

Sara Dezalay
Cardiff School of Law and Politics
dezalays@cardiff.ac.uk

Revue critique de droit international privé

Claire A. Cutler et Thomas Dietz (dir.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, Londres et New York, Routledge « Politics of Transnational Law Series », 2017, 308 p.

La catastrophe de l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza, à Dhaka, au Bangladesh, en 2013, qui a provoqué la mort de 1130 personnes et blessé 2500 autres a alerté l'opinion publique occidentale sur le sort des ouvriers de l'industrie du textile dans les pays du Sud - tout en attirant l'attention sur la complexité des arrangements contractuels entre les multinationales de la mode et leurs filiales dans des chaînes de production industrielles et commerciales intensément globalisées. L'actualité est dorénavant scandée par des scandales humains et environnementaux similaires dans différentes parties du monde et ce dans tous les secteurs, qu'il s'agisse de l'industrie extractive ou de services essentiels comme celui de l'accès à l'eau... La mise en accusation des multinationales, pour la plupart occidentales, dans ces catastrophes est une brèche dans laquelle se sont engouffrés médias, ONG, politiques, tout autant que spécialistes des relations internationales et du droit. Le discours prédominant reste cependant celui d'une injonction à la responsabilité sociale, pénale et environnementale des multinationales. Ces réponses médiatiques, militantes ou académiques prennent certes acte du poids immense pris par les multinationales dans le capitalisme contemporain. Mais ces discours restent insuffisants pour énoncer le problème et le traiter. Non seulement car ils restent pour la plupart enfoncés dans cet « âge d'or » que constituerait l'État comme acteur clé des relations internationales et en tant que pilote des rapports économiques. Mais également car ils ne se donnent pas les moyens de penser les formes prises par une mondialisation économique, tout autant que politique et sociale, déterminée par les rapports entre multinationales et leurs succursales, États, travailleurs, consommateurs et populations locales. Dans un capitalisme (re)dessiné de manière grandissante par les chaînes de production et de valeur induites par ces rapports, c'est en effet l'outil du « contrat privé » qui s'impose progressivement comme une modalité centrale de la gouvernance mondiale actuelle. Il s'agit là de l'argument central de l'ouvrage coordonné par Claire Cutler et Thomas Dietz, *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*.

En proposant une approche multi-disciplinaire - située entre théorie du droit, relations internationales et une conception critique de l'économie politique internationale - sur les « politiques du contrat » comme forme de gouvernance transnationale, l'ouvrage mérite dès lors d'être doublement salué. D'une part car il répond à l'insuffisance des réponses académiques actuelles, induites notamment par une segmentation disciplinaire qui fait du contrat un objet « juridique » et donc une boîte noire pour les autres disciplines. L'ouvrage invite au contraire à décroquer cet objet pour montrer qu'il s'inscrit dans des relations de pouvoir. Dans la mesure où il détermine les « gagnants et les perdants » de l'économie politique contemporaine - cette question du « *who gets what* » qui est au cœur de l'ouvrage - le contrat est un objet éminemment politique. L'ouvrage intéresse dès lors non seulement les juristes - de droit privé comme de droit public - mais également les politistes. D'autre part car il propose une feuille de route pour comprendre le contrat comme un phénomène

« transnational » qui contribue à (re)définir les frontières du politique, de l'économique et du social au niveau national et global.

Nous nous attacherons, dès lors, dans un premier temps, à souligner les points saillants de la problématique et de l'envergure empirique dessinées par la feuille de route proposée par l'ouvrage. Ce sera, ensuite, pour en affermir la promesse et encourager des recherches futures. Il faudrait en effet continuer à creuser certains sillons tant théoriques qu'empiriques laissés en friche par l'ouvrage, en particulier celui du pouvoir qui en l'état reste encore largement un « trou noir » qu'il s'agirait d'explorer davantage.

Les coordinateurs du volume définissent la gouvernance transnationale privée par contrat (« *private transnational governance by contract* ») comme un « *mode of governance that involves law in the coordination of social, economic and political relations across borders through bargaining and agreements between mainly, but not exclusively, private actors* » (p. xviii). Les contrats se voient ainsi envisagés dans un double sens. Ils sont certes des instruments juridiques a priori privés, car négociés à titre privé pour réguler des rapports entre acteurs principalement privés. Dans le même temps, ils charrient également des intérêts (sociaux, économiques, politiques) contradictoires, dans la mesure où, à l'évidence, ils influent sur la distribution sociétale des dividendes - économiques et symboliques - qu'ils génèrent, mais également car ils entretiennent une relation symbiotique avec la puissance publique et l'État de droit qu'elle incarne.

