droit cambiaire; convention sur l'affacturage ou le crédit-bail international (Ottawa, 1988)...

11) Il existe un débat sur le point de savoir si la mondialisation est la pointe extrême de l'internationalisation (en ce sens, P. Gauchon, « Vers un espace économique mondial? », Universalia 1996) ou un phénomène d'une nature radicalement différente (en ce sens, p. ex. A.J. Arnaud, précité). Du point de vue des sources, l'unification des règles matérielles internationales conduit, semble-t-il, à une globalisation de la règle.

Sans doute, l'effet unificateur de ces conventions internationales n'est-il pas homogène -la plupart d'entre elles ne concernent que les contrats internationaux-; il est d'ailleurs toujours limité, puisque la règle réclame un rattachement du contrat à un ordre étatique. Mais le phénomène, encore limité¹²⁾, traduit cependant un mouvement de globalisation des règles de droit. En ce sens, il faut également souligner la multiplication des Lois-type élaborées par la CNUDCI (une des plus récentes est la loi-type sur l'insolvabilité internationale), dont l'adoption par les Etats favorise le mouvement de l'uniformisation.

B - Unifications régionales

12. La globalisation pousse à la constitution de grands marchés régionaux, regroupant plusieurs Etats. Ainsi se sont constituées dans le monde plusieurs zones de libre-échange: A.E.L.E., A.L.E.N.A. (NAFTA), A.L.E.A., A.F.T.A., accord MERCOSUR et UNION EUROPEENNE (Traité de Rome, et surtout, Acte unique européen de 1986). A marché unique, règles uniformes. Le processus est en marche, de manière inégale suivant les régions du monde.
13. Pour s'en tenir à l'Union Européenne, on sait que le processus d'unification des droits repose sur deux instruments: le Règlement communautaire, qui s'applique directement dans chaque Etat membre, avec une autorité supérieure à celle de la loi interne; et la Directive, qui fait obligation aux Etats membres de conformer leur législation au contenu de la Directive. Le procédé est efficace, et plusieurs règles applicables au contrat sont aujourd'hui d'origine communautaire¹³⁾.

Cependant, cette unification demeure ponctuelle et parcellaire, même si elle couvre des domaines de la vie économique très importants. Certains réclament la mise en chantier d'un véritable code communautaire de droit des contrats, qui serait promulgué sous forme de Règlement parce qu'il serait l'instrument

12) Mousseron, Raynaud, Fabre, Pierre, Droit du commerce international, Litec 1997, 108.

13) V. notamment: Vers une culture juridique européenne? sous la direction de S. Poillot-Peruzzeto, Montchrestien 1998; J. Huet, Les sources communautaires du droit des contrats, P. Affiches mars 1997, p. 8. Deux applications récentes du processus en France sont: la loi du 19 mai 1998, sur la responsabilité du fait des produits défectueux, et la loi du 2 juillet 1996, de modernisation des activités financières.

indispensable de la formation d'un véritable marché unique⁽¹⁴⁾. Sans doute l'instauration d'une monnaie unique (l'Euro) accélèrera-t-elle le phénomène d'intégration juridique.

D'autant plus que de nombreuses initiatives non-étatiques appellent à l'unité.

C - Principes généraux et Lex Mercatoria

14. On ne reprendra pas ici la discussion bien connue sur la possibilité et la valeur d'un droit commercial anational ou transnational, qui ne prendrait pas appui sur l'autorité d'un Etat, mais émanerait d'une communauté professionnelle: la *lex mercatoria*⁽¹⁵⁾. Regardons la réalité: après nombre de sentences arbitrales internationales, deux publications d'une grande importance tentent de codifier ce droit commun des contrats, suivant des modalités différentes, mais avec la même visée: créer « *une lex mercatoria moderne* », qui puisse être adoptée par les parties au contrat, serve de référence aux juges et aux arbitres internationaux et de base pour une harmonisation étatique. Il s'agit d'abord des:

- Principes relatifs aux contrats du commerce international, adoptés par UNIDROIT (1994);

puis des:

- Principes du droit européen du contrat, élaborés par la Commission pour le droit européen du contrat.

Ecrite, la *Lex Mercatoria* prend une nouvelle consistance. Elle devient, de fait, un

14) J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, Rev. int. dr. comp. 1998, p.7 et suiv.

15) Sur cette discussion: B. Goldman, Frontières du droit et Lex mercatoria, Arch. philosophie du droit 1968, 177; La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, Clunet 1979, 475, F. Osman, Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational (th. LGDJ 1992); Fouchard, Gaillard, Goldman. Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, p. 818 et s.; P. Lagarde, Approche critique de la Lex mercatoria, Mélanges Goldman, p. 125 et s.; J.M. Mousseron, Lex mercatoria : bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée?, Mélanges Boyer, 1996, 469

« ordre juridique » suffisant pour réguler les rapports entre les opérateurs sur toute la planète.

