

Réguler l'économie mondiale : le juge plutôt que le diplomate ?

Jérôme Sgard

► **To cite this version:**

Jérôme Sgard. Réguler l'économie mondiale : le juge plutôt que le diplomate ?. La Lettre du CEPII, CEPII, 2005, pp.1-4. hal-01020733

HAL Id: hal-01020733

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01020733>

Submitted on 8 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RÉGULER L'ÉCONOMIE MONDIALE : LE JUGE PLUTÔT QUE LE DIPLOMATE ?

Le débat sur la "nouvelle architecture internationale" s'est centré principalement sur la coopération des États souverains et sur la division du travail entre les grandes organisations multilatérales. De manière plus quotidienne, la régulation des échanges globalisés est assurée cependant par de nombreux acteurs, généralement très discrets : scientifiques, experts, régulateurs indépendants ou juges. Un des cas les plus intéressants est celui de l'arbitrage privé international, indépendant des juridictions publiques, qui assure le règlement d'un très grand nombre de différends contractuels entre acteurs privés, à l'abri des interférences politiques. Ces pratiques exercent désormais une influence croissante dans des domaines qui mettent en question les États, notamment l'investissement direct et les conflits commerciaux.

■ Pourquoi la globalisation fonctionne-t-elle quand même ?

Depuis la chute du Mur et l'émergence des marchés globalisés, de nombreuses voix appellent régulièrement à fonder une "nouvelle architecture" ou un "nouvel ordre" international : il faudrait remplacer ou renforcer les instruments multilatéraux classiques, que ce soit en matière de stabilité financière, de commerce international, d'investissements directs ou de santé publique.

Face à ces problèmes, deux stratégies principales peuvent être observées. D'abord, on peut en appeler à la négociation entre les États selon le registre de la politique "noble", conduite par les premiers rôles, qui sera donc publique et souvent spectaculaire¹. Typiquement, on retombera assez vite sur les choix habituels entre le "multilatéralisme rénové" (comme disent les diplomates), l'appel à la supranationalité et enfin le retour aux régulations nationales impliquant souvent une forme de concurrence entre elles. Cependant cette grande politique internationale est souvent peu efficace et connaît des échecs sonores. L'autre option consiste donc à déléguer, au cas par cas, la résolution des problèmes émergents à des acteurs neutres, spécialisés, mis en principe à l'abri des pressions politiques ou financières.

Ici, on trouve par exemple les experts et autres hommes de science qui apportent aux décideurs politiques une connaissance réputée neutre et efficace : économistes du FMI ou de l'OMC, ingénieurs nucléaires de l'Agence internationale de l'énergie, mais aussi épidémiologistes, météorologues ou spécialistes du changement climatique². Dans une catégorie proche se trouve aussi les régulateurs indépendants (par exemple les superviseurs bancaires), les réseaux de fonctionnaires spécialisés (la lutte contre le terrorisme) ou singulièrement les juges. Ensemble ils contribuent à une régulation anonyme, à la fois lâche et résistante : ces acteurs mettent tous en avant leur caractère non-politique, sont rarement les agents des gouvernements ou des électeurs, et ils ne parlent pas non plus au nom d'une éventuelle société civile internationale.

Attachons-nous ici à la figure peut-être la plus intéressante et certainement la moins connue : celle du juge, pris dans sa définition la plus élémentaire, valable aussi bien pour la Cour suprême américaine que pour le juge de paix villageois. Soit un acteur neutre et désintéressé, placé entre les deux parties d'un conflit qu'il tente de résoudre. Il va rendre à cette fin un jugement, après que chacun aura fait valoir ses arguments,

1. Voir par exemple : Conseil d'analyse économique (2002), *Gouvernance mondiale*, La Documentation française ; B. Eichengreen (1999), *Towards a New International Financial Architecture*, Washington, Institute for International Economics.

2. Y. Schemel (2003), "Expertise and Political Competence: Consensus Making within the World Trade and the World Meteorological Organizations", in B. Reinalda & B. Verbeek, eds (2003), *Decision Making Within International Organizations*, Londres, Routledge.

selon une procédure plus ou moins formalisée, et en s'appuyant sur des principes abstraits d'équité ou bien sur un corpus juridique plus ou moins vaste. Il s'agit donc d'un acteur formellement apolitique, comme en témoigne le principe toujours répété de l'indépendance de la justice. Mais pourtant il est bien un régulateur, puisqu'il permet de dépasser les conflits et de poursuivre l'interaction sociale ou les échanges économiques, cela en désignant un perdant³. Et puis, si chaque jugement rendu peut faire précédent, ce juge ne se contente pas de régler des conflits passés : il peut aussi formuler des normes qui s'appliqueront dans le futur, si bien qu'il devient une source de droit – comme disent les juristes.

