

Contrat et globalisation

par

Gilles J. GUGLIELMI

Professeur de droit public

à l'université Panthéon-Assas (Paris-II)

CERSA-CNRS UMR 7106

Exercice de style prisé des étudiants un peu astucieux, les sujets libellés sous la forme « A et B » invitent toujours à la rhétorique classique traitant en deux parties 1°) des effets de A sur B et 2°) de ceux de B sur A, souvent comme une limite aux précédents. « Contrat et globalisation ⁽¹⁾», les deux pôles du sujet vivraient donc d'interactions réciproques. Inévitablement, dans cette façon de penser, la tentation est grande de rechercher des liens de causalité. L'hypothèse à tester s'imposerait. Le contrat serait une cause de la globalisation et la globalisation serait en retour une cause du contrat. Comme deux corps célestes associés, Terre et Lune, Titan et Saturne, le tandem « contrat et globalisation » se nourrirait d'attractions réciproques.

Si l'on suivait cette logique, encore faudrait-il distinguer le sens dominant, celui du mouvement qui, des deux, l'emporte sur l'autre. Très probablement, l'intuition nous porterait à considérer comme plus pertinente l'hypothèse apparemment consacrée par l'expérience récente – c'est-à-dire celle des trente dernières années qui voient émerger la notion et le vocable même de globalisation. Le contrat est une notion juridique très ancienne. Dans l'ordre des causes, elle est donc mieux placée pour précéder et influencer la mondialisation récente. Toutefois, d'un autre point de vue, celui non pas des notions et des institutions juridiques, mais du recours aux instruments contractuels singuliers, la globalisation, par le type et le nombre d'interactions économiques qu'elle crée, est, au moins quantitativement, un facteur d'accroissement de l'usage *des* contrats.

De cette constatation émerge l'une des raisons pour lesquelles les rapports entre contrat et globalisation ne peuvent pas être envisagés à titre principal et signifiant dans l'ordre des causes et des conséquences. La globalisation est un *phénomène*, principalement économique – bien qu'elle ait des ressorts politiquement et historiquement situés; le contrat est une *institution*, spécifiquement juridique. Si donc des liens peuvent être recherchés entre les deux termes, ils ne relèvent pas de l'évidence, ne sont pas univoques et, probablement, dépourvus d'immédiateté, ne peuvent être qu'indirects.

¹ • () La terminologie dominante dans le monde, anglaise ou allemande, ignore le vocable « mondialisation » utilisé de préférence par les Français.

A ce stade du raisonnement, le regret semble pointer. Quand bien même, en effet, on tenterait de limiter le propos aux rapports entre globalisation et contractualisation, pris tous deux en tant qu'évolutions ou tendances, le bilan ne serait guère concluant. La contractualisation, au sens que lui donnent le droit administratif et la science administrative, désigne en effet un phénomène tenant aux politiques publiques de certains Etats démocratiques (USA, France, Allemagne, Royaume-Uni), qui ont souhaité se démarquer, bien avant la globalisation (en France à la fin des années 1960), de l'action unilatérale de la puissance publique afin de rompre symboliquement avec une certaine image de l'Etat. L'explication de cette volonté de privilégier la « politique contractuelle », « l'administration contractuelle »⁽²⁾ doit plutôt être recherchée dans l'évolution des sociétés, des technologies, des aspirations, des mentalités internes à chaque Etat.

A défaut de pouvoir résoudre le problème épistémologique que pose le libellé du sujet, il est possible de se limiter à quelques observations dont le bien-fondé demeure à tester. Tout d'abord, dans le contexte de la globalisation, les acteurs juridiques, pour des raisons non totalement élucidées, semblent avoir attribué un rôle à l'institution contractuelle. Ensuite, le rôle préférentiel donné au contrat dans la globalisation affecte, comme cette dernière d'ailleurs, la place de l'Etat dans le système juridique. Enfin, ce rôle préférentiel a nettement pour effet de reléguer au second plan des catégories juridiques majeures.

1. Le contrat, dans la globalisation, s'est vu assigner un rôle

Les discours sur le contrat qui entourent la globalisation procèdent tous d'un même postulat : le contrat est appelé à devenir une notion universelle parce qu'elle est bénéfique à toutes les sociétés et à tous les systèmes juridiques du monde.

