

**L'INFLUENCE
INTERNATIONALE
DU DROIT FRANÇAIS**

«En application de la loi du 11 mars 1957 (art.41) et du code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.»

CONSEIL D'ÉTAT

Section du rapport et des études

L'INFLUENCE INTERNATIONALE DU DROIT FRANÇAIS

Étude adoptée
par l'Assemblée générale
du Conseil d'État
le 19 juin 2001

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 1998, Considérations générales : *Sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49).
- Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50).
- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51).
- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52).

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits :
Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000
- Les associations reconnues d'utilité publique, 2000

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 1999 (disponibles).
- Année 2000, Documents d'études 6.13.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{le} éd., 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Collection « Les études de la Documentation française »

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

- La justice administrative en pratique, n^{le} édition, 2001.

Sommaire

Principaux sigles et appellations utilisés	9
Introduction	11
Première partie	
L'influence juridique aujourd'hui	17
1.1. Les différences entre les deux principaux systèmes de droit	18
1.1.1. Une histoire et une géographie distinctes	18
– <i>Le système des droits romano-germaniques</i>	18
– <i>Le système de la common law</i>	19
– <i>La géographie des deux systèmes</i>	20
1.1.2. Des caractéristiques opposées malgré des convergences	22
– <i>Les frontières entre les différents systèmes juridiques sont désormais brouillées</i>	22
– <i>Des oppositions qui perdurent</i>	28
1.2. Les autres éléments de la compétition juridique	32
1.2.1. Les institutions mondiales et régionales, lieux d'hybridation des droits nationaux	32
– <i>L'absence de réelle compétition juridique en matière de droit international public général et de droits de l'homme</i>	32
– <i>Une compétition plus vive en matière de droit international privé et de droit économique</i>	34
– <i>Les ensembles régionaux, lieux privilégiés de l'influence juridique</i>	36
1.2.2. Les États, des importateurs de droit	39
1.2.3. Les entreprises et les professions juridiques : « acheteurs » et « marchands » de droit	43
– <i>La privatisation du droit : un « droit international de l'entreprise »</i>	43
– <i>Le rôle des avocats dans la diffusion et l'importation du droit</i>	45
– <i>La naissance d'une « soft law » internationale : l'exemple de la gouvernance</i>	47
1.2.4. Les acteurs de la société civile internationale, des prescripteurs de droit	49



Deuxième partie	
L'influence juridique de la France	51
2.1. Histoire et géographie de l'influence juridique française	51
2.1.1. La diffusion du droit privé	52
– <i>Un effet « codification »</i>	53
– <i>Un effet idéologique et doctrinal</i>	54
2.1.2. Le rayonnement du droit administratif	54
– <i>Un droit en avance</i>	55
– <i>Un droit évolutif</i>	56
2.1.3. L'influence dans la constitution de l'ordre juridique international et communautaire	57
– <i>L'action des juristes français</i>	57
– <i>Le succès de concepts français</i>	58
2.2. Atouts et handicaps de la France dans la compétition juridique	61
2.2.1. Des facteurs extrinsèques plutôt défavorables	61
– <i>La puissance économique et financière anglo-saxonne</i>	61
– <i>La langue anglaise</i>	63
2.2.2. Des faiblesses réelles ou supposées qui masquent certains atouts	64
– <i>Manque d'attractivité ou inadaptation aux idées dominantes ?</i>	64
– <i>Des qualités formelles contestées ou mal exploitées</i>	69
2.2.3. Une mobilisation croissante qui se heurte encore à des obstacles	72
– <i>Une administration plus consciente des enjeux</i>	72
– <i>Des professions juridiques encore trop faibles</i>	75
Troisième partie	
Éléments d'une stratégie d'influence juridique	79
3.1. Identifier les principaux terrains de la compétition juridique à moyen terme	80
3.1.1. Les sujets	80
– <i>La construction d'un ordre institutionnel et normatif plurinationnel</i>	81
– <i>L'action en justice pour la protection des droits</i>	84
– <i>L'encadrement juridique des nouvelles technologies de la génétique et de l'information</i>	87
3.1.2. Les lieux	93
– <i>Les enceintes internationales et non-gouvernementales</i>	93
– <i>Les zones géographiques</i>	98



3.2. Donner une meilleure visibilité au droit français	99
3.2.1. Connaître les droits étrangers pour rendre le droit français plus intelligible	99
3.2.2. Préserver les qualités du droit français	103
– <i>La codification</i>	104
– <i>L’expertise juridique</i>	105
– <i>Le style juridictionnel</i>	105
3.2.3. Rendre le droit français matériellement accessible	106
– <i>Traduire le droit français</i>	106
– <i>Être présents sur internet</i>	109
3.3. Utiliser plus systématiquement les canaux naturels d’influence du droit français	110
3.3.1. L’Université	111
– <i>La formation des étudiants étrangers en France</i>	111
– <i>La formation des étudiants français aux droits étrangers</i>	114
3.3.2. Les professions juridiques françaises	118
– <i>Poursuivre le processus de rapprochement des professions juridiques</i>	118
– <i>Favoriser l’adaptation des cabinets d’avocats à un marché mondialisé en levant leurs handicaps de compétitivité</i>	120
3.3.3. Les institutions publiques	121
– <i>Renforcer les capacités d’expertise juridique pour la coopération internationale</i>	122
– <i>Renforcer la coordination des actions et la circulation de l’information</i>	125
 Conclusion	 129
 Annexes	 133
Annexe I	
Lettre de mission du Premier ministre	135
Annexe II	
Composition du groupe de travail	139
Annexe III	
Liste des personnes auditionnées	141
Annexe IV	
Programme de traduction des principaux textes de droit français lancé par le ministère des Affaires étrangères	143
Annexe V	
Éléments de bibliographie sur les systèmes et la compétition juridiques	145
Annexe VI	
Localisation des principaux systèmes juridiques	147
Annexe VII	
Proposition de loi portant création d’une Fondation pour les études comparatives	153



Principaux sigles et appellations utilisés

ABA	<i>American bar association</i>
ACIJURIS	<i>Agence de coopération juridique internationale</i>
ADETEF	<i>Association pour le règlement des échanges en technologie économique et financière</i>
AFJE	<i>Association française des juristes d'entreprises</i>
AIHJA	<i>Association internationale des hautes juridictions administratives</i>
ALENA	<i>Accord du libre-échange nord-américain</i>
AMM	<i>Association médicale mondiale</i>
ARPEJE	<i>Association pour le renouveau et la promotion des échanges juridiques internationaux</i>
BGB	<i>Burgenliche gesetzbuche</i>
BM	<i>Banque mondiale</i>
BOT	<i>Build, Operate and Transfer : construire, exploiter, transférer</i>
CCJA	<i>Cour commune de justice et d'arbitrage</i>
CEDH	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
CEI	<i>Communauté des États indépendants</i>
CICID	<i>Comité interministériel de la coopération internationale et du développement</i>
CIOMS	<i>Conseil des organisations internationales des sciences médicales</i>
CIJ	<i>Cour internationale de Justice</i>
CIMEE	<i>Comité interministériel des moyens de l'État à l'étranger</i>
CJCE	<i>Cour de Justice des communautés européennes</i>
CNUDCI	<i>Commission des Nations unies pour le droit du commerce international</i>



COCOP	<i>Comité d'orientation, de coordination et de projets</i>
CPI	<i>Cour pénale internationale</i>
CPJI	<i>Cour permanente de justice internationale de la SDN</i>
DGCID	<i>Direction générale de la coopération internationale et du développement</i>
ENA	<i>École nationale d'administration</i>
FMI	<i>Fonds monétaire international</i>
GAC	<i>Governmental advisory committee</i>
GATT	<i>General agreement on tariffs and trade</i>
HCCI	<i>Haut conseil de la coopération internationale et du développement</i>
HUGO	<i>Human genom organization</i>
IIAP	<i>Institut international d'administration publique</i>
IASC	<i>International accounting standards committee</i>
ICANN	<i>Internet corporation for assigned names and numbers</i>
OAB	<i>Office américain des brevets</i>
OEB	<i>Office européen des brevets</i>
OHADA	<i>Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique</i>
OMC	<i>Organisation mondiale du commerce</i>
OMPI	<i>Organisation mondiale de la propriété intellectuelle</i>
OMS	<i>Organisation mondiale de la santé</i>
ONG	<i>Organisation non gouvernementale</i>
ONU	<i>Organisation des Nations unies</i>
ORD	<i>Organisme de règlement des différends</i>
PECO	<i>Pays d'Europe centrale et orientale</i>
SCP	<i>Société civile professionnelle</i>
SEL	<i>Société d'exercice libéral</i>
TANU	<i>Tribunal administratif des Nations unies</i>
TAOIT	<i>Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail</i>
TPIR	<i>Tribunal pénal international pour le Rwanda</i>
TPIY	<i>Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie</i>
UNIDROIT	<i>Institut international pour l'unification du droit privé</i>
ZLEA	<i>Zone de libre échange des Amériques</i>
ZSP	<i>Zone de solidarité prioritaire</i>



Introduction

Le droit français a longtemps rayonné au-delà de nos frontières. Il a servi de référence à de nombreux législateurs étrangers, apporté sa contribution à la création d'un ordre juridique international, formé des générations d'étudiants et d'enseignants du monde entier à une méthode de raisonnement et une culture juridique propres à la France.

Dans les faits, ce statut de « modèle » de notre droit est contesté. Dans une confrontation qui opposerait le système romano-germanique auquel appartient la France au système de *common law* dont l'Angleterre et les États-Unis sont les principaux représentants et, plus généralement, dans une compétition liée à la mondialisation du droit, nous ne disposerions plus de la position dominante qui a pu, dans de nombreux domaines, faire la force du droit français au cours des siècles précédents.

C'est la raison pour laquelle le Premier ministre a demandé au Conseil d'État une étude permettant, à partir d'un constat des forces en présence, d'éclairer le Gouvernement sur les moyens de renforcer cette influence.

Cette étude doit plus précisément « *examiner l'influence respective des systèmes juridiques romano-germanique et anglo-saxon dans le monde contemporain* » et faire « *l'inventaire des domaines dans lesquels le droit français constitue une référence [...] en analysant les moyens par lesquels cette influence s'exerce* » ainsi que celle des « *matières où nos traditions juridiques sont méconnues ou critiquées hors de France en tâchant d'exposer les raisons d'une telle situation* ». Elle doit, au vu de ce constat, formuler des propositions « *de nature à accroître le rayonnement international du droit français, tant dans les enceintes internationales [...] qu'auprès des États* » en s'interrogeant également « *sur les adaptations de notre système juridique qui pourraient être de nature à favoriser sa compréhension et son influence* ».

Conformément à une pratique habituelle, la Section du rapport et des études a été chargée d'élaborer le projet d'étude à soumettre à la délibération de l'Assemblée générale du Conseil d'État. À cette fin, elle a constitué un groupe de travail d'une quinzaine de membres (*cf.* composition du groupe en annexe II) qui, par leur expérience professionnelle



propre, paraissaient à même de couvrir de façon suffisamment diversifiée et opératoire le champ de l'étude.

Ce groupe a travaillé de décembre 2000 à juin 2001. Il a débattu de façon approfondie des divers éléments de la problématique du sujet, à partir non seulement de contributions individuelles substantielles de plusieurs de ses membres, mais aussi d'auditions de diverses personnalités (voir annexe III) auxquelles il a été procédé, soit à l'occasion d'une réunion du groupe, soit de façon plus informelle.

Les débats ont montré que l'étude commandée au Conseil d'État comportait trois types de difficultés qu'il convient de circonscrire d'emblée.

1. Les phénomènes d'imitation ou d'emprunt dans le monde du droit sont loin d'être nouveaux : ils sont inhérents à la dimension à la fois technique, culturelle, administrative et politique du droit qui a toujours permis, grâce notamment au droit comparé, et parfois imposé, au travers des conquêtes militaires ou coloniales, la circulation de modèles et de concepts. N'en déplaise à Montesquieu, pour qui « [les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »¹, de nombreux États ont ainsi exporté et importé du droit. La France, plus que d'autres, a colporté à l'étranger ses codes et lois comme les techniques et concepts qu'ils utilisent, le droit matériel comme les institutions et procédures administratives ou juridictionnelles. L'image d'un monde dans lequel existent des exportateurs de droit est donc tout à la fois exacte et ancienne et la concurrence des idées ou des produits juridiques n'est, dès lors, elle-même pas une nouveauté : La France et l'Allemagne se sont ainsi affrontées sur ce terrain, par exemple, dans l'Europe du Sud et au Japon au XIX^e siècle.

Dans ces phénomènes d'imitation, il est toutefois indispensable de distinguer le rayonnement des valeurs politiques ou sociales exprimées par la norme, autrement dit le fond du droit, sur la pertinence duquel le juriste n'a ni compétence, ni légitimité propres, et le rayonnement de la méthode par laquelle la norme exprime ces valeurs en caractérisant un système de droit.

La question de l'influence internationale du droit français est donc aujourd'hui comme hier fonction, d'une part de la façon dont sont comprises et évaluées les réponses apportées par la France à des questions qui se posent dans d'autres États ou au niveau international, d'autre part de la volonté et de la capacité de notre pays à faire valoir ces solutions à l'étranger. Et ces deux facteurs ne sont pas juridiques. En d'autres termes, la diffusion de normes est d'abord le reflet d'une

1. *L'esprit des lois*, I. 3.



puissance avant d'en être le vecteur : le Code civil n'a pas précédé les armées de Napoléon, s'il leur a survécu.

Il y a donc lieu de relativiser le rôle de « modèles » juridiques dans la construction d'une législation, d'une institution ou d'un régime juridique et, partant, de rester lucide sur les résultats potentiels d'une stratégie d'influence juridique.

2. Si, comme aux XIX^e et au XX^e siècles, les enjeux de la confrontation des normes sont aujourd'hui à la fois politiques, sociaux, culturels et économiques, ils ont changé de dimension.

L'internationalisation du droit a transformé l'enjeu politique et culturel de l'exportation du droit.

Il s'agit toujours, comme hier, au travers de la négociation de conventions internationales bilatérales et multilatérales, de l'envoi de missions d'expertise, de la participation aux structures et aux travaux des organisations internationales, de marquer la présence d'un État au travers de son droit et de ses juristes.

Il s'agit cependant, plus qu'hier, de concevoir la promotion de notre droit comme le moyen de mieux connaître les droits étrangers pour s'en enrichir et les appréhender, selon l'heureuse expression du professeur Lyon-Caen, comme des miroirs de nos forces et de nos faiblesses.

Il s'agit aussi désormais de défendre une certaine diversité culturelle en évitant l'importation non maîtrisée dans notre droit de notions ou de concepts qui lui sont étrangers ou, à l'inverse, en facilitant la diffusion de nos concepts dans les autres droits nationaux par leur adoption au niveau international. Et plus généralement de participer à la création d'un nouvel ordre juridique mondial au sein duquel puissent exister droits nationaux, droits transnationaux et droit international.

Mettre en valeur notre législation, les idées qui l'inspirent et les concepts qui la sous-tendent, défendre notre conception du droit est indispensable pour garantir que la norme ou la décision juridictionnelle, quelle que soit sa portée juridique, résulte d'un choix ou le cas échéant d'un effort de synthèse suffisamment éclairé entre différentes solutions. De nombreux textes de droit international font référence à la représentation « *des principaux systèmes juridiques du monde* » dans le choix des personnes appelées à siéger dans des organes juridictionnels. C'est le cas du statut de la Cour internationale de justice² ou de celui du tribunal international de la mer. Cependant tous ces textes ne sont pas contraignants et cette référence n'est pas universelle. On ne la retrouve pas, s'agissant, par exemple, de l'Organe de règlement des

2. L'article 9 du statut de la cour dispose que les juges élus doivent assurer « *dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde* ».



différents (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Aucun principe de droit international n'oblige non plus à ce qu'une convention multilatérale soit négociée et rédigée en ayant pris en compte « *les principaux systèmes juridiques du monde* ».

Or l'extension du champ d'intervention du droit international (notamment en matière pénale), la multiplication des juridictions internationales, l'intégration de plus en plus poussée de la France dans un ensemble européen ont modifié la perspective.

Dans les différentes enceintes de négociation, il ne s'agit plus en effet seulement d'apporter la contribution du droit français ou de la conception française du droit à des textes de portée principalement politique mais d'élaborer ce qui sera demain, le droit français, invocable devant les juridictions françaises³. L'enjeu de l'influence internationale de notre droit devient ainsi de plus en plus... national⁴.

Ce constat implique, pour les négociateurs, « *la recherche d'un pluralisme juridique ordonné* », selon l'expression du professeur Delmas-Marty. Elle peut conduire à adopter une stratégie de fermeté dans les cas où la procédure d'adoption à la majorité qualifiée d'une norme de droit international ou de droit communautaire risque, sur un sujet donné, d'aboutir à une solution bouleversant l'ordre juridique interne, voire exigeant une révision de la Constitution.

La question est alors de savoir si la vision que peuvent avoir des forces et faiblesses des différentes branches du droit français les entreprises et les institutions publiques ou privées ainsi que leur pratique spontanée dans le champ international sont suffisamment cohérentes pour pouvoir constituer une stratégie nationale d'influence juridique permettant à la France de rester un acteur dans la compétition sans trahir sa culture.

L'enjeu économique du droit est sans commune mesure avec ce qu'il pouvait être par le passé du simple fait de l'explosion du commerce mondial, les échanges ayant été multipliés par 17 entre 1965 et 1990.

Servir de modèle pour l'adoption ou la réforme d'une législation d'un autre État ou les règles de fonctionnement d'une organisation internationale c'est, pour un État, donner un avantage aux entreprises qui

3. Cf. article 55 de la Constitution de 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». La suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle (C.E., Assemblée, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec p. 39 ; Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraïsse*, Bull. 2000, AP n° 4 p. 7).

4. Comme l'a montré l'étude du Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, la Documentation française, 2000.



connaissent et pratiquent le modèle et donc favoriser les entreprises nationales.

Disposer d'une législation et d'institutions administratives et juridictionnelles correspondant à un standard international constitue un atout dans la compétition que se livrent les États pour attirer des investissements sur leur territoire. L'article 9 de la loi du 19 août 1986 autorisant l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats conclus « *pour la réalisation d'opérations d'intérêt national entre une pluralité de personnes publiques agissant conjointement et des sociétés étrangères* » pour faciliter l'implantation du parc Eurodisney à Marne-la-Vallée est un exemple d'adaptation ponctuelle du droit administratif sous la pression de considérations économiques. L'influence du modèle anglo-saxon sur l'évolution du droit boursier et financier français dans les trente dernières années ⁵ en est un autre.

La compétition juridique se situe donc également, par la force des choses, au niveau des acteurs économiques eux-mêmes qui cherchent à réduire les incertitudes juridiques qui peuvent affecter un marché et accroître leurs charges. Les entreprises d'une certaine taille font aujourd'hui quotidiennement du droit comparé. Les juristes d'entreprises se sont regroupés en France dans une association, l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE), qui compte aujourd'hui plus de 2 000 membres et dont l'objectif, selon l'un de ses anciens présidents, est « *d'amener davantage de chefs d'entreprise de notre pays à considérer le droit comme un domaine fondamental face aux défis de l'entreprise dans le contexte de mondialisation* ».

