

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits nationaux. Rapport général sur la mondialisation et sources du droit

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits nationaux. Rapport général sur la mondialisation et sources du droit », in *La mondialisation*, Journées allemandes de l'Association Henri Capitant, vol. 66, Bruxelles, Larcier, 2017.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2017-mondialisation-et-sources-du-droit>

Benoit Frydman

I. – OBJET DU RAPPORT. – INTÉRÊT ET ACTUALITÉ DU SUJET. –

Ce rapport sur la mondialisation et les sources du droit s'est donné plus précisément pour objet de déterminer l'impact de la mondialisation sur les droits nationaux. Derrière cette question apparemment technique se profile inmanquablement l'ombre d'une interrogation plus vaste et plus profonde, de nature quasi-existentielle, qui suscite non seulement dans les milieux juridiques, mais bien au-delà dans le monde politique, économique et social et chez beaucoup de citoyens, une grande préoccupation, pour ne pas dire une certaine angoisse. Cette question, qui s'invite désormais régulièrement à la une de nos médias, est de savoir, dans quelle mesure, cette espèce de force diffuse mais omniprésente que l'on appelle « la mondialisation » ou « la globalisation », d'autant plus inquiétante d'ailleurs qu'elle recouvre des phénomènes vagues et mal définis, bouscule, fragilise, menace, voire détruit le droit, tel que nous le connaissons bien par les sources et les institutions de nos ordres juridiques nationaux, et par voie de conséquence le modèle de société qui est le nôtre avec ses règles de vie, ses principes, ses valeurs et les droits reconnus à chacun d'entre nous.

Ce sujet donne lieu, dans le débat public en général, mais aussi dans les discussions plus spécialisées, notamment en philosophie et en théorie du droit, à davantage de considérations critiques et politiques, de jugements de valeurs ou d'élaboration de modèles spéculatifs, qu'à de véritables analyses étayées sur des éléments de fait et de droit observables. Si bien que beaucoup de juristes préfèrent se tenir à l'écart d'un champ aussi saturé d'idées qu'il est peu nourri de faits et de données. Ils se montrent dès lors souvent réticents à aborder, dans le cadre de l'exercice de leur discipline, un problème qui concerne pourtant, et au plus haut point, l'état et l'évolution du droit positif dans ses différentes branches, mais dont, en l'absence d'outils adéquats, la doctrine ne s'est pas encore saisie pleinement.

II. – MÉTHODE PRAGMATIQUE BASÉE SUR L'OBSERVATION ET LA COMPARAISON DES DROITS POSITIFS NATIONAUX. –

Le choix par l'Association Capitant des rapports entre droit et mondialisation comme thème de ses Journées 2016 fournit une occasion privilégiée pour tenter de progresser sur ce terrain de la connaissance des effets de la mondialisation dans les différents droits positifs. La méthode éprouvée des Journées Capitant, fondée sur des rapports

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

nationaux collectant et analysant, chacun au sein de leur juridiction nationale, un ensemble de données définies par un questionnaire unique, correspond parfaitement à cet objectif, en même temps qu'elle en commande en partie le cours.

Notre étude ne vise donc pas en l'espèce à ajouter une contribution supplémentaire aux débats, aux spéculations et aux critiques, mais d'abord et avant tout à nourrir le dossier des effets de la mondialisation sur les droits nationaux en données et en exemples collectés par les experts académiques sur leur terrain national.

Nous ne traiterons donc pas ici de la mondialisation et des sources du droit de manière générale, conceptuelle ou sous l'angle de leur définition. Sans méconnaître l'intérêt et l'utilité de ces réflexions¹, nous avons adopté en l'espèce une démarche purement pragmatique, qui consiste à relever, au sein des droits positifs nationaux, des modifications juridiques imputables à la mondialisation. Il était nécessaire pour ce faire de décomposer le problème général en une série de questions ponctuelles, certes partielles et imparfaites, mais qui ont l'avantage de permettre des réponses relativement précises obtenues sur la base d'observations vérifiables.

Nous nous sommes focalisés sur deux séries de phénomènes qui affectent les ordres juridiques internes et les pratiques du droit positif. Dans un premier temps, nous avons examiné si et dans quelle mesure certains types de normes à vocation globale parviennent à pénétrer en droit interne par des moyens étrangers aux dispositifs classiques du droit international ou supranational. Dans un second temps, nous avons examiné les réformes introduites par les Etats eux-mêmes, soit pour se défendre contre certains effets délétères de la mondialisation, soit pour adapter leur droit aux contraintes et opportunités qui sont le fruit de la situation de concurrence normative globale².

III. — LA PÉNÉTRATION DES NORMES ET INSTRUMENTS DE LA MONDIALISATION DANS LES DROITS NATIONAUX ET LES PRATIQUES DU DROIT —

1. Nous renvoyons les lecteurs intéressés à ces discussions notamment à J.Y. Chérot et B. Frydman (eds.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012. Nous signalerons en note nos travaux sur des concepts particuliers, qui seront utilisés, sans pouvoir être développés complètement, dans la suite de l'étude.

2. Ces deux séries de phénomènes n'épuisent pas et de loin les effets de la mondialisation sur le droit. Une grande partie de la mondialisation des normes se déroule en dehors des droits et des institutions étatiques et se passe de leur intermédiaire (Voir à ce propos, B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, l'Académie en poche, 2014).

Benoit Frydman

La première partie de l'étude vise à mesurer en quelque sorte le coefficient de pénétration dans le droit positif interne d'un certain nombre de normes, règles, décisions, dispositifs extérieurs à son ordre, d'origines et de formes diverses, mais qui n'appartiennent pas au catalogue classique des sources du droit international et supranational. Il ne s'agit évidemment ni de nier ni de minimiser ici l'influence du droit international et des droits régionaux, comme le droit européen, sur l'évolution des droits nationaux, pas plus que leur contribution à la mondialisation du droit. L'objectif poursuivi consiste à limiter quelque peu le champ déjà vaste et touffu de la recherche, en se focalisant sur des normes et dispositifs moins étudiés, dont le statut est mal assuré sur le plan juridique, mais qui ont pour fonction ou pour effet de véhiculer certaines normes, de manière transnationale ou globale.

Ces objets normatifs, que j'ai parfois qualifié d'« OJNI » pour « objets juridiques non identifiés »³, sont souvent regroupés dans la littérature sous le terme anglais de « *soft law* », rendu diversement en français par les expressions « droit flou », « droit mou » ou « droit souple », selon le moment et l'intérêt qu'on leur porte⁴. Cette notion tend cependant à devenir une catégorie « fourre-tout » dès lors que, procédant d'une définition négative, les objets hétéroclites qu'elle subsume ont pour seule caractéristique commune de ne pas appartenir au catalogue classique des sources formelles du droit. Il a donc paru plus sûr d'en donner, dans le questionnaire et pour les besoins de cette étude, une définition en extension plutôt qu'en intention, c'est-à-dire d'en dresser une liste, nécessairement exemplative et incomplète.

Nous avons ainsi examiné l'impact des recommandations non formellement contraignantes de certains organismes internationaux, comme l'OCDE ou la Commission de Venise. Nous avons également scruté la pénétration des normes techniques ou standards globaux, comme les normes ISO, les normes comptables, les protocoles numériques, etc. Nous avons aussi demandé aux rapporteurs nationaux de scruter les effets dans l'ordre juridique interne de ces instruments plus étranges encore que sont les indicateurs comme les indices et classements « *rule of law* » ou « *doing business* » de la Banque mondiale, mais aussi les évaluations des agences de notation financières et désormais de leurs homologues non financières. Nous avons également incorporé dans l'orbite de la recherche l'influence d'instruments plus classiques, comme le droit comparé, les décisions de justice rendues

3. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, op.cit., pp. 17-48.

4. Voyez tout particulièrement les intéressants rapports consacrés par le Conseil d'Etat à ce sujet, en particulier le plus récent : *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat – Le droit souple*, La documentation française, accessible en ligne à l'adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280/index.shtml>.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

par des instances non étatiques⁵ ou encore les contrats standardisés.