Au plan international, le modèle du juge connaît un succès croissant, comme substitut ou complément à la négociation politique⁴. De fait, il la décharge de nombreux conflits qu'elle résout mal ou lentement, ou que même elle ignore. Cela étant, n'importe quel juge ne fait pas l'affaire, puisque pour être efficace il faut qu'il soit accepté par les acteurs, qui doivent le considérer comme légitime pour trancher leurs conflits. Ici, deux contraintes semblent peser en particulier. D'abord, l'expérience montre que les acteurs tant privés que publics font tout pour éviter les tribunaux d'un État qui n'est pas le leur : l'incertitude sur la qualité des institutions et des juges, mais aussi la perception d'un biais inévitable envers un non-résident, jouent très fortement, que ce soit contre un tribunal français, américain ou argentin. Seconde contrainte, il semble en aller de même, au moins pour les acteurs privés, avec les juridictions de type multilatéral qui elles aussi, inévitablement, seraient trop politisées ou trop exposées aux influences politiques : ceci a été illustré par le débat récent sur les dettes souveraines⁵. Ces contraintes expliquent *a contrario* l'influence de l'arbitrage privé international, comme modèle alternatif de règlement des différends : une forme de justice privée, à l'œuvre très loin des juridictions nationales comme des organisations multilatérales.

■ L'arbitrage international privé

Le problème à résoudre est banal : dans un monde incertain, où s'échangent quotidiennement des millions de contrats incomplets, les différends quant à leur exécution et leur interprétation sont une source inépuisable de conflits ou de frictions, c'est-à-dire de

coûts de transaction. C'est le bruit de fond du commerce et de la finance internationale. L'objet de l'arbitrage privé est de résoudre ces conflits de manière fiable, rapide et légitime, sur une base privée et donc en évitant autant que possible les tribunaux officiels⁶. Cet arbitrage présente l'avantage de la discrétion (ni les audiences ni les sentences ne sont en principe publiques)⁶ ainsi que d'une relative rapidité (il n'y pas de procédure d'appel) ; il laisse aussi une grande liberté aux parties pendant les procédures, et en cas de conflit très technique les juges peuvent être choisis en fonction d'une compétence pointue. Certains parleront alors d'une justice "privée et sur-mesure", évidemment coûteuse, par opposition à un "service public de la justice" fourni par les tribunaux de commerce⁸.

Les principes de fonctionnement de l'arbitrage privé sont simples. D'abord, chacune des deux parties en conflit choisit librement un arbitre, sous réserve qu'il soit indépendant, lesquels à leur tour en désignent un troisième, qui deviendra le président du tribunal arbitral qu'ils formeront ensemble. La légitimité de ces juges découle ainsi du choix des parties et aucunement d'une habilitation officielle : ce sont généralement des avocats, des praticiens du commerce international, des magistrats en retraite ou des universitaires, tous reconnus pour leur compétence et leurs qualités professionnelles. Plus généralement, ils appartiennent à un milieu relativement fermé, fondé avant tout sur la cooptation, l'autodiscipline et la réputation individuelle⁹. En règle générale, chaque tribunal suit le règlement de l'institution arbitrale (elle aussi privée) qui l'accueille – par exemple la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris (CCI), une des principales places en la matière¹⁰. Cela étant, sur le fond, il s'agit bien d'une procédure de type judiciaire, assez influencée par les pratiques contradictoires de type anglo-saxon, où se confrontent avocats et experts, dossiers à charge et contre-arguments.

Les arbitres se prononcent sur la base des contrats initiaux, du droit national que les parties auront choisi, mais ils pourront aussi s'appuyer sur les pratiques contractuelles généralement admises : une sorte de droit coutumier propre aux praticiens du commerce international, établi notamment par les précédents issus de l'arbitrage. Cette *lex mercatoria*, ainsi baptisée en référence aux règles appliquées sur les foires au Moyen-Âge, mais dont les contours restent flous et contestés,

3. M. Shapiro (1981), *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press ; A. Stone Sweet (1999), "Judicialization and the Construction of Governance", *Comparative Political Studies*, 31 (2): 147-184.

