Compte-rendu

Séminaire du 06.12.2008

« Le manager face au droit global »

par Benoît Frydman

Compte-rendu du Séminaire du 6 décembre 2008
« Le manager face au droit global »
par Benoît Frydman

TABLE DES MATIERES

I. INTRODUCTION 3
II. MISE EN CONTEXTE DES NOUVEAUX MODELES 3
III. STRUCTURES ET SCENARII REPETITIFS 4
IV. LES DEUX MOUVEMENTS 6
V. ET SI LES BONNES INTENTIONS DEVENAIENT OPERATOIRES… 11
VI. DEBAT 14

I. Introduction

Malgré nos nombreux contacts avec les entreprises, nos travaux – qui dépassent le simple commentaire de textes mais s'inscrivent dans une démarche pragmatique – restent malheureusement et essentiellement partagés entre universitaires. Il y a quelques années, j'utilisais l'expression « le droit de demain ». Cette locution est désuète puisqu'il est bien question du « droit d'aujourd'hui » et c'est sur celui-ci que nous réfléchissons.

Nos schèmes et nos modèles ont « une guerre de retard » ou en tous cas une année de retard par rapport aux réalités de terrain. Nous voyons encore le droit dans des catégories que nous connaissons bien telles que l'Etat, l'international, le marché, etc. mais nous sommes limités car ces catégories nous permettent, à la fois, de penser de nouvelles catégories mais bornent également notre pensée. La philosophie permet de repenser les choses à nouveaux frais mais ce n'est pas aisé tant les grandes notions sont présentes à l'esprit de chacun, à commencer par celui des philosophes eux-mêmes. Je vais vous présenter quelques cas qui sont, je pense, révélateurs de la mutation que connaît le droit.

II. Mise en contexte des nouveaux modèles

Le sujet traite des conséquences de la mondialisation sur le droit. L'hypothèse que nous défendons, dite de manière plate et simplifiée, est que la mondialisation que nous vivons ne représente pas seulement un changement d'échelle. Il ne s'agit pas du passage d'un droit national à un droit européen (requérrant des structures politiques nouvelles). Nous ne sommes donc pas dans une réplique du droit européen à l'échelle globale.

Nous faisons autre chose, de plus en plus autre chose. Les modes de gouvernance sont de plus en plus souvent dépassés par d'autres manières de faire du droit, notamment des modèles de co-régulation dans lesquels on ne passe plus par des instances de droit où la Commission, informellement, fabrique des politiques en prenant des modes de décisions situés en dehors des Traités (ex : politique de l'eau, REACH, les droits de polluer, etc.). Ce sont des politiques extrêmement importantes qui ne sont pas gérées pas la co-décision (le Parlement, le Conseil, la Commission, etc.) mais par des modes parallèles. Et ce qui est ici vrai à l'échelon européen, avec ces modes parallèles, est encore plus vrai à l'échelon mondial. Dès la fin du XVIII^{e} siècle on parle d'un Etat mondial. Kant disait qu'un Etat mondial est une mauvaise chose car cela serait forcément une dictature. L'intérêt pratique n'est pas à l'ordre du jour, nous voyons bien que nous n'y sommes pas, à l'horizon de notre vie nous ne le verrons pas, rien ne nous y emmène : c'est de la politique-fiction. Nous ne sommes donc pas face à un Etat mondial en construction mais face à de nouveaux modes de régulation qui se mettent en place souvent de manière sauvage, parfois de manière semi organisée, par plusieurs acteurs différents.

Quelque chose de met donc en place, peut-être parce que le droit, comme la nature, a horreur du vide. Je reprendrais cet adage latin « ubi societas ibi jus » soit « Là où il y a une société, il y a du droit ». Si l'on admet que l'on a une société, c'est-à-dire un Etat mondial en construction fait d'échanges de produits, de services, de communication et composé de groupes d'intérêts – une société n'étant que la somme de ces interactions -, alors il existe un droit appelé droit global.

Il faut définir le droit global. Soyons clairs : le droit global n'est ni le droit international ni un concept utopique comme le droit naturel ou le droit d'une collectivité politique mondiale. Pour des acteurs qui sont mondialisés, quand ils regardent le droit, ils le regardent directement à l'échelon du monde. Leur vision ne s'arrête pas quand ils se demandent ce qu'est le droit, aux frontières du pays dans lequel leur entreprise a son siège social. Ainsi, ce droit global n'existe pas d'un point de vue institutionnel mais il existe pour les acteurs globaux qui regardent le droit comme un ensemble. C'est un point de vue micro puisque le droit global n'existe pas d'un point de vue macro. Mais si l'on se met dans la peau d'un acteur macro (une entreprise transnationale, une ONG, une organisation internationale du genre FMI, un Etat jouant un rôle global, etc.), celui-ci perçoit le monde sous l'angle du droit global. C'est cette hauteur prise que nous allons analyser.

III. Structures et scénarii répétitifs

Nous avons l'habitude de découper le droit en quatre étapes :

- l'élaboration des règles (pouvoir législatif);
- leur mise en application (pouvoir du gouvernement);
- la surveillance de leur bonne exécution (pouvoir du parquet);
- la sanction (pouvoir des juges).

Au niveau international, cette répartition est plus floue. Les Etats sont censés un peu tout faire (élaborer des règles, les appliquer, en surveiller la bonne exécution et sanctionner les violations) et cela ne marche pas très bien. Les organisations internationales, sans réel pouvoir font – pardonnez ce barbarisme - du « standard-setting », ce qui signifient qu'elles fixent de grands principes de base en essayant d'acquérir de la légitimité. Ce sont, en général, des organisations intergouvernementales ou privées.

Ensuite, on demande aux Etats de mettre en œuvre ces principes mais on le demande surtout, de plus en plus, aux entreprises et ceci est une caractéristique majeure du droit global. Autrement dit, on fixe des règles et au lieu de les adresser – comme en droit international – aux Etats en les déclarant souverains et engagés en la matière pour respecter ces règles-ci, on identifie de plus en plus l'entreprise comme le point de contrôle. On appelle « point de contrôle » l'endroit où la régulation est possible. L'entreprise a effectivement les moyens de contrôler un certain nombre de choses : les conditions de travail, les émissions de CO_2, etc. en ce y compris le respect des droits de l'homme dans un pays où elle opère et où elle est en position de force par rapport à un gouvernement.

Toute une série d'éléments conspirent à construire l'entreprise comme point de contrôle alors même que l'attitude de l'entreprise (on le verra dans nos exemples) est, au départ très réservée à cet égard. Elle considère que ce n'est pas son rôle, qu'elle est là pour créer de la valeur. Toutefois, sous la pression, l'entreprise se retrouve effectivement à jouer ce rôle de régulateur. Ce qui sera intéressant à considérer, c'est qu'elle sera piégée par le phénomène dans lequel elle s'engage volontairement. Car le rôle de procureur est en général tenu par les grandes ONG. Ces dernières soulignent que les entreprises ont accepté de prendre des engagements qu'elles ne tiennent pas.

Enfin, on se met à la recherche de juges. Il existe ce que l'on nomme « contentieux transnational » consistant à saisir non pas les juges internationaux (qui n'ont aucune compétence à juger les entreprises sur base d'un droit international qui ne s'applique d'ailleurs pas à elles) mais des juges qui siègent dans les Cours des pays possédant la qualité de compétence universelle. C'est le cas de la Belgique. Dans l'affaire Total, on va donc chercher des juges belges pour faire juger une société française pour des actes qu'elle a menés de concert avec une compagnie américaine en Birmanie. Le jeu mondial est effectué par toutes les parties : les organisations internationales, les Etats eux-mêmes, les entreprises, les ONG et les juges nationaux.

