



HAL
open science

Politique du droit international privé: réflexion critique

Horatia Muir Watt

► **To cite this version:**

Horatia Muir Watt. Politique du droit international privé: réflexion critique. Institut Universitaire Varenne. Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques, L.G.D.J, 2013, 9782916606767. hal-01081721

HAL Id: hal-01081721

<https://hal.science/hal-01081721>

Submitted on 20 Nov 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Politique du droit international privé : réflexion critique

Horatia MUIR WATT

Comment mener une réflexion critique sur la politique du droit international privé ? La question sera sans doute perçue comme étant iconoclaste, car la matière est elle-même suppose neutre, ou en tout cas, dépourvue de tout agenda politique autre que la promotion d'une forme curieusement éthérée de la justice – souvent qualifiée de « conflictuelle » pour en souligner la distance par rapport au contenu des droits nationaux en conflit. Or, à regarder de plus près, la dimension apolitique du droit international privé est intimement liée à l'idée selon laquelle la répartition des compétences qu'il opère se fait en conformité avec les valeurs indissociables d'une vision libérale, elle-même éminemment politique, du droit privé. Ce qui est souvent appelé la « justice du droit international privé », ou « justice conflictuelle », par opposition à la justice de droit substantiel, vise essentiellement, d'une part, la prévisibilité et la cohérence de la règle de droit, d'autre part, le respect des droits acquis et l'équilibre entre des intérêts privés antagonistes. Elle associe ainsi des arguments de « forme » et de « substance » pour exprimer dans le champ du droit international privé, ce qui a été caractérisé comme étant une vision « individualiste » du monde associée à l'autonomie, par opposition à une vision « altruiste » fondée sur la solidarité¹. C'est à la lumière de cette dernière distinction qu'il est proposé de repenser le rôle du droit international privé, qui, trop attaché à la valeur libérale de neutralité,

¹ D. KENNEDY, « Form and substance in private law adjudication », 89 *Harv. L. Rev.* 1685.

reste remarquablement absent des débats actuels sur le rôle du droit dans la gouvernance mondiale, alors même que les défis qui attendent cette dernière viennent en grande partie du rôle joué par les acteurs privés dans le fonctionnement de l'économie globale². Au rebours de sa neutralité affichée, il s'agirait de le reconnaître comme espace de contestation ou d'opposition entre des visions opposées du monde.

À cet égard, trois voies (au moins) paraissent prometteuses :

- la première consiste à comprendre pourquoi ce droit a contribué si peu à combler les trous noirs que sont la faim dans le monde, la destruction de l'environnement, l'esclavage moderne, l'accaparement des terres, les problèmes liés aux déplacements des populations. Cette piste conduit rapidement à conclure que sa neutralité l'a rendu complice sinon de la création, du moins du non-traitement, de ces trous noirs. Elle prend place dans une réflexion critique plus générale sur le formalisme juridique et les valeurs qu'il véhicule ;
- la deuxième propose de revisiter les catégories juridiques fondatrices de l'économie libérale. Cette voie est bien illustrée aujourd'hui par une initiative telle que la Charte européenne des biens communs, qui tend à protéger – à sacraliser ? – l'accès à un certain nombre de ressources vitales, dont l'eau et la nourriture, qui ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation exclusive. Dans un langage un peu différent, il conviendrait de reconnaître des droits humains collectifs indérogeables, comme le droit à un logement décent par exemple, et élaborer un régime spécifique pour ces droits ;
- la troisième voie explore de nouvelles utilisations des outils existants. Il peut s'agir, d'un côté, de redécouvrir ou de réarticuler des textes dont le sens a pu être figé en l'absence de contestation³. D'un autre côté, il y a lieu de prêter une attention accrue à l'élaboration du raisonnement judiciaire, dès lors qu'il emprunte lui-même une apparence de neutralité. Par exemple, décortiquer la proportionnalité, identifier les éléments qui y sont mis en balance, vérifier que ce ne soit pas le moyen d'exiler des arguments politiques à la marge du raisonnement, pourrait faciliter l'ouverture d'un espace de contestation.