De prime abord, il convient de livrer trois remarques à ce sujet. La première est que ce postulat traduit une vision exclusivement occidentale. Les droits asiatiques et africains par exemple ne font pas une place centrale à la notion de contrat, mais à celle de devoir, ou d'obligation, souvent morale, et liée à un statut de la personne par rapport à une autre ou par rapport au groupe social. De même en droit romain, le contrat n'est pas une catégorie juridique première, c'est l'obligation qui l'est. La deuxième remarque est que ce postulat révèle une caractéristique majeure : il privilégie une vision avant tout économique. Le contrat est lié à la notion de libre échange, et correspond à un modèle particulier, celui de l'équilibre concurrentiel des marchés. La troisième remarque est que ce postulat traduit une idéologie au sens fondamental et premier de ce mot, une représentation du monde par la hiérarchisation de valeurs ayant vocation à déterminer un état de la société. En l'occurrence,

² • () J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in : L. CADIET *Le droit contemporain des contrats*, Economica, coll. Trav. Fac. dt. Rennes, 1987, p. 89 et s.

l'idéologie qui pose le lien contractuel en forme optimale du lien social et préconise qu'il se substitue aux liens actuellement déterminés par l'encadrement législatif des rapports sociaux a un nom : le contractualisme.

Mais précisément, dans cette approche, la notion juridique de contrat ne fonde pas la mondialisation, tout simplement parce que cette notion ne conditionne même pas, en amont, le cadre qui la rend possible : l'économie de marché. Le libre échange en tant que donnée factuelle des échanges ou en tant que principe fondamental du système économique n'est pas créé par la liberté contractuelle ou par l'institution du contrat, il les précède. Tout au plus l'utilisation de la forme contractuelle est un instrument parmi d'autres facilitant les échanges. Néanmoins, l'enseignement principal qui peut en être tiré est que le contractualisme et, dans une large mesure, la plupart des discours juridiques contemporains sur le contrat nous parviennent au travers d'une vision économique du droit.

La conséquence principale en est que le contractualisme s'est séparé de la théorie politique et juridique du contrat social, ainsi que du Droit naturel, pour se rattacher à une science économique établissant en principe rationnellement prouvé que 1°) le marché concurrentiel est un mécanisme d'allocation universellement préférable dans toutes les sociétés; 2°) l'interdépendance de ces différents marchés est nécessaire à une allocation optimale au niveau mondial. Dans cette vision du monde, des valeurs et des priorités, un ordre mondial a vocation à s'instaurer. Les législations nationales doivent donc non seulement abandonner tout particularisme incompatible, mais de plus être mises au service des conditions d'équilibre des marchés. Le contrat n'est qu'une de ces conditions d'équilibre, mais il bénéficie très directement des déterminants économiques de la globalisation. En effet, la valeur du contrat dans les systèmes juridiques nationaux qui acceptent la globalisation sans réserve, est présentée comme supérieure à celle des instruments normatifs.

Ce mouvement d'idées et de représentation est d'une telle ampleur que la loi voit sa légitimité contestée et que le système juridique semble répugner aujourd'hui à fonder, créer et imposer des obligations sans l'accord de leurs destinataires. Par ailleurs, comme par un effet induit non directement de la globalisation, mais de la modification des valeurs respectives de la loi et du contrat, l'accord du destinataire de l'obligation tend à devenir une condition suffisante de l'existence même de celle-ci. Ce phénomène est historiquement une inflexion majeure de la théorie contractuelle, qui ne posait nullement une telle condition. Il est, de plus, potentiellement déstabilisateur des catégories de droits indisponibles, inaliénables, indérogeables, car il permet de les inclure dans le contrat, par le seul effet de la volonté des parties.

Plus généralement, la sur-valorisation du contrat, par l'effet d'optique distordant qu'elle produit, remet en question la place de l'Etat dans le système juridique.

2. Le rôle préférentiel donné au contrat dans la globalisation modifie la place de l'Etat dans la représentation du système juridique

Un des fondements anthropologiques essentiels du phénomène juridique réside dans l'existence supposée d'un Tiers garant ⁽³⁾. Ce Tiers est celui auquel échoit les fonctions de départager, d'attribuer, de référencer, de conserver. Depuis l'avènement du constitutionnalisme et la généralisation dans le monde d'un modèle étatique dominant, c'est l'Etat (en tant que principe, essence et symbole) qui a été institué en Tiers garant. Il l'est directement dans les sociétés sécularisées, indirectement dans celles qui lui maintiennent un fondement théocratique.