L'inclusion de ces objets dans la recherche ne préjuge pas de leur statut de source du droit. Au regard des critères fixés par la théorie du droit classique, la reconnaissance de ce statut apparaît pour le moins problématique compte tenu de la forme empruntée par ces normes et instruments, de leur origine tant privée que publique, de l'absence ou du type spécifique de contrainte qu'elles sont susceptibles d'exercer et de la légitimité qui est très souvent contestée à leurs auteurs ou promoteurs. Nous n'entrerons pas ici dans la discussion de ce problème délicat, que nous avons examiné ailleurs⁶, afin d'aborder directement la question pratique de la pénétration effective de ces instruments et des normes qu'ils véhiculent dans les ordres juridiques nationaux.

IV. — RÉACTIONS DES ETATS À LA CONCURRENCE NORMATIVE GLOBALE. —

La seconde série de questions a pour objet de déterminer comment les Etats et les ordres juridiques nationaux réagissent aux effets de la mondialisation sur le droit. La réception dans l'ordre juridique interne de normes mondialisées ne représente en effet qu'un versant des phénomènes observables. Les Etats, du moins la plupart de ceux étudiés ici, sont loin de se contenter de subir passivement les effets de la mondialisation. Au contraire, ils sont des acteurs à part entière et jouent un rôle important dans les processus de mondialisation juridique, en particulier par les mesures qu'ils prennent pour adapter leur droit interne au nouvel environnement normatif global. Ce contexte se caractérise en particulier par l'intensification de la *concurrence normative* entre les fors et son extension planétaire. J'ai proposé de définir la concurrence normative comme la situation dans laquelle des sujets de droit sont mis en mesure de choisir, parmi plusieurs ordres juridiques ou régimes normatifs, les règles qui s'appliqueront à eux, soit de manière générale soit en vue d'une opération particulière⁷.

5. Par exception à la règle que nous avons nous-mêmes formulée puisque la jurisprudence des cours internationales relève bien des sources formelles du droit international.

6. B. Frydman et G. Lewkowicz « Les codes de conduite, source du droit global ? », in I. Hachez et al. (ed.), *Les sources du droit revisitées: normativités concurrentes*, Bruxelles, Anthemis, 2012, pp. 179- 210. - Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz, *Le droit global est-il soluble dans ses sources?* Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013/01, accessible à l'adresse suivante : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP_Frydman_Lewkowicz_-_droit_global_soluble_dans_ses_sources.pdf.

7. B. Frydman, « La concurrence normative européenne et globale » in E. Carpano, M. Chastagnaret et E. Mazuyer (eds.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 15-36.

Benoit Frydman

La deuxième partie de ce rapport examinera dès lors, dans les différents ordres juridiques nationaux étudiés, si les Etats ont pris des mesures préventives ou réactives pour s'adapter à la concurrence normative globale et lesquelles. De telles mesures peuvent présenter un caractère soit défensif soit offensif. J'appelle « mesures défensives » celles qui visent à limiter le jeu de la concurrence normative, par exemple par l'amendement des dispositions de droit international privé ou l'adoption de clauses anti-abus. J'appelle « mesures offensives » celles qui visent à améliorer la position concurrentielle de leur droit national sur le marché juridique global, notamment par des mesures de dérégulation compétitive. De telles mesures visent, par exemple, à attirer les investisseurs et les entreprises à établir (ou à maintenir) leur siège ou leurs activités sur le territoire national ou bien à choisir le droit ou les juridictions du for pour le règlement de leurs opérations et de leurs litiges.

Certaines de ces mesures, comme nous allons le voir, sont susceptibles d'entraîner des changements très importants dans l'ordre juridique interne. L'enquête est ici facilitée par le fait qu'il s'agit d'identifier, pour la plupart d'entre elles, des modifications en bonne et due forme des sources formelles du droit interne. Puisque nous visons à dégager des stratégies d'adaptation, la question de l'intention du législateur ou de l'auteur de la norme nécessite un examen attentif. Si le préambule de certains actes expose très ouvertement la volonté de protection ou de renforcement de la compétitivité qui a motivé leur adoption, il n'en va pas toujours ainsi et, dans d'autres cas également nombreux, de telles motivations sont passées sous silence, voire occultées. Il se peut également que l'acte en question obéisse à plusieurs motivations concurrentes qu'il est difficile de démêler. Cependant, la nature des mesures prises, leurs effets réels ou prévisibles et la comparaison avec des mesures similaires prises dans d'autres ordres juridiques permettent le plus souvent de les repérer sans grande difficulté.

V. – CHAMP D'APPLICATION DE L'ÉTUDE ET PRÉSENTATION DES RÉSULTATS. –

Le rapport général se fonde sur l'analyse, la comparaison et la compilation des données collectées par les rapporteurs nationaux dans douze ordres juridiques différents, soit par ordre alphabétique l'Allemagne, la Belgique, le Brésil, la Colombie, la France, l'Italie, la Pologne, le Portugal, le Québec, la Roumanie, la Tunisie et la Turquie.

On dénombre donc au plan géographique huit Etats européens, dont l'un s'étend en partie sur l'Asie, trois Etats américains et un Etat africain. Sept Etats sont membres de l'Union européenne et un, la

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

Turquie, est candidat à y entrer. Huit sont membres de l'OCDE et deux, le Brésil et la Colombie, sont engagés dans un processus de partenariat et d'adhésion. Les liens avec ces organisations internationales ne sont pas sans effet comme on le verra plus loin sur les résultats de notre enquête⁸.

Je témoigne toute ma reconnaissance aux rapporteurs nationaux⁹ qui ont dû fournir un travail souvent considérable pour répondre de manière précise et la plus complète possible à un questionnaire particulièrement détaillé et exigeant, requérant la collecte d'informations dans les domaines les plus variés et l'examen d'objets juridiques très différents du catalogue classique des sources¹⁰.

Outre ces rapports proprement dits, il a été demandé aux rapporteurs de compléter des questionnaires fermés, de la synthèse desquels ont été tirées les données statistiques et les graphiques proposés à l'appui du rapport général¹¹.

I. La réception dans l'ordre juridique interne des normes mondialisées :

VI. — DÉCLARATIONS ET RECOMMANDATIONS. — RÔLE CLÉ DE CERTAINES ORGANISATIONS ÉCONOMIQUES ET FINANCIÈRES. -

Nous nous sommes d'abord penchés sur l'influence et la pénétration en droit interne d'un certain nombre de normes émises au sein d'organisations ou de groupes intergouvernementaux ou mondiaux, qui ne sont pas *a priori* contraignantes. Nous visons notamment ici les codes de conduite, les déclarations et recommandations, les programmes d'action collective fixant des objectifs à atteindre, les mécanismes de contrôle par les pairs (*peer review*) ou encore les standards posés par des organismes internationaux.

8. *Infra* § 6.

9. Allemagne : Christophe Busch (U. d'Osnabrück) ; Belgique : Isabelle Hachez (U. Saint-Louis Bruxelles) ; Brésil : Véra Fradera (U. féd. du Rio Grande do Sul) et Jânia Saldanha (U. féd. de Santa Maria), Colombie : Equipe de chercheurs de la Faculté de Droit de l'Université Externado de Bogota ; France : Marie Goré (U. Paris II Panthéon-Assas) ; Italie : Domenico di Micco (U. de Turin) ; Pologne : Anna Klimaszewska (U. de Gdansk) ; Portugal : Mafalda Miranda Barbosa (U. de Coimbra) ; Québec : Michelle Cumyn (U. de Laval), Roumanie : Raluca BERCEA (U. de Timisoara) ; Tunisie : Mohamed Hamouda (U. de Tunis) et Turquie : Gökçe Kurtulan (U. Bilgi Istanbul).

10. La plupart des exemples illustrant notre synthèse sont puisés dans les rapports nationaux dont nous préconisons la lecture. Nous renvoyons aussi à ces rapports pour les références précises aux exemples cités, que nous n'avons pas voulu redoubler dans cette synthèse pour ne pas l'allonger inutilement.

11. Le questionnaire complet, tel qu'il a été transmis aux rapporteurs nationaux, peut être consulté en ligne sur le site de l'Association Capitant.

