



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

12, PLACE DU PANTHEON 75005 PARIS

ADRESSE ELECTRONIQUE :

contact@henricapitant.org

TELEPHONE : + 33 (0)1 43 54 43 17

TELECOPIE : + 33 (0)1 40 51 86 52

Journées allemandes

23 mai - 27 mai 2016
LA MONDIALISATION

Questionnaire relatif au thème n°1

MONDIALISATION ET SOURCES DU DROIT

Monsieur le Professeur Benoît FRYDMAN

bfrydman@ulb.ac.be

Chères et Chers Collègues,

Je vous remercie très vivement, à titre personnel et au nom des organisateurs de ces journées Capitant, d'avoir accepté de rédiger un rapport de recherche national sur le sous-thème des « sources du droit dans la mondialisation ».

La « mondialisation » n'est pas un concept juridique, mais un état de fait dynamique qui produit ou est susceptible de produire des effets sur la manière dont le droit est élaboré et appliqué en pratique au sein des différents Etats et ordres juridiques nationaux. Pour prendre la mesure de ce phénomène, il nous faudra dès lors considérer, de manière non classique, moins la doctrine elle-même que l'évolution des pratiques actuelles sur le terrain juridique.

L'objet du questionnaire ci-joint est de nous permettre d'observer et de rendre compte de deux types d'effets pratiques importants de la mondialisation sur l'élaboration et l'application du droit au sein de chaque Etat ou ordre juridique national étudié :

- D'une part, il s'agit d'analyser la mention ou l'utilisation, au sein de chaque for national, de règles ou de normes non nationales, qui n'appartiennent pas au répertoire classique des sources du droit, et s'en éloignent parfois très fortement quant à leur forme, leur statut et leur légitimité (I).
- D'autre part, il s'agit d'identifier les mesures juridiques prises au sein de chaque ordre juridique national pour défendre l'Etat et son droit, l'adapter, le rendre plus efficace ou plus attractif dans le contexte actuel de mondialisation caractérisé notamment par l'intensification de la « concurrence régulatoire » (*regulatory competition*) entre les fors nationaux et les difficultés causées par le caractère territorial de nombre de règles de droit étatiques (II).

Chacune des deux parties du questionnaire se présente sous la forme d'une *liste* de types de normes ou de mesures, illustrées d'*exemples*, soumise au rapporteur afin de vous guider dans votre travail d'identification et d'analyse. Bien entendu, la taille limitée des rapports nationaux ne permet pas de traiter l'ensemble des points des deux listes de manière approfondie. Les rapporteurs nationaux seront dès lors nécessairement conduits à effectuer des *choix* et à traiter de manière approfondie les normes et les mesures qui leur paraissent les plus importantes ou les plus significatives des effets de la mondialisation sur la pratique du droit à l'intérieur de leur Etat.

Il est toutefois demandé aux rapporteurs nationaux de compléter les *deux tableaux synthétiques* du questionnaire, reprenant l'ensemble des types de normes

et mesures listées, afin de contribuer, outre leur rapport sur la situation nationale, à l'établissement d'un rapport général et comparatif.

Je suis à votre disposition pour dialoguer sur le sujet et répondre à vos questions éventuelles. N'hésitez pas à me contacter par email à l'adresse bfrydman@ulb.ac.be. Je me réjouis que nous travaillions ensemble sur ce thème important pour l'avenir du droit en général et des droits nationaux en particulier.

Au plaisir de vous lire et de vous rencontrer dans quelques mois à Munster. Je vous prie de croire, Chères et Chers Collègues, à l'expression de mes sentiments bien dévoués.

Benoit Frydman
Prof. à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
Président du Centre Perelman
Rapporteur général du thème
« Mondialisation et sources du droit »

I. Sources, règles ou normes non nationales et non classiques dans les pratiques juridiques observées au niveau interne :

Question : *En dehors du répertoire classique des sources du droit, l'observation attentive des pratiques juridiques actuelles permet-elle de constater l'apparition ou le développement de la référence à ou de l'utilisation de certaines règles, normes ou procédures non nationales, telles celles mentionnées dans la liste ci-dessous ?*

On vise notamment et de manière large, le fait que ces règles, normes et procédures :

- soient mentionnées dans les actes et décisions du gouvernement ou des autorités ;
- ou dans les sources classiques du droit, comme la législation, la réglementation, la jurisprudence ou la doctrine ;
- ou qu'elles servent de modèle à suivre ou exercent une pression sur l'Etat ou le droit interne ;
- ou que les particuliers et les entreprises s'y soumettent ou s'y réfèrent dans leurs opérations et leurs relations internes ou internationales.