On doit souligner combien l'existence de ce Tiers détermine la cohésion des systèmes juridiques et leur acceptation sociale, car elle permet de figurer une référence absolue qui stabilise quelques principes fondamentaux en vérités juridiques dont certaines pourront de ce fait relever soit de la norme fondamentale, soit de la supra constitutionnalité, selon la position théorique choisie.

Or la façon dont le Tiers garant est considéré conditionne la conception que l'on peut se faire de l'Homme lui-même, laquelle n'est pas un fait isolé et individuel, mais l'expression d'une croyance partagée par l'ensemble des individus. L'Homme est un individu indivisible, contingent et à la fois égal et différent de tous les autres parce que d'une part, un consensus de croyance s'établit sur ce point, d'autre part parce qu'il s'oppose à un Tiers garant unique, souverain et transcendant. Dans les sociétés démocratiques, en effet, se développent l'ambivalence et la richesse des notions d'individu, à la fois unique et semblable à l'autre, et de sujet, à la fois obligé et souverain.

L'institution juridique du contrat ne peut pas exister sans que repose une confiance dans un Tiers garant de l'institution elle-même et des effets de la parole donnée dans chaque contrat (on en trouve l'illustration symbolique dans la légende germanique telle que la transpose Wagner dans le *Götterdämmerung* : ce crépuscule des dieux commence lorsque la lance de Wotan sur laquelle étaient gravés les écrits qui garantissent les pactes est brisée) ⁽⁴⁾. Il n'y aurait pas de liberté contractuelle, et sans doute pas de grand développement des échanges, si un doute généralisé poussait chacun à ne contracter qu'avec des personnes en lesquelles il ait expérimenté personnellement la confiance nécessaire. Pourtant, il est une limite que les Etats n'ont jamais pensé possible de franchir dans leur fonction essentielle de Tiers garant : il s'agit des frontières de leur territoire. Un Etat ne s'engage à garantir les contrats que dans cet espace limité et non mondialisé. Certains prolongent même cette mise à distance en posant en présomption que les demandeurs étrangers ne sont pas fondés à

³ • () Tous les auteurs le constatent de Weber à Durkheim et de J. Ghestin à P. Legendre.

⁴ • () Cf. A. Supiot *Homo juridicus*, Seuil, 2005, p. 173.

saisir la justice nationale (*forum non conveniens*, par ex. aux USA). De ce fait, dans un contexte de globalisation, le contrat révèle en quelque sorte que le Roi est nu.

La réponse juridique à ce problème fondamental est d'ailleurs peu satisfaisante en terme de représentation globale. Le droit international privé, qui traite au premier chef les problèmes rencontrés par les contrats présentant un élément d'extranéité, a certes développé des solutions pour résoudre les conflits de lois et de juridiction, mais elles sont d'une complexité telle que leur usage est principalement réservé aux « grands » contrats commerciaux qui, à eux seuls constituent la quasi-totalité de la jurisprudence anglo-américaine et vont jusqu'à créer un clivage théorique selon la matière litigieuse ⁽⁵⁾. Par ailleurs, les tentatives de créer un régime universel minimum (sorte de noyau dur) de règles substantielles applicables aux contrats internationaux aboutissent à la sélection de certains types particuliers de contrats, ce qui constitue en fait un retour à la pratique des « contrats nommés », c'est-à-dire à une fragmentation de la catégorie juridique du contrat et non à son universalisation.

Enfin, au plan non pas du droit international public, mais des institutions internationales, la forme tutélaire de l'Etat est concurrencée par des organismes spécialisés ayant vocation à orienter les échanges, à en fixer les règles nouvelles dans le contexte de la globalisation, tant en ce qui concerne les échanges eux-mêmes que leur financement et les conséquences économiques de ceux-ci sur les politiques économiques des Etats. Sont ainsi en première ligne des organismes puissants par les subsides qu'ils distribuent et par la légitimation qu'ils donnent au libre échange, souvent sous forme contractuelle, comme l'OMC, la Banque mondiale, le FMI et aussi la Commission européenne (on ne dira jamais assez le rôle unificateur joué par le corpus de la réglementation des marchés publics qui a propagé initialement tout le droit de la concurrence). La contractualisation ainsi engagée dépasse, par construction, les frontières des Etats, qui sont par ailleurs incités à éliminer dans leurs propres législations, les normes unilatérales qui organisent et fondent la cohésion sociale sur d'autres valeurs et d'autres manières.