Benoit Frydman

Tous les rapporteurs confirment que ces normes, en dépit de leur caractère non contraignant, exercent une emprise effective sur leurs droits nationaux. La référence à ces normes en droit interne est jugée occasionnelle dans deux tiers des Etats et fréquente pour le dernier tiers.

L'enquête souligne surtout l'influence des recommandations formulées par certaines organisations économiques internationales, comme l'OCDE ou, au niveau régional, l'Union européenne. L'emprise des recommandations s'exerce sur les membres de l'Organisation naturellement, mais s'étend largement aux Etats tiers, tout particulièrement aux Etats qui visent à y entrer.

Pour ceux-ci, les recommandations peuvent exercer une action déterminante jusqu'à l'emporter sur les sources formelles du droit interne. Ainsi, au sujet de la Colombie, qui a inscrit l'objectif d'adhérer à l'OCDE dans son plan de développement pour 2014-2018, le rapport national indique qu'« il semblerait que la discussion sur la position hiérarchique ou le degré d'exigibilité des standards ou des “codes de bonnes pratiques” de l'OCDE, soit superflue dans le système des sources colombiennes, en ce que cette organisation internationale exerce depuis longtemps un pouvoir *de facto* sur la construction du système juridique colombien ainsi que sur la gestion des politiques publiques ». Il ajoute que « l'incorporation de ces normes (s'effectue) sans aucun contrôle judiciaire interne par le biais des politiques du gouvernement ».

Il en va de même pour les Etats qui sont candidats ou ont rejoint récemment l'Union européenne. Ces derniers, comme la Pologne et la Roumanie, ont dû intégrer à cette occasion les recommandations non contraignantes non seulement de l'Union elle-même, mais également d'autres organisations internationales ou régionales. Ainsi, « les recommandations et les lignes directrices des organismes internationaux ont joué un rôle important dans le processus de révision de la législation interne en vue de l'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne et ultérieurement ».

Parmi les instruments les plus souvent cités, on trouve les principes directeurs de l'OCDE relatifs aux entreprises multinationales et l'organisation du système des points de contact nationaux, le code de conduite des bonnes pratiques administratives, les instruments de lutte contre la corruption, mais aussi un ensemble de réglementations modèles dont l'intégration dans l'ordre juridique national est préconisée.

De manière plus prégnante encore, la survenance de difficultés budgétaires, qui amène des Etats à solliciter une aide financière, constitue un facteur de pénétration très puissant des « recommandations » dans le droit interne. Le rapport italien indique ainsi que « suite à la récente

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

crise économique mondiale, (l'OCDE) a proposé de faire parvenir l'Italie à une amélioration de son cadre budgétaire à moyen terme, par l'adoption de mesures concernant le marché du travail, à la libéralisation et à la simplification du marché des biens et, plus récemment, à l'introduction d'une loi contre la corruption. Ces indications sont devenues des priorités absolues pour le gouvernement ». De même le rapport portugais souligne que le programme d'aide financière dont le pays a bénéficié « implique des évaluations périodiques par les créanciers, qui ne sont pas limitées à contrôler les budgets préparés et l'exécution du budget, mais imposent des objectifs et déterminent des lignes directrices en vue d'adopter certaines mesures dans des secteurs stratégiques, afin de rendre l'économie portugaise plus compétitive ». Le rapporteur souligne qu'à cette occasion « nous assistons à une perte progressive de la souveraineté nationale, avec de graves conséquences dans l'ensemble social et juridique ».

Les institutions financières internationales et régionales, comme le FMI, la Banque mondiale et la Banque européenne de développement entrent ici dans le jeu et transforment, à l'occasion de la négociation des plans d'aides, de simples recommandations en engagements contraignants, dont la bonne exécution conditionne d'ailleurs très directement le versement par tranches successives des aides promises.

Il importe à cet égard de souligner que la pression des « recommandations » est d'autant plus forte que ces organisations agissent souvent de manière concertée dans leur rapport avec l'Etat requérant. En atteste l'exemple désormais fameux de la « *Troïka* », composée de la Commission européenne, du FMI et de la Banque centrale européenne, intervenue pour la première fois en Grèce en 2010, puis étendue à l'Irlande, au Portugal et à Chypre. Cette coopération produit également ses effets sur les différents instruments et modes d'évaluation des organisations internationales dont l'intégration et l'exécution sont de fait imposées conjointement.

La plupart des rapports nationaux soulignent en outre l'emprise réelle des recommandations du groupe d'action financière (GAFI), régulièrement mises à jour, concernant les mesures législatives, réglementaires et opérationnelles dans la lutte contre le blanchiment de fonds, le financement du terrorisme et les autres menaces contre l'intégrité du système financier international. Le GAFI estime lui-même que ces « recommandations sont reconnues comme étant la norme internationale » dans ces matières, auxquelles il ajoute encore la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive¹². Les rapports de l'organisation identifient par pays le suivi des recommandations et déterminent en collaboration avec d'autres organisations les « vulnérabilités ». Ces rapports sont lus de près par les Etats.

12. Voyez la présentation du GAFI sur son site : « Qui sommes nous? », <http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/> (consultée le 11 janvier 2017).

Benoit Frydman

Ainsi, en Allemagne, un rapport du GAFI ayant identifié des lacunes a provoqué le dépôt rapide d'un projet de loi, qui se réfère explicitement audit rapport dans l'exposé de ses motifs.

VII. — STANDARDS DE LA COMMISSION DE VENISE. — TRANSFORMATION EN RÈGLES OBLIGATOIRES PAR L'ACTION DES JURIDICTIONS. —

Parmi les nombreux autres exemples analysés dans les rapports nationaux, beaucoup mentionnent la réception des standards établis par « la Commission européenne pour la démocratie par le droit », organe consultatif du Conseil de l'Europe, plus connu sous le nom de « Commission de Venise ». Créée en 1990 dans le cadre de l'intégration des Etats d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe, la Commission a étendu son domaine d'action bien au-delà des frontières de la grande Europe, puisqu'elle compte aujourd'hui, outre les 47 Etats du Conseil, des Etats membres en Amérique, comme le Brésil, le Mexique et les Etats-Unis, ainsi qu'en Afrique, comme l'Algérie, et en Asie, comme la Corée du Sud, sans compter les membres observateurs, comme le Japon, et à statut spécial, comme l'Afrique du Sud. Elle tend de fait à s'imposer comme l'organe de référence mondial pour les normes de la démocratie et de l'Etat de droit.

Si elle a pour mission officielle de « procurer des conseils juridiques » à ses Etats membres, les avis de la Commission de Venise ont acquis de fait un statut plus important. La Pologne a ainsi dû faire face à l'avis critique de la Commission quant à l'affaiblissement de sa Cour constitutionnelle. L'avis a été contesté par les autorités polonaises, qui ont rappelé à cette occasion son caractère non contraignant, mais le pouvoir polonais s'est mis dans une position délicate dans la mesure où il avait lui-même sollicité l'avis en question. La Commission est également consultée par la Cour constitutionnelle de Turquie sur chaque projet de modification de la Constitution nationale et ses avis étaient jusqu'il y a peu largement pris en compte.

Bien plus, les standards de la Commission de Venise sont cités comme référence à l'appui de certaines décisions judiciaires. Ainsi, la Cour constitutionnelle roumaine se réfère systématiquement aux standards de Venise et les a cités comme base juridique à l'appui de plusieurs de ses arrêts. En Belgique, la situation est plus contrastée. Les plus hautes juridictions sont divisées sur la valeur à accorder au Code de conduite électoral élaboré par la Commission. Alors que l'Assemblée générale du Conseil d'Etat recommandait de les prendre en compte, la Cour constitutionnelle s'y est par contre refusée en raison du caractère non obligatoire de ce texte.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

La Cour européenne des droits de l'homme ne partage absolument pas ces réserves. Dans son arrêt du 6 novembre 2012¹³, la Cour se fonde expressément sur le non-respect d'une disposition du Code de bonne conduite électoral de la Commission de Venise pour conclure à la violation de l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde sur le droit à des élections libres. Il s'agissait en l'espèce d'une réforme électorale jugée trop tardive car elle ne respectait pas les délais fixés par le code de conduite.