Directement ou indirectement, par les cabinets juridiques dont elles s'attachent les services, et dont l'activité devient elle-même un enjeu économique important, les entreprises agissent pour promouvoir les dispositifs juridiques les plus propres à faciliter leurs affaires. Ces dispositifs sont très souvent ceux que connaissent et, de plus en plus, fabriquent les entreprises dominant le marché et les cabinets juridiques eux-mêmes dont l'intérêt est de réaliser des économies d'échelle en obtenant une uniformisation du droit et des procédures. Se rejoignent ainsi la conquête de parts d'un marché du droit et d'un marché par le droit.

3. La troisième difficulté de l'étude tient à ce que la représentation du droit français comme un rameau du droit romano-germanique auquel s'opposerait le droit anglo-saxon comporte, comme on le verra, une part d'arbitraire qu'il faut dès maintenant souligner.

5. Cf. sur ce point « Considérations générales sur les autorités administratives indépendantes », *Rapport public du Conseil d'État 2001*, la Documentation française, mars 2001.



Il convient en effet de relativiser l'existence de deux systèmes juridiques, romano-germanique d'une part, anglo-saxon d'autre part. Le droit français a été moins marqué que d'autres par le droit romain et s'ils parlent à peu près la même langue, le juriste anglais et celui de l'État de New York ou de Virginie ne vivent pas dans le même univers juridique. Au surplus, les contrastes et les oppositions entre les droits ou les familles de droit, tant du point de vue de leurs sources que de leur contenu, sont d'intensité variable selon les disciplines juridiques : si aucune n'est véritablement à l'abri des influences extérieures, ne serait-ce qu'en raison de la culture juridique des auteurs de normes, une échelle de la sensibilité à ces influences placerait probablement le droit de la famille en bas et le droit des activités économiques en haut de l'échelle. Enfin, la confrontation entre droit romano-germanique et *common law*, inspirée par une sorte de *jusoccidentalocentrisme*, ne saurait évidemment épuiser les représentations et conceptions du droit dans le monde d'aujourd'hui.

Sous ces réserves, les termes « *droit français* » et « *droit romano-germanique* » pourront parfois être employés de manière synonyme dans la présente étude. Ils le seront de préférence à l'expression anglaise de « *civil law* », dont la traduction française peut prêter à confusion. De même, pourront être employées les expressions « *common law* » – au féminin – ou « *de droit anglo-saxon* ».

*

* *

Les considérations qui précèdent conduisent à dresser un panorama de l'influence juridique aujourd'hui (1) avant d'analyser les forces et les faiblesses de la France en la matière (2) puis de proposer les éléments d'une stratégie d'influence juridique (3).



1. L'influence juridique aujourd'hui

Le droit est un élément de la compétitivité des territoires nationaux. En ce qu'il a vocation à sécuriser des opérations économiques internationales de plus en plus nombreuses et complexes, il est aussi, pour partie, un marché que les professions du conseil juridique cherchent à se partager.

Mais le marché est également le paradigme pertinent pour décrire les phénomènes d'influence juridique. Les systèmes juridiques se trouvent en effet en concurrence sur le marché international du droit. On constate qu'il est cependant rare qu'un système prévale complètement sur l'autre : le plus souvent, la compétition juridique produit un mélange des solutions nationales, soit par volonté de compromis lors des négociations internationales, soit par sélection des solutions ponctuelles les plus efficaces, soit par l'action des hommes et du hasard... La compétition juridique se traduit par un jeu d'influences entre différentes formes de légitimité : celle des États souverains, mais également celle de tous les acteurs qui composent la société internationale. Ces influences aboutissent à des combinaisons complexes de normes et de pratiques.

Pour décrire ce mécanisme d'hybridation, il faut d'abord analyser l'offre de solutions juridiques qui est le fait de deux principaux systèmes, le droit romano-germanique et la *common law*, puis analyser le rôle des prescripteurs ou « acheteurs » de droit que sont les États, les organisations internationales, les entreprises et les citoyens. En effet, les différences entre les deux principaux systèmes de droit ne sont qu'un des éléments de la compétition juridique.



1.1. Les différences entre les deux principaux systèmes de droit

La *common law* et les droits romano-germaniques ont une histoire et une géographie distinctes et, en dépit d'un processus de convergence graduelle, demeurent marqués par des modes de pensée différents.

1.1.1. Une histoire et une géographie distinctes

À la différence de la *common law*, la notion de droit romano-germanique est doctrinale⁶. Elle s'appuie, toutefois, sur une histoire et une science communes et s'il n'existe pas un droit romano-germanique mais des droits romano-germaniques, ceux-ci peuvent revendiquer des caractéristiques qui les distinguent de la *common law*.

Le système des droits romano-germaniques

Au premier rang des caractéristiques des droits romano-germaniques figure évidemment la filiation du droit romain, avec lequel les droits romano-germaniques partagent l'idée d'un raisonnement par catégories. C'est parce que le renouveau du droit s'est effectué dans les pays latins et germaniques, à partir du XII^e siècle, époque de la scolastique, sur la base des définitions et classifications des *Institutes* de Gaïus⁷ et du *Corpus Juris Civilis* de Justinien que la filiation peut être établie⁸. Cette filiation explique l'influence du droit romain sur le droit matériel des différents États européens⁹. Cette influence ne sera toutefois jamais exclusive d'autres influences : celle du droit canon, l'autre droit savant (*utrumque jus*) du Moyen Âge, et celle des droits locaux principalement coutumiers. Ainsi, même si la théorie générale des obligations du Code civil doit beaucoup au droit romain, la liberté contractuelle, la liberté du consentement, et l'autonomie de la volonté étaient inconnues à Rome où l'on pratiquait le système des contrats formalistes et nommés. Le droit allemand est, à cet égard, beaucoup plus redevable au droit romain que le droit français.

6. On la doit au professeur R. David, cf. R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10^e édition, p. 17 et s.

7. Desquelles viennent entre autres la distinction entre « le droit commun à tous les hommes » et celui qui est « propre à chaque peuple », ce dernier, lié à la cité, étant le droit civil qui est une autre manière de dénommer le droit romano-germanique.

8. Encore que dans la mesure où il s'est développé comme un droit prétorien au sens propre du terme et donc comme un droit processuel, le droit romain pourrait plus sûrement revendiquer la paternité du *common law* que celle de droits qui ne sont pas principalement jurisprudentiels.

9. Le droit public français lui doit, entre autres, la notion d'utilité publique ou la distinction domaine public/domaine privé.



La deuxième caractéristique des droits romano-germaniques est de ne pas être, à titre principal, des droits jurisprudentiels, ce qu'il est communément convenu d'affirmer en évoquant les « *pays de droit écrit* », expression qui, au pied de la lettre, ne permet pas de distinguer les deux familles de droit. Cette caractéristique négative recouvre deux idées intimement liées. Tout d'abord, l'idée de la loi écrite comme source unique du droit, du fait de l'illégitimité du juge à créer du droit. Ensuite, l'idée que les catégories et concepts du droit doivent former un système ordonné, cohérent et rationnel dont découlent en quelque sorte naturellement les solutions aux problèmes juridiques, et donc aux litiges, et que seul un acte du souverain peut créer.

Le droit romano-germanique est donc devenu le droit des codes, qu'il s'agisse de « *codes-compilations* » ou de « *codes-révolutions* », le code étant conçu comme un instrument qui « *décuple la force de la loi* »¹⁰. Au-delà des précédents romains (codes du Bas-Empire, Code Théodosien et Code de Justinien), ce sont les codes des pays allemands, notamment le code général des États prussiens promulgué en 1794 puis le *Bürgerlichen Gesetzbuch* (BGB), ainsi que les cinq codes français du début du XIX^e siècle qui feront de la codification l'un des traits distinctifs, sinon le principal, des droits romano-germaniques.

Le système de la common law

Avant la conquête normande, le droit anglo-saxon n'était guère différent du droit continental. Il mêlait droits coutumiers, droit ecclésiastique et droit romain. Huit siècles plus tard, la *common law*, au sens le plus large du terme, peut être présentée comme un droit qui se distingue par son mode d'élaboration, à la fois processuel et jurisprudentiel.

Les Normands n'ont pas importé un droit en Angleterre. En revanche, leur stratégie politique passe par la création d'une justice royale, qui va peu à peu s'imposer par son efficacité et par sa plus grande impartialité par rapport à la justice seigneuriale ou ecclésiastique. L'efficacité de cette justice comme la stratégie politique commandent d'en limiter et l'accès – en 1227, il n'y a que 56 cas-types permettant d'accéder à la justice royale – et la compétence de cette dernière est restreinte aux questions touchant aux finances royales, à la propriété de la terre et aux affaires criminelles graves afin de ne pas trop restreindre les revenus de justice des seigneurs féodaux. L'élément clé de cette justice est le *writ*, acte introductif d'instance qui autorise le demandeur à engager des poursuites devant la Cour royale. Avec le *writ*, ou bref, délivré par le Chancelier, c'est l'ensemble de l'édifice qui est contrôlé : surveillance

10. A. Garapon « *Common law* et droit romano-germanique à l'heure de la mondialisation ». Note communiquée par l'auteur.



des demandes présentées à la justice du Roi et conditions d'exercice de celle-ci. Il n'y a donc pas, à cette époque, de droit d'agir en justice¹¹ pas plus que de droits subjectifs. Le droit est intimement lié à l'action en justice qui en constitue la substance même, l'essentiel étant moins de connaître ou de rechercher abstraitement la solution à un problème juridique que de trouver la formule d'action permettant d'accéder à la juridiction qui tranchera un litige. Selon la formule de Sir Henry Maine¹², le droit est « *sécrété dans les interstices de la procédure* ». La première caractéristique de la *common law* est donc d'être un droit de procédure.

La *common law* est complétée, à partir du XV^e siècle, par l'*equity*, qui permet au Roi ou à son chancelier de pallier, au nom de la morale, les rigidités éventuelles de la *common law* : deux types de droits et deux types de juridiction vont donc coexister jusqu'au XIX^e siècle. Les réformes engagées à partir de cette époque¹³ sous la pression des idées continentales – relayées en vain, s'agissant de la codification, par J. Bentham¹⁴ – auront, entre autres effets, celui de faire ressortir le caractère jurisprudentiel du droit anglais. La règle du précédent ne date pas du XIX^e siècle : sa première formulation théorique remonterait à la restauration des Stuart en 1660. Mais ces réformes, spécialement la réduction du rôle du jury au profit d'un juge chargé de dire le droit et l'instauration d'une hiérarchie judiciaire, déplacent la perspective en focalisant désormais l'attention sur le fond du droit : le droit applicable à la solution du procès importe autant sinon plus que le droit qui gouverne l'introduction de ce procès¹⁵.

La géographie des deux systèmes

Que la *common law* anglaise ait pu faire l'objet d'exportations et soit aujourd'hui le système juridique de nombre d'États de la planète n'est qu'en partie paradoxal.

Sans doute, comme le montre l'exemple des États-Unis au XVIII^e siècle, les caractéristiques de la *common law* de cette époque sont peu propices à une diffusion à l'étranger : liée à une procédure complexe dont le maniement exige des spécialistes expérimentés, la *common law* n'est pas adaptée aux problèmes que connaissent les colons. Elle est

11. L'autorisation du chancelier pour agir en justice ne sera supprimée qu'en 1832 et les formes d'actions auxquelles le demandeur devait se référer pour justifier son action en 1852.

12. Sir Henry Maine, *Early, Law and Custom*. Cité par Henry Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, Sirey, 1926.

13. Après la suppression de l'autorisation du chancelier et des formes d'actions, *les judicatures acts* de 1873-1875 mettent en partie fin à la complexité du système dual – *common law* et *equity* -, créent une cour d'appel et simplifient la structure des tribunaux de première instance.

14. Du moins en Angleterre, car la codification des coutumes qui aura lieu en Inde au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle lui doit certainement quelque chose.

15. Voir H. P. Glenn « La civilisation de la *common law* », *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 559 et s.



pourtant applicable en vertu du *Calvin's case*¹⁶. À partir de ce cas a été dégagée une théorie sur l'application du droit anglais aux colonies : les sujets anglais transportent la *common law* avec eux lorsqu'ils s'établissent dans des territoires qui ne sont pas soumis à des nations civilisées. Elle peut être toutefois écartée dans la mesure où ses règles ne sont pas « appropriées aux conditions de vie régnant dans ses colonies ». Le fond du droit anglais n'est pas non plus nécessairement adapté aux exigences de la vie coloniale.

Plus généralement, l'on peut penser qu'il est plus difficile à un droit jurisprudentiel de s'implanter en dehors du pays où il a été élaboré, sans les institutions, judiciaires mais aussi politiques et culturelles, qui sont à sa source : la problématique n'est d'ailleurs pas très différente pour le droit administratif français. Mais plusieurs facteurs ont permis de surmonter cet obstacle et expliquent l'audience actuelle de la *common law*.

Au-delà du simple effet de la colonisation, qui a donné à la Grande Bretagne un terrain de diffusion de son droit considérable, il y a la souplesse du système du *Calvin's case* et les caractéristiques de la *common law* : pragmatisme, adaptabilité, neutralité au regard du droit matériel local. Celles-ci ont permis toute une palette de solutions quant à la combinaison du droit anglais et des droits locaux : du maintien, au moins provisoire, de ceux-ci, comme en Afrique du Sud, au Sri Lanka, à l'île Maurice, jusqu'à leur négation, comme en Australie, en passant par leur prise en compte, comme en Inde – où se mêlent codification des coutumes et système judiciaire anglais – ou dans certains États africains. Quel que soit le fond du droit, une tradition a été créée par référence à la culture juridique de l'Angleterre : système judiciaire, procédure, importance des précédents, publication des décisions. Peu à peu, l'application des règles locales, coutumières ou non, par une cour anglaise les transformera, par l'effet de la règle du précédent en « *loi applicable par une Cour anglaise [devenant] vraiment par-là un ordre émané du souverain* »¹⁷.

À l'heure actuelle, d'après une étude de l'université d'Ottawa réalisée à la mi-1998¹⁸, la *common law* serait en totalité ou à titre principal le système juridique d'environ une centaine d'entités politiques¹⁹, la

16. Du nom de l'affaire Calvin, personnage imaginaire censé être né en Ecosse après la fusion des deux Royaumes et qui engage une action pour récupérer des biens qui lui auraient été soustraits par un Anglais.

17. H. Summer-Maine, *Études sur l'histoire du droit*, Paris, 1889. Cité par N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998.

18. Consultable sur le site <http://www.uottawa.ca/world-legal-systems>. L'étude retient six catégories : droit civil (romano-germanique), *common law*, droit coutumier, droit musulman, droit tal-mudique, droit mixte (cette dernière catégorie désignant les combinaisons des systèmes précédents). Voir en annexe VI une carte extraite de cette étude.

19. L'expression « entités politiques » désigne la plupart du temps des États mais aussi parfois des divisions politiques de ceux-ci, disposant d'une certaine autonomie et dont le système juridique a acquis ou conservé une certaine autonomie.



plupart issues de la colonisation britannique. Elle régit plus du tiers de la population mondiale, dont la majeure partie en Angleterre, Irlande, Pays de Galles, États-Unis, Inde et Australie : 6,41 % à l'état pur ; plus de 33 % en comptant les systèmes inspirés de la *common law* mais trop originaux pour s'y réduire, comme l'Inde.

D'après la même étude, la *civil law* serait le système juridique d'environ 150 États et couvrirait près de 60 % de la population mondiale : 23,95 % à l'état pur et 28,54 % au titre de la Chine, dont le droit mêle droit civil et droit coutumier.

En conclure que le droit romano-germanique resterait dominant par rapport à la *common law* serait commettre une erreur à plusieurs titres : tout d'abord en accréditant l'idée de l'exclusivité des deux systèmes pour décrire l'état du monde juridique, ce contre quoi les auteurs de l'étude mettent au demeurant en garde ; ensuite en réduisant l'analyse de l'influence des systèmes juridiques à une compétition dont le seul enjeu serait le droit des États ; enfin, en ne s'interrogeant pas sur les possibilités qu'ont les deux principaux systèmes de donner naissance à des concepts hybrides, à des solutions communes, à des règles partagées.

1.1.2. Des caractéristiques opposées malgré des convergences

On peut observer un processus de convergence graduelle des systèmes juridiques. Toutefois, cette convergence ne gomme pas les différences de culture juridique entre la *common law* et les droits romano-germaniques.

Les frontières entre les différents systèmes juridiques sont désormais brouillées

L'existence de systèmes mixtes vient tout d'abord contredire l'idée d'une étanchéité totale entre les deux systèmes. D'après l'étude précitée de l'Université d'Ottawa, 6,24 % de la population mondiale, soit plus de 350 millions de personnes, vivrait dans des entités politiques dans lesquelles le système juridique comprendrait à la fois du droit romano-germanique et de la *common law*²⁰, parfois associés à d'autres traditions. Israël offre ainsi l'exemple d'un État ayant hérité la *common law* de l'influence anglaise et qui s'est orienté vers un système de droit écrit (avec notamment une volonté de codifier le droit²¹), coexistant avec du droit talmudique.

20. Pour la seule mixité *common law* et droit romano-germanique : Afrique du Sud, Botswana, Chypre, Ecosse, Guyana, Louisiane, Malte, Île Maurice, Namibie, Philippines, Porto Rico, Québec, Sainte Lucie, Seychelles, Thaïlande.

21. Le droit privé a été codifié en 1994 à partir du Code des obligations suisse et du Code civil italien.



Le cas du Canada mérite à cet égard une attention particulière. Depuis l'acte de Québec de 1774 adopté par le Parlement britannique, le droit privé canadien comprend un droit d'inspiration romano-germanique au Québec et la *common law* dans les autres États. Au bilinguisme a en effet succédé un véritable bijuridisme. La loi constitutionnelle de 1867 avait procuré des garanties aux francophones. La loi sur les langues officielles de 1969 a accordé au français et à l'anglais l'égalité de statut au Parlement, devant les tribunaux et dans l'administration fédérale. La Charte canadienne des droits et des libertés de 1982 a complété ces garanties, accordant la même valeur aux versions anglaise et française des textes de loi.

La rédaction d'un nouveau Code civil au Québec – entré en vigueur en 1994 et qui consacre des principes et des institutions de droit anglais et de *common law*, tout en respectant la structure de base et la terminologie de la codification de droit civil – a conduit le gouvernement fédéral à s'engager dans une véritable politique de bijuridisme. Il s'est ainsi engagé à rédiger les deux versions des textes de loi fédéraux en tenant compte des deux systèmes de droit, lorsque le projet a des conséquences sur le droit privé des provinces ou des territoires et lorsque le législateur fédéral pose lui-même des règles de droit privé.

