

Panorama en droit économique

Nicolas Cuzacq¹

Le rôle de l'État dans la production du droit est une question incontournable en droit économique. Elle fait écho à la sempiternelle question de la place respective de l'État et du marché au sein de l'économie. En droit, la question renvoie à la distinction entre le positivisme et le pluralisme juridique et aussi à celle qui existe entre la *hard law* et la *soft law*. Ces distinctions sont liées car la *soft law* est la fille du pluralisme juridique.

L'un des pères spirituels du droit économique a observé à juste titre que depuis les années 1970-80 le pôle dominant du droit économique n'est plus le droit public mais le droit privé². La matière s'intéresse en particulier aux pouvoirs privés économiques et elle s'interroge sur leur capacité à prendre en considération l'intérêt général. Il est en conséquence logique que le droit économique passe au crible les politiques RSE des multinationales car ces dernières constituent un exemple topique de pouvoir privé économique.

La question du rôle de l'État dans la régulation économique est revisitée dans une économie mondialisée qui autorise le plus souvent la libre circulation des capitaux. Les entreprises peuvent ainsi mettre en concurrence les droits des États et réduire le pouvoir de ces derniers. Cette mise en concurrence des législations nationales est logique pour les libéraux qui assimilent le droit à un produit comme les autres. Ainsi, selon cette logique, la loi économique de l'offre et de la demande doit s'appliquer au droit. Cette mise en concurrence des droits nationaux est un outil de lutte contre le fait du prince ou encore un moyen d'éviter des législations asphyxiantes. Ces objectifs sont légitimes et la pierre d'achoppement est ailleurs. Elle réside dans le fait que la libre circulation des capitaux a été réalisée sans la définition d'un socle commun de règles en matière sociale, environnementale et fiscale³. La RSE est souvent présentée comme un moyen de combler le fossé qui sépare une économie déjà mondialisée et des droits qui restent pour l'essentiel

¹ Maître de conférences (HDR) en droit privé à l'UPEC, Agrégé d'économie et gestion, Normalien.

² G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 24.

³ Certains répondront qu'il existe par exemple au sein de l'UE des règles sociales, environnementales et fiscales. Il n'empêche que leur portée est limitée au regard des conséquences du principe de la libre circulation des capitaux.

LA RENCONTRE ENTRE LA RSE ET DIFFERENTES BRANCHES DU DROIT

nationaux. Elle est aussi un outil au service d'un capitalisme tempéré et d'un meilleur équilibre des pouvoirs entre les États et les multinationales.

La question est au cœur de l'actualité avec le projet d'accord de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis, qui contient un chapitre relatif au développement durable. La presse a éludé ce chapitre en se focalisant sur celui relatif au règlement des différends entre investisseurs et États. Il y a pourtant un lien entre les deux car le chapitre relatif au développement durable a comme finalité de rassurer les citoyens et il est conçu par ses rédacteurs comme un gage d'équilibre. La RSE, comme le droit, symbolise la recherche d'un équilibre et d'une harmonie. En revanche, elle n'a pas encore la même légitimité que le droit pour incarner l'ordre car elle contient certaines dispositions dont le caractère contraignant est sujet à caution. Cette question est au cœur du projet de recherche IdEx RSE/RSO. Monsieur Nitish Monebhurun la traite dans son texte relatif au droit international des investissements⁴. Il s'interroge sur la portée des chapitres RSE dans les accords relatifs à la protection des investissements. L'auteur observe que : « ces accords n'imposent pas, à proprement parler, d'obligations aux investisseurs ; il s'agit de recommandations adressées aux États. Le langage est programmatique : les États doivent encourager les entreprises à incorporer volontairement des standards de RSE dans le cadre de leurs activités ». Au premier abord, ces recommandations relèvent de la *soft law* mais l'auteur ne se contente pas de cette qualification car il recourt avec audace et panache à des concepts tels que le parallélisme des formes, la doctrine des mains propres ou encore l'enrichissement sans cause pour donner une portée juridique à des dispositions *a priori* programmatiques. Il déclare notamment : « Lors de la survenance d'un différend, un investisseur serait malvenu de demander le respect de sa protection juridique ancrée dans les accords si son propre comportement vis-à-vis de l'État et de la société d'accueils a été socialement irresponsable. » Ce raisonnement n'est pas sans rappeler *l'exceptio non adimpleti contractus*, autrement dit l'exception d'inexécution.

L'internationalisation des économies permet aussi à des multinationales d'échapper aux rets du droit grâce à des montages sophistiqués. Dans une économie mondialisée, la territorialité des droits peut être instrumentalisée par les multinationales. Dans certaines hypothèses, ces montages favorisent leur impunité. On pense spontanément à la question de l'indemnisation des victimes d'une filiale ou d'un sous-traitant domicilié dans un pays en développement. La question est complexe car le principe de l'autonomie juridique de la filiale ou du sous-traitant n'autorise pas en principe à engager la responsabilité de la société mère ou du donneur d'ordre. Il y a alors une dichotomie entre le droit et la réalité économique car la seule référence à l'habillage juridique des organisations laisse un goût d'inachevé. On a le

⁴ V., dans cet ouvrage, N. Monebhurrin, « Arbitrage international et droit international des investissements : la question des devoirs des investisseurs internationaux ».