Ce n'est d'ailleurs pas l'unique cas où la Cour des droits de l'homme incorpore ainsi dans sa jurisprudence des normes étrangères au catalogue des sources formelles. Dans plusieurs autres affaires, concernant en particulier l'Italie, portant sur la violation du droit au procès équitable, la Cour s'est référée, pour décider si la condition du « délai raisonnable » avait été violée, à des indicateurs de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), un autre organe consultatif encore du Conseil de l'Europe. Il s'agissait en l'espèce d'un indicateur de référence (*benchmark*), établi sur la base des données recueillies par la Commission sur les délais moyens des procédures devant les juridictions nationales en Europe. Ensuite de quoi, ce critère a été intégré comme contraignant par certains fors nationaux.

La Cour européenne des droits de l'homme devient ainsi un vecteur d'intégration dans les ordres juridiques nationaux, des conseils, recommandations et autres indicateurs établis au sein du Conseil de l'Europe, que la Cour érige, par l'utilisation qu'elle en fait dans sa jurisprudence, au rang de véritables normes supranationales.

Ce mouvement n'est cependant pas limité à l'Europe. Une tendance similaire peut être observée au Canada, sous la forme d'une évolution de la méthode d'interprétation des règles internes par rapport aux règles internationales. La jurisprudence canadienne évolue du principe d'interprétation conforme des règles internes aux règles internationales, qui lie de manière obligatoire le Canada, vers un principe d'interprétation contextuelle, qui permet au juge canadien d'utiliser aussi le droit international qui ne lie pas le Canada pour interpréter les normes de droit interne. Cette méthode, particulièrement utilisée dans le domaine des droits de l'homme, conduit à estomper la différence entre les sources formelles classiques du droit international et les autres normes dont nous traitons dans ce rapport.

VIII. — NORMES TECHNIQUES ÉMISES PAR DES RÉSEAUX OU ORGANISATIONS, PUBLIQUES OU PRIVÉES. — NORMES BANCAIRES

13. Cour eur. D.H., arrêt *Ekoglasnost c. Bulgarie* du 6 novembre 2012, §§ 69 et 70. Pour plus de détails à ce sujet, consultez le rapport belge.

Benoit Frydman

DE BÂLE, NORMES COMPTABLES IFRS, NORMES INTERNET DE L'ICANN, NORMES ISO. -

Selon les chiffres de l'enquête, l'emprise des normes techniques internationales en droit interne est observée dans 92% des cas. Cette emprise est jugée fréquente dans 50% des Etats étudiés¹⁴.

Quasiment tous les rapports nationaux soulignent la prégnance des normes du Comité de Bâle, qui réunit les représentants des grandes banques centrales, relatives notamment aux ratios de fonds propres des banques. Il en va de même des normes comptables globales IFRS, établies par l'*International Accounting Standards Board* (IASB). Ce comité dépend d'une association privée, regroupant principalement les représentants des grandes sociétés d'audit mondiales. Outre les Etats de l'Union européenne, le Brésil, la Colombie et le Québec ont intégré et parfois étendu la portée de ces normes en droit interne¹⁵. Des normes globales similaires ont été conçues pour régler la comptabilité publique des Etats, organisations et établissements publics¹⁶.

La situation est plus mitigée en ce qui concerne les normes techniques qui organisent et régulent l'Internet, en particulier les normes définies et appliquées par l'ICANN, pour l'attribution et la gestion des noms de domaine¹⁷. Ces normes sont en fait d'application universelle, mais elles font l'objet d'une certaine contestation parmi les Etats, moins en raison de leur contenu que par rapport à l'organisation qui les édicte et surveille leur application. L'ICANN, constituée sous la forme d'une association privée de droit californien, qui emprunte la forme d'un « forum multi-parties prenantes » est critiquée pour sa dépendance au gouvernement américain et pour le peu de pouvoir de décision qu'elle accorde formellement aux Etats, regroupés dans un comité d'avis, le *Government Advisory Board* (GAC). Plusieurs Etats demandent le transfert de ces compétences vers l'Union Internationale des Télécommunications (UIT), une organisation internationale classique, où les Etats retrouveraient leurs pouvoirs de décision. Certains, surtout des Etats autoritaires mais pas uniquement, tentent

14. Pour une étude approfondie de l'influence des normes techniques ainsi que des indicateurs sur le droit au niveau global, voyez B. Frydman et A. Van Waeyenberge, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, 2013.

15. La Turquie avait prévu de même dans le Code de commerce de 2012, mais celui-ci a été modifié avant même son entrée en vigueur et a finalement maintenu un double système de normes nationales et IFRS.

16. Il s'agit des normes comptables internationales pour le secteur public (IPSAS), publiées par la Fédération Internationale des Comptables (IFAC), dont l'application est préconisée notamment par la Commission européenne pour la tenue des comptes publics des Etats membres de l'Union.

17. C. Briceux, « Regulating Online Content through the Internet Architecture : The Case of ICANN's new gTLDs », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), 2016/3, accessible en ligne à l'adresse : <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-3-2016/4512>.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

d'obtenir ou de renforcer leur contrôle sur la partie nationale du réseau, notamment la distribution des noms de domaine nationaux. Il faut citer ici la loi brésilienne du 23 avril 2014 sur *la Marco Civil da Internet* qui est considérée comme la « Constitution de l'Internet » au Brésil et qui inspire des initiatives similaires dans d'autres pays. L'organisation turque des noms de domaine, qui est l'Université technique du Moyen-Orient, n'a pas adopté pour sa part des règles uniformes de résolution de conflits en ce qui concerne les noms de domaine et gère les différends relatifs aux sites portant l'extension nationale .tr par référence exclusivement au droit interne.

Les normes techniques de l'Organisation internationale de standardisation, mieux connues sous le nom de normes ISO, remplissent un rôle extrêmement important dans le contexte de la mondialisation de la production, des échanges, de la distribution et de la consommation des produits et des services. Leur champ d'application ne cesse de s'étendre de normes de fabrication d'objets et de produits, à des normes de sécurité, de qualité (normes ISO 9000), de protection de l'environnement (ISO 14000) s'aventurant de plus en plus dans le domaine des normes sociales et sociétales (ISO 26000) sur la responsabilité sociale des organisations.

Toutes ces normes internationales, de mêmes que d'autres normes techniques mises en place dans les différents secteurs de l'industrie, mais également dans le domaine de l'alimentation et de la santé publique jouissent, au terme des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), d'un statut considérable. Les réglementations nationales et régionales, qui se réfèrent à elles pour justifier des mesures de restriction aux échanges bénéficient en effet d'une présomption de conformité au droit du commerce international. Elles exercent de ce fait notamment une grande influence sur les droits internes.

IX. — PÉNÉTRATION DANS L'ORDRE INTERNE SANS INTÉGRATION DANS LES SOURCES FORMELLES CLASSIQUES. —

L'emprise des normes techniques ne doit cependant pas se mesurer uniquement à l'aune de leur intégration ou de leur reconnaissance dans les sources classiques du droit et notamment du droit interne. Elaborées en dehors des procédures classiques du droit international, les normes techniques disposent également de circuits et de dispositifs spécifiques pour assurer leur application effective entre les acteurs concernés. C'est ainsi que la standardisation technique dispose de sa propre pyramide organisationnelle qui descend de l'ISO aux organisations régionales, nationales et sectorielles, qui jouissent d'un statut tantôt public, tantôt privé et souvent mixte. Les procédures de vérifi-

Benoit Frydman

cation de leur application reposent sur les dispositifs spécifiques que sont l'accréditation et la certification, ainsi que la labellisation.

De manière plus générale, un grand nombre de ces normes globales s'insinuent dans l'ordre interne par le moyen de filières sectorielles ou spécialisées. Ont été signalées à cet égard les normes instaurées par les différentes associations sportives internationales qui sont intégrées dans l'ordre interne par les fédérations. On a observé également que la déontologie de professions réglementées comme les comptables, les médecins, les architectes ou les avocats, sont organisées ou réformées dans l'ordre interne par référence directe à un code de conduite international ou européen. Par exemple, en Roumanie, le Code Déontologique des Avocats de l'Union Européenne s'applique en tant que Code déontologique des avocats roumains depuis le 1^{er} janvier 2007.