Ce que j'aimerais, c'est vous montrer les étapes de ce qui est en train de se dérouler au niveau du droit et de l'économie. Ce que l'on remarque, c'est que ce sont, grosso modo, les mêmes outils, procédures et scénarii qui réapparaissent et se mettent en place à chaque fois. Ces phénomènes invitent les managers à faire preuve d'une grande vigilance. En effet, que fait le manager dans cette situation où il est, à la fois, dans un vide juridique, sous pression pour jouer un rôle de régulateur et en grand danger s'il s'engage dans cette voie ? Pensez à la responsabilité sociale, environnementale et des droits de l'homme que doit assumer aujourd'hui les entreprises.

Auparavant, le droit s'imposait aux entreprises par l'intermédiaire de l'Etat et leur principale préoccupation était de s'assurer qu'elles respectaient ce droit. Il me semble que c'est cette attitude un peu passive qui était théoriquement admise. Certes, les entreprises devaient se tenir au courant de ce qui se faisait au niveau du droit national et international mais cette position où le droit provient d'ailleurs que d'elles-mêmes et qu'elles doivent y obéir, est dépassée. A l'époque qui est la nôtre, l'entreprise n'a pas le choix : nous sommes dans un système de lutte pour le droit, c'est-à-dire dans un système de lutte pour savoir qui va définir le droit et le régulateur. Il est trop risqué d'affirmer que cet état de fait ne concerne pas les entreprises car elles sont désignées tôt ou tard comme un exécutant du droit voire un policier ou un procureur. Il faut dont savoir allier deux pôles : être actif au niveau du droit tout en étant prudent.

IV. Les deux mouvements

La phase de mondialisation se caractérise sur le plan du droit par deux mouvements qui sont, non pas successifs, mais simultanés : une phase de déconstruction et une phase de reconstruction.

La « destruction créatrice » utilisée en économie semble aussi s'appliquer, aujourd'hui, en droit. On avait un droit qui était essentiellement fait *par* les Etats et *pour* les Etats qui est en train de tomber, pour employer un mot fort, en déliquescence. A côté, on a la construction de quelque chose qui est tellement nouveau que lorsque je discute avec des juristes classiques, ils me répondent que ce j'évoque n'est pas du droit. Mais cela vient prendre la place du droit et réguler nos sociétés. Pragmatiquement, cela revient donc au même. Il est vrai que nous avons l'habitude d'avoir un droit construit sur base de lois votées par des représentants élus (quoique, au niveau européen, nous ne soyons plus dans ce système) mais le droit s'est, dans le passé, construit de différentes manières et se fera dans le futur de différentes manières également.

L'élément clé pour faire du droit est l'Etat. Or l'Etat est défini par un territoire lequel détermine le champ d'application naturel de ces règles (ceci peut être modifié) et l'efficacité quand l'Etat veut imposer par la force ces règles (ceci peut beaucoup moins être modifié). Qui dit mondialisation, dit que la plupart des opérations (communications, marché, etc.) dépassent allègrement les frontières nationales. Il y a donc des problèmes évidents d'échelle : on ne peut régler au niveau d'un Etat des opérations internationales.

Les juristes estiment que cette situation a toujours existé et que la réponse se trouve dans le droit international. C'est tout à fait exact : le droit national et international ont été créés en même temps, au XVII^{e} siècle. En même temps que l'on quitte le mythe de l'Empire romain (qui existe jusque sous Charles le Quint) avec cette croyance qui veut qu'il y ait soit l'Empire, soit l'Eglise, apparaît la reconnaissance des nations, de leur droit et du droit entre ces nations. Le droit international a deux moyens pour régler les opérations :

- le droit international public à savoir les traités entre Etats ou les organisations. Ces traités posent des difficultés car ils fonctionnent à l'accord. Assurément, les Etats sont souverains et l'on ne peut rien leur imposer. Pourtant, la période de domination occidentale de certaines organisations touche à son terme et les enjeux clés leur échappent : réchauffement climatique, questions sociales, négociations à l'OMC, etc. Les dossiers primordiaux qui sont sur le « bureau » de la gouvernance mondiale sont bloqués. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas d'accord à cause des conflits d'intérêts majeurs. Quand bien même on conclut des accords, on ne les respectent pas. Qui est garant de la bonne exécution des accords par les Etats ? Les Etats eux-mêmes. Si ces accords ne sont pas respectés, on fait un rapport devant une commission… De ce fait, à un moment donné, les ONG ont fortement mobilisé les organisations internationales pour faire adopter des conventions (notamment sur l'armement) et des victoires remarquables ont été, en ce sens, accomplies. Les ONG se sont rendues compte que c'était un magnifique combat mais un peu vain car elles étaient trop loin du terrain : il était inutile d'en passer par les enceintes internationales puis par les Etats pour obtenir une solution sur le terrain car peu de choses se concrétisait. C'était ce que certains philosophes qualifient de « plus long détour ». Mieux valait

aller se confronter à ceux qui sont directement sur le terrain, à savoir les entreprises. Le droit international public n'offre donc pas beaucoup de possibilités pour fonder un droit global.

- Le droit international privé : quand une opération dépasse nos frontières, il existe des règles permettant de déterminer quel Etat est compétent pour régir l'interaction. Parfois, il y a beaucoup d'Etats qui sont compétents, parfois aucun Etat ne l'est. Bref, cela ne fonctionne pas très bien. Mais cet écueil offre une opportunité aux entreprises. Dans le commerce et les affaires internationales, nous avons eu, dans les grandes lignes, trois phases :

  - Une phase de colonisation où l'entreprise était soumise au droit de l'Etat d'origine.
  - Une phase de décolonisation où l'entreprise devait négocier avec l'Etat d'accueil. A cette étape, les entreprises transnationales ont réussi à obtenir le fait que les contrats d'Etat soient soumis à l'arbitrage privé (alors que jadis les contrats d'Etat étaient soumis à la loi du pays et au juge de l'Etat d'accueil.). Dès cet instant, le rapport de force s'était inversé.
  - Dans le monde globalisé que nous connaissons, l'entreprise regarde le monde comme « un » et voit une mosaïque de différents ordres juridiques. C'est le « forum shopping ». L'entreprise va déterminer et choisir le « package réglementaire » qui va lui être appliqué. De la même manière qu'une entreprise va choisir un pays en fonction du coût des facteurs de production, elle décide du pays d'installation en fonction des règles de celui-ci.

Pour illustrer ce dernier point, prenons l'exemple de la réglementation sur les émissions. L'Europe ne va plus distribuer gratuitement les droits en matière d'émission de CO_2 mais les vendre (ou plutôt taxer les entreprises sur leurs émissions). Les syndicats ont manifesté par peur des délocalisations suite à la création d'un package règlementaire coûteux pour les entreprises (par ex., Mittal pourrait allait s'installer dans des pays – c'est le cas pour la plupart – où il n'y a pas ces contraintes règlementaires). Dans chaque entreprise d'importance, il y a un service qui ne travaille qu'à l'étude du package règlementaire et non plus seulement d'un point de vue fiscal mais aussi environnemental et social.