15. Ainsi, la globalisation économique pousse les opérateurs à traiter le monde comme un vaste et unique marché. Les Etats, loin de vouloir freiner ce mouvement, l'encouragent, de peur de rester à l'écart de l'enrichissement qu'il est censé procurer. Le droit des contrats s'émancipe de son origine étatique. Les Etats acceptent d'abandonner leur prérogative de législateur, pour se contenter de celle d'acteurs des échanges mondiaux. Et ceci, en favorisant une internationalisation croissante des sources de droit, en se soumettant par avance aux règles du marché unique auquel ils appartiennent, ou, enfin, en laissant les opérateurs élaborer eux-mêmes la règle de droit.

II - LES REGLES

16. Quant au contenu de ces règles globalisées, il est difficile d'en donner une liste complète, tant sont variés les instruments, à commencer par les contrats eux-mêmes¹⁶⁾. Deux mouvements méritent d'être soulignés: la promotion de l'autonomie de la volonté (A) et la transformation de l'ordre public (B).

A - Autonomie de la volonté

17. C'est évidemment le cœur du libéralisme, fondement de la globalisation. Un principe commun à tous les droits, devenu règle transnationale, veut que la volonté soit libre de s'engager et de choisir l'objet de son engagement. Malgré son caractère critiquable, le volontarisme est donc au fondement, conscient ou inconscient, de tout droit du contrat. Il est énoncé, par exemple, à l'article 1-1 des principes d'UNIDROIT:

« Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ».

Le commentaire de ce texte est éclairant:

« Le principe de la liberté contractuelle revêt une importance fondamentale

16) D'ailleurs, une liste exhaustive des principes de la *Lex mercatoria* est impossible; v. pour une vue critique: Mustill, *« The new Lex mercatoria: the first twenty five years »*, Etudes Wilberforce, Oxford 1987, 146; pour une vue favorable: F. Osman, *op. cit.*; Fouchard, Gaillard, Goldma, *op. cit.*, n^{os} 1459 et suiv.

dans le contexte du commerce international. Le droit des opérateurs commerciaux de décider en toute liberté à qui offrir leurs marchandises ou services et qui les recevoir, ainsi que la possibilité pour eux de s'entendre librement sur les dispositions de chaque contrat, sont les pierres angulaires d'un ordre économique international ouvert, orienté vers le marché et concurrentiel ».

18. Le principe de la liberté contractuelle a pour corollaire la force obligatoire des contrats. Cette règle est universellement reçue. C'est un des fondements de la *Lex mercatoria* (« *pacta sunt servanda* »), au cœur de ce que certains nomment: le principe de sécurité des transactions. Il est également énoncé à l'article 1.3 des Principes d'UNIDROIT (« *Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu...* »).
19. Enfin, deuxième conséquence du même principe, celui de l'exécution de bonne foi, qui prend diverses formes: devoir de coopération des parties, devoir de loyauté, interdiction de se contredire aux dépens d'autrui... Cette exigence universelle est énoncée en termes voisins par l'article 1.7 des Principes d'UNIDROIT (« *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ») et par l'article 1.106 des Principes du droit européen du contrat (« *Dans l'exercice de ses droits ou l'exécution de ses obligations, chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* »).

Sur la base de ces trois règles: liberté contractuelle, force obligatoire du contrat et exécution de bonne foi, un droit des contrats universel pourrait être bâti; quitte à abandonner aux parties elles-mêmes la détermination du régime de leur accord.

20. Mais on pourrait encore trouver quelques règles contractuelles qui tendent à s'universaliser; par exemple, les obligations des parties en cas d'imprévision: deux principes paraissent acceptés:
 - 1) L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat malgré le changement de circonstances;

- 2) L'obligation de négocier en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin, si l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une des parties.

(Principes d'UNIDROIT, art 6.2.1. à 6.2.3. et Principes du droit européen du contrat, art. 2.117); ce qui reprend au fond plusieurs sentences arbitrales internationales.

De même encore, l'indétermination du prix n'est pas une cause de nullité; pas plus que la fixation unilatérale de celui-ci (UNIDROIT, art. 5.7; Principes du droit européen, art. 2.101 et 2.102)...

21. On voit ainsi qu'il existe un fond de règles contractuelles communes qui peuvent dispenser les parties de se référer à un droit étatique et leur permet d'opérer de manière uniforme sur tous les points de la planète.

Cependant, la liberté contractuelle bute traditionnellement sur les exigences de l'ordre public.