X. — OUTILS DE MESURE ET DE CLASSEMENT DES SERVICES PUBLICS OU DU DROIT DES ÉTATS. —

Deux tiers des rapports nationaux mentionnent l'influence occasionnelle dans l'ordre juridique interne des instruments globaux de mesure et de classement des performances des Etats et de leurs services publics nationaux. On sait que de tels indicateurs se sont multipliés dans tous les domaines, non seulement dans les matières économiques et financières, mais également dans les domaines de l'éducation, la santé, l'environnement et pour ainsi dire dans presque tous les aspects de la vie et des politiques publiques. La publication régulière des performances des Etats et leur classement est susceptible d'exercer une pression sur les Etats d'autant plus sensible que ces publications jouissent d'une large diffusion et sont prises à témoins dans les débats politiques internes, parfois d'ailleurs pour justifier certaines réformes. Plusieurs rapports nationaux évoquent à ce titre les enquêtes Pisa de l'OCDE. On peut y ajouter, au niveau des instituts d'enseignement supérieur et de recherche, les classements des Universités, comme le célèbre classement de Shangai, né d'une initiative locale en Chine et qui fait aujourd'hui figure de standard de référence mondial.

Plusieurs rapports soulignent l'influence des notes délivrées par les agences de notation de crédit sur la politique budgétaire des Etats. Le rapport québécois indique ainsi que la loi sur l'équilibre budgétaire, qui interdit les déficits pour recourir à des dépenses courantes, trouve son origine dans une rencontre en 1996 entre le Premier ministre québécois de l'époque et des représentants des agences de notation à New-York. Ces agences avaient critiqué l'indiscipline du Québec et menacé de dégrader sa note de crédit. De nombreux autres exemples de ce type ont été documentés ailleurs, notamment en Australie et

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

aux Etats-Unis. Des Etats fédérés et des villes ont été contraints de mener certaines réformes notamment de réduction des dépenses dans la fonction publique, les soins de santé et les retraites, sous la pression de la dégradation de leurs notes par les agences de notation, qui les aurait privés des moyens d'emprunter¹⁸. On a pu également constater en 2008, en Europe, le rôle de la dégradation de la note de certains Etats dans le déclenchement de la « crise souveraine » au sein de la zone euro. Les notes des agences s'appuient sur des référentiels normatifs qui exercent ainsi une influence sur tous les acteurs publics et privés qui recourent aux financements sur les marchés¹⁹.

Il faut également mentionner l'influence considérable des indicateurs qui mesurent la « compétitivité » des Etats et notamment leur attractivité pour les investisseurs, comme le célèbre indicateur *Doing Business*, développé au sein de la Banque mondiale depuis 2002. Ces indicateurs sont expressément conçus comme des dispositifs d'incitations des Etats à réformer leur droit non seulement en matière économique, mais aussi sociale et fiscale. En attestent la mise à la disposition des Etats d'un « simulateur de réformes » (*reform simulator*) afin qu'ils puissent anticiper l'impact potentiel de certaines réformes législatives ou réglementaires sur l'amélioration de leur place dans l'index, ainsi qu'une bibliothèque recensant les centaines de réformes effectuées par les Etats dans cette perspective. L'outil semble efficace puisque le rapport 2015 de la Banque mondiale révèle que, depuis 2004, les Etats ont procédé au total à plus de 2.400 réformes en vue de rendre leur ordre juridique plus favorable à la vie des affaires²⁰. Plus de 50 Etats ont mis en place des commissions spéciales de réforme en vue d'améliorer leur position dans le classement²¹. Les indicateurs de ce type mettent en évidence et stimulent la concurrence normative qui bat son plein entre les Etats du globe.

On soulignera enfin le développement d'indicateurs spécifiquement juridiques qui comparent les performances des Etats et de leurs institutions, notamment en matière de respect de l'Etat de droit comme les

18. Voyez à ce propos l'ouvrage précurseur et remarquable de T. Sinclair Sinclair, *The New Masters of Capital. American Bon Rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Cornell U.P., 2005).

19. Sur la fonction normative et de gouvernance exercées par les agences de notation : B. Frydman, « Le pouvoir normatif des agences de notation », in B. Colmant et G. Lewkowicz eds., *Les agences de notation entre les Etats et les marchés*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 173-184. – G. Lewkowicz, « Gouverner les Etats par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in *Gouverner par les standards et les indicateurs*, op. cit., pp. 145-192.

20. *Doing Business Report 2015 : Going Beyond Efficiency*, 2014, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2014.

21. D. Restrepo Amariles, « Transnational Legal Indicators : the Missing Link in a new Era of Law and Development Policy », in P. Fortes, L. Boratti, A. Palacios and T. Daly (eds.), *Law and Policy in Latin America : Transforming Courts, Institutions and Rights*, Palgrave, Mc Millan, 2016 (en cours de publication).

Benoit Frydman

index Rule of Law de la Banque mondiale²² et du *World Justice Project*²³, en matière de droit du travail comme le *Global Rights Index*, développé par la Confédération internationale des syndicats²⁴ ou encore l'indice de la sécurité juridique, développé sous l'impulsion de la Fondation pour le droit continental, dont le premier rapport, portant sur 13 juridictions, a été publié en juillet 2015²⁵.

XI. — IMPACT DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET QUASI-JUDICIAIRES INTERNATIONALES. —

Si les rapports nationaux estiment, à plus de 90%, que les décisions judiciaires ou quasi-judiciaires non nationales ont un impact sur le droit interne, la moitié d'entre eux jugent que cet impact est plus occasionnel que fréquent. Les rapports nationaux se sont penchés tout particulièrement sur l'intégration et l'exécution en droit interne des décisions des cours régionales dans le domaine des droits de l'homme, spécifiquement des arrêts de la Cour européenne et de la Cour inter-américaine des droits de l'homme.

Notons d'abord que le statut de ces décisions en droit interne varie beaucoup d'une juridiction à l'autre, allant de la situation belge où la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reçoit, au nom de « l'autorité de la chose interprétée », une force obligatoire reconnue comme telle et effectivement respectée par les plus hautes juridictions du pays, à d'autres fors où la jurisprudence supranationale est simplement « prise en considération », voire ne se voit attachée aucune force juridique particulière.

Dans son rapport 2015²⁶, la Cour interaméricaine des droits de l'homme indique que seuls 37% de ces 310 arrêts ont été complètement exécutés par les Etats membres. Lorsque les arrêts sont mal ou pas exécutés, la responsabilité en revient plus souvent aux autorités

22. Le *Rule of Law Index* constitue désormais l'un des six *Governance Worldwide Indicators* de la Banque mondiale.

23. Le *Rule of Law index 2016* du WJP peut être consulté à l'adresse suivante : <http://worldjusticeproject.org>.

24. *The 2015 ITUC Global Rights Index : The World's Worst Countries for Workers*, consultable en ligne : http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_global_rights_index_2015_en.pdf.

25. Ce rapport est consultable à l'adresse : <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/Rapport-ISJ-Juin-2015.pdf>. Il a été établi sous la direction de Bruno Deffains et Catherine Kessedjian, professeurs à Paris II. L'index classe en premiers la Norvège, l'Allemagne et la France, suivies immédiatement du Royaume-Uni et de la Chine, les Etats-Unis n'obtenant que le 12^{ème} et avant-dernier rang. Le second rapport est actuellement en cours de préparation.

26. La version française de ce rapport peut être consultée à l'adresse suivante : <http://www.corteidh.or.cr/tabras/informe2015/frances.pdf>.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

judiciaires nationales qu'aux exécutifs. Il faut en outre savoir que la Cour interaméricaine exige souvent des mesures de réparation et de correction très précises et complètes qui vont au-delà de la simple condamnation et de la compensation prononcée par la Cour européenne. Le rapport d'activités de cette dernière, établi par le Comité des Ministres, fourmille de données « positives », mais ne donne finalement aucune indication claire sur le taux d'exécution des très nombreux arrêts de la Cour²⁷.