C'est l'apparent paradoxe qui constitue le point de départ de l'ouvrage, et qui est souligné tout particulièrement par Peer Zumbansen en préface et par Christopher May au second chapitre. La dévaluation de la capacité des institutions publiques à pallier la violence de l'inégalité des rapports de force économiques au niveau national et international - du fait notamment du délitement de la promesse de l'État providence et de la montée en puissance des multinationales - est allée de pair avec une dépolitisation des relations de pouvoir inscrites dans les contrats. Non seulement cela renforce le rôle, triple selon les coordinateurs de l'ouvrage, des contrats dans l'évolution actuelle du capitalisme, en tant que modalité clé d'agencement des transactions économiques transnationales, mécanisme central de gouvernance institutionnelle, et instrument de régulation. Mais l'idéologie prédominante du contrat privé comme quintessence d'une théorie libérale de la société - le contrat se voyant dès lors légitimé par l'État de droit - dévalue aussi la figure et le rôle de l'État pour en faire un obstacle à la liberté, la libéralisation et la croissance. Ainsi: « *the 'state' is caught between being both a pitiable placeholder for a political agency strongman and a handmaiden of global business interests* » (p. xiv).

En d'autres termes, et c'est au cœur de la problématique voulue par Cutler et Dietz : les contrats ont une dimension tout à la fois privée et publique, et tout à la fois intensément locale (re-territorialisation) et trans-nationale (dé-territorialisation). Dès lors, l'approche classique envisageant les contrats comme un mécanisme de gouvernance *privé* est non seulement insuffisante, mais elle masque les rapports de force sur lesquels reposent les contrats. Surtout, la nécessité de prendre en compte la nature de l'économie politique mondiale actuelle, caractérisée par une fragmentation de l'ordre économique mondial qui renforce l'autonomie des acteurs privés sans les subordonner à un encadrement constitutionnel légitime « vertical » au niveau global, implique selon les coordinateurs de l'ouvrage de définir une théorisation innovante. Ils dessinent celle-ci par l'interdisciplinarité, en plaçant une approche critique de l'économie politique internationale au cœur du propos. Le dispositif théorique ainsi conçu pose d'une part le « transnational » comme une catégorie analytique et méthodologique « *that analytically recognizes interface, intersection or transection of public and private international legal systems of national and international law* » (p. 13). Par ailleurs, pour aller au-delà d'une explication fonctionnelle classique voyant dans les contrats transnationaux une

simple réponse aux problèmes et aux coûts des transactions sur les marchés internationaux, Cutler et Dietz mettent en avant les conflits distributionnels qui sont parties prenantes des relations contractuelles, en soulignant le rôle central, à la fois épistémologique et empirique, joué par le « pouvoir ». Leur conception du pouvoir renvoie à la définition qu'en donnent Barnett et Duval (2005), à savoir la « *production, in and through social relations, of effects that shape the capacities of actors to determine their circumstances and fate* » (p. 16). Cette définition implique deux dimensions - d'une part celles des relations sociales se jouant dans le contrat, et d'autre part celles des rapports de force générés par les effets sociaux du contrat. Cela amène les coordinateurs à distinguer quatre idéaux-types du pouvoir à l'œuvre dans et par les contrats - de contrainte, institutionnel, structurel et constitutif (prescriptif) - permettant d'offrir des clés d'explication de la gouvernance entendue dès lors dans un double sens : celle qui se joue par le contrat privé, et la gouvernance transnationale telle qu'elle est modelée par les contrats privés transnationaux. Si l'enjeu pour Cutler et Dietz est épistémologique, il est aussi explicitement prescriptif. Il s'agit selon eux de questionner les fondements normatifs de la gouvernance mondiale contemporaine en interrogeant ce qui constitue, notamment, le fil conducteur de la première partie de l'ouvrage et de la conclusion proposée par Horatia Muir Watt : comment expliquer que des critères d'efficacité et d'efficience aient pris le dessus sur l'équité et la responsabilité dans la gouvernance transnationale privée par le contrat ?

