



Académie des sciences d'outre-mer

Les recensions de l'Académie ¹

L'avenir du droit transnational : UE, USA, Chine et les BRICS = The future of transnational law : UE, USA, China and the BRICS / sous la direction de Francis Snyder et Yi Lu
éd. Bruylant, 2015
cote : 60.195

Il fallait toute la hardiesse de la jeunesse pour se lancer sur les sentiers peu fréquentés du droit transnational et de la mondialisation : celle des Young Scholars à l'occasion de leur 9^e rencontre internationale du 29 novembre au 1^{er} décembre 2012 à Pékin. La mondialisation, l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'OMS, l'ONU, l'Union Européenne et les Brics (Brésil, Chine, Russie, Inde et Afrique du Sud) et autres ententes régionales font plutôt l'objet de polémiques que de recherches théoriques. L'édition des communications choisies, en anglais et en français, par le Journal de la Loi européenne et l'Université Aix-Marseille, regroupe donc les textes de doctorants d'Allemagne, d'Amérique latine, de Chine, des Etats-Unis, de France, de Grande-Bretagne, d'Israël, d'Italie, des Pays-Bas et de Taïwan. Quatre grands thèmes ont été retenus, des droits de l'homme à la régulation des risques pour la santé et l'environnement en passant par le rôle des acteurs privés et publics dans la pluralité législative jusqu'à la régionalisation.

En 1956, le professeur Philipp Jessup, de Yale, avait donné la définition de la loi transnationale : « Est transnationale toute loi qui régit les actions ou les événements et qui transcende les frontières nationales » ou encore Gunther Teubner (Economie de la mondialisation 2002) : « Briser les frontières des schémas classiques; la loi nationale ou la loi internationale sont trop rigides et ne correspondent plus à la fluidité et à la complexité législative du XXI^e siècle. Tout le complexe législatif s'inscrit dans le contexte de la mondialisation que cela soit sur le plan constitutionnel, administratif ou de gouvernance face à l'irrésistible processus de la mondialisation ».

Pour une approche de cette loi et des limites de son application, plusieurs exemples ont été retenus par O. Frishman, dont en premier celui de la Chine adepte de la non intervention, estimant que chaque pays a sa propre conception de l'universalisme démocratique ; mais depuis 1956, une évolution s'est produite avec un champ commun ouvert aux actions collectives, des dialogues entre magistrats pour de meilleures décisions, exemple : juge français et Cour européenne des droits de l'homme ou Cour de justice européenne. Même rôle de la Cour Suprême aux Etats-Unis ou de la Cour Constitutionnelle



Les recensions de l'[Académie des sciences d'outre-mer](http://www.academie-outre-mer.fr) sont mises à disposition selon les termes de la [licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 3.0 non transcrit](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/).

Basé(e) sur une oeuvre à www.academie-outre-mer.fr.



Académie des sciences d'outre-mer

en Allemagne. La Cour Suprême de l'Inde tenta même d'imposer à un niveau mondial des décisions de la Cour des Fidji ou du Népal pour asseoir son argumentation. Mais des limites sont posées par les Cours elle-mêmes à l'intégration des décisions de leurs homologues. L'UE revient sur le tapis avec les discussions sur le retour de l'idée confédérale et aussi l'étude de l'Asean ou de l'EAC (Communauté des états africains). C'est la fin de l'organisation des Etats mise en place pour l'Europe avec le traité de Westphalie au XVII^e siècle.

Une comparaison se fait désormais avec le système nord - américain et le mélange des systèmes fédéraux et confédéraux avec modalités différentes : c'est la voie moyenne choisie par l'Europe alors que la mondialisation actuelle irait dans le sens confédéral. Dans le cadre de la mondialisation africaine, une double délimitation s'installe entre le respect de la loi traditionnelle et les réalités transnationales. Mais le rôle de l'ONU pèse sur ces contingences avec la présence de 42 membres africains en son sein, bénéficiaires chacun d'une voix. De même après le Rwanda, le tribunal d'Arusha est une véritable cour pénale internationale. Toutefois des limites sont posées à cette marche vers l'internationalisation : les états africains ont été longtemps absents des nombreux différends réglés par l'Organe de règlement des différends (ORD), géré par l'OMC.