Les entreprises seraient-elles cyniques ? Le marché leur demande de maximiser le bénéfice. Dès lors, ce n'est pas une question de bonne ou de mauvaise intention. Corollairement, la notion de responsabilité sociale des entreprises demeure naïve si elle est posée en ces termes. Les entreprises sont certes des êtres abstraits mais elles fonctionnent à l'efficacité économique. Il est donc inévitable – sauf exception – que l'entreprise aille choisir l'ordre juridique le plus avantageux pour elle. Ce n'est cependant pas affirmer qu'elle refuse tout ordre juridique puisqu'elle ne veut pas, d'un côté, de trouble et, d'un autre côté, elle désire être, s'il échoit, défendue. En réalité, elle veut donc un certain niveau de régulation car trop peu de régulation peut lui revenir également cher. Ce qui complique les choses, c'est que les entreprises ne doivent pas seulement choisir un seul package réglementaire. Une entreprise peut très bien baser une holding au Luxembourg, mettre ses installations polluantes en Inde et ses usines là où il y a beaucoup de travailleurs comme au Vietnam. On peut être efficace en divisant ses choix.

Par cette description, je veux montrer qu'il ne faut pas moraliser les phénomènes mais les voir tels quels. Nous assistons à un état de choses inédit. Les Etats souverains et donnant

les règles de droit à tout le monde sont devenus des sortes de représentants de commerce en concurrence. En effet, ils ont absolument besoin des entreprises et de la croissance pour ne pas provoquer de récession. Il faut convaincre les entreprises soit de venir s'installer chez soi soit de rester lorsqu'elles sont installées. En Belgique, nous avons une loi sur la compétitivité et le principal objectif avoué de notre politique économique c'est d'être concurrentiel par rapport à nos voisins.

L'Etat est essentiellement un producteur de droits. Le philosophe du droit Hans Kelsen disait, de manière radicale, que droit et Etat sont des synonymes. L'Etat ne serait donc rien d'autre que la somme des règles de droit qu'il produit. Aujourd'hui, l'Etat est une entreprise qui vend du droit.

Comme je vous l'ai dit, pour qu'un droit et une loi puissent s'exercer, il faut un espace localisable. Mais on assiste à la formation d'entreprises virtuelles. Dans le Vermont, une loi autorise les sociétés à avoir un siège social qui soit situé dans un monde virtuel. La délocalisation la plus parfaite est celle qui quitte la Terre ! Il y a des univers virtuels dont le PBN dépasse celui de certains pays !

Les Etats sont en concurrence entre eux et cette concurrence est d'autant plus sauvage que les ordres juridiques varient considérablement de par le monde. Une baisse tendancielle de la régulation juridique s'ensuit et est aggravée par des pratiques de dumping réglementaire. Ce dumping concerne autant les paradis fiscaux que les « paradis » (enfin, plutôt les enfers !) environnementaux, sociaux ou numériques. Résultat ? La création d'un véritable marché global des droits nationaux. Le droit lui-même est entré dans le cercle de l'échange en devenant un produit ou un service marchand. Les Etats sont ferrés et n'ont, pour l'instant, pas de solution. Une piste serait la possibilité de s'entendre sur une base juridique minimale. Mais le niveau est tellement minimum qu'il n'aide pas à calmer cette guerre des droits.

Voilà, dressée, la phase de déconstruction…

Intervention 1 : *Cette phase de déconstruction peut changer le paysage institutionnel. Je suis conseiller général au FOREM, en charge de la prospective. On fonce droit dans le mur avec cette déconstruction. Je prends un exemple. On fait devenir fous les gens en les faisant courir derrière des emplois qui n'existent pas. Il faut donc développer des projets. Si je veux être réellement prêt pour un de mes projets, je le serais dans 2 ans. Si je veux être prêt dans 6 mois, je prends un risque, je joue. Un organisme public comme le nôtre se doit de respecter les règles. Mais les règles sont en-dehors de la temporalité de la société. Soit on nous reproche de jouer avec la règle, soit de ne pas être là. Pour pallier cette configuration, nous convoquons le privé. La règle repasse par l'entreprise. On nous demande de faire du partenariat privé/public autour du placement et de la remise au travail. Le problème c'est que notre organisme sait déterminer, via les règles, qu'une personne correspond au profil de l'offre d'emploi, ce qu'elle risque en refusant ou pas d'y répondre, etc. et ces compétences vont aujourd'hui être transférées au secteur privé. Celui-ci dit ne pas être prêt à assumer un tel transfert et je pense qu'il a raison. Une entreprise de placement sur le marché de l'emploi a intérêt à capter la meilleure compétence pour garder une bonne image vis-à-vis de ses clients. Mais pour pouvoir répondre de manière satisfaisante à ceux-ci, elle doit brasser large. Si elle applique la règle, elle risque de se priver de ressources en terme de compétences, compétences qui représentent sa matière première. Imposera-t-elle un changement de règle ?*

Intervention 2 : *La phase de déconstruction est déjà derrière nous et nous ne vivons pas, en Belgique, dans un Etat de droit. Les quatre phases sont dénaturées et décrédibilisées. Presque plus personne n'a de respect pour les faiseurs de droit et pour les juges. On est dans le « wild west ». C'est le droit du plus agile, du plus mobile ou du plus malin qui prédomine. Et c'est le sens moral individuel qui permet d'orienter positivement les choses car, transposé au niveau sociétal, ce qui se passe est intolérable.*

Intervention 3 : *Les institutions qui réalisent la règle et le droit dans la vie quotidienne sont en train de mourir ! Que fait-on ?*

Intervention 4 : *Je crois que, dans la phase de reconstruction, la notion d'image et d'agilité vont avoir une grande influence.*

Intervention 5 : *Il est vrai qu'il y a un déplacement vers la co-régulation. Mais il manque la sanction et la coordination. Un bon exemple du manque de sanction est le « corporate governance » qui existe dans les Etats et entre les Etats. C'est un système faisant appel au bon vouloir. Il n'y a pas de sanction. Il n'est pas appliqué correctement parce qu'il n'y a, entre autres, pas de sanction. Une autre condition d'une bonne exécution du « corporate governance » est la co-régulation (car ces principes ne dépendent pas du Parlement, de l'Etat, des lois, etc.), initiative privée, dans les différents pays d'Europe. Vous avez fait allusion au système européen d'échange de quotas d'émissions de CO2 (Emissions Trading Scheme ou ETS). Tant qu'il n'y a pas de coordination au niveau mondiale et si seule l'Europe s'en préoccupe, l'économie européenne va imploser car cela coûte énormément cher (bien que certaines entreprises, comme les industries de production d'électricité, répercutent ce coût sur le client). Pour les industries automobiles et sidérurgiques, ce système provoque une situation grave et elles ne peuvent répercuter ce coût sur les clients. Bref, s'il n'y a pas de coordination, on aura un problème dans la co-régulation.*

Intervention 6 : *Je constate qu'il y a une reconstruction chaotique. Une tentative de sanction au niveau global et délocalisé me paraît difficile à réaliser (peut-être un mi-consensus ?). Il faut intervenir et donner une sanction. On cherche une légitimité morale qui puisse stopper (à quel stade ?) des actions condamnables des entreprises.*

Intervention 7 : *L'image que se donnent les entreprises peut être hypocrite.*

Intervention 8 : *Le Tribunal de La Haye pose question en terme de résultat. En revanche, en terme de processus, c'est un laboratoire qui vise à mettre ensemble le « common law » et le « civil law » (soit le droit anglais et le droit napoléonien). Le Tribunal doit trouver un moyen terme entre les deux, ce qui fait que, en tant que laboratoire des processus, c'est quelque chose de potentiellement intéressant.*

Benoît Frydman : La Cour Pénale Internationale en est à ses balbutiements. Des pays comme les Etats-Unis, l'Inde, la Chine et la Russie n'ont pas ratifié son instauration. C'est une juridiction entre les Etats qui n'a pas grand effet, qui n'est pas ouverte aux simples citoyens ou aux entreprises (les entreprises ne peuvent d'ailleurs pas y être assignées). C'est donc à part, cela concerne les Etats et cela n'a pas, du point de vue de la jurisprudence, beaucoup de répercussions sur le terrain.