Le volume est relativement bien tenu par la problématique proposée par Cutler et Dietz, chaque auteur ayant été invité à se positionner par rapport à la feuille de route dessinée par les coordinateurs en invoquant l'empirique propre à leurs travaux respectifs à titre d'illustration. La première partie, comme mentionné ci-dessus, explore certaines dimensions analytiques et théoriques de la problématique proposée par les coordinateurs. Elle est suivie de trois parties plus empiriques. La seconde partie met ainsi en relief certaines problématiques soulevées par les chaînes de valeur globale. Au chapitre 4, Claire Cutler, notamment, offre un éclairage utile sur l'histoire des théories relatives aux chaînes de valeur mondiale – passées d'une analyse politique tirée de la théorie du système-monde de Wallerstein sur l'inégalité des rapports de force entre Nord et périphéries, à une analyse essentiellement dépolitisée centrée sur les rapports inter-entreprises et entre multinationales et fournisseurs le long des chaînes de valeur mondiales. Pour explorer la question de la distribution des dividendes générés par les contrats, selon Cutler, il faut promouvoir au contraire une analyse critique de l'économie politique des chaînes de valeur mondiales en étudiant les structures de pouvoir le long de ces chaînes. On notera également l'analyse savoureuse proposée au chapitre 5 par Geneviève Lebaron, Jane Lister et Peter Dauvergne sur les audits éthiques comme mécanisme de gouvernance des chaînes de valeur mondiale. Par un effet aussi pervers qu'efficace, l'audit, alors même qu'il vise à moraliser et assainir les rapports entre multinationales et leurs succursales ainsi que les pratiques le long des chaînes de valeur contribue en fait à renforcer la puissance des multinationales : à la fois car les entreprises occupant une position dominante dans les chaînes de valeur contrôlent *de facto* le marché de l'audit, mais aussi car ce système de certification éthique dès lors endogène est adoubé de l'onction symbolique apportée par États et ONG occidentales. La troisième partie aborde certaines questions posées par les modalités de règlement des différends en matière de commerce et d'investissements internationaux. Au chapitre 8, notamment, Ed Cohen souligne que la frontière entre public et privé, loin d'être fixe, est redéfinie de manière dynamique via les contrats et les modalités de règlement des différends qu'ils prévoient. Si l'arbitrage de l'investissement permet aux acteurs privés d'invoquer la puissance publique pour autoriser et légitimer les rapports de force inscrits dans le contrat privé, il constitue également une modalité d'autant plus efficace pour avancer les intérêts des États les plus puissants. La quatrième partie, quant à elle, propose des analyses sectorielles. Au chapitre 12, par exemple, Amy Quark fournit des pistes pour comprendre la structuration et l'évolution actuelle du marché du coton : le rôle prédominant depuis les années

1980 d'un consortium de marchands de coton nord-américains et européens est dorénavant progressivement remis en cause par la puissance de frappe de la Chine en tant que premier importateur de coton au niveau mondial. Cette référence aux concurrences hégémoniques dans la structuration des marchés économiques fait écho, enfin, à la conclusion à l'ouvrage offerte par Muir Watt. Cette dernière rappelle les racines historiques des technologies du droit privé international et leur rôle central dans la co-constitution de l'impérialisme informel et du capitalisme contemporain.

En tant que feuille de route, l'ouvrage de Cutler et Dietz offre une problématique séduisante. Il nous semble, cependant, que l'appareil théorique dessiné par les coordinateurs devrait encore être affermi pour affiner l'agenda de recherche ouvert par le volume. Notre critique concerne tout particulièrement les questions du « pouvoir », et son articulation à celle du « transnational ». En introduction, Cutler et Dietz positionnent spécifiquement leur propos par rapport à ce qu'ils désignent comme les approches « conventionnelles » des relations internationales et du droit international. Pour se démarquer de ces approches classiques, l'enjeu est pour eux, d'une part, d'envisager les aspects également non matériels du pouvoir, à savoir principalement le contexte social dans lequel s'inscrivent les contrats et les effets sociaux de ces derniers. Par ailleurs, Cutler et Dietz entendent aller au-delà de la définition que donnait Jessup du « droit transnational » en s'appuyant sur les apports d'une approche constructiviste mettant l'accent sur les dimensions symboliques des relations internationales (via la circulation d'idées, d'agents et de pratiques), et ce afin de souligner les caractéristiques du transnational non pas comme un niveau supplémentaire d'analyse (s'ajoutant aux niveaux individuel/national/international) mais comme une catégorie méthodologique à part entière permettant de tracer l'« hybridation » entre acteurs, institutions et sources du droit internationaux publics et privés (p. 14).