4. Voir plus généralement sur ce thème A. Garapon & J. Allard (2005), *Les juges dans la mondialisation : La nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil/La République des Idées. Pour une approche plus large, incluant les réseaux d'experts ou la coordination entre autorités indépendantes de régulation, voir A.M. Slaughter (2004), *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press.

5. "La dette argentine et le déclin du FMI", *La Lettre du CEPPI*, n° 241, janvier 2005.

6. Voir par exemple B. Oppetit (1998), *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF.

7. Cette règle semble toutefois en déclin comme en témoigne l'enquête publiée dans *American Lawyer* : "Big arbitrations", été 2003. <http://www.americanlawyer.com/focuseurope/bigarbitrations.html>

8. Un jugement sur un litige de 10 millions de dollars coûtera ainsi, à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Paris, entre 70 000 et 190 000 dollars (non compris les frais d'avocats des parties).

9. Pour une étude sociologique de l'arbitrage voir : Y. Dezalay & B.G. Garth (1996), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press.

10. Cela étant, les audiences peuvent se tenir dans n'importe quel pays, n'importe quelle langue et la nationalité des arbitres n'est pas non plus contraignante. Voir <http://www.iccwbo.org>

forme en ce sens un droit international des contrats, qui est assemblé, sélectionné et interprété par les acteurs privés¹¹. Son caractère supra-national et syncrétique l'oppose en particulier à la concurrence vigoureuse du droit commercial américain (ou new-yorkais) : largement préféré par les cabinets d'avocats américains, celui-ci est fortement ancré dans la procédure et dans les institutions judiciaires américaines.

Il serait faux toutefois de voir dans l'arbitrage international une contestation de l'autorité des États, ou une concurrence à leur égard. Il s'agit beaucoup plus d'une complémentarité fondée sur la possibilité légale donnée aux parties d'un contrat de résoudre leurs conflits à leur gré, dès lors qu'elles en sont l'une et l'autre d'accord. Cette option s'inscrit donc dans le cadre des garanties apportées par les États à l'activité contractuelle des agents privés, issus de la société civile : sous réserve du respect de la loi, les citoyens et les commerçants sont libres d'organiser leurs affaires comme ils l'entendent. De fait, le succès de la CCI de Paris repose, entre autres, sur la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a toujours été attentive à préserver le cadre juridique de cette activité¹².

Enfin, l'arbitrage est solidement ancré sur l'ordre judiciaire public en un point stratégique : les garanties d'exécution. Le principe, généralement respecté, est que lorsqu'elles entrent dans la procédure, les parties acceptent à l'avance la sentence qui sera rendue. Cela étant, toute sentence arbitrale rendue à la CCI de Paris (donc une institution privée) peut être confirmée par le Tribunal de grande instance (généralement en moins de vingt-quatre heures) ceci autorisant, par exemple, des saisies directes sur compte bancaire. Qui plus est, cette même sentence sera alors reconnue de manière quasi-automatique par les tribunaux, et sera donc exécutable dans les 133 pays signataires de la Convention de New-York de 1958 (règle dite de l'*exequatur*).

Pour résumer, l'arbitrage privé présente donc trois avantages majeurs, qui expliquent sa popularité : il repose sur un droit et sur des procédures conçus au plus près des intérêts et des contraintes des grands opérateurs privés internationaux ; il bénéficie d'une sanction publique forte ; enfin ses sentences "circulent" beaucoup plus facilement au plan international que celles des tribunaux publics, principalement parce qu'elles suscitent bien moins d'inquiétudes quant à un biais national ou politique. Un tribunal américain ou allemand acceptera beaucoup plus facilement une sentence de la CCI de Paris que du tribunal de commerce de la même ville.