Dans la présente contribution, pour répondre plus spécifiquement à la question des organisateurs du colloque, qui cherchent à comprendre comment la méthodologie du droit international privé pourrait être utilisé ou mobilisé en rapport avec le droit à la nourriture sur le plan global, deux

² V. sur ce point, notre étude, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, p. 347-427.

³ Pour un excellent exemple : O. DE SCHUTTER et K. Y CORDES, *Accounting for Hunger. The Right to Food in the Era of Globalisation*, Hart, 2011, et spécialement, O. DE SCHUTTER, « International Trade in Agriculture and the Right to Food », p. 181 et s.

exemples serviront à illustrer le renouveau possible de celle-ci. L'un concerne la régulation de l'activité délocalisée des entreprises, à travers leur responsabilité transnationale. L'autre, trop souvent découplée du premier, porte sur l'orientation du droit international de l'investissement direct. En réalité, un fil commun les relie.

PREMIER EXEMPLE : LA RESPONSABILITÉ TRANSNATIONALE DES ENTREPRISES

L'attention de la communauté internationale a été galvanisée par l'affaire *Kiobel c/ Royal Dutch Shell*⁴, actuellement pendant devant la Cour Suprême des États-Unis. Devant l'échec probable de l'action qui a donné lieu à tant de tensions, une autre, moins médiatisée, a été introduite en octobre 2012 en Hollande. Le déroulement de cette affaire a révélé deux grandes difficultés juridiques inattendues dans la mise en œuvre de la responsabilité civile transnationale des entreprises multinationales, qui concernent toutes deux l'exercice de la compétence internationale. L'ouverture qu'avait semblé représenter l'utilisation du *Alien Tort Statute* dans ce contexte, s'est heurtée, tout d'abord, à la question de la recevabilité d'une action fondée sur ce texte contre une personne morale. Pour le comprendre, il faut savoir que ce texte, rédigé en 1789, prévoit la compétence des juridictions fédérales pour connaître des cas de responsabilité délictuelle impliquant des demandeurs étrangers et fondées sur la violation du droit des nations. Si le développement tardif de contentieux collectifs avait d'abord valu une mise en garde de la Cour Suprême relative au contenu du droit des nations, que les juges nationaux avaient pour seule mission de constater, et non de développer, la possibilité d'introduire une telle action contre une personne morale n'avait pas été mise en doute. Cela arriva cependant dans l'affaire *Kiobel*, devant la Cour du 2^{ème} Circuit.

Le débat judiciaire était intéressant en ce que son objet était d'ordre méthodologique. Fallait-il, comme l'a fait la majorité de la Cour d'appel, comprendre le sens du *Alien Tort Statute* comme invitant à rechercher dans le droit international (droit des nations) soit un principe, soit un précédent, consacrant ou retenant la responsabilité civile d'une personne morale ? Une telle recherche était vouée d'avance à l'échec, puisque le droit international ne s'occupe guère de responsabilité civile : l'irrecevabilité de l'action était donc acquise. Mais ne fallait-il pas plutôt considérer, avec le juge dissident, que le *Statute* repose au contraire sur la séparation du fond et de la procédure, laissant au droit du for (national) le soin de déterminer les conséquences à

⁴ *Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 123-24 (2^d Cir. 2010).

attacher à une violation d'une norme de conduite posée par le droit des nations ? La Cour Suprême a accordé *le certiorari* pour entendre la cause, mais celle-ci n'a pas été tranchée. Car l'audience à peine commencée, le débat était suspendu et renvoyé pour déterminer la question de « l'extraterritorialité ».