Les juristes canadiens²² observent que ce bijuridisme est un atout dans le domaine de l'enseignement du droit comme du commerce international, notamment au sein de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), où le Canada dispose d'une position intermédiaire entre les États-Unis, dont le régime juridique a sa souche dans la *common law*, et le Mexique, dont le système est issu du droit civil.

La mixité peut se constater également dans les solutions adoptées par les États dans un domaine particulier : ainsi il n'y a pas un droit commercial de la *common law* qui s'opposerait au droit commercial romano-germanique. En la matière, des auteurs²³ ont même pu relever l'existence de sept types de législation : droit anglais, droit américain, droit mixte anglo-romain, droit germanique et scandinave, droit français, droit mixte d'inspiration française et germanique, droit islamiste.

De puissants facteurs sont aujourd'hui à l'œuvre pour contribuer au rapprochement des deux systèmes : part croissante du droit international comme source de droit, uniformisation des conditions économiques et sociales, comparaison accrue des solutions juridiques.

22. Voir par exemple R.A. Macdonald, président de la commission du droit du Canada « Le bijuridisme en droit canadien : vers un modèle pour le XXI^e siècle », *Colloque sur l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois*, 24 novembre 1997 ; A-R Nadeau « Code civil, bijuridisme et mondialisation », *Journal du barreau du Québec*, 1^{er} novembre 2000 ; A.Grenon, « La *common law* en français dans le contexte de mondialisation », *Rencontres de Montpellier du réseau international de juristes d'expression française*. (<http://www.oveanet.com/trijef/contributions.htm>).

23. P. Wood, *Maps of World Financial Law*, Allen and Overy, 1997.



L'étude réalisée par le Conseil d'État sur la norme internationale en droit français a montré l'importance quantitative des normes internationales et communautaires dans notre droit comme la place qu'elles ont prise dans des domaines importants de celui-ci ²⁴.

S'agissant du droit communautaire, le constat vaut également pour le Royaume-Uni, un texte ayant été nécessaire pour lui donner un effet direct et garantir sa primauté ²⁵. Cette primauté sur la *common law* et le droit écrit tend, dans les domaines de compétence communautaire, à effacer les différences entre les deux systèmes. Il est indéniable que le droit anglais, notamment public ²⁶, a pu perdre de sa spécificité par cet « envahissement » du droit communautaire ²⁷. Le Royaume-Uni vient en outre de transposer dans son droit la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'application nécessitera un important effort de la part des juridictions et aura vraisemblablement d'importantes conséquences sur le droit et la procédure ²⁸.

S'agissant du droit international conventionnel classique, son influence sur le droit interne du Royaume-Uni comme des États-Unis peut être affaiblie ou ralentie par le fait que ces États ne reconnaissent pas à la norme internationale une autorité supérieure à la loi ou à la jurisprudence.

L'uniformisation, du moins dans les pays occidentaux, des conditions économiques et sociales provoque un nécessaire rapprochement des solutions de fond, qui doivent répondre aux mêmes problèmes. Plusieurs études comparatistes soulignent ainsi que, sous des concepts ou des terminologies différentes, la *common law* et le droit romano-germanique parviennent à des résultats identiques ²⁹.

24. *La norme internationale en droit français*, précitée.

25. Du fait de l'approche dualiste du droit international retenue par le Royaume-Uni. Mais l'*European Communities act* de 1972 qui traite du droit écrit et de la jurisprudence de la CJCE constitue, en ce qu'il donne au droit communautaire un effet direct dans le droit interne, une exception à cette approche.

26. Voir X. Lewis « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais », *AJDA*, numéro spécial « Droit administratif et droit communautaire », juin 1986, p. 124.

27. Suivant l'image de la marée remontant la Tamise employée par Lord Denning dans *Bulmer v. Bollinger* (1974) 2 All ER 1226.

28. Voir par exemple : A. J. Bullier « La transposition en droit interne de la convention européenne des droits de l'homme déstabilise le système judiciaire de l'Ecosse », *LPA*, n° 253, 21 décembre 1999. Le Royaume-Uni avait signé et ratifié la convention mais estimait que les règles de *common law* assuraient déjà l'effectivité des garanties posées par la convention. Nécessaire pour que les droits institués par celle-ci soient directement invocable par les particuliers, l'*Human Right Act* de 1998 s'inspire des techniques de l'*European Communities act*.

29. B. Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology*, Hart Publishing, Oxford, 1997 : l'auteur souligne la proximité des notions de cause et de *consideration* en droit des obligations français et anglais, et l'objectif identique qu'elles poursuivent : s'assurer du caractère synallagmatique du contrat.



La démarche comparatiste peut être favorisée par la richesse de l'information juridique disponible, grâce en particulier à l'Internet. En effet, que les causes des mises en ligne de textes juridiques soient multiples et souvent purement nationales ne les privent pas de l'effet qu'elles peuvent avoir sur le travail du chercheur étranger. Des sites étatiques, comme celui de la librairie du congrès des États-Unis³⁰, ou non étatiques, comme celui de l'Institut Max Planck³¹, vont jusqu'à offrir un panorama souvent très riche de textes de la plupart des États au monde. À cette information brute, s'ajoute, toujours sur internet, une information spécialisée : les sites de droit comparé, généralistes ou non, la plupart du temps universitaires, sont nombreux. Le travail de comparaison juridique n'est d'ailleurs plus limité à un cercle de spécialistes : des analyses de droit comparé sont disponibles sur le site du Sénat français³².

L'internet n'est évidemment pas le seul mode de diffusion des droits nationaux. Les échanges d'idées provoqués par la multiplication de rencontres organiques ou conjoncturelles de juridictions suprêmes, de groupes parlementaires et l'information diffusée par les organisations internationales comme l'OCDE peuvent aussi inspirer tant ceux qui édictent des normes que ceux qui rendent des jugements.

Tous ces éléments facilitent sans doute plus l'imitation de solutions pour un problème donné que l'importation de systèmes juridiques complets. Mais ils tendent, en tout état de cause, à dévaluer l'apport de la tradition par rapport à celui de la comparaison³³.

Dans les pays de *common law*, la place croissante du droit écrit affecte l'image d'un système essentiellement juridictionnel et jurisprudentiel.

Quoique pays de *common law*, les États-Unis font depuis longtemps une place au droit écrit. Le balancement entre les deux systèmes qui a

30. Le Réseau mondial d'informations juridiques (Global Legal Information Network (GLIN)) fournit et maintient une base de données comprenant des lois, des règlements et un certain nombre d'autres sources juridiques complémentaires mis à la disposition de la Bibliothèque du Congrès des États-Unis d'Amérique par les gouvernements des pays membres du réseau. <http://memory.loc.gov/law/GLINv1/GLIN.htm>

31. <http://www.virtual-institute.de/>

32. Voir le site du sénat <http://www.senat.fr/elc.html>. L'Assemblée nationale effectue également des études de législation comparée en application de l'article 86 de son règlement qui prévoit que « les rapports faits sur un projet ou une proposition de loi portant sur des domaines couverts par l'activité des communautés européennes comportent en annexe des éléments d'information sur le droit européen applicable et la législation en vigueur dans les principaux États européens ».

Il serait toutefois erroné de penser que le souci d'information sur les droits étrangers soit une préoccupation récente : à la fin du XIX^e siècle, le ministère de la Justice disposait de son propre comité de législation étrangère. L'exposé des motifs du projet de loi déposé en 1936 sur le droit d'auteur et le contrat d'édition est un exemple particulièrement significatif de ce souci. (*JO*, Chambre des députés session ordinaire – 2^e séance 13 août 1936, annexe 1164).

33. B. Markesinis, op. cit.



marqué l'histoire du droit aux États-Unis entre 1750 et 1850 comme le fédéralisme ont éloigné le droit des États-Unis de la *common law* anglaise. La *common law* est en principe morcelée entre les différents États³⁴ pour toutes les matières relevant de la compétence législative de États. Si les différences d'un État à l'autre sont limitées, c'est notamment en raison de l'existence des *restatements of the law* qui, au nombre d'une vingtaine, exposent les principes adoptés par la majorité des juges dans le domaine de la *common law*. Sans être à proprement parler des codes, ces « réexposés du droit » établis sous l'autorité d'une société savante privée, l'*American Law Institute*, font plus que présenter l'état du droit, ils visent à l'améliorer en procédant à des choix qui, pour être purement doctrinaux, n'en influencent pas moins les solutions jurisprudentielles.

Leur existence montre l'intérêt porté aux États-Unis à l'idée de codification – même s'il ne s'agit pas d'une codification réformatrice – et au droit écrit. À côté de l'*Uniform Commercial Code* adopté par 49 des 50 États, dont l'auteur, K. Llewellyn, était imprégné de culture juridique allemande, figurent le *Uniform Consumer Credit Code* et le *Uniform Probate Code*. Un Code de procédure civile préparé par D. Dudley Field en 1846 et adopté par la plupart des États et la Fédération est toujours en vigueur dans plusieurs États dont la Californie³⁵. Il existe d'ailleurs un *Office of the Law Revision Counsel* qui tient à jour et publie une version consolidée des textes fédéraux³⁶.

Le droit écrit occupe également aujourd'hui une place prépondérante au Royaume-Uni. Malgré l'existence d'un courant en faveur de la codification, celle-ci ne s'est pas développée. Même s'il est difficile d'effectuer des comparaisons sur le stock existant – on notera que l'activité normative annuelle est *grosso modo* équivalente à la nôtre³⁷. Elle suscite des critiques identiques : en 1994, la *Plain language commission* notait ainsi : « *Le gouvernement est responsable d'un torrent de législation – plus de 2 000 pages de lois nouvelles en 1991. Mais il n'a rien fait pour rendre la loi nouvelle plus compréhensible* »³⁸.

Symétriquement, ne saurait être perdu de vue le fait que le système juridique français comporte des pans entiers de droit jurispuden-

34. Depuis l'arrêt *Erie Railroad Company V. Tompkins* de la Cour Suprême de 1938.

35. V. George, A. Berman « La codification aux États-Unis » in *RFAP*, 1997 et D. Tallon « La codification dans le système de *common law* », *Droits*, 1998, p. 40.

36. V. <http://uscode.house.gov/cod.htm>

37. Une cinquantaine de *public et local acts* adoptés directement par le Parlement et 3 000 actes de législation déléguée ou secondaire – *statutory instrument*, l'équivalent des textes réglementaires français – par an.

38. Martin Cutts, *Lucid law : the sequel to unspeakable acts ?*, Londres Plain Language commission, 1994. À la fin des années 1970, le rapport Renton avait déjà abordé la question de la qualité linguistique des textes. Certaines de ses propositions avaient conduit à des réformes (notamment élaboration de lois de consolidation).



tiel dont ni les Anglais, ni les Américains ne renieraient le mode d'élaboration ³⁹. Même si le juriste anglo-saxon peut être dérouté par l'existence de règles, de juridictions et de procédures distinctes pour le droit public et le droit privé, le droit administratif français évoque irrésistiblement pour lui, au moins en première analyse, un droit de *common law*. Comme le souligne René Chapus ⁴⁰, ce droit « *fait par le juge* » est « *la conséquence qu'on peut dire normale, ou même inévitable, de la carence de la loi [...]. Ni en 1804, ni par la suite, il n'y a eu quelque chose qui aurait pu être au droit administratif ce que le Code civil est au droit civil* ».

Ce trait n'est d'ailleurs pas propre au droit administratif : le droit international privé français est – du moins en ce qui concerne les règles de conflit de lois – un droit essentiellement jurisprudentiel, bâti sur l'article 3 du Code civil. On a pu relever ⁴¹ que le droit français est, à cet égard, resté paradoxalement à l'écart d'un grand mouvement de codification ⁴² en notant que « l'absence de codification avait permis à la jurisprudence de suivre le mouvement des idées », la France marquant en outre sa préférence pour une unification internationale des solutions. Le Code civil lui-même peut apparaître, pour des juristes anglo-saxons, en raison de la généralité de ses termes, comme laissant une large place à la jurisprudence.

Le point de savoir si la jurisprudence est une source, matérielle ou formelle, du droit est toujours discuté en doctrine ⁴³. Dans la mesure de la place prise par le droit européen dans le droit français et continental, cette question paraît tranchée, la citation, dans les décisions des juridictions françaises administratives et judiciaires, des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes en étant la preuve. Sans doute est-il normal que le juge national, ayant posé une question au juge communautaire dans le cadre du renvoi préjudiciel cite, dans sa propre décision, celle de la Cour de Justice qui répond à sa question. Toutefois, la citation, par une juridiction, d'un arrêt de cette cour dans les autres cas de figure fait apparaître alors plus nettement la jurisprudence communautaire comme une source formelle du droit ⁴⁴. Quant à la juris-

39. Voir respectivement J. Bell, « La jurisprudence vue par un juriste anglais » et G. A. Bermann, « L'élaboration du droit : la jurisprudence » in « L'élaboration du droit- le contrôle de l'administration », Colloque du bicentenaire du Conseil d'État, *La revue administrative*, n° spécial 2000.

40. « L'élaboration du droit : la jurisprudence. Rapport introductif » in colloque précité.

41. H. Battifol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ.

42. Englobant l'Europe de l'Est et de l'Ouest puis la Louisiane et le Québec.

43. Voir par exemple récemment la discussion entre plusieurs auteurs. « La jurisprudence aujourd'hui – libre propos sur une institution controversée », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992 p. 337.

44. Voir par exemple pour le Conseil d'État, faisant référence à « la jurisprudence de la CJCE », 25 novembre 1998, *Compagnie Luxembourgeoise de Télévision*, Rec p. 443 et, citant une décision : Section, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France nature environnement*, Rec p. 381.



prudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, elle constitue, notamment en raison de l'invocation fréquente devant les juridictions administratives et judiciaires des dispositions de l'article 6.1 de la convention relatif au droit au procès équitable, une référence obligée même si les arrêts de la Cour ne sont revêtus que de l'autorité relative de la chose jugée.

C'est donc en fait moins dans le contenu ou les sources du droit que dans des méthodes de raisonnement et la conception même du rôle du droit que sont à rechercher les différences essentielles entre *common law* et droit romano-germanique.

Des oppositions qui perdurent

« *La common law ne s'est pas toujours développée en fonction d'axes rigoureusement logiques et lorsque la logique mènerait la Cour sur un chemin parsemé d'embûches pratiques, celle-ci ne craindra pas de s'en détourner pour rechercher la solution pragmatique qui servira au mieux les besoins de la société* »⁴⁵ : quoiqu'on l'ait, dans la présente étude, par commodité de rédaction, associée à l'idée de système, la *common law* ne se pense pas comme telle. C'est ce qui explique qu'à côté des puissants facteurs de convergence relevés plus haut demeurent des oppositions entre les deux cultures juridiques.

Des méthodes différentes d'élaboration du droit. Dans le système romano-germanique, le juge qualifie juridiquement les faits pour dégager la question de droit que pose le litige et en déduire la solution du droit applicable conventionnel, législatif, réglementaire ou jurisprudentiel. Le juge de *common law* se considère lui avant tout confronté à une situation de fait qu'il y a lieu de comparer à des situations similaires à propos desquelles des décisions ont déjà été rendues. Toute décision d'un juge de *common law* doit être lue et comprise à la lumière des faits qu'elle commence d'ailleurs par exposer longuement et précisément. À la suite de cette relation, le juge rappelle les décisions rendues sur des cas similaires et procède à des parallèles et distinctions. Qualifier le raisonnement du juge de *common law* d'inductif est exact à condition de préciser qu'il ne tire pas des précédents une règle qu'il appliquerait aux faits qui lui sont soumis mais reproduit une solution dégagée pour des faits semblables. En ce sens, la signification du mot jurisprudence n'est pas la même dans les pays de la *common law* et dans ceux de droit romano-germanique. Là où nous entendons règle jurisprudentielle, les juristes de *common law* entendent précédents reliés entre eux par des faits.

45. Lord Justice Griffiths, *Ex parte King* [1984] 3, All. E.R 897 (C.A) p. 903, cité par P. Legrand « Sens et non-sens d'un code civil européen », RIDC, 4-1996, p. 7779.



Cela ne signifie nullement qu'il n'est pas possible de dégager, des décisions rendues par un juge anglais ou américain, des règles jurisprudentielles qui pourraient *in fine* faire l'objet d'une codification officielle ou non. C'est bien l'idée des *restatements of the law* américains – qui n'ont pas d'autre valeur que doctrinale. Blackstone, adversaire acharné de la codification, s'y est d'ailleurs essayé dans ses *Commentaries on the laws of England* (1765-1769)⁴⁶. Simplement, cela ne correspond pas au mode de pensée de la *common law*.

Cette différence de méthode est à l'origine de différences de styles rédactionnels⁴⁷ qui sont source d'incompréhensions : un juriste français⁴⁸ pourra ne voir, dans une décision de la Chambre des Lords relatant longuement des considérations de fait, qu'un jugement équitable tandis que la lecture des motifs d'un arrêt de la Cour de Cassation ou du Conseil d'État par un juriste anglais ou américain pourra lui donner l'impression d'un simple appel abstrait du droit sans attention réelle aux faits de l'espèce.

La conception du rôle du droit écrit dans les pays de *common law* découle en grande partie de ce qui précède. En droit anglais, un texte de loi a pour fonction d'apporter des compléments ou des corrections à la *common law*⁴⁹ et non d'énoncer des principes ou d'exprimer un système juridique. Apparu comme un coup porté à la compétence de la *common law*, le droit législatif a fait dès le départ l'objet d'interprétations restrictives, même si, en tant qu'œuvre d'un Parlement souverain, les lois doivent être interprétées et appliquées à la lettre. Cette conception ne laisse pas d'avoir des conséquences sur les méthodes de rédaction des textes et leur contenu : le législateur a ainsi recours à des définitions pour circonscrire de façon détaillée des situations de fait, sauf lorsque le terme correspond à une notion juridique jurisprudentielle, auquel cas est opéré un renvoi implicite à la définition jurisprudentielle. Cette méthode est pratiquement opposée à la méthode romano-germanique de rédaction des textes.

Ces différences de méthode recouvrent des conceptions divergentes de la représentation et de la fonction du droit. La *common law* est un droit de praticiens dont la figure est le juge sélectionné pour sa réussite professionnelle comme avocat. Les juges sont beaucoup moins nombreux en Angleterre qu'en France⁵⁰ du fait de l'existence de nombreux magistrats bénévoles. Leur nom est connu grâce notamment

46. V. F. Lessay, « Blackstone, *common law* et codification » in *Droits*, 1998, p. 2.

47. B. Marquesinis, op. cit.

48. Il y a en effet lieu de noter que les décisions juridictionnelles allemandes ou italiennes ne sont guère moins développées que les jugements anglais ou américains.

49. Les cours royales existèrent bien avant que ne s'affirme le pouvoir législatif du Parlement.

50. Il y avait environ 2 300 juges professionnels en Angleterre et au Pays de Galles en 1995 pour environ 6 100 en France avec une population équivalente (juges du siège). Source : European Data Base on Judicial systems . IRSIG-CNR 1999.



aux opinions dissidentes qu'ils ont la faculté d'émettre et qui constituent un matériau essentiel dans la connaissance du droit comme dans son apprentissage.