On comprendra ici tout type de règle, norme ou dispositif, indépendamment de sa forme, de son statut et de sa légitimité, en considérant uniquement si elles ont soit pour objet, soit pour effet de réguler en complétant, en concurrençant ou en prétendant contrôler les normes juridiques internes.

Liste :

1. Normes issues d'instances internationales ou globales, publiques ou non (en dehors des sources classiques du droit international et régional) :
 - *Codes de conduite à destination des autorités publiques ou des acteurs privés*
 - *Déclarations, recommandations (par exemple de l'OCDE), lignes directrices (« guidelines »)*
 - *Programmes et objectifs à atteindre, procédures de contrôle par les pairs (« peer review »), procédures souples d'harmonisation et de coordination du droit (par exemple, la méthode ouverte de coordination (MOC) au sein de l'Union Européenne)*
 - *Standards normatifs émis par des Commissions ou autres organes (comme la Commission de Venise en ce qui concerne l'Etat de droit)*

2. Normes techniques émises par des réseaux ou organisations, publiques ou privées :
 - *Normes du comité de Bâle (en matière bancaire et financière)*
 - *Normes ISO*
 - *Normes et décisions de l'ICANN (Internet) ou autres normes informatiques et de communication*
 - *Normes comptables IFRS et leur équivalent en matière de comptabilité publique (IPSAS)*
 - *Autres normes en matière alimentaire, médicale, de protection de l'environnement, etc.*

3. Classements, outils de mesure (« benchmarking »), labels de qualité dans les domaines juridiques ou la régulation des services publics :
 - *Indices de compétitivité et de conformité, évaluant les performances nationales, comme les classements « Doing Business » ou « Rule of Law » de la Banque mondiale*
 - *Mesures et classement des performances des services publics des Etats comme la sécurité, la justice, l'éducation, la protection sociale et de l'environnement*
 - *Evaluation de la solvabilité des débiteurs publics et privés (y compris les Souverains) par les agences de notation financière*
 - *Autres outils d'évaluation et de classement mis au point par des organisations, notamment en matière de protection effective des droits de l'homme et de la démocratie (en ce compris la transparence et le niveau de corruption), de réglementation du travail et la protection sociale, de protection de l'environnement*
 - *Prix, labels de conformité, de qualité ou d'infamie, etc.*

4. Décisions juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles non nationales :
 - *Jurisprudence des Cours régionales des droits de l'homme (comme la CEDH en Europe) ou du Comité des droits de l'homme de l'ONU*
 - *Résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, décisions des panels OMC*
 - *Sentences arbitrales notamment en matière de protection des investissements (CIRDI)*

5. Mobilisation du droit comparé :
 - *Références à la réglementation des autres Etats, notamment à leur évolution et à leurs tendances*
 - *Recours aux précédents, décisions de juridictions étrangères ou internationales, à la jurisprudence comparée*

6. Instruments contractuels d'harmonisation et de coordination du régime juridique ou normatif applicable :
 - *Contrats-type (comme l'ISDA Master Agreement en matière de SWAPs)*
 - *Clauses standardisées (comme dans les contrats d'emprunt d'Etat ou des contrats privées en matière d'assurance, de transport par exemple)*
7. Autres types de normes, mesures, dispositifs non nationaux qui produisent des effets significatifs dans le droit et les pratiques juridiques nationaux

+ Veuillez svp compléter le tableau synthétique à la fin du document

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

Question : *L'observation attentive du droit national et de la politique de l'Etat relativement à son droit et à ses juridictions permet-elle d'identifier des modifications du droit, des décisions, des mesures de toutes natures qui ont pour objet ou pour effet d'adapter l'Etat, son droit et ses juridictions au contexte de la mondialisation, à ses contraintes et à ses opportunités, soit en vue d'assurer une meilleure application effective de ses règles et de ses décisions, soit en vue de rendre le droit national et son for plus attractif ou « compétitif » ?*

1. Mesures juridiques visant à interdire ou à faire obstacle à des pratiques de « *law shopping* » ou de « *forum shopping* » en vue de protéger les règles juridiques ou les intérêts nationaux
 - *Modifications des règles de droit international privé (limitant les possibilités de choix des acteurs, imposant la loi ou le juge du for, étendant la notion d'ordre public international,...)*
 - *Introduction de clauses anti-abus (dans la législation fiscale par exemple)*
 - *Mesures visant à lutter contre la fraude à la loi (en matière de droit du travail et de la sécurité sociale par exemple)*
2. Dispositions ou décisions visant à étendre les effets de la réglementation nationale au-delà du territoire de l'Etat
 - *Lois de compétence universelle,*
 - *Lois destinées à produire des effets extraterritoriaux (« long arm statutes »)*
 - *Dispositions ou décisions de droit international privé (ou autres) ayant pour objet ou pour effet d'étendre la compétence du droit*

étatique (par exemple en déclarant soumis à tout ou partie du droit national tout transfert de fonds effectué dans la monnaie de l'Etat).