Sous cette dernière rubrique, la question était de savoir si les juridictions américaines peuvent ou doivent exercer une compétence à raison de faits qui n'étaient pas survenus dans le territoire américain. Cette compétence est-elle à ce point universelle ? Le compte rendu de l'audience du 2 octobre 2012 laisse apparaître deux séries de problématiques. La première est celle du *forum non conveniens*. En l'occurrence, le défendeur est *Royal Dutch Shell*, une société néerlandaise. On peut alors se demander pourquoi l'action n'est pas portée aux Pays-Bas – et, de fait, depuis cette audience, une demande y a bien été introduite. Il est vrai qu'on pensait acquise l'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens* avec une compétence fondée sur la volonté du Congrès : comment refermer une porte que le Congrès a voulu ouverte ? Mais une idée identique a été exprimée sous la forme du principe de l'épuisement des voies de recours locales : pourquoi venir aux États-Unis alors que les voies de recours n'ont pas été utilisées dans le for naturel du défendeur ? La seconde problématique concerne la loi applicable. Ses termes sont nettement moins clairs. Il s'agirait de la portée du *Alien Tort Statute*, en présence de faits survenus en dehors du territoire. L'arrêt *Morrison* est invoqué ici, et son rappel de la présomption de territorialité de la loi fédérale⁵. Mais la question ne se situe pas du tout sur le même plan dans les deux affaires. L'arrêt *Morrison* concerne bien le champ d'application dans l'espace d'une loi fédérale (*Securities Act*). La même question n'a aucun sens s'agissant d'une loi dont l'objet est d'ordre juridictionnel, et qui implique l'applicabilité au fond, au moins pour la détermination de la norme de conduite violée, du droit international lui-même !

Si l'action est rejetée aux États-Unis, l'affaire suivra sans doute son chemin en Europe, où l'article 2 du règlement Bruxelles I assure un for – dès lors du moins que le voile de la personnalité morale peut être percé. Mais la loi applicable au regard du règlement Rome II sera la loi du lieu du dommage. Serait-il envisageable alors d'évincer celle-ci au nom de l'ordre public, ou des droits fondamentaux, dont le respect s'imposerait à la société-mère ? De nouvelles difficultés surgissent, également liées à la notion de territorialité. C'est la territorialité des obligations positives de l'État, invoquées dans leur effet horizontal qui pourrait s'opposer ici à l'extension extraterritoriale des droits de l'homme issus de la CEDH, dès lors que la société défenderesse

5 130 S Ct 2869: Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, 24 juin 2010, *Morrison et autres c/ National Australia Bank Ltd et autres*, *Rev crit DIP*, 2010.

n'est pas un agent de l'État⁶. C'est ici que se situe le chaînon manquant, dont l'absence paralyse pour l'instant l'extension extraterritoriale des droits fondamentaux. La clé est à rechercher, le cas échéant, du côté du droit de l'investissement.

SECOND EXEMPLE : L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Le contentieux CIRDI est souvent composé de différends nés à l'occasion d'une tentative de l'État hôte de réguler l'activité dans laquelle est engagé l'investisseur étranger⁷. Il peut s'agir, par exemple, d'appliquer une législation en matière de santé publique ou d'environnement, alors que l'investisseur étranger invoque des droits acquis en vertu du contrat, ou le caractère directement ou indirectement confiscatoire ou discriminatoire de la mesure prise. L'arbitrage d'investissement représente ainsi une forme de privatisation de la régulation de l'économie de l'État hôte. On peut remarquer qu'il s'agit du revers de la médaille précédente. D'une part, le droit international est de peu de secours pour les victimes de violations par des acteurs privés, en raison de la séparation du public et du privé : il n'est pas invocable contre une entreprise privée. Mais pareille distinction est nettement moins étanche lorsqu'il s'agit, en revanche, d'invoquer le droit (international) privé contre un État.

L'exemple le plus frappant de cette asymétrie concerne la privatisation de la dette souveraine. On constate, depuis la sentence *Abaclat* très commentée de 2011, qu'un premier panel CIRDI a accepté d'étendre la notion d'investissement à une simple obligation, dans l'hypothèse du rachat de la dette souveraine sur le marché secondaire. Pareille extension est très contestable dès lors que l'on conçoit un investissement comme contribuant durablement au développement d'une économie ; les instruments financiers deviennent des investissements. C'est ouvrir la porte à l'action des « fonds vautours » et leur instrumentalisation du système d'arbitrage CIRDI. La Grèce risque de tomber rapidement dans ce gouffre : le rachat de sa dette souveraine devient un investissement et les incidents de paiement justiciables de l'arbitrage privé, alors même que les autorités européennes tentent de trouver, dans le champ public, des solutions institutionnelles.