Les Etats africains en font partie mais ne se sont pas manifestés jusqu'à l'affaire récente opposant les producteurs de coton aux Etats-Unis et à ses subventions qui dérégulaient le libre marché devant l'ORD, où ils ont obtenu satisfaction. Il n'y a pas non plus de stratégie générale en Afrique : les rapports avec la Chine, réglés au coup par coup, en sont l'exemple alors que celle-ci fait partie de l'OMC; mondialisation donc mais non pas création d'une loi transnationale. Le droit de la mondialisation est en fait un droit de la gestion de la complexité. Dans le domaine des droits de l'homme, second thème du colloque, la piraterie dans le cyberspace a donné lieu, selon I. Ievdokymova (Pays-Bas), à des projets de protection des données européennes sous l'égide de la Commission Européenne et du Parlement en 2013. La jurisprudence de la Cour est en faveur d'un respect de l'espace européen (V Armin Cuyvers Leyde).

Avec l'Amérique latine (L Knott), on constate un impact de l'interaction des régimes juridiques internationaux de l'investissement et des droits de l'homme. L'exemple, repris dans le Pacte andin, est parti d'un traité qui remonte à 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan pour la protection des investissements étrangers, mais les états ont toujours le droit de choisir « une juridiction de principe et domestique pour le règlement de leurs différends ». C'est le cas pour le Mercosur et l'ALENA entre USA et Canada. L'évolution est nette : la compétence réglementaire de l'état est davantage réservée à la protection des travailleurs, des hommes et des libertés. On assiste donc à des cloisonnements.

Les problèmes de santé publique ont été posés par le Brésil lors d'une contestation devant l'OMC avec les Etats-Unis concernant le prix trop élevés des médicaments nouveaux contre le Sida (M. Fraundorfer, Allemagne). L'OMS, appelée à la rescousse, a fait pression pour l'abaissement des prix, englobant ceux des médicaments contre la malaria et la tuberculose. Ce qui mettait en cause un Accord (Trips) sur les droits intellectuels appliqués au commerce de l'OMC. Le cas d'urgence ou d'extrême urgence nationale a dû être mis en



Académie des sciences d'outre-mer

évidence en 2005 devant l'OMC et l'ONU par le Brésil, appuyé par les ONG face au blocage américain. Dans le secteur voisin de la régulation des risques pour l'environnement (plomb, arsenic, etc) et la production de génériques, l'UE est devenue « un centre d'expertise. Ce qui a inspiré d'autres états pour sa régulation desdits risques ». Ce modèle s'apparenterait par son extension à la Lex Romana, aux codes civils du XIX^e siècle ou à la loi américaine à travers les organisations internationales (M. de Morpurgo, Milan). Une directive sur la restriction des produits chimiques dite REACH a été innovante mais a soulevé des critiques dans les pays en développement qui ont jugé son application trop lourde et trop onéreuse. Mais elle a été adoptée par les Etats-Unis avec un nouveau sigle.

Stratégie géopolitique qui se fait jour avec l'essai sur « la scientisation de la politique ou la politisation de la science » avec le fameux Codex Alimentarius fondé par l'ONU et la FAO. Son importance s'est accrue avec la dérive des risques alimentaires ou épidémiques dus à l'alimentation. Toutefois l'OMS garde un rôle indirect en matière de législation en préparant les évaluations scientifiques qui seront édictées par le Codex et mises en application par l'OMC à travers son système de règlement des différends (ORD) en cas de violation des normes internationales en matière de sécurité alimentaire. Mais il y a des poches de résistance et des conflits entre pays importateurs et exportateurs (jurisprudence de l'ORD) avec les exemples de la viande de bœuf aux hormones américaine. D'où la faillite de la coopération internationale avec aussi la mise en cause de la valeur scientifique des normes du Codex, notamment sur les additifs alimentaires (Chin Fu Lin, USA).

La protection de l'environnement est également l'enjeu d'un droit transnational mais les tensions subsistent entre les régimes juridiques différents et l'acceptation du CIRDI, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et émanation de la Banque mondiale : l'expropriation pour cause de protection de l'environnement a entraîné une juste indemnisation pour les entreprises lésées par le Mexique en l'espèce à l'égard des entreprises américaines. (G. Garcia- Batista, Lima). La Lex Sportiva est-elle une loi Transnationale? Mais elle n'existe pas par elle-même, elle est fondée sur une multitude de textes adoptés par les Etats, la cour d'arbitrage du sport exerçant un pouvoir fonctionnel et juridictionnel. Ce qui ne correspond pas à la définition de ce type de loi selon A. Duval (Florence).