Droit de praticiens, la *common law* requiert l'apprentissage de techniques ayant pour but de régler des cas concrets, en trouvant des « remèdes ». Si l'on peut constater des différences entre l'enseignement du droit aux États-Unis – dont les écoles ne sont ouvertes qu'après quatre années d'études dans une autre discipline – et l'Angleterre – où les « *facultés de droit* » sont ouvertes dès la fin des études secondaires et délivrent une formation générale plus « théorique » que celle des écoles professionnelles, ces différences se réduisent face au système d'enseignement du droit dans les pays de droit romano-germanique dont l'apprentissage ne fait pas appel aux mêmes ressorts intellectuels. Le droit romano-germanique a pour figure, au contraire, le professeur, à la fois auteur de théories et commentateur de décisions de justice qui, sans être anonymes, ne sont pas personnalisées.

Le droit romano-germanique et la *common law* se distinguent également par une conception différente du procès. La procédure est l'un des domaines du droit particulièrement symbolique de l'opposition *common law*/droit romano-germanique, qui prend la forme d'une opposition procédure accusatoire/procédure inquisitoire en matière pénale : en *common law* la procédure est menée sous la direction des parties à égalité d'armes avec une intervention faible de l'État et un juge arbitre alors qu'en droit romano-germanique elle est, de sa mise en mouvement jusqu'à son issue, conduite par l'État.

Pour se limiter à l'analyse des systèmes européens ⁵¹, ces différences sont sensibles aux différents stades de la procédure pénale :

– au stade du déclenchement des poursuites, qui repose sur l'État au travers d'un ministère public puissant dans les systèmes romano-germaniques, et, même si c'est aujourd'hui plus une fiction qu'une réalité, sur les personnes privées en Angleterre ;

– au stade de l'enquête, pour laquelle la police dispose en Angleterre de pouvoirs qui, dans les pays de droit romano-germanique, sont, en général, dévolus au ministère public ou à un juge d'instruction, sous la direction desquels la police effectue l'enquête ;

– au stade du jugement de l'affaire, où le juge de *common law* est présenté comme un arbitre qui ne juge pas, à la différence du juge romano-germanique qui dirige les débats et juge.

On peut également percevoir cette opposition dans le statut des témoins, le rôle de la victime dans le procès, ou les règles gouvernant la preuve. Sur ce dernier point, qui est crucial dans le procès pénal, des

51. Voir la recherche menée dans le cadre de l'Institut de droit comparé de Paris : *Procédures pénales d'Europe*, sous la direction de M. Delmas-Marty, PUF, 1995.



différences existent d'abord sur le plan des principes : l'initiative de la recherche des preuves n'appartient pas au juge dans le système anglo-saxon, alors que c'est en France la mission du juge d'instruction ; aucune preuve de culpabilité n'est requise en droit anglais à l'égard de la personne qui plaide coupable, alors que l'aveu n'est, en droit français, qu'une preuve comme une autre qui ne lie pas le tribunal. Des différences existent ensuite dans les modes de preuve, qui ne font pas la place au oui-dire en droit anglais.

Les caractéristiques de la procédure pénale, en Angleterre et au Pays de Galles se retrouvent en matière civile où, comme l'explique Lord Woolf « *la conduite des contentieux civils, comme dans d'autres pays de common law, est par tradition de type accusatoire [...] les parties assument l'essentiel de l'initiative et de la conduite des débats dans chaque affaire et le plaignant fixe habituellement la cadence. Le rôle du juge consiste à trancher les questions choisies par les parties au moment où elles décident de les soumettre à la cour* »⁵².

Sans doute la fonction pédagogique de l'opposition procédure accusatoire/procédure inquisitoire a-t-elle pu conduire à surestimer les différences théoriques et pratiques entre les procédures pénales des États. Par ailleurs, les réformes proposées par Lord Woolf et mises en œuvre depuis quelques années ont conduit à accroître le rôle du juge dans la procédure civile.

Il n'en reste pas moins des différences importantes dans la représentation symbolique des sources du droit et, par-là, de sa fonction même : expression du souverain pour les droits romano-germaniques, constatation d'un consensus social pour la *common law*, norme d'essence supérieure contre règle du jeu, qui explique également la préférence de la *common law* et de ses praticiens pour des règles négociées ou dont le caractère contraignant ne repose pas sur une intervention extérieure (notamment les codes de conduite).

Ces différences culturelles vivaces, enracinées dans des institutions et des pratiques traditionnelles, doivent être relativisées par l'analyse des autres aspects de la compétition juridique.

52. *Access to justice, Final report to the Lord Chancellor on the justice system in England and Wales*, Londres, HMSO, 1996, p138. Sur ce rapport on peut consulter le rapport d'information de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale du Sénat sur « Le fonctionnement de la justice civile en Angleterre et au Pays de Galles » Session 1996-1997.



1.2. Les autres éléments de la compétition juridique

Les organisations internationales ou régionales, qui produisent un droit nouveau à partir d'un compromis entre les droits nationaux comme les États, qui importent des solutions juridiques étrangères dans un but de modernisation, constituent des lieux traditionnels de compétition juridique. La nouveauté est le rôle majeur désormais joué par les acteurs économiques (entreprises, professions juridiques) et la société civile (Organisations non gouvernementales (ONG), opinion publique internationale) dans les mécanismes de l'influence juridique.

1.2.1. Les institutions mondiales et régionales, lieux d'hybridation des droits nationaux

Il serait très excessif d'affirmer que les enceintes internationales font aujourd'hui l'objet d'une « bataille juridique » globale entre les États de *common law* et ceux de droit romano-germanique. Il s'agit plutôt de jeux d'influences, fondés sur l'idée que la promotion de son propre système juridique pourrait venir au soutien des positions de négociation adoptées sur le fond. En fait la compétition se révèle d'intensité très inégale selon les matières et selon les caractéristiques des institutions ou enceintes de négociation.

L'absence de réelle compétition juridique en matière de droit international public général et de droits de l'homme

Le droit international général laisse peu de place à la compétition entre les systèmes juridiques. Il est, dans ses fondements, issu de règles coutumières exprimant un accord mûri et général des États en faveur de la reconnaissance, en tant que règle de droit, d'un comportement répété. Certes, certaines règles seraient plus empruntées au droit romano-germanique (théorie des vices du consentement⁵³) et d'autres à la *common law* (principe d'estoppel⁵⁴). De manière générale cependant, puisqu'il s'applique à des relations inter-étatiques, il ne peut guère transposer directement des solutions juridiques de droit interne.

53. Voir sur ce point P. Reuter, « La nature des vices du consentement dans la convention de Vienne sur le droit des traités » in *Liber Amicorum Elie Van Bogaert*, Kluwer, 1983 qui, tout en comparant la concision de la convention à celle du Code civil français, fait également état d'influences anglo-saxonnes.

54. L'estoppel est une « exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'un État, celui-ci étant lié par son comportement antérieur et dès lors "estopped" à faire valoir une prétention nouvelle ». *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, Association Henri Capitant, PUF.



Il reste que les modèles administratifs et juridictionnels nationaux peuvent chercher à influencer les règles de fonctionnement des organisations internationales, et les procédures applicables devant les juridictions internationales. Il est en effet évident qu'une meilleure maîtrise des règles procédurales applicables peut laisser à l'État partie à un différend relevant de la compétence de la juridiction internationale l'espoir d'une défense plus facile.

En matière de droits de l'homme, la proximité des conceptions retenues par les États occidentaux, fût-ce sous des formes présentant de légères différences, laisse peu de place à la compétition juridique, s'agissant notamment du droit au respect de la vie, de la prohibition des traitements inhumains et dégradants... à la notable exception de l'interdiction de la peine de mort. Il va de soi que continueront à nourrir des débats doctrinaux les différences existant dans les modes et l'intensité de la protection accordée, par les différents États par exemple à la liberté d'expression, à la liberté religieuse, à la liberté d'association, au droit de propriété, au droit à la non-discrimination ou au droit d'agir en justice ⁵⁵.

La consécration dans des instruments internationaux de droits économiques et sociaux fait, en apparence, l'objet de divergences. Les États-Unis n'ont ainsi jamais ratifié le Pacte international sur les droits économiques et sociaux de 1966. Ces différences de point de vue se sont également révélées lors de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En fait, les juristes anglo-saxons s'opposaient à l'insertion dans un texte de « droits » auxquels on ne voudrait pas conférer de réelle portée contraignante, tandis que les juristes français soutenaient qu'ils pouvaient à tout le moins être considérés comme des « principes » ou des « objectifs ». Il convient peut-être d'en retenir l'idée que la promotion de la « conception française des droits de l'homme » n'emporte pas nécessairement l'adhésion immédiate à la culture et à la technique juridiques françaises.

On ne peut d'ailleurs exclure que naissent de véritables divergences – et donc une compétition juridique – s'il apparaissait que la défense et la reconnaissance de ces droits fondamentaux soient intimement liées à l'existence de services d'intérêt général censés en garantir l'effectivité.

55. S'agissant notamment des restrictions pouvant être apportées à la liberté de manifester sa religion on peut relever une certaine identité d'inspiration entre le *Religious liberty protection Act* adopté par le Congrès des États-Unis en 1999 et l'article 9 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il reste que ces dispositions s'inscrivent dans des contextes institutionnels et juridiques respectifs fort différents.



Une compétition plus vive en matière de droit international privé et de droit économique

En matière de droit international privé, l'idée d'une compétition entre les deux systèmes doit être relativisée dans la mesure où cette compétition oppose en réalité l'Europe aux États-Unis. Le « modèle européen », qui inclut le Royaume-Uni, résulte au départ d'un droit conventionnel.

Ce modèle européen, fondé, s'agissant des conflits de lois, sur des règles abstraites de détermination de la loi applicable, s'oppose en pratique à un modèle américain qui s'appuie plutôt sur une détermination au cas par cas (*issue by issue*) de la loi qui a le plus grand intérêt à s'appliquer à l'espèce. Les États-Unis ignorent en particulier la technique des lois de police et des règles de conflit protectrices de la partie faible. Dans ce domaine cependant, la compétition au sein de la conférence de La Haye⁵⁶ est sans enjeu, car si les conventions adoptées sont plus proches du modèle européen, elles ne sont pas ratifiées par les États-Unis. En revanche, en matière de conflits de juridiction, à l'occasion de la négociation d'une convention mondiale sur la compétence juridictionnelle et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le système européen constitué des conventions de Bruxelles⁵⁷ (1968) et Lugano (1988), s'affronte vivement au système américain⁵⁸. Derrière un débat sur les règles de compétence juridictionnelle, l'enjeu, qui concerne essentiellement la matière contractuelle, est l'applicabilité d'un droit de la responsabilité différent de part et d'autre de l'Atlantique. Les États-Unis recherchent un système permettant d'attirer les sociétés européennes devant leurs juridictions plus généreuses dans l'octroi d'indemnités et de bénéficier pour l'exécution des décisions de celles-ci des facilités offertes par le système européen.

S'agissant du droit des affaires, le projet d'unification porté par UNIDROIT⁵⁹ s'est concrétisé pour l'essentiel par l'adoption de la convention internationale sur les lettres de change (1930), de la convention sur les ventes internationales de marchandises (1980), enfin

56. Initialement (1883) conférence diplomatique ayant abouti à la conclusion de plusieurs conventions réglant les problèmes de conflits en droit international privé, la conférence de la Haye est devenue (1955), du fait de sa permanence, une organisation intergouvernementale dont le but est l'unification des règles de droit international privé. Elle comprenait 51 membres au 13 juin 2001. <http://www.hcch.net/>

57. Auquel se substituera bientôt le règlement du Conseil 44/2001 du 22 décembre 2000.

58. Les États-Unis veulent, par exemple, faire reconnaître comme chef de compétence la règle du *doing business* (l'exercice d'une activité sur un territoire vaut consentement implicite à y être jugé) ou celle du *for non conveniens* (possibilité pour une juridiction de se déclarer incompétente si le défendeur le souhaite et s'il n'en résulte pas de trop gros inconvénients pour le demandeur) et refusent d'admettre comme chefs de compétence ceux qui protègent en tant que telles les parties réputées faibles par le système européen (par exemple les consommateurs ou les travailleurs).

59. Institut international pour l'unification du droit privé, créé sous l'égide de la Société des Nations dans les années 20.



des principes applicables aux contrats internationaux (1994). Ces derniers principes ne se sont pas imposés dans les relations contractuelles entre acteurs du commerce international : la règle de l'autonomie de la volonté laisse en effet, au premier chef, ces acteurs privés décider du système qu'ils souhaitent appliquer. Sur ce point, la compétition s'est déplacée du terrain inter-étatique vers celui des négociations entre acteurs du commerce international ⁶⁰.

Dans les enceintes internationales à vocation technique ou économique, la compétition est plus exacerbée parce que l'élaboration d'un droit matériel laisse plus de place à la concurrence entre solutions nationales, et parce que le droit élaboré dans ces enceintes acquiert une emprise croissante sur le droit interne. Ainsi la négociation commerciale multilatérale, qui portait auparavant sur la diminution des droits de douane, vise aujourd'hui la suppression des barrières non tarifaires, et peut donc directement affecter certaines règles du droit interne.

L'influence anglo-saxonne est forte au sein du Fonds monétaire international (FMI), de la Banque mondiale et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (comme elle l'a été au sein du GATT) pour des raisons tant conceptuelles qu'historiques : la théorie économique et donc la pratique juridique anglaise ont promu le libre-échange depuis 1840, tandis que les États-Unis avec les pays du *Commonwealth* ont été à l'origine du GATT. La création de l'OMC a néanmoins été l'occasion d'un certain rééquilibrage dès lors que sa charte fait désormais référence aux principes généraux du droit international et aux mécanismes d'interprétation fixés par la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans lesquels des principes inspirés du droit romano-germanique sont plus présents.

Les méthodes d'élaboration des règles se transforment également. L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (délais rapides de jugement et procédés de contrainte à l'exécution) et le blocage concomitant des négociations inter-étatiques, laissent penser que le droit du commerce international prendra un caractère jurisprudentiel. Les panels et l'ORD affrontent quotidiennement la nécessité d'arbitrer entre la libéralisation des marchés et le respect des exigences collectives en matière d'environnement, de santé publique, même si tout pouvoir normatif leur est en principe dénié ⁶¹. Le pouvoir ainsi donné à des organes quasi-juridictionnels sans légitimité politique est moins bien accepté par les systèmes romano-germaniques. Sur le fond, cependant, il n'y a aucune raison de penser que l'action des panels se fera au détriment de l'Union européenne. La jurisprudence de l'ORD vise avant tout à sanctionner les pratiques discriminatoires, unilatérales

60. Cf. *infra* 1.3.3.

61. Article 3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.



ou à caractère extraterritorial, ce qui peut se faire également au détriment de législations américaines⁶².

Par ailleurs, les sources classiques du droit international font une place à diverses formes de normes non-contraignantes (standards, codes de conduite, actes concertés non conventionnels), plus habituelles dans les systèmes de *common law*. Des organisations, telles que l'OCDE par exemple, élaborent au sein de leurs groupes de réflexion des concepts, qui se diffusent rapidement pour devenir de véritables standards internationaux : ainsi le concept de « bonne gouvernance », qui aujourd'hui tend à se substituer ou à tout le moins à compléter l'exigence du respect des droits de l'homme et de l'État de droit imposée par les bailleurs de fonds occidentaux⁶³.

Les ensembles régionaux, lieux privilégiés de l'influence juridique

À l'origine, la plupart des ensembles régionaux ont été créés entre des États dont les systèmes juridiques présentaient une certaine ressemblance, et appartenaient d'ailleurs à la famille romano-germanique : c'est le cas de l'Union européenne, du Mercosur⁶⁴, de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique⁶⁵ (OHADA)... Le succès de la formule et l'élargissement de ces ensembles ont déjà mis et mettront encore en présence au sein de la même organisation des États relevant des deux systèmes. L'Union européenne a vécu une telle diversification des sources d'influence avec l'adhésion du Royaume-Uni et de l'Irlande. De ce point de vue, l'entrée du Royaume-Uni dans la CEE, même si elle est tempérée par la nécessité pour le droit anglais de se conformer aux règles communautaires, peut constituer un nouveau vecteur d'influence sur un système juridique où la place du juge comme l'inspiration économique libérale sont éminentes. On peut prédire une diversification similaire, à plus ou moins court terme, pour le Mercosur qui sera soumis au sein d'une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) au poids de la tradition juridique américaine ; de même, on peut espérer que le succès de l'OHADA l'amènera à intégrer des États africains de tradition linguistique et juridique anglaise.

62. Voir l'affaire des crevettes (*États-Unis : prohibition à l'importation de certaines crevettes*, rapport du 12 octobre 1998) où l'ORD a condamné l'interdiction par les États-Unis de l'importation de crevettes en provenance de pays ne respectant pas leurs normes environnementales de pêche.

63. Voir le Code des bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques, adopté par le Comité intérimaire du FMI en mai 1998.

64. Le Mercosur, qui fonctionne depuis 1995, est un marché commun regroupant l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. Le Chili, la Bolivie et le Pérou y ont le statut de membres associés.

65. Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, issue d'un traité signé le 17 octobre 1993 entre seize pays francophones et appartenant à la zone franc, à l'exception de la Guinée-Bissau. Le traité crée une organisation internationale comprenant une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et prévoit une harmonisation non seulement du fond du droit mais aussi des procédures d'arbitrage.



Ces ensembles régionaux, et à titre principal l'Union européenne qui présente une forte avance en la matière, constituent donc des « laboratoires » de phénomènes de métissage du droit. En effet, à la différence des enceintes de négociation de conventions internationales, ces institutions ont pour objet même, sinon toujours l'unification du droit dans un espace plurinational déterminé, du moins son harmonisation. C'est donc tout naturellement qu'elles mettent en présence, comparent, et sélectionnent les solutions nationales. Le droit européen peut d'ailleurs être d'autant plus un creuset d'influences réciproques qu'il n'est pas soumis à l'influence d'une puissance dominante : les textes adoptés sont donc nécessairement le produit des compromis entre des systèmes différents ⁶⁶.

La Commission européenne, lors de la préparation des projets de règlements et de directives, joue un premier rôle de comparaison et de sélection des solutions adoptées par les États membres. On peut raisonnablement affirmer que, dans ce travail, la Commission adopte une attitude générale de neutralité vis-à-vis des systèmes des États membres : son objectif est tout d'abord de sélectionner la solution qui sera la plus à même de réaliser la libéralisation du marché intérieur ; il est ensuite de rechercher la solution commune la plus proche des droits nationaux, de manière à en faciliter l'adoption par le Conseil. L'objectif poursuivi par les États membres est de faire en sorte que le texte communautaire provoque la plus faible modification de leur droit interne. Les États qui parviendront le mieux à cet objectif seront ceux qui auront réussi, très en amont du processus d'élaboration des normes (par exemple lors de la préparation des « livres blancs », « livres verts », etc.), à proposer à la Commission des modèles ou concepts pertinents ⁶⁷. Quant à la Cour de justice des communautés européennes, elle doit équilibrer la vocation intégratrice des traités et du droit dérivé de ces traités avec le respect des règles nationales qui peuvent être regardées comme « *l'expression de certains choix politiques et économiques adaptés aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales* » ⁶⁸. Dans la recherche de cet équilibre, le mécanisme du renvoi préjudiciel fournit à la Cour l'occasion d'une comparaison et

66. Compromis qui peut prendre la forme d'un objectif à atteindre dans le respect des systèmes juridiques des États membres. Ainsi, la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique », ne tranche pas la question de la date à laquelle un contrat électronique est réputé conclu entre les parties, cette question étant traitée différemment dans les différents systèmes juridiques.