La coordination des actions est un vrai problème parce qu'il n'y a pas de gouvernement central. Elle ne peut qu'avoir lieu de manière aléatoire.

Je vais vous montrer qu'il y a des bouts de coordination même si, c'est certain, cela reste chaotique. Quant aux sanctions, elles demeurent au niveau symbolique des condamnations judiciaires (et encore, nous n'en sommes généralement pas là).

Effectivement, on joue sur l'image et la réputation. Elles peuvent être hypocrites, comme vous l'avez souligné. Mais par définition, l'image n'est pas ce que l'on est profondément (c'est-à-dire la moralité) mais l'apparence que l'on donne. Nous sommes, soi-disant, régulés par le droit. Nous nous en rendons compte principalement quand nous sommes en voiture et dans notre vie professionnelle. Mais dans notre vie quotidienne privée, ce qui nous régule n'est autre que l'image que l'on donne de soi-même. Prenons un exemple un peu trivial. Une expérience scientifique étudie le pourcentage de personnes qui se lavent les mains après être allées aux toilettes. L'expérience montre que si l'on met une 2ème personne dans les toilettes, le pourcentage de personnes se lavant les mains explose. Ce que l'on fait au niveau du droit mondial aujourd'hui rejoint cette expérience : « Attention, on vous regarde ! » Ces ONG dont le nom contient le mot « watch » du style « Human Rights Watch » ou Corporate Watch » semble être révélateur de ce comportement. Ces organismes, pour reprendre l'allégorie, se situent près de l'évier et regardent si tout le monde se lave bien les mains. C'est le même phénomène qu'avec celui des caméras. On ne sait si elles filment ou fonctionnent mais le seul fait d'en voir une peut avoir un impact sur les réactions des gens.

Je pense que nous avons là un mécanisme tout à fait caractéristique de la régulation globale. Il ne fait pas de doute que c'est nettement moins institutionnalisé que le droit. Je ne suis pas en train de proposer un système de ce qui devrait être (nous avons tous de bonnes idées à ce sujet) mais j'observe plutôt l'état actuel des choses. Ce qui se passe est beaucoup moins en lien avec le droit international mais c'est *plus* que rien.

Je rebondirai sur le terme « agilité » car je pense qu'il est très juste et convient au cas que je vais présenter. Etant dans une disposition particulière de vide juridique, il nous faut du droit et tous les acteurs (Etat, ONG, organisations internationales, entreprises) pensent savoir ce à quoi devrait ressembler le droit. Si l'on utilise une hypothèse marxienne, la règle qui va prévaloir dépendra du rapport de forces. Mais j'ai l'impression que différentes personnes avec la même force n'obtiennent pas le même résultat. Utilisons l'image du levier. Il est des personnes qui n'ont pas une position de grande force mais, parce qu'elles ont une initiative intelligente ou font de l'ingénierie juridique, ont, tout d'un coup, une force énorme.

Les universités sont aujourd'hui sujettes à restructuration. On leur dit qu'il va falloir qu'elles se comportent comme des entreprises. Panique à bord : tout le monde se met à fonctionner selon le classement de Shanghai. Or, ce classement est le résultat de quatre personnes qui se sont mises autour d'une table en se disant qu'il fallait que les universités chinoises puissent prendre pour modèle une université comme Harvard. En conséquence, ces personnes ont d'emblée mis Harvard en n°1 sur leur liste et décidé que ce classement servirait à encourager des universités chinoises à s'améliorer. Et voilà que cette initiative est en train de mener le petit monde des universités par le bout du nez. Les restructurations dont font l'objet les universités sonnent une entrée dans l'économie de marché.

Tout ceci pour vous dire que l'ingénierie, à travers un « ranking » ou des processus juridiques peut aboutir à un rapport de forces sans égard pour l'intérêt social sous-jacent qu'il représente[1].

[1] Voir l'article suivant : http://www.scientistsofamerica.com/index.php?texte=104

V. Et si les bonnes intentions devenaient opératoires…

Le cas Nike est un bon exemple de la façon dont une entreprise joue le jeu de la régulation et se fait prendre au piège de cette régulation. Le problème, à la base, était celui des conditions de travail dans le monde. Des personnes travaillent 10 à 12h par jour, avec des heures supplémentaires obligatoires (des travailleurs dans un Pays en Voie de Développement confiaient que leur pause préférée était celle de minuit car le sandwich était… gratuit !), des problèmes terribles de conditions d'hygiène, etc.

Vous savez que les Etats sont intervenus par les voies du droit international classique lors des négociations avec l'OMC. Des pays comme la France ont clamé qu'ils acceptaient les principes du libre échange sous réserve d'adoption d'une clause sociale garantissant au travailleur « immigré » d'être soumis au régime social le plus avancé. Cela n'a pas marché. Conséquence, on a renvoyé l'affaire à l'OIT (Organisation Internationale du Travail) qui, en 1998, a promulgué une grande déclaration solennelle dont la portée juridique est nulle. Cette déclaration est qualifiée de « droit international naturel » qui s'impose malgré tout. On pense faire office de promulgation (un peu comme les Droit de l'Homme) et, en dépit de toute convention internationale, on espère que ce droit s'imposera. C'est le lieu où le droit rejoint la morale. Cette déclaration a quatre points principaux :

- Interdiction du travail des enfants
- Interdiction du travail forcé
- Interdiction de la discrimination
- Droit de négociation collective (liberté syndicale).

En 1999, le Global Compact est proposé par Kofi Annan. Il s'agissait de reprendre ces quatre points augmentés de trois dispositions en matière d'environnement (assez floues par ailleurs), d'un engagement des entreprises de respecter les Droits de l'Homme partout dans le monde et d'une clause de lutte contre la corruption. Le Global Compact forme un ensemble de 10 propositions. Kofi Annan a annoncé qu'il invitait les entreprises à signer un contrat. Valeur juridique de ce contrat ? Nulle. Il ne se présente pas dans le cadre du droit classique mais est peut-être beaucoup plus important. En effet, pour la première fois on reconnaît que la société internationale n'est pas uniquement faite des différents Etats qui se rencontrent lors de l'Assemblée générale à l'ONU, mais des entreprises qui sont les sujets de la moralité internationale, de véritables partenaires.