La globalisation a également eu pour effet de diffuser largement à l'échelle mondiale le modèle de la « régulation par les agences », en France par les AAI (autorités administratives indépendantes), qui accrédite l'idée que la « police contractuelle » pourrait être assurée de façon sectorielle et localisée, par des intermédiaires négociant eux-mêmes avec les acteurs privés les règles « déontologiques » applicables. Ce modèle est, comme on le sait, limité par le phénomène de la « capture du régulateur », mais surtout il révèle que des effets structurels de la globalisation peuvent aboutir non pas à une unification de l'ordre juridique mondial ou des ordres juridiques nationaux autour de principes communs, mais bien à une multiplication des pôles de références et d'influence que constituent ces agences. La trame

⁵ • () V. Les observations de H. Muir-Watt, *Economie de la justice et droit international privé*, in : S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dirs), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, spéc. p. 77-78)

institutionnelle et juridique obtenue présente des traits remarquablement communs avec le système féodal⁽⁶⁾.

Le retour aux racines féodales du phénomène contractuel permet d'ailleurs d'illustrer à quel point la valeur donnée au contrat par la globalisation n'aboutit pas à l'hégémonie d'une forme juridique devenue unitaire ou universelle, mais à un brouillage, à un déplacement des frontières des catégories juridiques.

3. Le rôle préférentiel donné au contrat dans la globalisation relègue au second plan des catégories juridiques majeures

Le grand historien Marc Bloch résumait ainsi la force de la conception occidentale du contrat en ce qu'il était « capable de lier les pouvoirs » ⁽⁷⁾. Tel qu'il s'est développé au Moyen Age, mais aussi tel que ses variantes l'ont transformé dans la deuxième moitié du 20^e s., le contrat inclut toute personne juridique dans la sphère du pouvoir d'autres personnes sans contrevenir aux principes législatifs de liberté et d'égalité, alors que son existence même est étroitement liée à une situation de fait à la fois captive et inégale. Pour y parvenir, c'est plutôt à une interaction, à une hybridation avec la loi, que le contrat réalise.

La première distinction catégorielle profondément affaiblie par l'usage des contrats dans un contexte de globalisation est celle entre droits objectif et droits subjectifs. Dans le fonds commun des droits occidentaux, le rapport entre droit objectif et droits subjectifs se fonde sur la distinction entre *lex* (impératif général et impersonnel), et *jus* (demande individualisée traitée par le juge). Dans cette culture juridique, un droit reconnu à chacun trouve sa racine dans le Droit qui s'impose à tous. Or, la globalisation atténue considérablement l'articulation entre droit objectif et droits subjectifs, celle-là même qui légitime, mais également borne, les droits subjectifs. La représentation d'un « grand marché » mondialisé dépassant les frontières nationales ne fait plus la place à des espaces délimités par les Etats, mais fonde tous les acteurs économiques en une multitude de sujets de droits équivalents, disposant des mêmes droits et définissant leurs propres règles, applicables spécialement à leurs relations. Comme, de surcroît, la globalisation financière et les technologies de l'information et de la communication renforcent l'illusion d'un système auto-régulé, les droits subjectifs et la gouvernance établis sur la base du contrat semblent prendre leur autonomie par rapport au droit objectif et à l'action unilatérale, réglementaire ou législative.

⁶ ▪ () P. Legendre, Remarques sur la reféodalisation de la France *Mélanges Georges Dupuis*, LGDJ 1997, p. 201 et s.

⁷ ▪ () *La Société féodale*, Albin Michel, 1939, conclusion.

Une deuxième catégorie affectée par la globalisation affectant les contrats est celle entre les choses pouvant faire l'objet d'un marché et choses soustraites au marché. Or les Etats nationaux ont la plus grande peine à maintenir leur emprise sur cette qualification. Les biens hors du commerce pour des raisons d'ordre public, les biens appartenant au domaine public, les biens réglementés cèdent progressivement devant la portée de plus en plus large conférée aux principes juridiques de libre circulation des marchandises et des capitaux, et de libre prestation de service. Le droit de la concurrence voit de ce fait son champ d'application s'étendre à tous les biens et à toutes les choses dont il a pu sembler optimal qu'ils soient alloués par des mécanismes de marché. La liberté contractuelle est donc présentée comme première, elle ne s'articule plus en fonction de la catégorie des biens hors marché, tel que le législateur la fixerait pour des raisons d'intérêt général indisponibles aux parties.