67. Voir, sur ce point, la précédente étude *La norme internationale en droit français*.

68. Cf. par exemple CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council* de 1989, affaire C-145/88, Rec p. 3851 ; CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa*, affaires C-69/93 et C-258/93, Rec I-2355 et à propos de l'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche, ou *Grogan*, affaire 159/90, Rec 1991 p. I-4685, à propos de l'interdiction de la promotion des cliniques pratiquant l'interruption de grossesse.



d'une appréciation des droits nationaux, à l'aune des objectifs poursuivis par le droit communautaire.

De même, dans sa fonction d'organe juridictionnel chargé de la mise en œuvre du droit de recours individuel institué pour l'application de la Convention du 4 novembre 1950 et de ses protocoles annexes ouverts à la signature des membres du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à mettre en place une base de données sur le droit des États parties à cette convention. La Cour élabore en effet une jurisprudence dont l'objectif est de définir un « *ordre public européen* »⁶⁹, certes fondé sur une conception commune des droits de l'homme, mais qui se combine avec l'autonomie des systèmes juridiques nationaux, traduite dans la notion de « *marge nationale d'appréciation* »⁷⁰.

Au-delà du droit positif, l'espace européen est le terrain de plusieurs réflexions actives visant à dégager les principes et les règles d'un nouveau « *jus commune* » : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée lors du sommet de Nice, en est un exemple. D'autres travaux, qui se situent pour l'instant dans un cadre doctrinal, serviront peut-être à l'avenir de base de travail pour des textes normatifs : on peut citer le « *Corpus juris pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne* »⁷¹ ou le projet de « *Code civil européen* » issu des travaux de la commission Lando⁷².

À un niveau moindre, parce qu'elle reste très fortement marquée par l'influence de la France qui a apporté une aide importante à sa création⁷³, l'OHADA offre également des exemples d'hybridation. L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 15 mai 1999 en est un, témoignant d'une volonté de retenir les solutions les plus efficaces ou les plus modernes disponibles : ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation, le Code de procédure civile français, et le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale basée à Paris inspirent la plupart des solutions adoptées, mais font aussi une place à des règles tirées de la loi suisse ou du règlement d'arbitrage de la *London court of international arbitration*.

69. CEDH, *Loizidou c/Turquie*, 18 décembre 1996, Rec 1996-VI.

70. CEDH, *Lawless c/Irlande*, 1 juillet 1961, A 3.

71. Ce « *corpus juris* » a été conçu par un groupe de pénalistes sous la direction du professeur Delmas-Marty sous l'impulsion de la direction du contrôle financier de la Commission européenne. Sur la base d'une analyse du droit pénal matériel à la fois général et propre à la matière considérée comme de la procédure pénale applicable dans les États membres, il propose une définition des infractions communes et des principes généraux qui les régissent et des règles de procédure matérialisées par la création d'un procureur européen et le principe de territorialité européenne. S'agissant des règles de procédure, il a été procédé, à partir des différents systèmes nationaux par unification, et harmonisation dans l'objectif de maintenir les aspects les plus positifs de chacun d'entre eux.

72. Commission pour le droit européen du contrat.

73. La rédaction du traité et des actes uniformes s'est faite sous l'impulsion du gouvernement français avec une large participation de juristes français.



En définitive, l'analyse des mécanismes de l'influence juridique au sein des institutions à vocation soit mondiale soit régionale ne permet de valider ni l'idée qu'une « bataille rangée » serait en cours, ni que celle-ci serait perdue au détriment du droit romano-germanique. Les lignes de partage sont en effet variables : Nord/Sud, États-Unis/Europe, *common law*/droit romano-germanique..., les influences s'exercent à double sens. Le produit de ces influences croisées correspond donc plus à un métissage du droit qu'à une hégémonie d'un seul système.

Il est vrai cependant que ce métissage s'opère dans une multitude d'enceintes à vocation, selon le cas, mondiale ou régionale et qui produisent des normes dont l'effectivité est inégale selon les secteurs du droit. À titre d'exemple, le fait que les conventions internationales en matière de droit du travail, ou plus récemment en matière du droit du développement durable, aient été fondamentalement inspirées par la pensée juridique romano-germanique ne saurait faire oublier l'importance de leur ratification et de leur application effectives pour des États dont la culture est différente.

En outre, comme on va le voir, les modes de régulation de l'espace international se transforment, par la production de droit, notamment dans le domaine économique et financier, selon des schémas dont le droit romano-germanique n'est pas familier.

1.2.2. Les États, des importateurs de droit

L'importation de solutions juridiques étrangères par des États n'est pas un phénomène nouveau, mais il change de dimension avec la mondialisation économique. Cette importation peut être spontanée ou imposée de l'extérieur, elle répond en tout état de cause à la nécessité de maintenir la compétitivité du territoire national par l'adoption des instruments juridiques les plus performants pour les acteurs économiques internationaux.

Les différences de normes entre les États peuvent être sources de distorsions de concurrence et handicaper ceux d'entre eux dont le droit des affaires, le droit fiscal ou le droit social pénalise, ou semble pénaliser, les acteurs économiques. Ces derniers n'hésitent plus à déterminer la localisation de leurs activités en fonction de ces considérations : c'est le phénomène du *forum shopping*.

Cette pression exercée par les entreprises relaie, dans bien des cas, les exigences émanant des financeurs, qu'il s'agisse d'investisseurs privés ou d'institutions financières internationales. Les banques privées assurant le financement de projets d'investissement exigent des garanties inspirées de leur propre culture juridique. New York et Londres constituant les deux principales places financières internationales, il s'ensuit que, de manière



générale, le milieu financier international utilise des schémas juridiques presque exclusivement inspirés du droit anglais et de l'État de New York.

Les dispensateurs d'aide publique internationale incitent également les États, de manière plus ou moins impérieuse, à moderniser leurs instruments juridiques. La Banque mondiale, le FMI ou l'Union européenne exigent, pour le financement de projets d'investissement, la mise en œuvre de règles de passation des marchés publics, d'étude des impacts, d'évaluation... dont elles fournissent d'ailleurs à l'État bénéficiaire des modèles sous la forme de *procurements*. De manière encore plus profonde, les conditions auxquelles est subordonnée l'obtention de crédits d'ajustement structurel imposent aux bénéficiaires des réformes importantes de leur droit interne. De même, les mécanismes d'examen périodique tant des politiques monétaires par le FMI que des politiques commerciales par l'OMC ou de la mise en œuvre de la libération des mouvements de capitaux par l'OCDE, diffusent auprès des États des disciplines qui ne découlent d'aucun texte normatif⁷⁴. Il en va également ainsi des ratios prudentiels élaborés par le Comité de Bâle sur la supervision bancaire sous l'égide de la Banque des règlements internationaux.

Nombre d'États sont d'ailleurs demandeurs d'une coopération dispensée par ces institutions : on peut citer l'exemple de la Chine à l'occasion de son adhésion à l'OMC, ou des pays d'Europe centrale et orientale (PECO) en vue de leur intégration dans l'Union européenne. De tels programmes d'adaptation massive du droit national font de ces pays les lieux d'une compétition intense entre institutions publiques et professionnels du droit des divers États européens et des États-Unis, non seulement afin de gagner des positions d'influence durable, mais aussi afin de bénéficier de ce qui représente un véritable marché de la coopération juridique.

Il convient en effet de rappeler que la Banque mondiale dispense chaque année plus de 15 milliards de dollars de prêts dans des programmes d'aide au développement⁷⁵. Le programme PHARE de l'Union européenne est doté d'un budget annuel de 1,5 milliard d'euros, et l'une de ses principales lignes directrices pour la période 2000-2006 est le renforcement des capacités administratives des pays candidats à l'adhésion. Les montants alloués aux programmes TACIS à destination des États de la Communauté des États indépendants (CEI) et MEDA à destination des États méditerranéens atteignaient respectivement en 1999, 400 et 900 millions d'euros. Une part de ces crédits est destinée à des prestations de services juridiques devant être assurées par des opérateurs sélectionnés par des procédures d'appel d'offres.

74. Sur tous ces points, voir Geneviève Burdeau, « Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial » et M. Salem, « Du rôle de l'OCDE dans la mondialisation de l'économie – aspects juridiques », in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.

75. 15,3 milliards USD en 2000.



Les États destinataires de ces programmes, attentifs aux besoins juridiques des acteurs économiques, procèdent, dans certaines matières, à une sélection des instruments juridiques étrangers les plus performants en vue de maintenir la compétitivité de leur territoire national. Leur droit national est ainsi dépendant des « importations » de notions et de dispositifs juridiques retenus par les systèmes juridiques les plus influents dans le financement et la mise en œuvre opérationnelle de cette coopération.

Sur un autre plan il convient de noter qu'en France comme dans d'autres pays la doctrine s'intéresse, parfois bien avant le législateur ou le juge, à l'apport que pourrait représenter, pour le droit national, le recours à un concept juridique étranger ⁷⁶.

Selon le professeur Malaurie ⁷⁷, trois hypothèses principales peuvent se présenter lorsqu'un État importe une notion juridique étrangère. L'importation d'une telle notion peut se limiter à l'utilisation d'un mot d'une langue étrangère, sans qu'aucun apport juridique ne couronne cet emprunt. L'auteur prend l'exemple du contrat de *travelling*, qui n'est rien d'autre qu'un contrat de transport. L'importation peut aussi n'être que limitée, en ce qu'elle se borne à modifier, sans transformation fondamentale, un outil juridique existant : le contrat de *parking* peut être ramené à une forme de bail. Enfin, la notion peut être tout à fait nouvelle en droit national : c'était le cas des offres publiques d'achat. Le droit boursier et le droit financier offrent d'ailleurs de nombreuses illustrations de produits d'importation qui ajoutent l'innovation terminologique à l'apport juridique : *stapling*, *stock options*, *leverage buyouts*, *defeasance* ⁷⁸...

L'importation de ces notions peut se traduire, concrètement, par la mise en place généralement progressive, de nouveaux dispositifs législatifs. La réception de ces solutions conduit à une « *modélisation des instruments juridiques* » ⁷⁹.

Cette évolution vers une standardisation peut être lente. Ainsi, le droit anglais donne depuis le début du XVIII^e siècle au débiteur de bonne foi en faillite la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes. Le droit américain a repris cette solution en 1898, solution maintenue

76. Voir pour une illustration : H. Muir Watt, « *Reliance* et définition du contrat », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, janvier 1999.

77. P. Malaurie, « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », JCP éd. G 2000, I, 246.

78. Respectivement jumelage d'actions, option de souscription d'actions, rachat d'une entreprise par les revenus qu'elle procure, technique qui permet à l'émetteur d'un emprunt obligataire de l'extraire de son bilan sans le rembourser directement.

79. « *Les législations culturées deviennent de plus en plus difficiles à édicter ou à maintenir, car la connaissance des performances des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation* », A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit précité*.



aujourd'hui avec le *Bankruptcy Reform Act* de 1978. Le même principe a également été retenu en Europe continentale. En France, par exemple, il a été repris en 1985. Plus récemment, les lois sur les faillites votées en Russie en 1992 ou au Vietnam en 1993 s'inspirent du même modèle⁸⁰.

Certaines solutions finissent par être importées après avoir, dans un premier temps, été perçues comme délicates à transposer. Ainsi la technique anglo-saxonne du *squeeze out*, qui permet à l'actionnaire majoritaire à plus de 95 % d'une société cotée de transférer à son profit la propriété des titres restants, sans avoir besoin pour cela de solliciter le consentement des actionnaires minoritaires, a finalement été « importée » dans le droit français des sociétés cotées par la loi du 31 décembre 1993⁸¹. Cette procédure de retrait obligatoire pouvait pourtant être regardée comme une expropriation d'utilité privée, à l'usage discrétionnaire des actionnaires majoritaires. Dès lors que la loi définit pour ces opérations les conditions satisfaisant aux fins d'intérêt général et d'indemnisation effective de ces actionnaires, la Cour de cassation n'a pas jugé ce dispositif contraire aux obligations résultant de la Convention européenne des droits de l'homme⁸².

À l'évidence, le droit français n'est pas le seul à être soumis aux influences extérieures. En outre, ces influences ne sont pas seulement exercées par d'autres droits nationaux. Enfin, les importations juridiques ne sont pas toujours heureuses. Le droit applicable aux États-Unis n'est ainsi pas immunisé contre les influences extérieures, et en particulier celles qui dérivent de conventions internationales ou de principes dégagés par des travaux d'harmonisation. On peut ainsi remarquer, avec certains auteurs⁸³, que la révision de l'article 2 du *Uniform Commercial Code*, relatif à la vente de biens, contient des références à la fois à la Convention de Vienne et aux principes d'UNIDROIT. Le droit anglais emprunte lui aussi des techniques juridiques étrangères lorsqu'elles semblent plus efficaces que les procédures nationales. La stipulation pour autrui a ainsi été récemment introduite en droit anglais, et les tribunaux, renonçant à leur pratique antérieure, ont développé une technique de *purposive interpretation of contracts* qui tend à recher-

80. A. Martin-Serf, *op. Cit.*

81. À noter qu'un régime analogue de délaissement obligatoire de parcelles dans l'intérêt collectif de propriétaires privés a été institué dès la loi du 21 juin 1865 au profit des associations syndicales autorisées.

82. Cass. com., 27 avril 1997, *Association de défense des actionnaires minoritaires c/ Société générale*, D. 1998, Jur. p. 334, RJDA 7/97, n° 915 ; sur cette question, voir également, par exemple : chronique A. Viandier sur l'arrêt de la première chambre de la Cour d'appel de Paris confirmé par la décision de la Cour de cassation, RJDA 7/95, p. 646 et M.-A. Frison-Roche, « L'acculturation du *squeeze out* en droit français », *LPA*, 29 nov. 1995, n°143.

83. E. Allan Farnsworth, « *The pertinence of impertinence : the future of contract law in the United States* », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de C. Gavalda*, Dalloz, mars 2001.



cher la véritable intention des parties. La chambre des Lords est revenue sur sa pratique antérieure en posant le recours aux travaux préparatoires comme règle d'interprétation⁸⁴. L'importation de modèles juridiques étrangers peut parfois constituer une greffe hasardeuse. À titre d'exemple, le droit des opérations d'acquisition en Europe centrale et orientale est désormais très marqué par le droit anglo-saxon, lequel est mal adapté aux caractéristiques fondamentales des systèmes juridiques de ces États, ce qui inquiète ceux qui y voient un « prêt-à-porter » juridique dangereux⁸⁵.

1.2.3. Les entreprises et les professions juridiques : « acheteurs » et « marchands »⁸⁶ de droit

La perméabilité du droit national aux solutions étrangères est accrue par le rôle d'entreprises et de professions juridiques pour lesquels le droit est un véritable marché, constitué de produits, de vendeurs et d'acheteurs qui sont en concurrence. La concurrence internationale donne lieu à l'élaboration d'un droit économique international essentiellement contractuel, dans le contexte duquel émergent certains standards internationaux ou éléments de droit « mou ».

La privatisation du droit : un « droit international de l'entreprise »

Les recours des acteurs économiques à des contrats pratiquement détachables de tout droit interne ont consacré depuis longtemps l'existence d'un droit du commerce international produit par ces acteurs. Les spécialistes du droit international privé n'ont ainsi pas attendu l'émergence du concept de la mondialisation pour souligner que l'internationalisation des échanges et la multiplication des flux commerciaux ont engendré un droit économique à l'échelle mondiale. L'hypothèse de l'existence d'un tel droit spécifique, une nouvelle *lex mercatoria*, s'est ainsi formée, en France, grâce aux travaux de B. Goldman et P. Kahn notamment.

Sans prendre parti sur l'existence et la nature de ce phénomène juridique discuté⁸⁷, il faut néanmoins admettre que les activités commerciales et financières internationales sont créatrices de droit,

84. *Pepper v. Hart* (1993).

85. « L'influence anglo-saxonne dans les contrats », in « L'entreprise et les défis du droit à l'heure de la mondialisation, Troisièmes journées d'études de l'AFJE », septembre 1997, pp. 53-60.

86. L'expression est empruntée à Y. Dezalay, *Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992.

87. Par exemple : P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1987 ; J-M. Mousseron, « La *lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée », in *Mélanges Boyer*, 1996.



anticipant parfois sur les juristes eux-mêmes. Deux illustrations permettent de saisir la portée de cette activité créatrice de droit : la pratique contractuelle des entreprises et le recours à l'arbitrage.

Les firmes multinationales « *tendent à devenir leur propres législateurs et à échapper assez largement, lorsqu'elles le souhaitent et lorsqu'elles le peuvent, à la régulation aussi bien nationale qu'internationale* »⁸⁸, au point que le droit du commerce international peut être assimilé à un « *droit international de l'entreprise* »⁸⁹. La négociation des contrats internationaux est fondamentalement un mécanisme de partage des risques, ce qui implique le maximum de précision et de prévisibilité possibles. Et les sociétés ont besoin, dans certaines matières, d'un service de très haut niveau pour aboutir à la conclusion de contrats extrêmement techniques, par exemple, en matière bancaire, dans les dossiers de titrisation, de financements de projets, de crédits syndiqués... On constate qu'il est possible à la doctrine d'estimer que le droit des clauses est le plus souvent « *d'inspiration anglo-saxonne* »⁹⁰, parce qu'il s'accommode mieux d'un marché déréglementé, comme, au contraire, d'écarter l'accusation de rigidité régulièrement avancée contre le droit romano-germanique⁹¹.

Les raisons de la prédominance de règles d'inspiration anglo-saxonne dans le « droit international de l'entreprise » sont sans doute moins à rechercher dans une *common law* par nature plus souple et mieux adaptée que dans le fait que les contrats qui lient ces firmes ont un contenu qui a souvent la même source. Les contrats-types, les conditions générales, les clauses principales ont pour auteurs les principaux acteurs du commerce international qui ont créé des modèles, limitant de fait la liberté contractuelle. Ces modèles, utilisés par les grands groupes, ont tendance à se propager dans les pratiques nationales⁹².

En parallèle, l'arbitrage international a connu un essor remarquable : « *from the stage of artisans to that of mass production* »⁹³. L'arbitre, qui est tenu de mettre en œuvre les règles que les parties ont voulu appliquer à leur contrat, est à l'évidence un facteur essentiel d'influence sur le marché juridique mondial.

88. B. Oppetit, « L'illicite dans le commerce international », in *L'illicite dans le commerce international*, sous la dir. de P. Kahn et C. Kessedjian, Litec, 1996.