En l'état cependant, ce canevas théorique n'est pas encore suffisamment déployé pour être convainquant. Tout d'abord, « pouvoir » et « transnational » semblent n'être articulés que faiblement – par une focale ciblée, dans la définition que donnent les coordinateurs de la gouvernance transnationale privée par le contrat, sur la « négociation » et les « accords » entre parties au contrat (p. 14). Si certains contributeurs évoquent les structures de pouvoir dans lesquelles s'inscrivent les contrats - par exemple au chapitre 4, Cutler souligne qu'il faut explorer les rapports entre entreprises le long des chaînes de valeur et les États dans lesquels ces chaînes opèrent - ces structures restent cependant encore trop peu explorées en l'état.

Si c'est sans doute en partie en raison d'un empirique qui reste dans le volume invoqué de manière ancillaire, cela cependant affaiblit la promesse de l'ouvrage. À la fois car le « pouvoir » reste ici une boîte noire qu'il s'agit encore d'explorer, mais aussi parce que les distinctions entre privé, public, national et international destinées à être questionnées par la notion de « transnational » se voient rattrapées - et par là-même de nouveau figées - par l'horizon prescriptif visé par le volume. On en veut pour preuve un objectif normatif qui reste flou lorsqu'il est centré sur une notion de « gouvernance » telle qu'elle est mobilisée dans le volume. Les auteurs oscillent par exemple trop vite entre une définition de la gouvernance assimilée à la régulation des rapports entre parties privées au contrat, et la volonté prescriptive de faire des contrats le socle normatif d'une gouvernance transnationale réformée par un horizon constitutionnel mondial, comme le suggère notamment Muir Watt en conclusion.

Pour pallier ces difficultés, deux dimensions pourraient venir renforcer la feuille de route proposée par l'ouvrage. Tout d'abord, il s'agirait de se donner les moyens, tant théoriques qu'empiriques, de démontrer effectivement la boîte noire du pouvoir qui se joue dans et par les contrats. L'analyse proposée récemment par Pierre France et Antoine Vauchez (2017) offre à cet égard des pistes intéressantes. Ces deux chercheurs s'y intéressent au « problème » de la

captation de la « chose publique » par des intérêts privés. À l'instar de l'ouvrage coordonné par Cutler et Dietz, France et Vauchez postulent que le « brouillage » actuel entre public et privé a été tout particulièrement favorisé par la nouvelle donne de la mondialisation et de la financiarisation du capitalisme contemporain. Ils rappellent ce faisant que la démarcation entre public et privé est loin d'être une frontière sectorielle et professionnelle : c'est une ligne de partage mouvante, contestée, qui occupe une fonction symbolique et politique essentielle pour la démocratie.