■ L'attrait d'un modèle

Les avantages de l'arbitrage, comme modèle général de résolution des différends, ne valent pas seulement pour les agents privés engagés dans des échanges contractuels. S'en remettre à un tiers pour résoudre les conflits au cas par cas, sur la base des engagements pris et des pratiques habituelles, cela en évitant la publicité, les médias et les réactions de l'opinion publique : voilà qui peut attirer aussi bien des gouvernements que des voisins de palier qui n'arrivent pas à vider une querelle. En ce sens, le modèle du tiers-arbitre représente une sorte de régulation de base, d'une très grande généralité, qui est à la fois élémentaire dans son principe et très économique dans son fonctionnement. Il permet aussi d'envisager de proche en proche, ou de bas en haut, une régulation des échanges globalisés qui dans son principe est exactement à l'opposé de la stratégie "macro-politique" ou "architecturale". Plutôt que de donner la priorité à la négociation inter-gouvernementale et à la division du travail entre grandes organisations, il insiste sur les règles de droit effectivement suivies par les agents ; de même, il attirera l'attention sur les pratiques du secteur privé au moins autant que sur la virtuosité des diplomates, sur l'agrégation *ex post* des micro-régulations plutôt que sur les grands desseins *ex ante*.

L'influence de ce modèle s'observe aujourd'hui dans de nombreux champs où se sont développés rapidement, ces dernières années, des mécanismes de résolution des différends inspirés du modèle judiciaire. Deux exemples en particulier attirent l'attention, qui incluent les États souverains.

L'exemple le plus proche de l'arbitrage privé a trait aux investisseurs directs et leurs différends avec l'État d'accueil : exécution d'un contrat, problème de régulation des marchés, de fiscalité, d'expropriation, etc. On se souvient que sur cet enjeu central, les pays développés avaient échoué en 1998 à signer un accord multilatéral – l'AMI¹³. De manière très intéressante, les acteurs privés se sont retournés depuis vers une instance créée en 1966 : le *Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement* (CIRDI), rattaché à la Banque mondiale. Resté jusque là dans l'ombre, il a été redécouvert et investi par les opérateurs privés. Et de fait, en quelques années, il s'est affirmé comme un régulateur majeur de la globalisation, cela sur la base de pratiques issues directement de l'arbitrage privé (les procédures et les sentences étant toutefois rendues publiques). Bien qu'il n'ait pas de

11. Voir E. Loquin (2001), "Où en est la *lex mercatoria*?", in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Paris, Librairies Techniques ; voir aussi E. Gaillard (1995), "Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Journal du Droit International*, 1, janvier-mars. Sur la *lex mercatoria* au Moyen-Âge, voir par exemple P. Milgrom, D. North & B. Weingast (1990), "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs", *Economics and Politics*, 2:1, mars.

12. A *contrario*, on attribue généralement le moindre succès de la place de Londres, comme centre d'arbitrage international, à une relation moins étanche avec les juridictions publiques : ceci est lié, entre autres, au rôle central des juges dans la production du droit, dans un pays de *Common Law*, ainsi qu'à la très grande qualité reconnue généralement à la *Court of Commerce* de Londres. Voir notamment Y. Dezalay & B.G. Garth (1996), *op. cit.*

13. "En attendant l'AMI : un bilan des relations entre IDE et commerce", *La Lettre du CEPII*, n° 168, mai 1998.

monopole, il peut ainsi s'analyser comme une sorte de tribunal administratif embryonnaire, à l'échelle internationale, qui arbitre des différends entre des acteurs privés et publics, un peu comme lorsqu'une personne privée a un conflit avec sa mairie, la Direction des impôts ou la SNCF¹⁴. Pour cela, le CIRDI s'appuie sur les contrats individuels, mais aussi sur une très grande diversité de textes : plus de 2000 accords d'investissement bilatéraux ou régionaux (dont l'Alena et le Mercosur), ainsi que près de vingt lois nationales. Ce corpus apparaît ainsi comme le substitut au traité AMI de 1998, bien que sa cohérence moins forte puisse être une source de dysfonctionnements ou d'incertitudes¹⁵.

L'Organe de règlement des différends (ORD), constitué dans le cadre de l'OMC, porte sur les conflits entre États souverains (ou groupe d'États dans le cas de l'UE), sur une question d'interprétation ou de respect de telle clause d'un accord OMC. À nouveau, on évite donc la confrontation directe, à caractère politique, et on passe devant un panel de trois à cinq arbitres indépendants, choisis pour leurs compétences par le Secrétariat de l'ORD, et qui se prononcent sur la base des textes existants, des principes généraux qui les fondent et, de manière moins explicite, sur les précédents de l'ORD (en particulier ceux de l'Organe d'appel). Les procédures elles-mêmes sont encadrées par un calendrier précis, qui assure une résolution rapide, mais elles incitent aussi à un règlement à l'amiable, en laissant une large latitude à l'initiative des parties – comme dans le cas de l'arbitrage privé¹⁶. C'est dans ce cadre, par exemple, qu'en 2004 le Brésil a obtenu gain de cause contre les États-Unis (conflit sur le coton), puis l'Union européenne (le sucre). C'est là aussi que, le cas échéant, sera tranché le conflit sur les subventions à Airbus et Boeing.