En ce qui concerne les décisions d'organes quasi-juridictionnels, la Cour suprême du Canada s'est référée aux décisions de deux organes de l'OIT, dont les décisions ne sont pas contraignantes, pour modifier son interprétation de la liberté d'association dans la Charte canadienne des droits et libertés et y inclure désormais le droit à la négociation collective, et pour décider en 2015 d'y ajouter le droit de grève, ce qui a eu pour effet d'invalidier les lois fédérales ou provinciales allant à l'encontre des principes affirmés par ces deux comités de l'OIT.

XII. – MOBILISATION DU DROIT COMPARÉ.-

La mondialisation a donné une nouvelle v^{ie} en même temps qu'une nouvelle fonction au droit comparé. De discipline académique caractéristique d'une approche scientifique du droit par la variété de ses systèmes et de ses règles, la comparaison des droits constitue désormais un outil régulièrement mobilisé dans l'activité législative aussi bien que judiciaire. Des questions de société importantes et sensibles, comme l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ou la légalisation du cannabis, donnent lieu à des débats politiques et juridiques transnationaux dans lesquels les lois adoptées dans tel ou tel État, aussi bien que les décisions de justice rendues dans tel autre sont utilisés comme des moyens, parfois de grand poids, pour faire évoluer, le droit national.

Les rapports nationaux confirment cette analyse. Ils estiment à plus de 80% que le droit comparé est mobilisé en droit interne soit au niveau législatif soit au niveau judiciaire et la majorité des rapporteurs considère le recours au droit comparé comme fréquente.

A noter ici aussi la très grande différence entre les cultures juridiques ou judiciaires nationales dont certaines sont complètement fermées aux références au droit comparé, comme l'Allemagne et

27. La version française du Rapport 2015 de la Cour peut être consulté à l'adresse suivante : http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_FRA.pdf.

Benoit Frydman

l'Italie, alors que d'autres y recourent systématiquement ou presque, comme la Pologne, le Portugal, le Québec et la Turquie.

XIII. — INSTRUMENTS CONTRACTUELS D'HARMONISATION DU RÉGIME JURIDIQUE.—

Enfin, la mobilisation dans l'ordre interne d'instruments contractuels harmonisés au niveau global est reconnue par la quasi-totalité des rapports nationaux. Ceux-ci comprennent bien entendu le désormais célèbre ISDA master agreement en matière de SWAP, mais aussi des instruments plus classiques comme les principes UNIDROI. En matière de contrats de construction, l'Allemagne et la Pologne mentionnent les normes établies par la Fédération internationale des ingénieurs constructeurs (FIDIC). La France et la Turquie mentionnent les Règles et Usances Uniformes (RUU) de la CCI notamment en matière de crédit documentaire. D'autres pays encore mentionnent le recours systématique à des modèles de contrats importés, établis par des organismes privés, tels les cabinets d'avocats globaux (« *global law firms* »).

II. Mesures d'adaptation du droit interne face aux menaces et aux opportunités de la mondialisation :

XIV. — RENFORCEMENT DES MOYENS DE LUTTE CONTRE LES TENTATIVES D'ÉLUDER LES DISPOSITIONS DU DROIT INTERNE.

Deux tiers des Etats étudiés ont modifié leur droit interne en vue de lutter contre les pratiques des acteurs qui tentent d'échapper à l'application de leur droit ou à la compétence de leurs tribunaux. L'Etat réagit ainsi à la multiplication des dispositifs d'ingénierie juridique qui permettent à certains acteurs de s'émanciper du respect de certaines règles contraignantes, notamment d'échapper à l'impôt ou à d'autres prélèvements notamment sociaux, au respect des règles contraignantes en matière de droit du travail, à privilégier un régime plus libéral ou plus favorable à leurs intérêts dans le domaine du droit des sociétés et de la gouvernance d'entreprise ou d'autres domaines du droit commercial et même du droit civil, en ce compris certains aspects du droit de la personne et de la famille.

Un grand nombre d'Etats ont procédé, durant les cinq dernières années, à des réformes de leur régime de droit international privé. Ces réformes visent souvent à compléter un arsenal incomplet par l'introduction de dispositions telles que des clauses d'ordre public ou

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

de lutte contre la fraude à la loi. Elles fortifient le régime des lois de police ou créent des dispositions super-impératives. L'introduction de clauses anti-abus est également plusieurs fois mentionnée, dans divers domaines, mais surtout en matière fiscale.

Toutefois, tous les Etats ne montrent pas la même réactivité, même dans des situations où des intérêts économiques vitaux pour le pays sont en jeu. Le rapport italien tient au contraire à souligner la passivité de l'Italie qui a subi, sans y faire le moindre obstacle, la fusion entre Fiat et Chrysler aboutissant à la création d'une société ayant son siège social aux Pays-Bas, son administration fiscale au Royaume-Uni, la cotation de ses actions à Wall Street, le tout pour un actionnariat majoritaire italien qui demeure établi à Turin.

Parfois, des dispositions anti-abus ont été prises, mais elles ne sont pas mises en œuvre en pratique. Une loi française de 16 juillet 1980 permet ainsi de bloquer les procédures de *discovery*, c'est-à-dire les procédures américaines d'instruction des affaires civiles, menées sur le territoire français. Le rapport français indique toutefois que cette loi est rarement utilisée en pratique pour ne pas s'attirer des représailles américaines.

Enfin, d'autres réformes du droit international privé procèdent au contraire, d'une volonté d'ouverture au droit étranger comme c'est le cas de la Tunisie, qui renonce ainsi progressivement à la domination exclusive de sa loi nationale. Dans ce dernier cas, il ne s'agit pas de mesures de défenses mais bien de mesures visant à accroître l'attractivité du pays pour les investisseurs étrangers. Le rapporteur tunisien observe à ce propos que ces réformes conduisent à « une politisation caractérisée des litiges ».

XV. — EXTENSION DE LA COMPÉTENCE DE LA LOI OU DU JUGE NATIONAL.-

Deux tiers des Etats étudiés ont également pris des mesures qui visent à étendre unilatéralement la juridiction de l'Etat, de son droit et de ses juridictions, de manière extraterritoriale. De telles mesures produisent des conséquences diverses, parfois très différentes des objectifs affichés.

Il faut commencer par évoquer ici les célèbres lois pénales de compétence universelle dans le domaine du droit humanitaire. Adoptée par de nombreux Etats, ces lois ont un temps manifesté, avec l'instauration de la Cour pénale internationale, le symbole et la promesse d'une justice universelle et de la fin de l'impunité. Elles ont contribué à alimenter un nouveau contentieux, le contentieux

Benoit Frydman

transnational des droits de l'homme, qui mobilise en outre, grâce à l'ingéniosité des plaideurs, toutes les ressources du droit international privé²⁸. Ce contentieux tend à délocaliser, souvent vers des fora occidentaux, le jugement des violations graves des droits de l'homme commises dans des Etats qui n'ont pas les moyens ou la volonté d'offrir aux victimes un recours effectif, parfois parce qu'ils sont eux-mêmes auteurs ou complices des violations. Les recours ont d'abord visé des agents de l'autorité jusque et y compris des anciens chefs d'Etats, comme Augusto Pinochet et Hissène Habré, et même des chefs d'Etat et de gouvernement en exercice. Il s'est ensuite élargi aux actions des sociétés transnationales et de leurs agents.

Mais, outre que peu d'actions ont véritablement abouti, le succès des lois de compétence universelle s'est retourné contre elles. On les a accusées tantôt de favoriser une forme de néo impérialisme judiciaire tantôt d'engorger davantage encore des juridictions déjà débordées par la massification des contentieux de droit commun. Elles ont surtout été victimes des pressions diplomatiques en provenance d'Etats hostiles au jugement de leurs affaires et de leurs nationaux, qu'il s'agisse d'agents publics ou de leurs champions économiques. Ainsi la loi belge de 1993 a-t-elle été taillée en pièces et rendue inoffensive dix ans après son adoption, sous pression américaine, et la Cour suprême des Etats-Unis a elle-même imposé, en 2013, dans son arrêt *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, une interprétation très restrictive de l'*Alien Tort Statute*, une ancienne disposition de compétence universelle CIVIL^e (1789), tirée de l'oubli par des praticiens ingénieux et de savants professeurs, à la demande notamment de la Commission européenne et de certains Etats européens²⁹.