L'enjeu est dès lors, pour ces auteurs, de démontrer ce qu'ils désignent comme un « trou noir » du politique : l'émergence d'un espace d'intermédiation entre sphère publique et intérêts privés, se jouant non pas *contre* l'État mais *tout contre* celui-ci, dans une imbrication et une co-dépendance entre secteur public et acteurs économiques privés. Dès lors, pour comprendre ce qui se joue dans cet espace intermédiaire - et ses effets politiques - il faut, nécessairement, penser les relations en grandes parties symétriques entre les transformations de l'État d'une part et de son positionnement dans la mondialisation, et les transformations des acteurs économiques privés d'autre part. Inscrite en sociologie politique, leur analyse fournit ce faisant des garde-fous pour répondre effectivement à l'injonction posée par Zumbansen en préface – celle de la nécessité, pour questionner les rapports entre public et privé, d'interroger l'épistémologie des disciplines et des catégories d'analyse à disposition. Car ici, comme ailleurs, la mise en garde de Pierre Bourdieu (1993) reste prégnante : penser l'État, c'est s'exposer au risque d'être soumis à une pensée d'État. Cela est particulièrement vrai pour cette science-mère de l'État, le droit, façonnée par des agents - les juristes - qui sont partie prenante de l'État tout en étant soucieux de préserver leurs espaces professionnels autonomes. Mais c'est tout aussi vrai pour les autres disciplines, de sciences politiques, invoquées dans l'ouvrage de Cutler et Dietz. Une réponse possible, sociologique, à cette difficulté consiste à mettre les agents au cœur du propos - ceux-là même qui constituent ce « social » qui définit le pouvoir inscrit au cœur des contrats, tout en déterminant leurs effets - à commencer par ceux qui restent encore largement un point aveugle dans la littérature consacrée au capitalisme contemporain : les juristes d'affaires. Explorer leur positionnement, leurs stratégies professionnelles et tenir compte de leurs ressources (sociales, politiques, économiques) peut ainsi fournir des pistes pour comprendre tout à la fois la transformation de la structure des champs nationaux du pouvoir d'État dans lesquels ils s'inscrivent, et les différentes variables nationales qui sont projetées dans le « transnational » via les contrats.

Cela nous amène, enfin, à une seconde dimension qu'il pourrait être utile d'explorer pour affermir le propos de Cutler et Dietz. En introduction, et Muir Watt en conclusion, les coordinateurs du volume font certes référence au rôle historique joué par le contrat - notamment comme vecteur privilégié de l'expansion impériale - dans la structuration du capitalisme et du pouvoir d'État modernes, mais c'est au final pour ne s'attarder que brièvement sur cette histoire longue, en postulant le caractère nouveau de la donne actuelle. S'il y a à n'en pas douter une accélération de la mondialisation, favorisée par la globalisation et la financiarisation des chaînes de valeur, encore faudrait-il caractériser cette nouvelle donne en replaçant la structure actuelle du capitalisme dans la longue durée. Des travaux importants sur l'histoire du droit et des empires – nous pensons notamment aux travaux de Lauren Benton (notamment, 2016) - ont apporté un éclairage riche sur les origines coloniales du droit international, en montrant qu'il a été façonné par les conflits entre métropoles et colonies - entre marchands, missionnaires, administrateurs coloniaux et militaires - et inter-impériaux. Ces travaux permettent notamment de comprendre les structures de pouvoir dans lesquelles s'inscrivent les contrats qui sont à la fois déterminés - tout en en déviant - par ces sillons laissés par l'histoire longue du capitalisme et des empires.

L'enjeu cependant n'est pas uniquement d'éclairer le présent par le passé. C'est aussi une condition nécessaire pour comprendre la structuration, dans la durée, du « transnational ».

Dans son ouvrage posthume (2012), Pierre Bourdieu soulignait que l'on ne pouvait comprendre l'évolution des champs juridiques nationaux – et partant, celle du droit – qu'en tenant compte de l'imbrication entre les moutures successives du champ national du pouvoir d'État, et celles du champ juridique. Il faudrait pousser encore l'analyse en replaçant la définition des espaces nationaux - et partant de la « chose publique » nationale - dans les jeux d'échelles temporelles et géographiques favorisés par les phases successives de mondialisation. Dans leur ouvrage sur les empires dans l'histoire-monde, Jane Burbank et Frederick Cooper (2010) proposent ainsi d'inverser l'analyse entre le national et l'international, en soulignant que l'« État-nation » a été un produit contingent des concurrences impériales. Cette ouverture vers la longue durée conduit au minimum à infléchir le propos de Cutler et Dietz en envisageant le rôle joué par le contrat dans le capitalisme contemporain non pas simplement comme une « nouvelle » donne, mais comme l'expression d'une énième mouture de l'État dans la mondialisation économique, politique, juridique et sociale.

Références citées

- Barnett, M. et Duvall, R., « Power in International Relations », *International Organization*, 59(1), 2005, pp. 39-75.
- Benton, L. et Ford, L., *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800–1850*, Harvard University Press, 2016.
- Bourdieu, P., « Esprits d'État [Genèse et structure du champ bureaucratique] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1993, 96-97, p. 49-62.
- Bourdieu, P., *Sur l'État*, Le Seuil, 2012.
- France, P. et Vauchez, A., *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Sciences-Po, 2017.