Les codes de conduite constituent-ils aussi ce genre de texte ? Question posée par T. Ferrando. Pour les sociétés ENI, Total, British Petroleum, Repsol, ils ont les mêmes vertus que la loi européenne. Pourtant ils s'affranchissent même de conventions internationales et constituent en matière de règles d'extraction « un patchwork, un véritable manteau d'Arlequin ». Car « le diable est dans les détails » et les codes diffèrent. Par leur biais et l'exercice autonome de leur responsabilité par les entreprises, peut émerger un système légal et juridique avec ses valeurs propres au de-là des frontières originelles légales. Cela pose donc la question du rôle et de la légitimité de certains acteurs privés et publics dans la réglementation transnationale. La Convention du Cap (2001) en est la parfaite illustration (C. Devaux, Paris). Relative aux garanties internationales sur les matériels d'équipements mobiles (avions, engins ferroviaires - 2007 et spatiaux - 2012), l'essentiel en a été rédigé par les experts aéronautiques du Protocole aéronautique et Unidroit. Ces interventions ont été très controversées, car jugées contraires au Traité de Westphalie selon lequel seul un état est



Académie des sciences d'outre-mer

habilité à traiter du droit, sauf exceptions : organisations internationales ou personnes habilitées à exercer une saisine des juridictions internationales. Leur action serait donc « rampante » et dangereuse car ils opèrent sous le titre d'experts, consultants, rapporteurs ou amici curiae dont la légitimité est sujette à caution, avec les risques d'influence des industriels et des conflits d'intérêts. Finalement l'UE interviendra comme « gardien du temple », approuvant la Convention, tout en soumettant « les règles transnationales à un test de légitimité systémique et en invitant la société civile à prendre part au processus décisionnel communautaire ».

La reconfiguration de la loi nationale pourrait être dûe aussi aux arrangements internationaux multiples. Exemple pris par Perveen R. Ali (Londres) dans les accords portant sur le partage de responsabilité entre le Haut - Commissariat aux réfugiés des Nations - Unies et les états hôtes. Ils ont permis à celui-ci de tester la définition et les limites de la souveraineté étatique en envisageant une forme alternative de souveraineté partagée. Ces accords ont ouvert la voie à l'introduction de normes de protection et de droits pour les réfugiés. Critiqués pour leur insuffisance, ils ouvriront peut-être la voie à l'élaboration d'un texte commun. Mais le Haut-Commissariat a pu mesurer « l'abîme qui sépare l'Etat souverain de la loi internationale. A plus forte raison une loi transnationale ne pourrait-être élaborée que grâce à une délocalisation sous l'égide du Haut-Commissariat ».

L'opposition entre accords régionaux et multilatéralisme (B. Mamlyuk, USA) est manifeste dans le cas de la Russie qui multiplie les ententes régionales, en dépit de son entrée dans l'OMC, avec les états hérités du système soviétique : Kazakhstan et Bélarus. La question de la compatibilité avec l'article XXIV du GATT, intégré à l'OMC n'est pas neuve et le risque de fragmentation s'est posé avec le Mercosur, l'ALENA ou l'ASEAN en Asie. Le danger réside surtout dans la mise hors jeu de l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui a pourtant parfaitement fonctionné. C'est surtout l'émergence d'une nouvelle ère de gouvernance régionale plutôt que transnationale avec, en transparence, le désir de sauvegarder « jalousement » des intérêts locaux à l'intérieur d'un multilatéralisme, égalitaire en apparence, mais rendu purement formel. Les Etats tendent « rationnellement » à assurer leurs propres intérêts dans une société « mondiale anarchique ». Dans les faits, la Russie tente de réussir à la fois une intégration verticale au sein de l'OMC et horizontale grâce aux accords régionaux.

On peut regretter, pour une diffusion plus large et plus facile, que la plupart des communications soient restées en langue anglaise. Car il s'agit de réflexions riches en exemples et malheureusement rares en France sur le multilatéralisme et une de ses conséquences : l'élaboration d'une loi transnationale, « conjonction entre de multiples régimes normatifs et légaux, englobant aussi l'interaction entre eux, soit un pluralisme législatif. ».

Annie Krieger-Krynicky