Parmi les lois nouvelles destinées à produire des effets extraterritoriaux, les rapports mentionnent également souvent le domaine du droit de la concurrence. On peut interpréter cette tendance comme le fruit de l'évolution du commerce international lui-même et de la création ou de la consolidation de géants mondiaux dont les décisions sont susceptibles d'affecter l'ensemble des marchés nationaux et régionaux, aussi éloignés qu'ils soient des centres de décision. Cette extension des compétences multiplie les risques de décisions contradictoires sur un marché global de sorte qu'il conduit dialectiquement à la coordination des autorités de concurrence et des règles qui fondent leurs actions.

Plusieurs rapports évoquent également les lois contre le blanchiment et le financement du terrorisme, dont l'adoption est elle-même la résultante de l'importation dans l'ordre interne de normes mondiales,

28. B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 73-136.

29. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

recommandées par des organisations internationales³⁰.

XVI. — MESURES VISANT À ACCROÎTRE L'ATTRACTIVITÉ DU DROIT NATIONAL. —

Notre enquête indique que plus de 90% des Etats étudiés ont modifié leur droit national en vue de rendre celui-ci plus attractif. Ce chiffre confirme clairement la réalité des effets provoqués par la situation de concurrence normative au niveau global.

Les principales modifications observées visent sans surprise à inciter les entreprises à implanter leur siège ou leurs activités sur le territoire national. Elles simplifient les formalités de constitution des personnes morales, assouplissent les règles du droit des sociétés et abaissent l'imposition sur leurs bénéfices.

Ce phénomène n'est pas nouveau, loin de là. Il était apparu lors de la précédente phase de mondialisation, durant la seconde moitié du 19^{ème} siècle. Les Etats européens étaient alors entrés en compétition, en libéralisant à qui mieux mieux les modalités de constitution des sociétés par actions, bénéficiant de la personnalité morale, dont la création requerrait jusqu'alors l'autorisation spéciale de la loi ou du gouvernement. Ils voulaient ainsi susciter et attirer à eux de nouveaux courants d'affaires et stimuler les projets d'investissement en favorisant la levée des importants capitaux nécessaires notamment à la construction de voies de chemin de fer et d'autres grands travaux et entreprises liés à la deuxième révolution industrielle et à la colonisation. À la fin du 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} siècle, le mouvement s'était transporté aux Etats-Unis et avait suscité une intense dérégulation compétitive entre les Etats fédérés qui se disputaient les entreprises. C'est d'ailleurs ce phénomène qui a donné lieu à la première conceptualisation doctrinale par Berle et Means de la « concurrence réglementaire » (*regulatory competition*) et de la « course vers le bas » (*race to the bottom*) que celle-ci peut provoquer³¹.

La dérégulation du droit des sociétés s'est aujourd'hui élargie à l'ensemble du monde et atteint des niveaux extrêmes dans certains paradis fiscaux afin de faciliter des montages complexes aux fins les moins avouables. Le minuscule Etat du Delaware qui est sorti grand vainqueur de la lutte américaine a maintenu ses positions. Il abrite toujours près de la moitié des sociétés américaines, dont plus de la moitié des 500 plus grandes compagnies, mais aussi de nombreuses

30. Voir *supra* § 6.

31. A. Berle & G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Macmillan, 1932.

Benoit Frydman

sociétés étrangères. Le parlement du Delaware veille d'ailleurs soigneusement à conserver son avantage compétitif avec la collaboration active du barreau de l'Etat. Celui-ci exerce une veille sur l'ensemble des modifications réglementaires envisagées dans les autres Etats des Etats-Unis et ailleurs et soumet directement au parlement ses propositions d'amendement de la loi des sociétés, lesquelles sont presque toujours et rapidement votées.

Mais la concurrence en droit des sociétés a également fait son retour en Europe. L'Union européenne a tourné le dos à la politique d'harmonisation du droit des sociétés, par le moyen de directives, qu'elle avait menée pendant des décennies. Après l'échec de la société européenne, la Commission a choisi de faire jouer délibérément la concurrence entre Etats en matière de gouvernance d'entreprises. Elle a été bien aidée par la Cour de Justice qui, dans son arrêt *Inspire Art* de 2003³² autorise l'utilisation de formes sociales étrangères.

A la suite de cet arrêt, l'Allemagne a vu exploser la constitution sur son sol de sociétés à responsabilité limitée de forme britannique. Pour contrer ce phénomène, elle a été amenée à assouplir ses exigences et a créé en 2008 une nouvelle forme de société, la *Unternehmensgesellschaft*. Plusieurs autres Etats européens ont suivi la même voie.

Les Etats ont également simplifié les modalités de constitution des sociétés. La Pologne a, par exemple, adopté une procédure simplifiée qui ne nécessite plus de passer par un notaire. La constitution s'opère simplement par le moyen d'un contrat type téléchargeable sur le site du ministère de la Justice, complété par des procédures électroniques d'immatriculation administratives, fiscales et sociales.

La Roumanie, tout comme d'autres Etats candidats ou nouveaux membres de l'Union européenne, a également réformé en profondeur son droit des sociétés en vue de et après son adhésion à l'Union. L'adoption de nouveaux régimes en matière de faillite et de règlement collectif concerne de nombreux Etats à travers le monde et en Europe.

Enfin, la concurrence produit des effets particulièrement spectaculaires en matière d'impôts sur les bénéfices des sociétés. Les réformes tendent pratiquement toutes à faire baisser le taux nominal de l'impôt, quitte à limiter les pertes de recettes pour l'Etat par la suppression des niches fiscales ou d'autres mesures. Cette focalisation sur le taux n'est pas sans lien avec le fait que les indicateurs de compétitivité, dont il a été question plus haut, privilégient cette donnée simple dans l'établissement de leurs index et classements.

32. C.J.U.E., 30 septembre 2003, affaire C-167/01 – *Inspire Art* ECLI:EU:C:2003:512.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

Enfin d'autres mesures plus ciblées tendent expressément à attirer ou à retenir certains secteurs d'activité jugés particulièrement importants pour le pays en question comme le secteur minier au Canada ou le secteur pharmaceutique en Belgique par exemple.

XVII. — MESURES VISANT À ACCROÎTRE L'ATTRACTIVITÉ DES JURIDICTIONS NATIONALES. —

Trois quarts des Etats étudiés ont effectué des réformes dans le but de rendre leurs juridictions nationales plus attractives, plus rapides et plus efficaces. Ici aussi, les Etats subissent la pression des indicateurs internationaux comme ceux des indices *rule of law* ou les standards et bonnes pratiques de la commission pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) au sein du Conseil de l'Europe.

Pour réformer sa justice dans un sens conforme aux standards internationaux, le Brésil s'est lancé dans un programme très impressionnant de management judiciaire stratégique par les indicateurs. Il a également créé un Conseil national de la justice. Il a introduit, pour les arrêts de la Cour suprême fédérale, la notion de précédent obligatoire, complètement étranger à la tradition de ce pays de droit civil. Le Brésil toujours et plusieurs autres Etats ont, dans le même objectif, mis en place des procédures judiciaires en partie ou totalement électroniques.

Afin de renforcer l'attractivité de ses juridictions commerciales, l'Allemagne a introduit des réformes permettant la tenue de certains procès en anglais, notamment devant des chambres spécialisées dans les questions de commerce international. Un projet pilote en ce sens a été mis en place dans les districts de la Cour d'Appel de Cologne et de Düsseldorf. Il semble que cette expérience, dont la conformité à la Constitution a d'ailleurs été contestée, n'ait pas rencontré un grand succès.

Enfin, en matière d'arbitrage, nous observons que nombre d'Etats ont adapté très récemment leur régime juridique sur le modèle de la loi type, amendée en 2006 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Ces réformes, qui favorisent le recours à l'arbitrage international et l'exécution des sentences, ne visent pas à accroître l'attraction des juridictions nationales, ni celle du droit national, mais poursuivent l'objectif de stimuler l'activité des services juridiques, considérés comme un secteur économique à haute valeur ajoutée.