- *Dispositions relatives l'application et l'exécution de règles ou de décisions non nationales*
3. Modifications ou adaptations du droit positif interne en vue de rendre celui-ci plus attractif pour les utilisateurs du droit :
 - *D'initiative ou en réaction à des recommandations adressées à l'Etat, en vue d'améliorer la position de l'Etat dans les classements et les indicateurs, pour s'aligner par rapport à des Etats étrangers, voisins, concurrents...*
 - *Programmes visant à inciter les personnes physiques ou les personnes morales à prendre la nationalité ou à établir leur siège dans l'Etat du for, par exemple programmes offrant ou monnayant l'acquisition de la nationalité (« golden citizenship »), assouplissement des contraintes et formalités prévues par le droit des sociétés, etc.*
 4. Mesures visant à accroître l'attractivité des juridictions nationales :
 - *Modifications du droit de la procédure ou du management de la justice en vue de rendre le recours aux juridictions de l'Etat du for plus attractif, modifications de règles de fond ou évolution de la jurisprudence dans le même objectif*
 - *Modification du régime applicable à l'arbitrage en vue de favoriser le développement de l'arbitrage dans l'Etat du for*
 5. Mesures par lesquelles l'Etat renonce à certaines de ses compétences ou à certains privilèges de Souverain :
 - *Clauses de « stabilisation » du droit national dans les contrats d'investissement*
 - *Dans la réglementation interne ou les contrats d'Etat, renonciation par l'Etat à l'application de sa loi nationale (choix d'une loi étrangère), à la compétence des juridictions nationales (clause d'élection d'un for étranger), à certains privilèges souverains (comme l'immunité de juridiction ou l'immunité d'exécution), comme dans les contrats d'emprunt d'Etat par exemple*
 6. Campagnes de publicité, sous toutes formes, visant à vanter la qualité du droit national (souplesse, sécurité,...) et des juridictions nationales (rapidité, coût...), quelqu'en soit la forme.

7. Autres types de mesures, règles et dispositifs visant à adapter d'une manière ou d'une autre le droit de l'Etat au contexte, aux contraintes et aux opportunités de la mondialisation.

+ Veuillez svp compléter le tableau synthétique à la fin du document

Tableau 1 : Sources non nationales et non classiques

Question :

Pour les normes, règles, procédures suivantes, veuillez indiquer à quel degré il y est fait référence ou recours dans l'ordre juridique interne ou dans les pratiques juridiques observées dans votre pays ?

Veuillez cocher une case par ligne

	JAMAIS	PARFOIS	SOUVENT	NE SAIT PAS
1 Normes issues d'instances internationales ou globales, publiques ou non (en dehors des sources classiques du droit international et régional)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2 Normes techniques émises par des réseaux ou organisations publiques ou privées	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3 Classements, outils de mesure (« <i>benchmarking</i> »), labels de qualité dans les domaines juridiques ou la régulation des services publics	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4 Décisions juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles non nationales	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5 Mobilisation du droit comparé	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
6 Instruments contractuels d'harmonisation et de coordination du régime juridique ou normatif applicable	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Tableau 2 : Mesures d'adaptation du droit interne

Question :

Pour les réformes, mesures et décisions suivantes, veuillez indiquer s'il en a été fait usage au sein de votre Etat ou ordre juridique national ?

Veuillez cocher une case par ligne

	OUI	NON	NE SAIT PAS
1 Mesures juridiques visant à interdire ou à faire obstacle à des pratiques de « <i>law shopping</i> » ou de « <i>forum shopping</i> » en vue de protéger les règles juridiques ou les intérêts nationaux	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2 Dispositions ou décisions visant à étendre les effets de la réglementation nationale au-delà du territoire de l'Etat	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3 Modifications ou adaptations du droit positif interne en vue de rendre celui-ci plus attractif pour les utilisateurs du droit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4 Mesures visant à accroître l'attractivité des juridictions nationales	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5 Mesures par lesquelles l'Etat renonce à certaines de ses compétences ou à certains privilèges de Souverain	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
6 Campagnes de publicité, sous toutes formes, visant à vanter la qualité du droit national (souplesse, sécurité,...) et des juridictions nationales (rapidité, coût...), quelque'en soit la forme	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>