89. J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Fabre, J.-L. Pierre, *Droit du commerce international, droit international de l'entreprise*, Litec, 1997.

90. E. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, op. cit.

91. B. Mercadal, « Des différences entre la *common law* et la *civil law* ? », conférence prononcée le 24 janvier 2000, à l'association Droit et commerce, RJC 4/2001.

92. Sur cette question : « L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de *Common law* : quelle loi pour vos contrats dans l'Europe de 1993 ? », *Cah. Dr. Ent.* 4 novembre 1993, p. 15.

93. « Du stade de l'artisanat à celui de la production de masse ». Y. Dezalay et B. Garth, "Merchants of law as Moral Entrepreneurs : Constructing International Justice from the competition for transnational business disputes", *Law and Society Review*, vol. 29, n° 1, 1995, p. 27.



Les droits internes en général, et notamment le droit français⁹⁴, sont depuis longtemps très favorables à l'arbitrage en matière commerciale par souci de prendre davantage en compte les préoccupations particulières des professionnels dans le mode de règlement des litiges nés de ces contrats internationaux. C'est d'ailleurs la volonté qui a animé les autorités du Royaume-Uni lors de l'adoption de *l'Arbitration Act* en 1996 : rendre aux cours arbitrales anglaises une position de leader, en assouplissant et en modernisant les règles de procédure⁹⁵. Cette volonté témoigne de l'intensification de la concurrence entre les places arbitrales, et peut-être même entre juridictions. Ce processus cumulatif, qui s'ajoute à la présence de puissants professionnels privés du droit, contribue à la création de « places juridiques » équivalentes aux places financières internationales.

Le rôle des avocats dans la diffusion et l'importation du droit

Il est banal de relever la puissance des grands cabinets d'avocats internationaux qui sont principalement anglais ou américains. On pouvait déjà écrire au début des années 1990 : « *Quand les services juridiques représentent, comme aux États-Unis, un poids économique supérieur à celui de la sidérurgie, quand les City law firms peuvent se targuer de contribuer à la balance des paiements britanniques pour plus de 350 millions de livres, quand l'ouverture d'un bureau à l'étranger ou l'achat d'un équipement informatique se chiffre par centaines de millions de francs, il est clair que ces organisations professionnelles sont aussi des entreprises capitalistes à part entière* »⁹⁶. Ces grands cabinets suscitent sans doute autant d'idées fausses qu'ils provoquent de phénomènes juridiques réels.

Pour atténuer la portée d'une idée fréquemment reprise, les avocats anglo-saxons n'ont pas de vocation messianique à diffuser leur droit national à l'étranger et en particulier auprès des firmes multinationales. Les *common lawyers* sont, sans doute, enclins à croire dans les vertus du système juridique qu'ils connaissent le mieux alors que les *civil lawyers* paraissent parfois convaincus que leur propre droit souffre de handicaps souvent largement surestimés. En revanche, il faut écarter l'idée selon laquelle un avocat, travaillant pour une entreprise internationale, préconiserait par principe le choix de « son » droit. Une telle pratique ne correspond évidemment pas à la logique commerciale qui prévaut sur le marché du droit : ce qui compte, c'est que le client dispose de l'outil juridique le plus adapté à sa situation.

94. Cf. L'importance à cet égard de la localisation à Paris de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Voir *infra* 2.2.

95. A. Antoine, « La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage », *L PA*, n° 9, 29 janvier 1997.

96. Y. Dezalay, *ibid.*, p. 224.



Pour un avocat, il n'existe pas de droit « meilleur » qu'un autre *a priori*. Il existe seulement des textes, des mécanismes, des systèmes qui sont plus ou moins bien adaptés à des situations particulières. En outre, il est clair qu'en la matière, parler de droit anglo-saxon masque artificiellement la concurrence qui oppose les cabinets anglais et américains. Il convient cependant de noter que les avocats, américains en particulier, restent très attentifs au droit procédural, qu'ils souhaitent voir ressembler à leur droit national et n'hésitent donc pas à tenter d'exporter dans certains textes des conceptions juridiques d'outre-atlantique. Ainsi, le projet de directives de la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) concernant les procédures arbitrales était, sur la question de la preuve, « fort inspiré des pratiques américaines »⁹⁷.

Plus profondément, surtout, les cabinets d'avocats jouent un double rôle essentiel pour l'analyse de l'influence réciproque des systèmes juridiques : ils créent le droit et ils le prescrivent.

Les cabinets d'avocats sont en effet, depuis longtemps aux États-Unis, sans doute à un degré moindre et depuis plus récemment en Europe au moins continentale, des « machines à produire du droit »⁹⁸. Analysant l'un des principaux pôles d'activité des cabinets dans les années 80, qui ont été les offres publiques d'achat, Yves Dezalay montre combien le recours aux juristes et aux tribunaux, arme tactique essentielle à l'occasion de luttes financières, contribue à formaliser les règles du jeu économique et produit du droit. Le phénomène reste le même aujourd'hui, et il faut insister sur l'importance du couple cabinet d'avocats – banque d'affaires dans le domaine financier. Les banques américaines, qui s'appuient sur l'importance de leur marché d'origine et sont en général plus spécialisées que leurs homologues européennes, inventent la plupart des nouvelles techniques financières puis les diffusent à l'étranger. C'est le cas notamment, parmi d'autres procédures, déjà citées, des *swaps*⁹⁹, des obligations à haut rendement, de la titrisation. Les avocats jouent également un rôle essentiel dans les opérations de fusions-acquisitions.

Dans tous ces domaines, les cabinets d'avocats anglais ou américains bénéficient de solides avantages comparatifs. D'abord, au moins en ce qui concerne les cabinets américains, la puissance économique et financière de leur État d'origine provoque une réception inévitable de leurs techniques financières à l'étranger. Ensuite, ils connaissent ces nouvelles techniques pour les avoir déjà appliquées sur leur territoire national, voire parfois pour avoir largement contribué à leur élaboration.

97. P. Fouchart, « Une initiative contestable de la CNUDCI. À propos du projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales », *Rev. arb.* 1994. 461.

98. Y. Dezalay, *ibid.*, p. 228.

99. Contrats d'échange de devises ou de taux.



tion. Enfin, dès lors que l'expérience dans ces domaines s'acquiert en multipliant les opérations, ils consolident ainsi l'un de leurs principaux atouts sur un marché du droit où l'ancienneté et le renom sont les premiers fondements de l'hégémonie. Au total, les grands cabinets d'avocats inventent les nouveaux outils juridiques, certes dans des domaines parfois très techniques mais souvent cruciaux pour la vie économique, et parviennent à contribuer à les exporter à l'étranger, puis à les faire « homologuer » soit par les législateurs, soit par les juges nationaux.

Les avocats jouent un autre rôle, tout aussi fondamental. Ils incorporent dans les contrats qu'ils préparent avec et pour leurs clients des clauses aux origines très diverses, issues aussi bien de droits nationaux différents que de règles dégagées par les professionnels ou créées par des organisations internationales. C'est le prolongement logique de leur rôle de création du droit. Les contrats de fusion-acquisition, même entre deux entreprises françaises, sont très largement rédigés selon des modèles américains : y figurent des clauses de *best efforts*, de *due diligence* ou bien encore de *disclosure*¹⁰⁰. Les grands cabinets internationaux, pour certains types d'affaires, peuvent également mettre en concurrence les systèmes juridiques et judiciaires nationaux. Les opérateurs peuvent en effet délocaliser leurs activités sur le marché du droit : « *Les principes mis en place par la jurisprudence dans certains États américains et les aléas liés à un procès font éviter le choix d'un droit d'un État des États-Unis d'Amérique, comme par exemple le droit de l'État de New York en matière de contrat d'intermédiaire* »¹⁰¹.

La naissance d'une « soft law » internationale : l'exemple de la gouvernance

Parallèlement à l'expansion du rôle du contrat, un droit dit « mou » ou « malléable » a pris une grande importance. Il se construit par la création de recommandations, à l'origine non obligatoires mais qui, par la capacité d'adhésion qu'elles suscitent, parviennent à s'ériger en règles respectées. L'exemple le plus connu de ce phénomène est sans doute celui de la *corporate governance*¹⁰². Elle naît aux États-Unis et au Royaume-Uni, d'une réflexion menée sur la façon dont les sociétés cotées devraient être dirigées, sur la façon dont la structure du pouvoir devrait s'organiser en leur sein pour répondre aux intérêts fonamen-

100. Respectivement meilleurs efforts, obligation dans laquelle se trouve une société acquise par une autre de donner une idée de sa situation financière, révélation d'informations. Voir sur ce point J.-Y. Trochon, *Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises. Fusions, acquisitions, joint-ventures* ..., EFE, 1997 et E. Loquin et L. Ravillon, *op. cit.*

101. D. Lamèthe, « L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation », in *D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, octobre 1999.

102. Selon la définition de Sir A. Cadbury, la *corporate governance* est, tout simplement, le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées.



taux des sociétés et tout particulièrement aux intérêts des actionnaires. Dans les années 1990, l'*American Law Institute* publie un rapport sur les « *Principles of Corporate Governance. Analysis and Recommendations* » dont l'objectif est de rétablir l'actionnaire au cœur du pouvoir dans l'entreprise. Au Royaume-Uni, à la suite de scandales financiers, est installé en mai 1991 le *Cadbury Committee*, qui publie en décembre 1992 son « *Code of best practice* ». Ce « code Cadbury » contient des règles de comportement et des recommandations notamment sur les rôles respectifs des dirigeants de société, des actionnaires ou des commissaires aux comptes.

Certes, aucune des prescriptions contenues dans ce code n'est obligatoire. Mais en avril 1993, la bourse de Londres a posé comme condition à la cotation que toutes les sociétés enregistrées au Royaume-Uni, quelle que soit leur taille, produisent une déclaration annuelle indiquant si elles respectent le code Cadbury et, dans la négative, spécifient les paragraphes qu'elles ne respectent pas et donnent les raisons de ce non respect. C'est évidemment plus qu'une incitation à suivre les règles établies par le code, dès lors que ces normes deviennent un instrument d'évaluation des entreprises.

En France, à la suite des réflexions menées aux États-Unis et au Royaume-Uni, sont publiés le rapport Vienot de juillet 1995 sur le conseil d'administration des sociétés cotées et le rapport du sénateur Marini en septembre 1996 qui examine le même type de questions. Ces deux rapports, dans la ligne des études étrangères, proposent notamment la création de comités spécialisés dans les sociétés et parmi eux d'un « comité d'audit ». En 1998, soit deux à trois ans après la publication, en France, des deux rapports, 65 % des sociétés du CAC 40 avaient constitué un comité d'audit, et près des trois quarts avaient composé leurs comités en suivant les recommandations du rapport Vienot¹⁰³. En quelques années, la *corporate governance* est devenue un véritable corpus de normes, certes en principe non impératives, mais dont le respect est en réalité sans doute mieux assuré que celui de bien des règles de droit. La notion de *corporate governance* serait même devenue l'un des moteurs d'une mutation du droit français des sociétés¹⁰⁴.

Dans le même ordre d'idées, la normalisation comptable internationale à laquelle on peut assister, sous l'impulsion de l'IASC¹⁰⁵, induit des pratiques générales sinon de véritables règles dans le domaine du droit des sociétés comme dans celui des opérations financières.

103. Sur cette question, voir en particulier G. Mauduit, V.A. Viandier, *Le capitalisme au XXI^e siècle, vers quels rapports entre management et capital ?*, Dalloz Affaires 1997.

104. A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », D. 1995, chron. p. 163.



Dans le domaine comptable existe une opposition entre l'approche des États-Unis et du Royaume-Uni, et celle de l'Europe continentale. Malgré cette opposition, les entreprises ont été conduites à mettre en place des systèmes de comptabilité sur le modèle anglo-saxon afin de satisfaire aux exigences de leurs actionnaires.

1.2.4. Les acteurs de la société civile internationale, des prescripteurs de droit

Il faut mettre les exigences des acteurs de la société civile en contrepoint de cette pression exercée par les entreprises sur les États. Les opinions publiques, les organisations non gouvernementales (ONG), ou même les mouvements de contestation tels que ceux qui se sont manifestés lors des récents sommets internationaux, peuvent aussi être, au moins indirectement, des prescripteurs de droit. On a souvent évoqué leur rôle d'influence, auprès du Parlement européen, de la Commission européenne¹⁰⁶ ou des Nations unies. Un statut consultatif est d'ailleurs largement reconnu aux ONG dans diverses enceintes internationales et elles ont exercé une forte influence, dans les années récentes, sur des thèmes tels que la réduction de la dette des pays en voie de développement, l'interdiction des mines antipersonnelles, ou la création de la Cour pénale internationale (CPI)¹⁰⁷.

En matière économique et sociale, les exigences de la société civile sont souvent inverses de celles des entreprises, et vont vers davantage de protection étatique pour ce qui concerne le droit du travail, le respect de l'environnement, ou la préservation des particularismes culturels. Inversement, sur le plan des droits civils et politiques, les opinions publiques œuvrent dans le sens d'un rapprochement des systèmes sur la base d'un standard commun de haut niveau : ainsi les attentes croissantes des citoyens en matière d'efficacité de la justice ont-elles provoqué, au Royaume-Uni, l'insertion d'éléments de la procédure inquisitoire au sein de la procédure civile¹⁰⁸, afin de la rendre plus efficace, et en France, l'adoption en matière pénale de certaines règles caractéristiques du *due process* anglo-saxon, notam-

105. Créé, en 1973, par les instituts comptables de 9 pays dont la France, l'IASC (International Accounting Standards Committee) a pour objet d'élaborer et de publier des normes comptables pour la présentation des états financiers ainsi que de promouvoir leur utilisation et leur généralisation à l'échelle mondiale. De nombreux États ne disposant pas de leurs propres normes comptables ont adopté le modèle de l'IASC.

106. Les ONG sont représentées auprès de la Commission européenne au sein du Comité de liaison des ONG.

107. « Les ONG s'imposent comme acteurs dans les relations internationales », *Le Monde*, 4 février 2001.

108. Cf. réforme de la procédure devant les Cours royales à la suite du rapport de Lord Woolf en 1996.



ment le droit au silence qui oblige la police à informer la personne accusée d'une infraction qu'elle peut se taire ¹⁰⁹.

Si l'influence de ces acteurs privés ne peut être mise au service d'une stratégie d'une promotion du droit français, car ils poursuivent évidemment des objectifs qui leur sont propres, on peut tout de même noter qu'ils constituent en fait dans certains cas des relais très efficaces des actions publiques menées en la matière.

*
* *
*

L'« hybridation » ou « métissage » juridique, fruit des mécanismes qui viennent d'être décrits, suscite des inquiétudes qu'on ne peut ignorer : crainte d'une domination du droit américain, sous-tendue par ses armées de *lawyers* et par les firmes multinationales et conduisant à la prévalence d'un modèle économique et politique auquel serait donné la forme légitime d'un nouvel ordre juridique mondialisé ; crainte aussi que, masqué derrière des projets de résurrection d'un *jus commune*, le « métissage » ne serve en réalité que l'intérêt stratégique des professionnels du droit à défendre un droit commun des professionnels, sans tenir compte des données sociologiques, alors même que les droits nationaux reposent avant tout sur une vision du monde nourrie par une géographie et une histoire.

Ces craintes doivent être relativisées. Les considérations qui précèdent ont montré la complexité des cheminements par lesquels passent la diffusion et l'importation des dispositifs juridiques. Le droit présente un spectre très large d'intervenants. Du côté de l'offre, les droits nationaux, régionaux ou internationaux sont des produits qui doivent constamment s'adapter aux besoins du marché. Du côté de la demande, les entreprises et la société civile exigent une qualité de service élevée. Entre les deux travaillent les intermédiaires chargés des « transactions » : avocats, cabinets de conseil, mais également sociétés savantes et travaux de doctrine qui participent à l'élaboration de normes qui puissent susciter l'adhésion.

De cet enchevêtrement résulte une coexistence des systèmes juridiques : l'influence juridique n'est jamais univoque et s'exerce mutuellement entre les différents systèmes de droit. Dans ce contexte, il reste à préciser quelle est et quelle doit être la place de la France et du droit français.

109. Dernier alinéa de l'article 63-2 du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Ce droit au silence est inspiré du droit de ne pas témoigner contre soi-même qui, sans être naturellement absent du droit continental, est plutôt anglo-saxon. Il a été consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme à partir de l'article 6.1 de la Convention ; voir CEDH, *Funke c/ France*, 25 février 1993, A 256-A.



2. L'influence juridique de la France

Le droit français a incontestablement représenté, depuis la fin du XVIII^e siècle, un modèle ¹¹⁰ dont se sont inspirés de nombreux États dans le monde. Avant d'autres, il constitue à partir de cette époque, sur la base d'une tradition juridique forte, notamment doctrinale, un système juridique cohérent, moderne et intelligible dont les qualités sont aisément reproductibles.

Ces qualités intrinsèques sont toutefois insuffisantes pour expliquer une aussi large diffusion : la puissance militaire et diplomatique française conjuguée au statut du français comme langue culturelle et diplomatique créent un environnement favorable à une diffusion due à l'action conjuguée des institutions et des juristes dont la valeur est internationalement reconnue.

Ces facteurs, intrinsèques comme extrinsèques, ne jouent plus aujourd'hui avec autant de force qu'auparavant. Quoique l'influence juridique ne soit pas scientifiquement mesurable, le sentiment domine d'une moindre influence du droit français du fait principalement d'un retournement des facteurs de rayonnement, dessinant en quelque sorte en creux les éléments d'une stratégie de reconquête d'influence.

2.1. Histoire et géographie de l'influence juridique française

La Révolution de 1789 a constitué le ressort idéologique majeur de la diffusion du droit français en Europe et dans le monde. C'est ce ressort

110. Le modèle juridique français a fait l'objet d'une littérature très riche : Voir *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée* Paris, LGDJ, 1969 et « La circulation du modèle juridique français », *Journées franco-italiennes de l'association H. Capitant*, tome XLIV, 1993.



qui a permis et permet encore à la France d'apparaître comme le pays des droits de l'homme ¹¹¹, c'est-à-dire comme le pays qui est à la source d'un droit dont les principes inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, formulés de façon concise et dense, ont été diffusés à peu près partout dans le monde. Ce rayonnement, relayé par l'apport doctrinal de la pensée politique française au XIX^e siècle, puis entretenu après la guerre par la contribution de la France et spécialement de R. Cassin ¹¹² à la Déclaration universelle des droits de l'homme, et de P.-H. Teitgen à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en 2000 par l'adoption, sous présidence française, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, est trop connu pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter.

En Europe s'est ajouté l'effet des conquêtes napoléoniennes qui ont permis d'exporter tant un droit codifié que des institutions administratives. La colonisation contribuera par la suite, à son tour, au même phénomène en Afrique et en Extrême-Orient.

Pour être important, le rôle d'évènements politiques et militaires dans l'exportation du droit français ne suffit pas à rendre compte précisément des territoires dans lesquels s'est imprimée la marque de ce droit non plus que des raisons de la persistance de l'empreinte de telle ou telle branche de ce droit.