Ces divers exemples montrent, chacun dans son registre, les bénéfices d'une extension du modèle judiciaire à l'échelle internationale. En particulier, celui-ci décharge la négociation politique de nombreux conflits particuliers, il les résout sur la

base des règles de droit (et non du rapport de force), et peut permettre, dans son cadre limité, la prise en compte d'une grande variété de points de vue. Ces pratiques s'inscrivent ainsi dans l'architecture classique qui règle le partage des tâches entre le législateur, qui vote des lois à caractère général, et le juge qui les interprète avec plus ou moins de marges de manœuvre.

Les limites du modèle judiciaire sont toutefois assez visibles également. D'abord, dans le cas de pays en développement, il demande des ressources financières et techniques non-négligeables. Il faut ensuite que les États soient respectueux du droit international et qu'ils entérinent les sentences rendues, même face à des enjeux importants¹⁷ : les 35 cas actuellement en cours au CIRDI, entre l'Argentine et des investisseurs étrangers, seront un test d'autant plus important que, jusqu'à présent, les autorités ont rejeté la validité des nombreuses plaintes déposées depuis la crise de 2001.

De manière plus générale, l'approche judiciaire ne peut pas apporter de réponse aux revendications proprement politiques qui se sont nouées autour des enjeux de la globalisation : les tribunaux internationaux ou les chambres arbitrales ne sauraient devenir une sorte de parlement mondial par substitution, dans lequel s'exprimeraient les divers représentants d'une hypothétique société civile émergente. De même, les juges de diverses espèces n'ont pas les moyens de pallier l'échec des États à établir un nouveau cadre d'action, par exemple face à la demande d'un nouveau bien public international. Ils ne seront ainsi d'aucun secours en cas de nouveaux échecs politiques sur la question du changement climatique ou de la lutte contre la pauvreté. C'est pourquoi ils ne peuvent que se substituer partiellement aux politiques, et sont le plus souvent leurs compléments – tout comme au plan national.

Jérôme Sgard
sgard@cepii.fr

4

14. E. Gaillard (2004), "Chronique des sentences arbitrales", Washington, Banque mondiale, CIRDI.

15. Voir M. Goldhaber (2004), "Wanted: A World Investment Court", *American Lawyer*, Summer. Voir aussi : C. Brower, C. Brown & J. Sharpe (2003), "The Coming Crisis in the Global Adjudication System", *Arbitration International* 19(4).

16. Voir WTO (2001), *The WTO Dispute Settlement Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press.

17. La République tchèque a ainsi été condamnée récemment à verser 350 millions de dollars d'indemnités dans le cadre d'un jugement arbitral, somme qu'elle a réglée.

LA LETTRE DU CEPII

© CEPII, PARIS, 2005
REDACTION
Centre d'études prospectives
et d'informations internationales,
9, rue Georges-Pitard
75015 Paris.
Tél. : 33 (0)1 53 68 55 14
Fax : 33 (0)1 53 68 55 03

DIRECTEUR DE LA
PUBLICATION :
Lionel Fontagné

REDACTION EN CHEF :
Agnès Chevallier

GRAPHIQUES :
Didier Boivin

REALISATION :
Laure Boivin

DIFFUSION :
La Documentation française.

ABONNEMENT (11 numéros)
France 48 € TTC
Europe 49,70 € TTC
DOM-TOM (HT, avion éco.)
49 € HT
Autres pays (HT, avion éco.)
49,50 € HT
Suppl. avion rapide 0,90 €

Adresser votre commande à :
La Documentation française,
124, rue Henri Barbusse
93308 Aubervilliers Cedex
Tél. : 01 40 15 70 00

Le CEPII est sur le WEB
son adresse : www.cepii.fr

ISSN 0243-1947
CCP n° 1462 AD

2^{ème} trimestre 2005
Avril 2005
Imp. ROBERT-PARIS
Imprimé en France.

Cette lettre est publiée sous la
responsabilité de la direction du
CEPII. Les opinions qui y sont
exprimées sont celles des auteurs.