6 Sur ce point, v. notre étude, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *Mélanges Courbe*, 2012.

7 V. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3^e éd., 2010.

Dans ce contexte, l'investisseur pourra invoquer le bénéfice de cette construction fabuleuse du droit international de l'investissement par laquelle une clause du contrat d'investissement – clause-parapluie, ou clause de traitement équitable – transforme la violation du contrat en violation du droit international. Une relation contractuelle de droit (national) privé génère donc un différend de droit international (public). Quel est l'intérêt de faire intervenir ainsi ce dernier ? La réponse dépend évidemment de la version du droit international que l'interprète tient pour la plus crédible, et les sentences reflètent parfois de profondes différences de convictions sur ce point. Mais dès lors que l'arbitre y voit un droit libéral, essentiellement axé sur le respect des engagements (*pacta sunt servanda*) – et non par exemple un ordre indérogeable de protection des biens communs qui légitimerait la primauté du motif sanitaire ou écologique de la mesure étatique – l'État hôte devra respecter ses engagements à l'égard de l'investisseur privé.

Certes, formellement, dans un système essentiellement contractuel, il n'y a pas de jurisprudence arbitrale, de sorte qu'aucune orientation particulière ne devrait prévaloir sur le fond. De fait, la pratique des références croisées a tendance à figer sur ce point une légalité spécifiquement arbitrale, qui peut inquiéter au regard de l'enjeu éminemment public des procédures. C'est sur ce fondement que la légitimité même du système CIRDI est contestée. Au fond, une affaire comme celle qui oppose aujourd'hui les habitants de Lago Agrio, Équateur, à Chevron/Texaco⁸, et qui donne lieu à un chassé-croisé de procédures arbitrales (de droit international public et de droit privé), de mesures judiciaires provisoires dans le monde entier, d'injonctions anti-suit à portée « globale » et de recours « *claw-back* » sur le fondement du RICO Est-ce que c'est réversible ? C'est pratiquement se poser la question de savoir s'il y a une solution au désordre global qui vient de la coexistence désarticulée de formes de création juridique publiques et privées. Une piste possible serait évidemment de considérer que les arbitrages CIRDI sont eux-mêmes soumis à des normes supérieures, qu'il s'agisse de droits fondamentaux ou de *jus cogens*⁹.

En attendant un tel développement, une réflexion sur le cadre juridique que fournit le réseau des traités bilatéraux d'investissement ouvre un horizon un peu différent, qui mène peut-être vers le chaînon manquant que nous avons pu relever plus haut. Quel rapport entre le droit de l'investissement et la responsabilité transnationale des entreprises ? Les deux matières sont généralement abordées séparément. Mais il ne faut pas oublier que lorsqu'une

⁸ Sur l'ensemble de cette affaire complexe, v. notre étude, « Chevron, l'enchevêtrement des fors. Un combat sans issue », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 339.

⁹ Sur cette possibilité, v. notre étude, « The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal », à paraître, in Th. DIETZ (dir.), *The Political economy of international investment law*, OUP.

entreprise occidentale – par exemple une multinationale engagée dans l'industrie extractive (Shell, Texaco, Firestone ou Total) –, décide de développer une activité industrielle dans un pays en développement, l'investissement que celle-ci implique sera presque sans exception protégé par un traité bilatéral entre l'État d'origine et l'État hôte. Or, sachant que cet investissement, initiative privée, est encadré et encouragé au niveau interétatique, il est possible que réside là le fondement qui manquait pour justifier l'obligation positive de l'État d'assurer le respect, au-delà de son territoire, de normes fondamentales par les entreprises de droit privé qui tiennent leur personnalité morale de son ordre juridique. On peut imaginer ainsi que ce soit le lien d'investissement encadré qui fonde l'effet horizontal des droits de l'homme invocables dans les rapports entre acteurs privés, quel que soit le lieu d'activité de ces derniers. Appliquée en tout cas en Europe, une telle piste permettrait de donner au for de droit commun une portée équivalente à celui que semblait impliquer le *Alien Tort Statute* aux États-Unis !