2.1.1. La diffusion du droit privé

Le Code civil a laissé en Europe et dans le monde des souvenirs qui sont encore vivaces ¹¹³. Il fut appliqué *de jure* en Allemagne (sauf dans le Wurtemberg, en Prusse et en Bavière), en Pologne, aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg, dans une grande partie de l'Italie et dans certains cantons suisses. L'idée de Napoléon était évidemment de consolider, par le droit, sa domination militaire et politique sur l'Europe. Ce qui « *convient aux Français convient à tous* », car « *il y a bien peu de différence entre un peuple et un autre* » ¹¹⁴. Cependant l'influence du droit civil, et, plus généralement du droit privé français, ne correspond pas, loin de là, au flux et au reflux napoléonien en Europe.

111. Même si, en réalité, il n'y a plus guère aujourd'hui de spécificité du droit français en la matière.

112. Mais aussi d'E. Roosevelt.

113. En témoigne par exemple le titre de cette conférence sur le projet de *corpus juris* pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne prononcée par Michael A Clark à Birmingham en avril 2000 : « Britain's unique heritage of Law Threatened by an EU Police State. A napoleonic System of repression now confirmed in corpus juris... ».

114. Cité par G. Lefebvre, *Napoléon*, p. 443.



Un effet « codification »

Il y a eu tout d'abord, surtout en Europe mais également dans d'autres parties du monde, un « effet codification ».

En Europe cet effet survit à Napoléon puis au Code civil : après avoir régné *ratione imperii*, le code s'est imposé *imperio rationis*¹¹⁵.

En Allemagne, après Napoléon, domine une forte hostilité au droit français mais le Code civil survivra dans les territoires récupérés par l'Allemagne. Il s'y maintiendra alors même que le courant doctrinal, représenté par Savigny, hostile non seulement au Code civil, mais à la codification, l'emporte et fait obstacle à l'élaboration d'un Code civil allemand qui ne verra le jour qu'en 1900. Persistance du Code civil puis élaboration d'un code national : c'est également ce que l'on peut constater par exemple en Suisse, aux Pays-Bas ou en Pologne dans le courant du XIX^e siècle.

La diffusion du droit privé codifié s'explique par ses vertus propres, techniques et idéologiques.

La codification représente un progrès en soi¹¹⁶, accompagnant la modernisation des États, ce qui explique ainsi la persistance d'abord de l'objet, ensuite de l'idée. Que la codification soit considérée au XIX^e siècle comme un progrès en soi, l'exemple du Japon comme celui de la Turquie en apportent la preuve. Le gouvernement révolutionnaire de Meiji soucieux, après la chute du Shogounat de moderniser les institutions politiques, économiques et sociales, préfère au système anglais, difficile à importer rapidement et simplement, le système français de codification. Un travail de traduction des cinq codes napoléoniens est entrepris.

De même, parmi les réformes engagées par Selim III, sous la pression des puissances occidentales, figure, à partir de 1839, l'introduction des codifications napoléoniennes¹¹⁷ (droits pénal, commercial et procesuel) qui représentent alors, en Europe, le seul exemple de codification. L'adoption de codes par la Turquie va durablement contribuer à relayer l'influence française dans les pays du Proche-Orient et du Maghreb. Y contribue également la codification égyptienne en 1875 et 1883. Les

115. Selon la formule de Fiore cité par H. Mazeaud « le Code civil et son influence en Europe », rapport général in *Travaux de la semaine internationale du droit*, Paris, 1950, Pédone, 1954, p. 573 et s.

116. Le modèle choisi pouvant être parfois l'effet, sinon du hasard, du moins des contingences ou des circonstances. En Roumanie, le Prince Alexandre Ion Cuza chargea en 1864 le Conseil d'État d'élaborer un code et proposa comme modèle le code italien. Mais le Président du conseil passa outre à la recommandation et choisit le Code civil français. Le code roumain fut élaboré en deux mois par simple traduction du Code civil. En Grèce, la codification est le fruit de l'influence des juristes allemands qu'Othon 1^{er}, prince de la famille des Wittelsbach, imposé par les puissances occidentales en 1832, a amenés avec lui.

117. Qui seront par la suite fortement concurrencées par le droit suisse ... le ministre de la Justice turque ayant fait ses études en Suisse.



codes égyptiens ont en effet servi de modèles dans un nombre important de pays arabes ¹¹⁸.

Un effet idéologique et doctrinal

Aux États-Unis, au début du XIX^e siècle, le droit français bénéficie d'une part d'un fort courant anti-anglais, d'autre part d'une faveur pour un droit au contenu jugé plus philosophique et idéaliste que la *common law*. Dans l'État de New York des sources françaises sont utilisées, en matière commerciale surtout. D'après Roscoe Pound, c'est parce que les juges américains ne trouvaient pas toujours des sources suffisantes en *common law*, qu'ils se sont tournés vers les traités français ou hollandais ¹¹⁹. Comme l'explique René David, il apparaissait normal que la Déclaration des droits et la Constitution des États-Unis soient complétés par des codes ¹²⁰. Le New Jersey et le Kentucky vont jusqu'à voter des lois interdisant la référence aux décisions des cours anglaises et des projets de code sont envisagés jusqu'au milieu du XIX^e siècle.

C'est le Code pénal français qui a servi de modèle à l'instauration de cours d'assises en Russie en 1864.

En Amérique latine, le droit français appartenant à la même famille que celui des colonisateurs espagnols et portugais a été source d'inspiration essentiellement à travers la doctrine, les juristes puisant dans les auteurs français dont ils connaissent la langue.

Cet effet doctrinal, fruit du renom personnel de juristes universitaires, a joué même dans des pays dont l'histoire et la culture n'avaient pas été spécialement mêlées à celles de la France. On peut par exemple citer le rôle joué dans les années 1920 en Chine pour l'élaboration d'un Code civil par le professeur Jean Escarra ou la mission confiée dans les années 1950 par les autorités éthiopiennes au professeur René David de rédiger un Code civil éthiopien.

2.1.2. Le rayonnement du droit administratif

Si le droit privé français a bénéficié, pour sa diffusion à l'étranger, d'un effet codification, tel ne pouvait naturellement pas être le cas du droit administratif qui a pourtant servi de modèle à de nombreux États. Ce n'est toutefois là qu'un des paradoxes de cette réussite dont les ressorts ne sont en définitive pas si différents de ceux qui ont gouverné l'export-

118. Notamment Irak, Koweït, Libye.

119. Roscoe Pound, « The influence of the Civillaw in America », *Louisiana law Review* 1, 1938.

120. En 1811, J.Bentham offre à cet effet ses services au Président Madison.



tation du droit privé ¹²¹, c'est-à-dire une interaction fructueuse de facteurs politiques, techniques et culturels au profit d'un droit moderne qui, du fait de son adaptabilité et grâce à l'apport de la doctrine, s'est révélé facilement exportable.

Les institutions administratives de l'an VIII imposées par Napoléon aux territoires conquis – notamment l'existence de préfets à la tête de circonscriptions territoriales uniformes – ont sans doute constitué un terreau fertile pour le développement postérieur d'un droit qui leur fût adapté. De même, dans de nombreux États francophones en Afrique ou en Asie issus de la décolonisation, le maintien des institutions administratives antérieures à l'indépendance et la culture juridique des élites portées au pouvoir ont permis au droit administratif français de conserver son influence.

Un droit en avance

La France a été, au début du XIX^e siècle, le seul État à réunir les conditions d'éclosion d'un droit administratif structuré : la Déclaration de 1789 a sinon inventé du moins propagé l'idée d'État de droit, un Conseil d'État à compétence consultative et contentieuse existe, des chaires de droit administratif se développent dans les facultés à partir de la Restauration ¹²² et avec elles l'effort doctrinal sans lequel l'exportation est impossible. La France va ainsi faire figure de pionnière ¹²³ et donc de modèle du fait d'un avantage comparatif que l'Allemagne ne réduira qu'après la guerre de 1870. Le Conseil d'État français aura été imité en tout ou partie par de nombreux pays européens et extra européens. C'est le cas notamment aux Pays-Bas, au Portugal, en Grèce, en Espagne, en Turquie, en Colombie, en Thaïlande, etc. ¹²⁴

On peut par ailleurs noter que de 1860 à 1910, en Russie, la question du contrôle de l'administration fut l'objet d'études doctrinales, inspirées notamment par l'évolution du Conseil d'État français, qui tendaient à faire du premier département du Sénat une véritable juridiction administrative ne se bornant plus, selon une tradition plus que centenaire, à régler les litiges entre les collectivités locales dotées d'une certaine autonomie et les gouverneurs et ministres et devenant compétent pour

121. Sur ces paradoxes voir J.Rivero « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif » in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, 1972, Tome III, p. 619-639 et Y. Gaudemet « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe » in « *Mélanges Ardant* », 1999, p. 431, LGDJ.

122. Une chaire de droit administratif est créée dès l'an XII à l'École de droit de Paris.

123. Notamment pour la doctrine allemande qui juge la doctrine française « sans équivalent dans aucun autre pays » (R.Von Mohl, *Histoire des sciences de l'État*, 1858) et dont l'un des grands auteurs, Otto Mayer, publie une théorie du droit administratif français en 1886 avant de publier un ouvrage de droit allemand.

124. Voir notamment sur ce point « Le rayonnement du Conseil d'État et le droit administratif à l'étranger », *Livre Jubilaire Sirey*, 1952 ; « L'influence française sur les réformes juridique, politique et administrative en Thaïlande », C. Sawangsagdi, septembre 2000.



examiner les plaintes des particuliers relatives à l'action des organes de pouvoir. Ces études doctrinales ont été relayées par des projets politiques discutés à la Douma, mais qui n'ont pas abouti avant 1917 ¹²⁵.

Certes, l'adoption d'un Conseil d'État à la française par certaines monarchies européennes au XIX^e siècle n'est guère plus qu'une concession limitée au libéralisme ambiant par la création d'un conseiller du Souverain, y compris dans le domaine du contentieux, qui, sans remettre en cause son autorité, donne quelques garanties aux administrés. L'institution, du fait de sa proximité avec le pouvoir, peut ne pas résister aux changements politiques qui affectent les États qui se sont inspirés du modèle : c'est le cas du Brésil et de la Turquie pour des raisons totalement opposées ainsi que de la Belgique ¹²⁶.

Parce qu'il n'est plus apparu, à partir de la fin du XIX^e siècle, exclusivement voire principalement comme le conseiller du prince mais comme un juge de l'administration, protecteur des administrés, le Conseil d'État a pu diffuser les idées et la jurisprudence françaises, déclenchant ainsi une deuxième vague d'imitation de l'institution (Belgique 1946 ; Egypte 1946) et de sa jurisprudence (au Moyen Orient et en Amérique Latine).

Un droit évolutif

« Adopter l'institution, même en l'adaptant, c'est adopter par là-même les catégories et les notions fondamentales qui lui donnent son sens et sa vertu » ¹²⁷ : l'exportation de la juridiction administrative a permis celle du droit administratif. Toutefois, sans l'apport de la doctrine – qu'il s'agisse des membres du Conseil d'État comme Cormenin ou Aucoc et Laferrière ou d'universitaires comme Hauriou et Duguit qui ont, au XIX^e et au début du XX^e siècle, théorisé le droit administratif – ce résultat n'aurait pas pu être obtenu. Plus que le droit privé ¹²⁸, le droit administratif français, né de l'énoncé progressif de concepts fondateurs par l'institution ayant parmi ses missions originelles celle de « régler les litiges qui s'élèvent en matière administrative », avait besoin d'être expliqué, mis en perspective pour pouvoir être exporté.

125. Cette information résulte de recherches, notamment d'archives, effectuées par Catherine Pravilova (Académie des Sciences, institut d'histoire russe de Saint Petersburg) en vue de sa thèse, dont le projet a été déposé en 1997, sur « Les problèmes du contrôle de l'administration dans la politique gouvernementale et la pensée russe de 1850 à 1917 ».

126. Le Brésil à la suite d'une révolution libérale, la Turquie parce que le Conseil d'État fait de l'ombre à un monarque autoritaire.

127. J. Rivero précité.

128. Ce qui ne conduit naturellement pas à mésestimer le rôle de la doctrine privatiste dans l'exportation du droit privé : Pothier, Domat, Aubry et Rau ont constitué des références en Amérique du Nord comme du Sud ; Josserand a eu une grande influence sur les droits des États du Proche-Orient notamment au Liban, Boissonnade a été conseiller juridique du Gouvernement japonais pendant vingt ans etc.



Cet effet de transplantation a d'autant plus joué que le Conseil d'État s'affranchissait de l'image qui avait pu être la sienne au début de son existence et que se développaient les interventions de l'administration. Ces deux évolutions expliquent le succès à l'étranger de la théorie du recours pour excès de pouvoir comme de celle des contrats administratifs, plus particulièrement celle des concessions de service public.

La France a ainsi pu exercer son influence à la fois comme modèle achevé d'un dualisme juridictionnel auquel s'oppose un monisme plutôt anglo-saxon ¹²⁹ et comme pionnier d'un droit de l'administration dont les standards comme les techniques dépassent les clivages d'ordre politique et sont adaptés tant aux États fédéraux qu'aux États unitaires.

2.1.3. L'influence dans la constitution de l'ordre juridique international et communautaire

L'action des juristes français

L'influence indéniable de la France sur le droit international public général, évidemment liée à la longue suprématie de la langue française dans les relations diplomatiques et plus généralement dans la société internationale issue du Siècle des Lumières a, au départ, porté sur la création même d'un droit propre à régir les relations inter-étatiques en temps de guerre comme en temps de paix. Les traités de Westphalie en 1648, le Congrès de Vienne en 1815, ont été à cet égard, et indépendamment de leur portée politique, des étapes significatives parmi d'autres. Par ailleurs, des principes actuellement reconnus par le droit international public comme celui de la liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes trouvent leur inspiration, sinon exclusive du moins évidente, dans la pensée juridique dont est nourrie la Déclaration de 1789. Ultérieurement, les juristes et négociateurs français ont joué un rôle déterminant dans la création d'une justice internationale. Louis Renault, qui en fut récompensé par le prix Nobel de la Paix, Paul d'Estournelles et Léon Bourgeois prirent une part déterminante à la création, par les conventions de la Haye de 1899 et 1907, de la Cour permanente d'arbitrage. C'est également Léon Bourgeois qui fut à l'origine de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) de la SDN ¹³⁰. La place de la France dans la création de la CPJI puis de l'actuelle Cour internationale de justice (CIJ) a sans doute été à

129. Voir « Monisme(s) ou dualisme(s) en droit administratif », in Journées d'études internationales, II^e centenaire du Conseil d'État, 11 et 12 septembre 1999, *La revue administrative*, 2000.

130. Voir G.Guillaume « La France et la Cour Internationale de Justice », in « L'internationalité dans les institutions et le droit », *Études offertes à A. Plantey*, Pédone, 1995.



l'origine de la tradition ininterrompue de la présence d'un juge français au sein de la Cour ¹³¹.

Le succès de concepts français

Dans les cinquante dernières années, le développement au sein du droit international public, de droits spéciaux ou régionaux qui, comme le droit communautaire, s'en sont progressivement détachés et n'ont plus intéressé les seules relations inter-étatiques a permis de promouvoir l'utilisation de concepts, de programmes et de méthodes du droit français.

Les tribunaux administratifs de l'Organisation des Nations unies (ONU) et de l'Organisation internationale du travail (OIT) doivent ainsi beaucoup au droit jurisprudentiel français de la fonction publique, tant du fait de leurs origines ¹³² que de la présence en leur sein ou à leur tête, dès leur création, de juristes français ¹³³. S'agissant de l'OIT, sans que l'on puisse réellement parler d'une influence juridique qui n'est clairement décelable ¹³⁴ que dans les premières années, la France partage avec la Grande-Bretagne un rôle de premier plan dans la création comme les actions de l'organisation notamment grâce aux personnalités françaises qui se sont succédées au sein de ses organes.

L'influence fondatrice de certains aspects du droit français sur le droit communautaire est également certaine : la réunion dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) puis dans la CEE et l'Euratom de six pays appartenant à la famille du droit romano-germanique prédisposait les institutions et le système créés à faire une place particulièrement importante à cette famille de droits. Avec les cinq autres États fondateurs, la France pourrait ainsi revendiquer, outre le caractère « écrit » du droit communautaire, des éléments qui sont familiers au droit public français : affirmation de la hiérarchie des normes, existence d'une nomenclature des actes dont le régime est semblable pour l'essentiel à celui des actes administratifs unilatéraux (motivation, publication,...), fonction publique empruntant bien des caractéristiques du modèle continental de la fonction publique (lien statutaire et réglementaire, concours, carrière, avancement) ¹³⁵.

131. André Weiss et Henri Fromageot à la CPJI, Jules Basdevant (1946-1964), André Gros (1964-1982), Guy de Lacharrière (1982-1987) et Gilbert Guillaume (actuellement président de la CIJ).

132. Lancée en 1921 par M. Grunebaum-Ballin qui était membre du Conseil d'État, dans un article à la *Revue de droit international et de législation comparée* intitulé « De l'utilité d'une juridiction spéciale pour le règlement des litiges intéressant les services de la SDN », l'idée sera reprise par Albert Thomas, directeur du BIT, qui réclame pour l'OIT la création d'un corps juridique devant remplir « un rôle analogue à celui du Conseil d'État ».

133. Mme Bastid pour le TANU, M. Letourneur pour le TAOIT.

134. Voir F. Maupain « La France et l'action normative de l'OIT », in *L'internationalité dans les institutions et le droit*, précité.

135. V. notamment P.-A. Féral, « La fonction publique communautaire », *CFP*, mai 2001, p. 10.



Comme il a pu servir de modèle à différents droits nationaux, le droit administratif a également été une source d'inspiration forte pour l'organisation du contentieux communautaire¹³⁶. Cette influence a pu être présentée en son temps à propos de la CECA (mais le phénomène s'est répété pour la CEE) comme une « conquête »¹³⁷ par un auteur qui soulignait, à cette occasion, « l'effort de systématisation que représentent les textes qui organisent [ce contentieux] et qui ont opéré une sorte de codification d'un ensemble de règles que le droit français ne connaissait, pour la plupart, qu'en tant que règles jurisprudentielles ». Le recours en annulation est clairement démarqué du recours pour excès de pouvoir¹³⁸. Ont été aussi empruntés au système français l'exception d'illégalité, nombre des règles de procédure et l'institution de l'avocat général¹³⁹ sur le modèle du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État¹⁴⁰. De ce fait, il n'est pas surprenant que la Cour de justice des Communautés européennes ait été conduite à appliquer les principes de légalité et d'égalité, même s'il semble que son approche du principe de responsabilité de la puissance publique¹⁴¹ ait été davantage inspirée par le droit allemand.

