**La fabrique du droit du commerce international – Réguler les risques de capture**

Par Caroline Devaux, Bruylant, 2019, 455 pages, préface H. Muir Watt.

L’ouvrage de Mme Devaux est une contribution essentielle à la théorie des sources du droit du commerce international. Son objet est l’influence des acteurs privés sur les processus législatifs des grandes organisations internationales productrices de normes du droit du commerce international, la CNUDCI et UNIDROIT, et les risques qu’une telle influence peut générer, en orientant indument au profit de ces acteurs le processus législatif (*capture*).

Cette étude est très innovante, et ce à de multiples égards. Elle l’est tout d’abord en raison de la source sur laquelle Mme Devaux a choisi de concentrer ses efforts, les textes produits par les organisations internationales. Les processus législatifs d’institutions telles la CNUDCI ou UNIDROIT ont très peu été étudiés. La doctrine française lui a préféré les sources spontanées du droit du commerce international, qui posent indéniablement des questions de théories générales du droit plus radicales. Mais, en pratique, la *lex mercatoria* n’a eu qu’une influence très limitée et, par-delà quelques rares exemples de normes privées régissant effectivement certaines transactions internationales (lettres de crédit, INCOTERMS), l’intérêt des opérateurs du commerce international pour cette théorie brillante semble être inversement proportionnel à celui des théoriciens du droit (pour une étude empirique, voy. notre article « La *Lex* *Mercatoria* au XXIe siècle – Une étude empirique et économique*»*, JDI 2016.765). A l’inverse, certaines conventions internationales ont eu un succès tel qu’elles en ont véritablement transformé le droit du commerce international, à l’instar de la Convention de Vienne sur le contrat de vente internationale de marchandises de 1980, de la loi modèle sur l’arbitrage commercial international de 1985 ou de la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipements mobiles de 2001. Ces instruments ont tous été adoptés sous l’égide de la CNUDCI ou d’UNIDROIT, de sorte que l’on doit féliciter l’auteur d’avoir choisi de se concentrer sur le processus législatif de ces organisations, peu étudié, mais pourtant essentiel.

L’étude de Mme Devaux est encore innovante en raison de l’angle qu’elle adopte pour son analyse de ces processus législatifs internationaux. Loin d’offrir une simple description des règles de fonctionnement de la CNUDCI et d’UNIDROIT, Mme Devaux concentre son analyse sur l’influence des acteurs privés sur ces processus. Plus précisément, elle s’interroge sur une éventuelle dérive de telles interventions pouvant conduire à une capture des processus législatifs par des pouvoirs privés, c’est-à-dire une « influence abusive d’un acteur sur le processus normatif qui aboutit à un droit ayant pour vocation de satisfaire ses propres intérêts » (p. 40). Concept ancien, que l’auteur distingue soigneusement du lobbying, le phénomène de la capture n’avait pas été étudié dans le contexte du droit du commerce international, car il ne fait guère sens dans un cadre de pensée concentré sur un droit spontanément généré par le secteur privé. En revanche, dans le cadre des processus législatifs inter-étatiques, le problème prend une nouvelle dimension. De fait, si le désintérêt des opérateurs du commerce international pour la *lex mercatoria* démontre qu’ils ne souhaitent aucunement investir d’importantes ressources à l’élaboration d’un droit (prétendument spontané) autonome, ce n’est pas à dire que ces opérateurs ne souhaitent pas participer à, et influer sur la production des normes qui leur seront appliquées. Bien au contraire, les efforts pour exercer une telle influence dans des processus normatifs publics semblent pouvoir produire des résultats à des coûts bien inférieurs, et au final raisonnables, comparés aux coûts prohibitifs de l’élaboration d’un droit nouveau et autonome (nous avons développé ce point dans « The Merchant who would not be King – Unreasoned Fears about Private Lawmaking », in H. Muir Watt & D. Fernandez Arroyo (dir.), *Private International Law and Global Governance*, 2014, 141). C’est donc au sein des organisations internationales que l’influence des opérateurs privés est susceptible de se développer essentiellement en pratique, et qu’elle doit dès lors être appréciée.

Enfin, et c’est la troisième contribution de cet ouvrage, Mme Devaux adopte une approche pluridisciplinaire afin de traiter la question qu’elle s’est assignée. La théorie de la capture a été développée par la science économique. Mme Devaux met à profit cet apport pour identifier les termes du problème qu’elle se propose de résoudre. C’est l’objet de la première partie de l’ouvrage, consacré à l’« appréhension juridique de la capture ». C’est dans cette partie qu’elle identifie les « conditions d’existence » de la capture (Titre I), avant d’en souligner les « implications » négatives, la production d’un droit biaisé en faveur de l’auteur de la capture. Après identifié le problème résultant de la capture, l’auteur propose comme solution l’« encadrement juridique de la capture » qu’elle développe dans la seconde partie. A cette occasion, Mme Devaux adopte à nouveau une approche pluridisciplinaire, en se fondant cette fois sur les travaux de politistes et de sociologues relatifs à la légitimité de la production de la norme. Sur cette base, elle élabore finalement un ensemble d’outils visant à contrôler l’action des experts dans le processus d’élaboration des normes de droit du commerce international.

Les travaux de Mme Devaux ne demeurent pas abstraits. Elle prend plusieurs exemples de normes internationales produites par les organisations étudiées afin d’illustrer son propos. L’un d’entre eux est la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipements mobiles. Cette convention, peu connue en Europe en raison de la prétention initiale de la Commission européenne à l’exclusivité de sa compétence pour la ratifier, est un réel succès au niveau mondial (près de 80 ratifications). Elle établit une sûreté réelle internationale susceptible d’être reconnue dans tous les Etats contractants, et donc de faciliter le financement de ces biens de très grande valeur que sont les aéronefs, et demain les trains et les satellites. Son origine, et son succès d’ailleurs, doivent cependant beaucoup à l’implication dans le processus législatif (en l’espèce, d’UNIDROIT) de deux acteurs particulièrement puissants de l’industrie aéronautique, Boeing et Airbus. Leur implication à tous les niveaux du processus législatif au travers de l’Aviation Working Group qu’ils avaient constitué à cet effet s’est traduite par la tentation, et la tentative, de concevoir un instrument privilégiant leurs intérêts, c’est-à-dire les intérêts des créanciers, au détriment des intérêts des autres acteurs, débiteurs ou Etats. Mme Devaux expose en détail l’implication du secteur aéronautique dans la production de cet instrument, et le droit biaisé qui en est résulté, fondé sur une inversion des hiérarchies des intérêts en présence (n° 85). Elle souligne ainsi que l’intérêt privé des producteurs de matériels aéronautique a été mis en avant sans aucune prise en compte des conséquences environnementales du développement du transport aérien. C’est sans doute exact, mais la manifestation la plus frappante de la capture opérée par l’industrie est surtout le traitement des droits nationaux de la faillite, sur lesquelles la Convention prétend prévaloir (les ambitions de l’industrie aéronautique ont au final connu un succès mitigé sur ce point : v. notre contribution « L’influence de la Convention du Cap du 16 novembre 2001 sur les droits nationaux de l’insolvabilité (ambitions, contribution et succès de l’industrie aéronautique) », *Mélanges en l’honneur de B. Ancel,* 2018).

L’étude de Mme Devaux est une contribution essentielle à la théorie des sources du droit du commerce international qui mérite, à ce titre, l’attention de tous les spécialistes de la matière.

Gilles Cuniberti