Le secrétaire général aux Nations Unies indiquait : « Un changement fondamental est intervenu au cours de ces dernières années dans l'attitude des Nations Unies à l'égard du secteur privé. La confrontation cède le pas à la coopération et les polémiques aux partenariats. » L'ONU se rend compte qu'elle ne va rien pouvoir imposer aux entreprises transnationales et au lieu d'utiliser le bâton, elle va utiliser la carotte. Environ 2006 entreprises sont devenues partenaires tels DuPont de Nemours, Cisco, Hewlett Packard, Coca Cola, Air France, Carrefour, British Telecoms, BMW, Bayer, Suez, Danone, PNB Paribas, H&M, L'Oréal, Nestlé, SAP, Total, etc. Bref, tout le monde en est et tout le monde doit en être.

Comment, nous techniciens, analysons-nous le Global Compact ? C'est un code de conduite extrêmement vague et général, revêtu du label ONU. Les entreprises, en y souscrivant en masse, se disent qu'elles ne sont soumises à rien (puisque tous les textes qui font référence aux 10 principes sont non juridiquement obligatoires). Chaque grosse entreprise a un code de conduite qu'elle affiche généralement sur son site Internet et qui énumère les engagements non juridiques mais moraux qu'elle prend dans ses opérations.

Ce fut le cas de l'entreprise Nike (fondée fin des années 60). Elle est basée sur une marque (la fameuse virgule inversée). C'est si vrai que Nike n'a jamais fabriqué la moindre chaussure de sport en ce sens qu'aucune usine estampillée Nike n'existe. Le « business model » est clair dès le départ : on s'adresse à des sous-traitants (longtemps basés à Taiwan, Vietnam, Indonésie et Chine) qui ont eux-mêmes des sous-traitants. Dans les campagnes médiatiques contre les fabricants d'accessoires de sport, c'est Nike qui sera la principale cible. Pourquoi ? Car avec un budget publicitaire flirtant avec le milliard et du haut de son ultime notoriété (Nike ne doit même plus se citer. Son logo suffit), Nike se désigne lui-même comme celui qui sera sous la pression totale de ces campagnes et du public.

Le livre *Just Do It : The Nike Spirit in the Corporate World*[2] de Donald Katz et l'inénarrable Michael Moore prennent Nike pour cible. Ce dernier parvient, en 1998, à coincer Phil Knight dans un ascenseur et à lui faire dire qu'un enfant de 14 ans qui fabrique des chaussures, cela ne pose pas de problème. En 1996, *Life Magazine* publie une photo d'un enfant Pakistanais cousant des ballons de foot portant le logo Nike. La marque, après avoir nié, a été prise dans le tourbillon du marché et sous la pression du public.

Voyons quelques faits parsemant le parcours. Dans une ligne de manoeuvre « soft law », Nike avait adopté un code de conduite (1992) et imposé à ses sous-traitants et aux sous-traitants des sous-traitants, en annexe d'un contrat, un « memorendum of understanding » très précis et la nécessité de fournir des documents prouvant sa mise en application. Que développe-t-il ? L'employeur doit respecter le *droit local* (on pourrait croire que c'est la moindre des choses mais il est des pays où l'on ne respecte pas le droit local. C'est le cas en Chine pour les lois sur le salaire minimum) en matière de salaire et d'heure de travail, il doit respecter des conditions décentes de sécurité, etc.

Lorsque les attaques sont tombées, Nike a fait un audit interne de ses usines de sous-traitants et a engagé Andrew Young[3] (premier ambassadeur noir des Etats-Unis aux Nations Unis. Il a également fondé une association de contrôle des conditions de travail dans les Pays en Voie de Développement) pour faire un rapport. Il a fait une tournée dans les usines Nike et a conclu à « l'absence de violation généralisée » ou à pas de « widespread violations » (c'est une conclusion, vous en conviendrez, relativement vague).

Mais voilà qu'une fuite par un ex-employé d'un audit interne d'une firme comptable à propos de l'usine vietnamienne apparaît au grand jour. Cet employé licencié présente le rapport d'audit à la presse. Il ressort que 77 % des travailleuses en Indonésie souffrent de sérieux problèmes respiratoires dans les usines Nike, que l'on fait travailler des enfants de moins de 16 ans, etc. L'ONG « Hong Kong Christian Industrial Committee » dresse un tableau tout aussi inquiétant et révoltant : 11 à 12 h de travail pour jour, heures supplémentaires obligatoires, violation de la loi sur le salaire minimum, exposition à des poussières et vapeurs toxiques, emploi des jeunes de moins de 16 ans, etc. Tout ceci donne lieu à des reportages

[2] éd. Adams Media Corporation, 1995
[3] Voir le rapport Young dans cet article : http://www.calbaptist.edu/dskubik/young.htm

sur CBS, BBC et des articles dans le *New York Times*. Nike réagit en publiant le rapport Young en achetant des pages entières dans les journaux américains. Erreur tactique qui le mènera à l'étape suivante de la débâcle.

Kasky, un consumériste habitué à lancer des procès contre des marques (il avait notamment attaqué Perrier qui s'affichait comme une eau naturellement pétillante alors qu'elle rajoutait du gaz carbonique) charge son avocat d'introduire une action contre Nike pour publicité mensongère dans la campagne de relations publiques qu'elle a menée sur les conditions de travail chez ses sous-traitants (la loi d'application est celle sur la concurrence déloyale). Il argumentait que cette campagne de relations publiques était bien de la publicité qui ne dit pas son nom (« commercial speeches »).

La loi californienne permet à n'importe quel citoyen de jouer le rôle de procureur (« private attorney general[4] »). Monsieur Kasky se transforme donc en procureur à l'encontre de Nike pour la manière dont les sous-traitants des sous-traitants traitent les travailleuses qui fabriquent les chaussures en Indonésie, au Vietnam et en Chine.

La ligne de défense de Nike se fonde sur les libertés publiques, en particulier, le premier amendement : ce que tente de faire condamner Kasky c'est un discours prononcé par Nike, ce qui, au regard du 1er amendement, est impossible.

Kasky perd tous les procès. Il n'en reste pas là et saisit la Cour Suprême de Californie. Nike perd (là où il ne faut pas perdre !), dans une délibération très serrée par quatre voix contre trois.

La Cour a estimé qu'il s'agissait bien d'un discours commercial (non protégé par le 1er amendement). Elle s'est exprimé en ces termes : « when a corporation, to maintain and increase its sales and profits, makes public statements defending labor practices and working conditions at factories where its products are made, those public statements are commercial speech that may be regulated to prevent consumer deception[5] ». Autrement dit, quand une entreprise fait des déclarations sur les conditions de travail et même si cela n'a rien à voir avec la qualité du produit lui-même, elle s'engage vis-à-vis de ses clients. A bien y réfléchir, c'est aussi une sorte de justification de la vague « commerce équitable » ou de la politisation de la consommation et du fait que le client se détermine en fonction de ces données. La Cour indique encore que, depuis 1992, Nike « assume responsability for its subcontracts. ». « Responsability » n'est pas « liability » (obligation) mais Nike a endossé la responsabilité dans son annexe (memorundum of understanding). Bref, en voulant bien faire et en étant mis sous pression, Nike décide, dans un contexte de vide juridique, de prendre certaines règles et de les imposer aux usines qui fabriquent ses produits. Conséquence : il se retrouve, dans son propre forum et sous surveillance des ONG, acculé. Les

[4] Dans des notes personnelles sur l'affaire Nike, Benoît Frydman précise : « Cette loi permet à n'importe qui d'agir au nom de l'intérêt général (« any person acting in the interest of the general public »), même en l'absence d'un préjudice personnel (Kasky avait cessé d'acheter des Nike plusieurs années auparavant en raison de leurs « sweatshop practices ». Il n'était donc pas lui-même « victime »). Si le procureur peut demander des sanctions pénales, le « private attorney general » peut seulement demander des sanctions civiles i.e. injonction et restitution. Cette possibilité est depuis supprimée par un referendum d'initiative populaire. »

[5] Traduction libre « Lorsqu'une entreprise, pour maintenir et augmenter ses ventes et profits, fait des déclarations publiques défendant le travail et les conditions de travail dans les usines où ses produits sont fabriqués, ces déclarations sont des discours commerciaux pouvant être régulés [par le droit] afin de protéger le consommateur contre la tromperie [publicité mensongère]. »

observateurs/censeurs auraient pu leur exprimer les choses de cette façon : « Vous avez voulu jouer les régulateurs. Les exigences des règles n'ont pas été remplies. A vous d'en supporter le prix. » Comme souvent aux Etats-Unis, les affaires se soldent par une transaction et l'acte prononcé par la Cour fera jurisprudence.