B - Ordre public

22. Ce n'est pas le mécanisme même de l'ordre public qu'il s'agit de décrire ici. Il est admis de manière générale que le contrat doit respecter certaines exigences essentielles. L'ordre public empêche la liberté contractuelle de s'exercer au détriment de l'humanité.
23. Il est plus intéressant de constater que, détaché de toute relation étatique, le contrat n'en bute pas moins sur les exigences de l'ordre public. Pourtant, traditionnellement, celui-ci est rattaché à l'ordre impératif d'un Etat, qu'il s'agisse de l'ordre public interne ou international¹⁷⁾. Il faut donc admettre qu'il existe aussi un ordre public anational ou transnational, découlant, non pas des exigences de l'organisation d'un Etat, mais de celles qui sont inhérentes à la vie de l'homme sur la planète; un ordre public global.

Ce constat a déjà été fait depuis longtemps, dans le domaine de l'arbitrage

17) Sur la critique de cette distinction en droit français, v. P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. Arbitrage 1994, 615

international¹⁸); même si les tribunaux qui le reconnaissent aussi hésitent parfois à le détacher complètement de l'ordre étatique¹⁹. Il s'agit bien de principes universels, que l'examen comparé de droits étatiques et de conventions internationales peut révéler, mais dont l'autorité ne procède pas de ces instruments.

24. Ces règles d'ordre public pleinement international ont trait à la défense des droits de l'homme (apartheid, discrimination, esclavage, libertés fondamentales...); du patrimoine commun de l'humanité (environnement...); de l'intégrité des comportements (lutte contre la corruption), de la défense de la santé (trafic de drogue) ou de la vie (trafic d'armes de guerre)...

A quoi on ajoutera bien sûr, globalisation oblige, le respect de la concurrence et du libre accès au marché...

25. La liste de ces principes n'est évidemment pas exhaustive. Ces quelques exemples permettent seulement de constater que la globalisation de la pratique contractuelle conduit nécessairement à apprécier de manière globale les exigences de l'ordre public: loin de le faire disparaître, elle permet d'en plonger les racines dans les intérêts communs de l'humanité.

Ainsi, la globalisation économique pousse-t-elle à l'unification des pratiques contractuelles, mais ne supprime pas la règle de droit. Elle en déplace le fondement.

De ce fait, apparaissent aussi de nouveaux acteurs de l'administration du droit, qui se substituent aux organes traditionnels.

III - LES ACTEURS

26. La globalisation confie l'administration du droit à trois acteurs essentiels:

18) V. notamment: I. Fadlallah, L'ordre public dans les sentences arbitrales, Cour de La Haye, 18-22 juillet 1994; P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Revue Arbitrage 1986, 329; L. Matray, Arbitrage et ordre public transnational, Etudes Sanders, 241 et s.; Fouchard, Gaillard, Goldman, *op.cit.*, n° 1533

19) Ex.: C.A. de Paris, 3 oct. 1984, Journ. Dr. Int. 1986, 156, n. Goldman; Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1985, 526, n. Synvet; CA Paris, 30 sept. 1993, Rev. arbitrage 1994, 359

l'arbitre (A) ; l'expert (B) et le *lawyer* (C).

A - L'arbitre

27. Ce droit globalisé n'a pas vocation à être administré par les organes de l'Etat: le juge étatique est mal placé pour trancher un litige dont les éléments échappent à son souverain. Tout au plus peut-il prêter main-forte à l'exécution de la décision sur son territoire.

De là, le développement remarquable de l'arbitrage international, effet et cause de la mondialisation. Le droit de l'arbitrage tend lui-même à s'universaliser, grâce notamment à ces deux instruments essentiels que sont les conventions internationales (spécialement, celle de New York de 1958), et la loi-type de la CNUDCI, qui permet ce que certains ont appelé une harmonisation « douce »; et grâce aussi à l'activité des organismes professionnels, au premier rang desquels figure sans doute la C.C.I. ; réplique au plan privé des organisations non gouvernementales (ONG), dont l'essor est remarquable à l'époque contemporaine.

Ainsi se forme une « *jurisprudence arbitrale* », source d'un droit transnational.

B - L'expert

28. Pour encadrer les marchés, ne comptons pas sur l'autorité de l'Etat, qui précisément s'est engagé dans un processus de déréglementation. L'autorité de marché n'est pas une émanation du souverain, mais un organisme composé de purs « sachants » ou « savants », que n'effleure aucune visée politique: le marché se règle de manière objective, comme une mécanique. Il a sa logique et ses lois. Ces autorités de marché²⁰⁾ sont dotées de pouvoirs très étendus, réglementaires et individuels, qui sont à la mesure de la confiance qu'inspirent leur neutralité politique et leur compétence technique.