Enfin, la mise en avant du contrat dans un contexte de globalisation atténue la distinction entre public et privé, parce qu'elle accrédite l'idée d'une privatisation des normes. Il n'est pas utile de revenir ici sur l'adage selon lequel le contrat est la loi des parties, qui traduit bien la volonté des acteurs privés d'être la source de la norme qui les régit. La norme, bien que locale, prend un tour nettement privé, plus que privatisé. C'est le phénomène complémentaire, le fait que les acteurs privés puissent choisir la loi qui va leur être appliquée, que la globalisation a tendance à amplifier. La liberté qu'ont les contractants de choisir la loi applicable est considérablement facilitée dans un ensemble mondial qui pose en principe juridique la liberté de circulation des marchandises et des capitaux. Les deux acquis classiques du droit international privé, à savoir le caractère objectif des critères de rattachement d'un contrat à un for déterminé, et le caractère impératif de l'application des lois de police du for à celui-ci, n'ont plus grand effet dès lors que par le jeu conjugué de la liberté de circulation et de l'invention d'un temps informatique instantané, les contractants peuvent déplacer, sans raison matérielle déterminante, les éléments essentiels de l'échange contractuel : les biens, l'argent. L'effet le plus caricatural de cette situation est que les lois elles-mêmes, ou plus précisément les systèmes juridiques nationaux, font depuis deux décennies l'objet d'un marché. Les acteurs privés choisissent, parmi les Etats mis en compétition par les rapports « Doing Business » de la Banque mondiale, le système juridique présentant le meilleur équilibre coût/efficacité/risque. Certaines lois peuvent ainsi être considérées comme dévaluées et n'être plus appliquées car plus choisies par aucun contractant ⁽⁸⁾.

Conclusion

Bien d'autres traits importants des mutations récentes de l'institution contractuelle en lien avec la mondialisation pourraient être développés. Ils ne parviendraient pourtant

⁸ • () «L'idée selon laquelle il n'est pas de contrat sans loi se trouve ainsi renversée au profit de la maxime inverse selon laquelle il n'y aurait pas de loi sans contrat, c'est-à-dire sans contractants qui s'accordent pour l'appliquer » A. Supiot, Ouverture, in : S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dirs), *Approche critique de la contractualisation*, Droit et Société, coll. Recherches et travaux, n° 16, p. 31.

pas à éviter deux apories. La première est que, si ces mutations prospèrent, du fait des principes ou des représentations véhiculées par la globalisation, elles n'en sont pas la conséquence. Le contrat a visiblement évolué de façon profonde et générale pour des raisons tenant à l'état des idéologies tant politiques qu'économiques, et peut-être parce que ses caractéristiques tirées de l'organisation féodale avaient été totalement occultées par les ordres juridiques occidentaux depuis le 19^e s. La seconde est que, si la mondialisation est accrue dans son étendue par l'utilisation plus souple, plus simple ou plus aisée, du contrat, elle n'est pas causée par un contractualisme généralisé et internationalisé.

Il faut peut-être se résoudre à avancer avec prudence que la contractualisation et la globalisation sont des phénomènes parallèles qui traduisent tout deux, à leur façon, une modification des mentalités et des aspirations, une évolution des formes de légitimation du pouvoir, ou tout simplement la répétition d'un cycle lié à l'épuisement inévitable de la pensée juridique, à partir du moment où les formes et les catégories fondamentales du droit sont peu nombreuses, et où elles doivent toujours être revisitées, tant bien que mal, par les sociétés qui les utilisent.

Les effets du développement des contrats peuvent être perçus comme positifs ou négatifs. La contractualisation peut être acceptée ou niée quant à son effectivité ou à son existence. C'est là le propre de toute institution juridique et cela ne pose pas de problème conceptuel ou épistémologique nouveau. Mais l'enseignement que nous lègue l'Histoire est surtout que l'institution contractuelle ne peut en aucun cas être isolée du reste des institutions juridiques et qu'elle ne constitue ni un absolu, ni un en-soi. Elle participe au même titre que d'autres aux relations entre sujets de droit et demeure une forme de relation soumise au respect de l'intérêt général en ce qu'il a d'inquantifiable et d'indisponible en vertu d'autres normes élaborées avec une légitimité démocratique. Le contrat est, et doit rester, à mon sens, un acte par lequel des sujets de droit se placent volontairement ensemble sous le régime d'une loi commune et qui leur est extérieure.