Wal-Mart a été assigné sur cette base. Le même processus est à l'œuvre puisque cette société avait également édicté un code de conduite. Des travailleurs du monde entier (y compris aux Etats-Unis), ont attaqué Wal-Mart en justice sous motif que l'entreprise avait créé, sans les respecter, des droits pour défendre les travailleurs dans les Pays en Voie de Développement. Les travailleurs demandaient des comptes pour la manière dont ils étaient traités dans ces usines.

VI. Débat

Intervention 9 : *Nike a dû jouer au régulateur car l'Etat a abandonné ses prérogatives. C'est comme si nous étions sur un terrain de football sur lequel il n'y a pas d'arbitre, où les joueurs font les règles et où le public juge.*

Benoît Frydman : Le vide normatif est global. Nike a comblé ce vide puis il s'est lui-même piégé.

Intervention 10 : *Je travaille dans un secteur spécialisé dans les biopolymères. Les règles en vigueur ne nous convenaient pas. Nous avons réfléchi décidant de chercher ceux qui étaient les plus capables de nous contrôler avec le plus d'exigences. Les groupements écologistes ont été choisis.*

Benoît Frydman : La phase de déconstruction laisse donc place à l'élaboration de règles et de sanctions. Pour une entreprise, les étapes de la mise en marche du mécanisme de régulation et de contrôle doivent logiquement succéder à celui de l'engagement.

Intervention 11 : *Carrefour a conclu un partenariat avec un organisme de défense des Droits de l'Homme – FIDH (Fédération Internationale des Droits de l'Homme) car l'ONU ne voulait pas s'engager !*

Intervention 12 : *Partenariat est à mettre entre guillemets car la relation ne peut être celle d'un échange équilibré avec un organisme qui, par définition, est un organisme de contrôle.*

Intervention 13 : *Les personnes rencontrées à l'ONU ne voulaient pas « se mouiller » et être associées au nom de Carrefour !*

Benoît Frydman : Une manière de conclure le droit réside dans le fait de conclure des alliances. La chaîne ressemble à : volonté d'exécuter des règles ; désignation d'un contrôleur ; invention d'un mécanisme de sanctions.

Intervention 14 : *Je perçois une sorte de fragmentation de nos codes moraux. Un cadre général n'est peut-être pas accepté car il appellerait une forme de responsabilité.*

Intervention 15 : *Les entreprises sont poussées dans le dos car, sous un certain point de vue, elles sont les plus fragiles en ce sens qu'elles sont dépendantes de la consommation et*

de la sanction assenée par les consommateurs. L'Etat, lui, est peu sanctionné hormis au moment des élections. Le rôle de régulateur naturellement attribuable à l'Etat est joué par le transnational, niveau encore faible. En outre, faire du lobby avec l'Etat reste difficile.

Intervention 16 : *L'entreprise occupe aussi la position du plus fort parce qu'elle exerce un pouvoir sur l'économie du pays.*

Intervention 17 : *De mon point de vue, les multinationales sont les maillons les plus forts car elles se situent au niveau global.*

Intervention 18 : *Il faudrait aussi considérer le problème du contrôleur qui est rémunéré par le contrôlé.*

Intervention 19 : *La chute du monde financier est en partie liée à cette relation viciée.*

Benoît Frydman : L'entreprise a été naïve en pensant qu'elle n'avait qu'une implication morale (par la « responsability ») à avoir alors que tout, à un moment donné ou à un autre, est récupéré par le droit.

Intervention 20 : *Naïveté et flirt avec le danger ! Les lois et les règles, dans leur élaboration, supportent un coût conséquent (audit, sécurité, etc.). Un autre problème est que les petites entreprises ne sont pas à l'origine de la construction de ces règles mais ne peuvent que les subir.*

Benoît Frydman : *The Economist* continue de tenir un discours incitant les entreprises à rester dans ce qu'il pense être son rôle à savoir faire du profit et de la « responsability ». Les petites entreprises doivent en effet subir ces règles. Mais il faut peut-être se réjouir de cet effet de contamination. La contamination juridique promulgue une sorte de « nous nous engageons pour *nous* et pour *ceux* avec qui nous sommes en affaire. ». Cet effet boule de neige se retrouve aussi dans ce que provoquent les activités des fonds éthiques. Ils ont des impacts sur les comportements et ont un rayonnement sur de multiples acteurs ou tiers (Etats, organisations internationales, etc.). Quant aux entreprises, elles deviennent des check points. Le CEO de Nike a-t-il enclenché un changement dans les conditions de travail ? Vous avez raison quand vous dites que l'entreprise est le point le plus fort car elle peut faire changer les choses et qu'elle est le point le plus faible car elle est soumise aux consommateurs. Elle peut, dans ce cas, vite devenir l'arroseur arrosé. Que ce soit les règles ou l'entreprise transnationale, faire système peut rimer avec chaotique. Mais des faits se produisent : Nike, par une politique de transparence et l'application de la « responsability » est aujourd'hui cité en exemple.

Intervention 21 : *Vous avez parlé de soft law, de droit international, de droit global, de codes de conduites, de cahiers d'éthique, etc. Comment donner une cohérence et une structure à tout ceci ?*

Benoît Frydman : Je doute que la régulation passera par les législateurs professionnels et par les nations mais à partir de ce qui a coincé (par exemple, la crise financière). Nous régulerons à partir de ces « couacs ». Retenez que c'est le premier qui impose la règle qui a raison soit parce qu'il la déclare bonne ou qu'il s'attribue une légitimité. A ce moment-là, la chaîne de contrôle peut se dérouler. Permettez-moi de vous exposez le cas Yahoo. Vous verrez en quoi leur ligne de défense et leur réaction furent à l'opposé de celle de Nike.

Voici un résumé de l'affaire, véritable feuilleton judiciaire s'étalant sur 6 ans. En 2000, une ligue française de défense contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA) découvrait que Yahoo abritait un site de vente aux enchères en ligne qui contenait une rubrique de vente d'objets nazis (par ex., des pin's avec des croix gammées). Les objets provenaient des Etats-Unis, pays où un amendement de la Constitution garantit la liberté d'expression. La ligue décide de saisir un juge français pour le motif de « trouble de l'ordre public ». Le juge décrète qu'il n'est compétent que sur le territoire français. La ligue se tourne alors vers un juge américain. Yahoo avait présenté quatre arguments légaux :

1. L'absence de légitimité d'un juge Français. Le juge Jean-Jacques Gomez se déclara compétent pour l'affaire en arguant que les ventes d'objets se faisaient sur le territoire français.