Benoit Frydman

XVIII. — RENONCIATION PAR L'ÉTAT À CERTAINES COMPÉTENCES OU PRIVILÈGES DE LA SOUVERAINETÉ. —

Selon les observateurs nationaux, trois quarts des Etats ont adopté des mesures par lesquelles ils ont renoncé à certaines de leurs compétences ou à des parcelles de souveraineté.

La Turquie a ainsi accepté, comme beaucoup d'autres Etats à travers le monde, à la faveur des traités bilatéraux d'investissement, des clauses de stabilisation de son droit, c'est-à-dire des clauses par lesquelles l'Etat renonce à modifier son droit à l'égard des investisseurs ou à les indemniser du coût pour eux des modifications intervenues.

Les pertes de terrain ne sont pas toujours consenties par le législateur ou le gouvernement, mais parfois imposées par des juridictions. Les rapports nationaux mentionnent ainsi la déconstruction de certains régimes de service public par des décisions judiciaires fondées sur les droits de l'homme des requérants. Ainsi, au Québec, l'interdiction des assurances privées de soins de santé, en vue de préserver l'équilibre de l'assurance publique, a été jugé arbitraire par la Cour suprême du Canada qui l'a en conséquence invalidée.

Enfin, certains Etats vont jusqu'à accorder une autorisation prolongée de séjour et même le bénéfice de leur citoyenneté, dans des conditions totalement dérogatoires au droit commun, aux particuliers qui investissent l'équivalent d'une certaine somme d'argent dans l'économie nationale. Cette innovation juridique touche tout particulièrement les Etats membres de l'Union européenne en raison de l'intérêt que présente l'acquisition de la citoyenneté européenne, qui va de pair avec celle d'un Etat de l'Union. La citoyenneté européenne permet en effet la liberté de circulation dans l'ensemble de l'Union. Plusieurs « programmes » ont ainsi été mis en place comme le régime « *Vistos Gold* » au Portugal ou des mesures similaires en Roumanie, en Grèce, à Malte, etc.

XIX. — CAMPAGNES DE PUBLICITÉ VANTANT LES QUALITÉS DU DROIT NATIONAL OU DES JURIDICTIONS NATIONALES. —

Enfin, nous avons interrogé de manière subsidiaire nos rapporteurs sur d'éventuelles campagnes de publicité menées par l'Etat pour vanter son droit et ses juridictions. Il paraît en effet plausible, dès lors que les Etats réforment leur droit et leurs juridictions pour le rendre plus attractif, qu'ils cherchent à le faire savoir. De telles pratiques ont été constatées notamment dans des juridictions de *common law*.

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

Seul un tiers des rapporteurs a donné une réponse positive à cette question qui, il est vrai, ne relève pas du droit positif et nécessiterait sans doute d'autres moyens d'investigation.

Parmi les réponses positives, citons le cas de l'Allemagne, dont le ministère de la Justice a fondé « l'Alliance pour le droit allemand », qui a pour objectif déclaré « d'améliorer la position de l'Allemagne et du droit allemand dans la concurrence internationale entre les systèmes juridiques, en particulier par rapport à la *common law* », en collaboration avec les professions juridiques et judiciaires et les administrations concernées. L'Alliance pour le droit allemand est présente sur Internet. Elle a publié une brochure. Elle travaille en partenariat avec la « Fondation pour le droit continental » qui est basée en France et poursuit également, comme son nom l'indique, un objectif de mise en valeur de certains droits européens et notamment du droit français.

XX. — CONCLUSION GÉNÉRALE. —

A l'issue de notre enquête, on peut dégager, de l'ensemble des données qui ont été recueillies dans les douze ordres juridiques analysés, quelques indications générales sur les évolutions des ordres juridiques nationaux qui peuvent être imputés à la mondialisation et sur la perception de ces effets.

La première partie de l'étude confirme la pénétration dans tous les ordres juridiques examinés d'un très large éventail d'instruments et dispositifs normatifs à vocation globale, étrangères au catalogue classique des sources formelles du droit en général et du droit international en particulier. Ces objets juridiques non identifiés, lancés dans l'espace juridique global par les organisations publiques ou privées les plus diverses, souvent sans mandat, empruntent des formes hétéroclites, parfois à MILL^e lieues des modes d'expression du droit connus depuis des siècles, comme les labels, les indicateurs, les classements et les algorithmes. Ceci conforte l'hypothèse selon laquelle la mondialisation ne se traduit pas seulement par un changement de niveau de l'élaboration et du champ d'application des normes juridiques, mais entraîne une évolution considérable et spectaculaire des formes de la normativité, des organisations et des dispositifs qui les élaborent et en stimulent l'application.

Bien que dépourvus de force obligatoire et de sanctions au sens strict des termes, ces instruments influent sur le cours des droits internes, comme on peut le constater par l'examen tant des sources formelles que des pratiques du droit. Dans certains cas, on a pu constater que ces normes exercent une réelle pression sur les Etats, parfois très forte et qui peut être perçue comme pratiquement irrésistible. Tel est

Benoit Frydman

le cas notamment des « recommandations » de certaines organisations internationales économiques auxquelles les Etats veulent adhérer ou dont ils sollicitent l'aide, mais aussi de certains indices notamment ceux qui évaluent la solvabilité ou la compétitivité des Etats et de leurs droits à l'échelle mondiale. Il convient toutefois de nuancer le propos en notant que, dans la majorité des ordres juridiques étudiés, la pénétration de ces normes est jugée occasionnelle, alors qu'elle n'apparaît fréquente que dans un tiers d'entre eux. Ces résultats sont peut-être le signe d'une transition en cours dans une situation qui évolue rapidement.

Les résultats de la seconde partie de l'étude montrent que la quasi-totalité des Etats étudiés réforment activement leur ordre juridique pour l'adapter aux contraintes et aux opportunités de la mondialisation. Deux tiers d'entre eux ont adopté des mesures de défense qui visent à protéger ou même à étendre le champ d'application du droit national. Dans le même temps, les mêmes et davantage d'Etats encore jouent activement le jeu de la concurrence normative. Ils sont ainsi plus de 90% à avoir réformé leur droit pour le rendre plus attractif aux yeux des acteurs globaux. Trois quarts des Etats analysés ont pris des mesures pour augmenter l'attractivité de leurs juridictions, tandis que deux tiers d'entre eux ont renoncé à certaines de leurs compétences ou privilèges de souverains.

Ces résultats surprennent et impressionnent par leur ampleur. Ils indiquent clairement que le jeu de la concurrence normative globale n'affecte pas moins les systèmes de droit civil que ceux de *common law*. Ils touchent aussi bien les Etats développés que les Etats en développement. Ils n'épargnent en aucun cas les Etats membres de l'Union européenne. Dans l'ensemble, ces données montrent bien que le concept de concurrence normative globale n'est pas qu'une théorie, mais qu'elle induit bien une dynamique de changements observables, parfois profonds, affectant la plupart des ordres juridiques nationaux.

Il importe cependant de rester prudent quant à l'interprétation des résultats de l'enquête et aux conclusions provisoires que l'on peut en tirer. Cette prudence s'impose en raison des limites propres à l'étude elle-même dont nous sommes parfaitement conscients. Il faudrait bien évidemment étendre le champ d'investigation bien au-delà des douze juridictions analysées et l'élargir à des Etats des continents asiatique et africain. Ensuite, il faudrait, au delà de cette approche très générale, mener des études beaucoup plus ciblées sur la pénétration dans les droits nationaux de tel ou tel type particulier de norme mondiale, de mêmes que sur la nature et l'ampleur des réformes opérées. Enfin, il serait souhaitable de recourir à un nombre plus important d'experts académiques par pays, notamment à des chercheurs spécialisés dans les différents secteurs ou types de normes étudiées. Cependant, en dépit de ces limites et de ces imperfections bien réelles, nous espérons que ce travail collectif aura permis de montrer que la question de la

Mesurer l'impact de la mondialisation sur les droits...

mondialisation du droit n'est pas qu'une question spéculative réservée à la philosophie et à la théorie du droit et qu'elle se prête parfaitement à des analyses de droit positif et de droit comparé dont la nécessité et l'urgence semblent démontrées.