Ces autorités sont sources de droit; d'un droit national ou communautaire dans sa formulation; mais qui se veut universel, par son caractère apolitique,

20) Par exemple, le Conseil des Marchés Financiers en France; ou la Commission de Bruxelles, pour l'Union Européenne; la Banque Centrale Européenne, pour la politique monétaire commune...

objectif, scientifique. Il est censé permettre aux opérateurs d'agir en toute sécurité, car il procède de la raison, et non de la volonté politique. En pratique, naturellement, les choses ne sont pas aussi pures.

C - Le Lawyer

29. Vient enfin le juriste, plus souvent dénommé -c'est un signe- en anglais: le *lawyer*. Il est manifeste que la globalisation économique s'est accompagnée d'un développement fulgurant du commerce du droit, et notamment des multinationales d'auditeurs et de juristes²¹⁾. Beaucoup d'entre elles ont étendu leur activité à l'ensemble de la planète.

Ce développement peut s'expliquer par l'impérieuse nécessité d'écrire en détail le contenu du contrat, qui ne s'adosse qu'imparfaitement à un droit national. L'essor des cabinets a tendance à produire une pratique généralisée et uniforme, qui a vocation à devenir elle-même source de droit (par le biais des usages). En même temps, la sécurité est attendue par les parties, non pas tant de la connaissance et de la stabilité de la règle de droit, mais de l'engagement personnel, de l'« opinion » du juriste, de la notation de l'opérateur et de la surface financière de la firme qui s'est entremise dans la conclusion du contrat. En exagérant à peine, on peut dire que la globalisation économique déplace le centre de gravité: de la règle de droit vers l'engagement du juriste. L'internationalisation de celui-ci lui permet de répondre aux besoins de ses clients sur n'importe quel marché de la planète, en procurant une sécurité égale.

30. C'est une situation à laquelle les juristes de droit écrit sont moins bien préparés que les juristes de *common law*, qui connaissent depuis longtemps l'importance du contrat écrit, et sont habitués au rôle de révélateurs d'un droit inaccessible au commun des mortels.

Mais on peut imaginer que ce marché du droit ait lui-même vocation à s'ouvrir à de multiples opérateurs, qui prendront, sans doute avec un peu de retard, la mesure du phénomène. Se posera alors le problème de la protection des usagers du droit, au plan mondial.

21) V. p. ex.: Y. Dezalay, Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit, Fayard, 1992*

31. S'est ainsi constituée une espèce de communauté des professionnels du droit à travers le monde, qui savent utiliser les larges espaces laissés libres par les droits nationaux, pour élaborer des formules et des modèles identiques. Cette communauté professionnelle devient elle-même source d'une espèce de *jus commune* des temps modernes²²⁾; elle en présente les deux caractères essentiels: la généralisation et la répétition²³⁾.
32. Par un choc en retour assez habituel, la globalisation des pratiques influence fortement les droits nationaux. On en donnera deux exemples: les droits continentaux ignorent en général l'institution du *trust* anglo-américain; de même qu'ils n'avaient pas, jusqu'à ces dernières années, véritablement intégré la garantie indépendante. Mais les sûretés généralement admises dans l'ordre international, de même que les procédés de gestion des sûretés réelles, font souvent appel à ce type d'institution. Progressivement, d'abord dans l'ordre international, puis dans l'ordre interne pénètrent ces institutions: aujourd'hui, la garantie indépendante est totalement acceptée, par exemple en droit français. Quant à la fiducie, aucune loi générale ne la consacre. Mais plusieurs institutions en droit positif (cession de créance à titre de garantie, dépôts de garantie, garanties dans les marchés d'instruments financiers...) reposent sur elle. On pourrait en dire autant de la lettre de confort ou des sûretés sur des biens fongibles.

Ainsi, la globalisation économique provoque-t-elle, dans le droit des contrats, un double mouvement, qui paraît contradictoire. D'un côté, un ordre juridique universel, qui se désintéresse des droits nationaux, s'édifie progressivement. De l'autre, l'uniformisation des pratiques internationales amène les droits nationaux à se transformer, ne serait-ce que pour éviter la délocalisation d'opérations dont la société locale pourrait tirer profit. De ce double mouvement résulte une harmonisation générale des règles du droit des contrats. La seule inconnue, mais elle dépasse largement le juriste, tient au caractère irréversible de ce processus.

22) Sur le rôle de la pratique dans la formation du droit, V. Travaux de l'Association Capitant, Journées suisses 1983, Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Economica 1985.

23) Par exemple, les modes d'acquisition d'une société sont identiques, à quelques nuances près, quelque soit le siège de la société-cible. L'ensemble des documents à échanger et à signer est à peu près standardisé.