2. Le rôle passif de Yahoo. Il assura qu'il ne défendait pas l'idéologie nazie et qu'il ne représentait qu'un simple vecteur neutre d'information. Il ajouta qu'il n'était pas de son ressort de trier les informations qu'il envoie. Yahoo pense pouvoir se barricader dans une définition stricte du simple fournisseur d'accès (ISP).

3. Le premier amendement de la Constitution américaine. Yahoo, après avoir déclaré qu'il ne pouvait pas endosser le rôle de censeur, invoqua le premier amendement. Cet argument est caduque puisque le premier amendement défend aux autorités publiques de pratiquer la censure. Yahoo avance alors que s'il supprimait le site d'enchères d'objets nazis, ses clients pourraient l'accuser de ne pas respecter *leur* liberté d'expression. Cet argument était également fallacieux puisque Yahoo bannissait la vente en ligne d'animaux, d'armes ou de drogues. En fait, le fournisseur d'accès voulait convaincre le juge français que la liberté d'expression, dans son extension, pouvait venir à bout des idées nazies en finissant par faire triompher la vérité par la promotion des discours anti-racistes. Yahoo référa aux méthodes alternatives de défense des idées anti-racistes et anti-révisionnistes employées par la communauté juive des Etats-Unis mais cette même communauté mis une pression supplémentaire sur Yahoo. Le premier amendement fut finalement utilisé Yahoo pour décréter qu'aucune sentence française ne pouvait faire office de loi en Amérique. La Cour Fédérale de Californie reçu cet argument en ajoutant – et ceci est capitale - que cela ne dispensait les juges français (le juge Gomez en l'occurrence) d'appliquer la loi française en la matière. Les juges américains ont déclaré qu'il n'était pas de leur ressort de protéger les Français contre…des juges français ! Le juge Gomez avait un avis différent sur la question, d'autant que la liberté d'expression en France n'est pas constitutionnellement dirigée et a de nombreuses exceptions. Le 22 mai 2000, il rendu une sentence énoncée comme suit : « Prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objet nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis».

4. Les contraintes techniques. Au cours de l'audience du 24 juillet la société Yahoo ! Inc., après s'être adjoint les compétences d'un expert en informatique, a démontré qu'il était impossible, en l'état actuel des techniques, de se conformer à l'injonction contenue dans l'ordonnance du 22 mai 2000. Le 23 août 2004 la Cour d'Appel de San Francisco casse, sur le fond, la décision rendue par la Cour de Californie. L'arrêt rendu le 12 janvier 2006 par la neuvième Cour d'Appel de district de Californie valide l'arrêt de 2004 et reconnaît la force contraignante de la décision française du Tribunal de Paris, ainsi que les limites juridiques du premier amendement sur le réseau Internet. En effet, Yahoo ! Inc. a l'obligation de faire en sorte de bloquer l'accès au site de vente en ligne d'objets nazis et de propagande

révisionniste auprès de Yahoo France. Un ultime recours pourra être exercé devant la Cour Suprême[6].

Ebay a choisi de supprimer les pages vendant des objets nazis et ce à échelle mondiale. Google a développé d'autres outils. Pour une « association » comme la scientologie met en première page de ses résultats à la fois un article critique de Wikipédia ou de lutte contre les dérives sectaires qu'un lien vers le site de l'Eglise de Scientologie en Belgique ou en France (le cas est particulier puisque, comme vous le savez, la scientologie n'est pas classée comme secte dans tous les pays).

Aujourd'hui a cours la « clause du Bon Samaritain ». L'article 230 (c) de cette clause du « Telecommunication Act », de 1996 stipule qu'aucun fournisseur, utilisateur ou service informatique interactif ne devra être considéré comme l'éditeur ou le diffuseur des informations provenant d'un autre fournisseur de contenu. On se tourne donc vers un système de responsabilité réduit du transporteur. Mais la responsabilité des prestataires peut être engagée dès lors qu'ils ont eu connaissance de l'existence d'un contenu illicite ayant causé un préjudice et/ou impossible à supprimer. Parallèlement, un incitant est créé et les intermédiaires peuvent devenir des censeurs (c'est le rôle que s'attribue inégalement Google). En effet, pour éviter d'exposer les prestataires à de nombreuses actions juridiques, l'article 230 prévoit d'exonérer les intermédiaires qui ont entrepris « any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise

[6] Dans l'article intitulé « Fighting nazi and anti-semitic material on the internet: the yahoo! case and its global implications » (PCMLP – Oxford University – Law Faculty – University of Brussels) Benoît Frydman et Isabelle Rorive écrivent : « The Yahoo! case has changed the attitude towards hate.com. While the hate business continues to grow dramatically on the Net, the European authorities have realized that they should try to fight it wherever it exists. Today, public prosecutors systematically are chasing the authors of hate sites. European citizens have been prosecuted and some convicted, notwithstanding the fact that they had posted the illegal material outside Europe. The most spectacular ruling came from Germany where a German-born Australian was sentenced to ten months in prison for denying the Holocaust, in revisionist websites located in Australia. His appeal was dismissed by the German Supreme Court. In Germany the President of the local Government of Düsseldorf ordered all the ISPs established on his territory to block access to a number of Nazi and racist sites based in the US, under the threat of a fine exceeding $200,000. Since then, users trying to access the banned sites have been redirected to the government website where they are given information about German law and the local Government policy.(…). The combination of the European directive clause and the Good Samaritan provision make it possible for Europe to reach American Internet companies, despite the US Constitution. (…) Europe is by now pressing for new legislation that would define hate speech and make its propagation a cyber-crime. Last November, the Cyber-crime Convention was adopted by the Council of Europe and has already been signed by a large number of European States, as well as Canada, South Africa, Japan, and the US, who participate actively in the negotiations. The Convention fosters international prosecution of child pornography and copyright infringements. However, the final version does not extend to hate speech and incitement to violence. This is due to the objection of the US delegation, which made it clear that such a regulation is contrary to the First Amendment and would prevent the US from signing the treaty. As a compromise, the Council of Europe decided to make the hate-speech provisions the subject of an independent protocol that should be ready by mid 2002. The protocol will define and criminalize the dissemination of racist propaganda and abusive storage of hateful messages. It is expected to target "off shore" hosting that aims to circumvent less permissive European regulations. Last November, the European Commission issued a proposal that intends to provide that racist and xenophobic conducts would be punishable in the same way in all Member States. The offences covered by the proposal include public incitement to violence or hatred for racist or xenophobic reasons and the dissemination of racist material by any means, including the Internet.»

objectionable, whether or not such material is constitutionally protected[7] » ainsi que « any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph[8].» Néanmoins, les intermédiaires ne pourront pas bénéficier de la « clause du Bon Samaritain » pour toute infraction aux lois criminelles ou à la propriété intellectuelle (article 230 (d)).

Google a accepté de se plier aux exigences de censure de la Chine et il ne peut être que traité de collaborateur. Il est peut-être un géant économique mais, moralement, c'est un nain ! Les fournisseurs ont constamment refusé de jouer le jeu des censeurs car il n'y avait pas de règles de base valables pour tous les Etats mais ils ont quand même été contraints à prendre des responsabilités. Les Etats les forcent à devenir des points de contrôle et de régulation mais avec cette éviction de la possibilité de se poser comme un Etat souverain.

Intervention 21 : *Cela conduit à une censure plus forte.*

Intervention 22 : *La réglementation pourrait, vu le contexte, être élargie aux magasins vendant des contenus répréhensibles.*

Intervention 23 : *Ou aux opérateurs de téléphonie.*

Benoît Frydman : Les ex-dirigeants de Belgacom, il y a quelques années, avaient été inculpés pour des chefs d'accusation relevant du proxénétisme (en tant que fournisseur d'accès aux messageries du téléphone rose) par une mère de famille qui s'indignait de l'accès à tous (y compris aux mineures d'âge) à ces messageries et au paiement d'une somme d'argent si l'on voulait y bloquer l'accès. La plainte a été jugée recevable et Belgacom a dû interjeter appel.

Dans les multiples flux, il s'agit d'identifier les « check points » qui seront les futurs régulateurs. Je vous conseille la lecture du livre *L'âge de l'accès*[9] de Jeremy Rifkin.

Intervention 24 : *Que nous soyons dans l'âge de l'interdiction ou de la permissivité, nous risquons d'aller vers la faillite.*

Intervention 25 : *Un autre souci majeur est que la régulation peut venir de n'importe où.*

Intervention 26 : *Et que l'usage devient la règle !*

Benoît Frydman : C'est pourquoi il est important de détecter d'où vient l'incitant et celui qui a le pouvoir de faire faire interdire quelque chose.

Intervention 27 : *Les acteurs iront se référer à quelles valeurs et à quels cadres ? Ils ne sont pas formés !*

---

[7] Traduction libre « (…) toute action prise de bonne foi pour restreindre l'accès ou la mise à disposition de contenus que le fournisseur d'accès ou l'utilisateur juge révoltant, obscène, lubrique, ordurier, excessivement violent, harcelant, ou tout autre chose, que ce contenu soit ou non protégé par la Constitution. »

[8] Traduction libre : « (…) toute action prise pour permettre ou rendre disponible les contenus d'information par le fournisseur d'accès ou autres moyens techniques signifie la restriction d'accès au contenu décrit dans le présent paragraphe. » - Voir notamment Richard Raysman et Peter BROWN, "Reno v. ACLU: The First Amendment Meets the Internet", The New York Law Journal, juillet 1997

[9] éd. La Découverte, coll. Poche, Paris, 2005

Benoît Frydman: Vous avez raison. Mais les Etats les forcent à réagir et arrivent eux-mêmes à générer des contradictions. Peut-être que les entreprises réussiront à anticiper et à agir de manière éclairée.

Intervention 28 : *Les entreprises cotées en Bourse sont plus sous pression.*

Intervention 29 : *Vous parlez de références et de cadres. Mais la référence suprême est celle de la consommation. Le fondement de la règle n'est plus l'Homme mais le vendable.*

Benoît Frydman : On assiste à des procédures de régulations et à une – pour utiliser un néologisme – « procéduralisation[10] » mais sans la règle de fond. Ce qui prouve que l'on peut réguler sans avoir de règle de fond.

Intervention 30 : *Mais cela suppose tout de même un consensus sur un système de valeurs ?*

Intervention 31 : *Dans un certains nombres de cas, il n'est pas question de ce qui a été fait, mais des procédures engagées (le « ça ne marche pas parce que ça ne marche pas » prévaut alors).*

Intervention 32 : *Le système me semble devenir chaotique à mesure des avancées de la technoscience.*

Benoît Frydman : Nous sommes issus de la tradition du droit social civil dans lequel le droit vient d'en haut. Or, dans la « common law » anglo-saxonne, les citoyens sont plus habitués à une configuration d'un droit provenant de la régulation et d'un juge comme arbitre.

Intervention 33 : *Marcel Gauchet dans son livre* Le désenchantement du monde[11] *montrait que l'individu de masse ne fait pas référence au bien commun mais au juge en tant qu'arbitre. Pour en revenir au problème de la cohérence sur la politique des émissions de CO_2, il faut regarder les types d'alliances qui se construisent au sein de l'UE. Les relations sont définies par le jeu des alliances et un seul pays peut faire capoter une décision.*

Benoît Frydman : Kyoto avait pour ambition de réduire les émissions et le système européen a traduit cet objectif par la mise en place d'un marché du droit de polluer. On est parti d'un système de régulation national puis, en s'accrochant au marché, on a pensé que celui-ci serait à même de produire un certain nombre de régulations avec des droits de polluer en circulation. Le problème c'est que le marché a dessiné ses propres logiques – au demeurant, déviantes. En résumé, Kyoto est un programme international à consonances spéculatives et le programme européen, un projet qui donne les clés aux intermédiaires (les entreprises). Après les dérives, l'UE a cherché à empêcher la chute des cours du droit de polluer.

Intervention 34 : *Faut-il déterminer un seuil d'émissions ?*

Benoît Frydman : Les autorités publiques doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas trop de quotas (qui ne soient pas fongibles, achetables et sans intermédiaires). Si le marché est en passe

[10] Voir à ce sujet l'article de Benoît Frydman à l'adresse suivante : http://www.philodroit.be/spip.php?page=article&id_article=148&lang=fr

[11] éd. Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris, 1985

de réguler le phénomène du changement climatique, il imposera ses propres règles avec agilité. Mais l'Etat impose un système général tout en prenant le risque de se tirer une balle dans le pied.

Intervention 35 : *J'ai l'impression que tout le monde s'évertue à trouver le moyen d'éviter de trouver une cause commune. Je crois que l'accès du citoyen aux informations constituerait un pas important. Il est en effet révélateur que lorsqu'il a été convenu que, désormais, les décisions de la FED seraient rendues publiques, les divergences dans les pourparlers se sont réduits au fur et à mesure.*

Intervention 36 : *Auprès de qui l'entreprise peut-elle prendre conseil pour anticiper les formes de régulation à venir ?*

Intervention 37 : *Que pensez-vous de cet appel à la souveraineté de l'Etat que lancent nombre d'intellectuels et de spécialistes ?*

Intervention 38 : *Le marché est-il la solution ?*

Benoît Frydman : Nous assistons effectivement à une dépolitisation de la règle et les citoyens semblent sous informés. Sous l'Ancien Régime, la société civile se retrouvait en partie dans ce que l'on appelle les « Salons ». A notre époque, il y a certainement une exigence de publicité des actions politiques, économiques, techniques et juridiques mais cette même publicité peut être dangereuse pour l'ordre public ne seraient-ce que par les angoisses qu'elle pourrait susciter. Pour Kant, le premier principe du droit doit être la publicité. Pour plus de transparence, ce même principe pourrait être d'application pour les entreprises.

Quant à la question sur le marché et pour reprendre l'affaire Yahoo, sa solution a été de nature procédurale : si vous hébergez des propos racistes ou révisionnistes, une notification vous est envoyée par courriel. Deux choix s'offrent à vous : soit vous dites que vos propos sont légaux et vous devez, dans ce cas, décliner votre identité, soit vous admettez que vos propos sont préjudiciables et vous les supprimez.

Concernant les conseillers auxquels on peut faire appel, il y a des cabinets de consultance qui peuvent vous aider mais sachez que la co-régulation est une notion dont on se demande si elle a dores et déjà les assises pour exister réellement. Nous en sommes au stade de l'étude et il n'y a pas de vade-mecum.