*
* *

Si la plupart des traits du tableau qui vient d'être brossé appartiennent à l'histoire, ils dessinent une géographie encore vivante de l'influence du droit français : parce qu'il a proposé un modèle de droit codifié aisément adaptable, parce qu'il a joué un rôle dans la construction de nombreux États en Afrique, au Moyen-Orient et en Asie et dans la constitution d'un ordre juridique international, le droit français – règles, méthodes, juristes – a été et reste une référence.

136. V. J. Boulouis, « La France et la Cour de justice des Communautés européennes » in « L'internationalité dans les institutions et le droit », précité.

137. J. L'Huillier, « Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », Dalloz, 1953 Chr XII p. 63.

138. V. L. Cavaré, « Le recours pour excès de pouvoir en droit international public » in *L'évolution du droit public, Études offertes à A. Mestre*, 1956, p. 63.

139. M. Lagrange, « La Cour de Justice des Communautés Européennes », « EDCE », La Documentation française, 1963, p. 55. On sait le rôle que joua M. Lagrange comme avocat général dans les premières années de fonctionnement de la Cour.

140. C-17/98, *Emesa Sugar*, ordonnance du 4 février 2000, R.I-665.

141. 19 novembre 1991, *Francovitch*, affaires C-6/90 et C-9/90, Rec 1991 p. I-5357 ; et 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur c/ Allemagne et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Fartortame*, affaires C-46/93 et C-48/93, Rec p. I-1029.



Il est vrai qu'aucune étude n'a, à ce jour, tenté une mesure quantitative de l'influence juridique ¹⁴². La complexité de l'entreprise explique sans doute cette lacune. Les formes de l'influence sont extrêmement variables, des plus directes – imitation de lois ou de régimes juridiques français par d'autres États, inspiration de normes internationales écrites ou jurisprudentielles – aux plus indirectes – participation de juristes français à des instances internationales de codification, présence de juristes français dans des juridictions internationales, formation d'étudiants étrangers par les universités françaises, développement international des cabinets d'avocats français, choix de la France, de son droit et de ses instances de règlement des différends pour l'installation d'activités économiques. Et les conflits en recherche de paternité qui constituent une part non négligeable des travaux d'histoire du droit ou de droit comparé peuvent n'être pas simples pour apprécier la réalité de l'influence, même directe. Une influence peut être attestée, il est difficile de la mesurer.

Dans ces conditions, il peut apparaître arbitraire d'évoquer une évolution quantitative – baisse ou hausse – de notre influence juridique. Mais, outre que les praticiens et les experts s'accordent à constater une baisse, celle-ci peut également être appréciée par une analyse de l'évolution des facteurs qui ont été à l'origine du modèle juridique français. Si les facteurs politiques et linguistiques ne jouent plus systématiquement en faveur du droit français, il paraît difficile d'espérer un retournement de tendance, les atouts de la France résidant plutôt dans les perspectives qu'offre la puissance européenne comme vecteur de diffusion du droit. Sous l'effet d'un décalage par rapport aux idées dominantes et d'une certaine lourdeur, le droit français, dans certaines de ses branches, n'apparaît plus comme le droit qui, du fait de sa modernité et de son avance, a pu rayonner internationalement. Pour n'être pas totalement fausse cette impression doit être relativisée : la richesse du droit français constitue un atout que masque en partie un amoindrissement de ses qualités formelles. Au-delà d'appréciations qui peuvent diverger en fonction de considérations souvent politiques sur sa qualité, le droit français souffre, avant tout, dans la compétition, de la faiblesse des acteurs de sa promotion que la récente prise de conscience de l'administration ne suffit pas à compenser.

142. Voir néanmoins pour une étude à partir des statistiques de citation des auteurs français dans la jurisprudence américaine, Alain Levasseur « La jurisfrancité dans le droit nord-américain : crépuscule ou aurore ? », 18^e biennale de la langue française à Ouagadougou sur « L'expression du droit français », Jouve, 2000.



2.2. Atouts et handicaps de la France dans la compétition juridique

2.2.1. Des facteurs extrinsèques plutôt défavorables

La puissance économique et financière anglo-saxonne

Si la puissance politique, militaire et diplomatique a fortement aidé à la diffusion de notre modèle, la puissance économique et financière, qui joue désormais un rôle majeur dans la diffusion du droit, favorise plutôt les systèmes de *common law*.

Par un jeu d'influences publiques et privées, et notamment par le relais des acteurs économiques et juridiques, la puissance économique des États-Unis¹⁴³ et le poids des institutions financières anglo-saxonnes s'imposent dans les domaines du droit où les considérations économiques et financières sont ou deviennent prépondérantes. Le phénomène n'est pas nouveau même si son ampleur a changé du fait de la mondialisation : les places de Venise, Gênes, Pise ou Florence du XIII^e au XVIII^e siècle dans le commerce et la finance, celle de l'Angleterre au XIX^e siècle ont eu une incidence directe sur le développement des instruments juridiques. Le rayonnement du Code de commerce de 1807 et même l'imitation par la Prusse de l'ordonnance de 1673 sur le commerce ne doivent pas faire illusion¹⁴⁴ : plus importatrice qu'exportatrice dans ces disciplines, la France a assimilé les instruments juridiques venus d'ailleurs, qu'il s'agisse de la lettre de change, du régime de la faillite, des *warrants*, des sociétés de capitaux ou du droit boursier¹⁴⁵. Nous continuons à le faire lorsqu'il apparaît que les outils dont nous disposons ne sont pas équivalents et ne peuvent pas non plus être adaptés¹⁴⁶.

143. Qui leur permet de chercher à imposer leur droit comme le montre cette forme particulière d'exportation qu'ont été en 1996 les lois Helms-Burton -interdisant à toute personne dans le monde d'effectuer des opérations pouvant avoir un rapport avec des biens américains nationalisés à Cuba- et d'Amado Kennedy -interdisant, à toute entreprise dans le monde, un investissement supérieur à 40 M USD dans le secteur gazier et pétrolier en Iran et en Libye. Voir B. Stern « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et Amato Kennedy », *RGDIP* 1996-4.

144. V. J Hilaire « Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français », *Droits* 14, 1991.

145. La réorganisation de la Bourse de Paris par la loi du 22 janvier 1988 a été inspirée par certaines règles de la City. Voir A. Couret « Le Big Bang Français », *Bulletin Joly*, 1988, p.7 et s.

146. Si les contrats d'échange de devises ou « *swaps* » ont nécessité la modification de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme de marchandises, afin d'écarter le risque de nullité attachée aux paris, les « *preferred shares* », actions de priorité existaient depuis le XIX^e siècle dans la jurisprudence. Dans certains cas, des techniques financières nouvelles ont pu être introduites sans modification législative comme les actions reflètes malgré les limites imposées par la loi pour la création de valeurs mobilières (sur ce point voir A. Vandier, « Les actions reflètes », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, n°1-2001).



Les qualités propres du droit substantiel de *common law* tout autant que la puissance des prescripteurs, notamment financiers, sont à l'origine du choix plus fréquent de ce droit dans la sphère économique et financière, ces facteurs s'entretenant l'un l'autre dans un cercle vertueux d'influence : la place acquise par la *City* de Londres dans les grandes opérations financières permet à Londres de servir de référence en devenant une sorte de « place juridique et judiciaire » – droit choisi par préférence, jurisprudence étudiée et commentée, cabinets juridiques recherchés – et donc d'attirer par une adaptation continue des techniques juridiques de nouvelles affaires à dominante financière qui permettront la poursuite du processus d'influence juridique.

À certains égards, victime d'un effet de mode ¹⁴⁷, à l'amplification duquel participent consciemment ou inconsciemment les organisations internationales agissant dans les domaines économiques et financiers, les professions juridiques et les entreprises, le droit français apparaît ainsi à beaucoup comme moins adapté à notre époque que ses homologues anglais ou américain.

Le caractère plutôt libéral du droit de la *common law*, en lien étroit avec la puissance économique et financière anglo-saxonne, joue contre l'attractivité du droit français dans un monde où la défense des libertés par un État fort, qui est une des caractéristiques de ce droit, n'est plus une donnée aussi communément admise.

Toutefois, c'est à la France que l'on doit le concept de la concession de service public et plus récemment de la gestion déléguée des services publics et du fait de la puissance des entreprises françaises du secteur au niveau international, le *French modèle* est encore une référence ¹⁴⁸. Si l'on constate aujourd'hui au niveau international un engouement ¹⁴⁹ pour les systèmes de partenariat public-privé (PPP), notamment pour les contrats de type « Build, Operate and Transfer : construire, exploiter, transférer » (BOT), ces formules se différencient juridiquement assez peu des solutions françaises ¹⁵⁰, la différence essentielle tenant à la part du secteur privé dans le financement de l'infrastructure,

147. Comment ne pas relever, au titre de cet effet de mode, l'expression de « bonne gouvernance », passée dans le langage administratif et politique courant et qui véhicule des conceptions anglo-saxonnes de l'administration et celle – qui vient de faire son apparition – de « compliance » d'une réglementation, qui entend exprimer sa capacité intrinsèque à être comprise et appliquée par les publics qu'elle concerne ou plus simplement sa clarté et sa simplicité.

148. La Banque mondiale y a consacré une partie de son rapport « 1994 World development report : infrastructure for development ».

149. Dont témoigne par exemple l'adoption par la CNUDCI, lors de sa 33^e session (12 juin-7 juillet 2000) d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financements privés sur la base de réflexions sur les projets de construction, exploitation, transfert ainsi que le choix du BOT pour des grands projets d'infrastructure (également J.M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage BOT » *RDAI* 1997 p. 945.

150. V.X. Besançon « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France » in « La gestion déléguée du service public », *RFDA*, n° spécial, 1997.



ce qui permet aux opérateurs financiers de prescrire le choix de solutions du type BOT.

De même, la conception romano-germanique du droit d'auteur, à la fois droit de propriété et droit de la personne, qui conjugue des éléments patrimoniaux et non patrimoniaux (le droit moral) dont l'approche a été adoptée au niveau communautaire et dans de nombreux pays d'Europe centrale et Orientale est souvent présentée comme inadaptée aux enjeux économiques, face au système du *copyright* ¹⁵¹.

La puissance financière anglo-saxonne dessine ainsi *a priori* un environnement plutôt favorable aux droits anglais et américain. De surcroît, le droit communautaire est un vecteur d'influence privilégié d'idées libérales. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue qu'en renforçant la puissance économique européenne, le droit communautaire peut aussi conforter indirectement sur certains points l'influence des droits romano-germaniques.

Handicapé, quelles que soient ses qualités propres, par un décalage par rapport aux idées dominantes, le droit français l'est également par l'universalité de la langue anglaise.

La langue anglaise

Le facteur linguistique a joué en faveur du modèle français en raison de l'universalité de la langue française et de son usage comme langue diplomatique mais aussi juridique.

De fait, la France a bénéficié et continue – pour combien de temps encore ? – de bénéficier, au sein des juridictions internationales d'une position linguistique privilégiée. Ainsi, par exemple, le délibéré a lieu exclusivement en français à la Cour de justice des Communautés européennes. Les délibérés de la Cour internationale de justice se déroulent, sur la base de projets de décision rédigés dans les deux langues, en anglais et en français. La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme a lieu en anglais ou en français. Du fait des liens étroits existant entre une langue et la structure d'un système juridique, l'utilisation du français dans ces juridictions ou dans des négociations internationales est par elle-même un facteur de rayonnement ¹⁵². La rédaction exclusivement en français en 1920 de la convention de Varsovie sur les transporteurs aériens et le maintien de cette exclusivité dans les années 1970 a permis aux concepts de droit français d'être

151. Voir, pour une analyse des deux systèmes au regard des problèmes posés par l'internet, le rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques présidé par G. de Broglie, « Le droit d'auteur et l'internet », *Cahiers des sciences morales et politiques*, PUF, 2001.

152. Il en va de même de la place du français – à stricte parité avec l'anglais – dans les enseignements au sein de l'Académie de droit international de la Haye dont le secrétaire général est, depuis 1947, toujours de nationalité française.



directement utilisés par les juridictions du monde entier, notamment les juridictions américaines.

La place de l'anglais dans les relations internationales politiques ou économiques, voire le choix de cette langue comme langue de travail par des entreprises de pays non anglophones, joue évidemment désormais plutôt dans le sens de la *common law* et les « positions » françaises sont, de ce fait, menacées. Ainsi, le choix de la langue de procédure – français ou anglais – devant la Cour européenne des droits de l'homme dépend-il des juges rapporteurs, plus anglophones que francophones. Les deux tribunaux pénaux internationaux travaillent en anglais. La dernière révision de la convention de Varsovie, il y a deux ans, donne foi à toutes les versions.

Ce sont des raisons linguistiques qui ont été à l'origine de la perte d'influence du droit français aux États-Unis, comme le montre l'exemple de l'évolution du droit civil de la Louisiane : les deux premiers Codes civils (1808 et 1825) sont écrits en français, celui de 1870 l'est exclusivement en anglais. Quoique les articles du code de 1870 soient la copie parfaite, en anglais, des articles 1382 à 1384 du Code civil français, c'est le concept de *negligence* de la *common law* qui prend progressivement la place de la notion de faute¹⁵³ du fait de la culture de plus en plus anglo-saxonne des juges louisianais, le faible nombre d'ouvrages de doctrine ou de vulgarisation en français facilement disponibles amenant les juristes américains à se référer à des ouvrages anglais¹⁵⁴.

Aux facteurs extrinsèques de handicap auxquels se heurte aujourd'hui l'exportation du droit français s'ajoute une mise en cause de l'attractivité de ce droit.

2.2.2. Des faiblesses réelles ou supposées qui masquent certains atouts

Manque d'attractivité ou inadaptation aux idées dominantes ?

À l'opposé de ce qui fit son rayonnement, le droit français souffrirait d'un manque de souplesse et d'inventivité. La critique se situe en fait sur deux plans qu'il y a lieu d'examiner successivement en précisant au

153. A. Levasseur « La guerre de Troie a toujours lieu... en Louisiane » in *Mélanges en l'honneur de G. Cornu*, 1994.

154. Les *Commentaries* de Blackstone, qui offrent une présentation systématique de la *common law*, sont publiés aux États-Unis en 1803. À cela s'ajoute l'absence, avant la fin du XIX^e siècle, de facultés de droit susceptibles de contrebalancer l'influence de la *common law*, diffusée par les juges et les avocats. Dans une certaine mesure, le droit allemand prendra au sein de la famille romano-germanique le relais du droit français par la présence significative de professeurs allemands au sein des universités américaines.



préalable qu'il est parfois difficile d'y distinguer les considérations techniques et les jugements politiques.

Dans la mesure où elle met en cause l'**attractivité du sol français pour la réalisation d'affaires ou l'implantation d'activités économiques**, par exemple en raison de tel choix de politique fiscale ou de telle évolution jurisprudentielle en matière de droit du travail, cette critique dépasse, en partie, les limites de la présente étude. Elle a néanmoins le mérite d'attirer l'attention sur la place du droit dans la compétitivité du territoire national et sur certaines des faiblesses du droit français.

La question de l'introduction du *trust* – figure emblématique du droit anglais¹⁵⁵ – en droit français est une illustration de cette critique.

Le mécanisme du *trust*¹⁵⁶ a permis de régler en droit anglais ou américain de nombreuses questions relevant, dans notre droit, des régimes matrimoniaux, du régime des incapables, ou du droit des successions. Il possède également des applications dans le domaine bancaire : ainsi, le *trust* est susceptible de faciliter la technique de la *defeasance*, qui permet à l'émetteur d'un emprunt obligataire de l'extraire de son bilan sans le rembourser directement. Une société peut transférer à un *trust* la charge de cette dette à la fin d'alléger le passif de son bilan. Le *trust* est également l'instrument privilégié de nombreuses opérations d'ingénierie financière, de gestion ou de transmission de patrimoine. Par exemple, le *trust* permet de confier de façon simple la gestion d'une entreprise à une personne compétente qui la gérerait pour le compte des héritiers¹⁵⁷. Les avantages de ce régime, la multiplicité des rôles qu'il est possible de lui confier, et par conséquent l'utilité de cet instrument protéiforme, nourrissent les projets de transposition dans les pays de droit civil. Par ailleurs, la crainte de la concurrence qu'exercerait le mécanisme du *trust* a incité certains États de droit civil à créer une institution analogue dans leur système juridique.

155. Le *trust* n'est pas historiquement une création de la *common law* mais de l'*equity* en réaction aux imperfections de celle-ci qui ne sanctionnait pas le non-respect de ses engagements par le *trustee*.

156. Issu de la *fiducia* romaine et dont la convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985 donne la définition suivante : « Aux fins de la présente Convention, le terme « *trust* » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le *trust* présente les caractéristiques suivantes : a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ; b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ; c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi ».

157. Sur ces questions, voir notamment C. Ferry, « Défaillance économique et fiducie », JCP éd. E, 1991, I, 23 ; A. Cerles, « Le point de vue du banquier sur la fiducie », *Revue de droit bancaire*, 1990, 117 ou P. Berger, « Fiducie et transmission des entreprises », *Banque et Droit*, 1991.3.



La France a signé en 1991 la convention de la Haye qui est entrée en vigueur en 1992. Mais, alors que la doctrine se joint souvent aux acteurs économiques pour appeler de ses vœux une transposition du modèle du *trust* dans les systèmes de droit civil¹⁵⁸, elle n'a pas introduit dans son droit, malgré l'élaboration et le dépôt de projets de loi en ce sens en 1992 et 1995, un instrument juridique équivalent au *trust*.

Il est vrai que de nombreux mécanismes juridiques y ressemblent. En effet, la fiducie en France serait « *une institution innommée, c'est-à-dire... une institution n'ayant reçu de la loi ni dénomination spéciale ni réglementation particulière* »¹⁵⁹. « *L'absence de modèle général n'empêche pas un certain nombre de pis-aller, d'applications d'une fiducie-trust qui ne dit pas son nom* »¹⁶⁰. On peut ainsi trouver un dispositif analogue à la fiducie dans la loi dite « Dailly » qui réglemente la cession de créances professionnelles. L'article 1-1 alinéa 1^{er} de la loi du 2 janvier 1981, modifiée par la loi du 24 janvier 1984, dispose que « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». Autrement dit, grâce au bordereau « Dailly », un professionnel peut céder une créance à une banque qui lui accorde un crédit, la créance, dont la propriété est transmise, étant affectée à la garantie du remboursement du crédit. Les fonds communs de placement ou les fonds communs de créance fonctionnent également selon un modèle très proche de celui du *trust*¹⁶¹. La pratique bancaire de mise en pension des valeurs mobilières comme moyen de financement interbancaire est également très voisine du *trust*. Enfin, certaines professions ont obtenu du législateur qu'il leur consente un mécanisme assimilable au *trust* afin qu'elles puissent réaliser certaines opérations. Les titres boursiers déposés auprès des adhérents d'une chambre de compensation peuvent ainsi être transférés à celle-ci en pleine propriété en application de l'article 49 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. Ce dispositif emprunte donc au *trust* sans pour autant comporter toutes les garanties qu'il implique pour le bénéficiaire¹⁶².

En définitive on peut, s'agissant du *trust*, reprocher au droit français d'être resté au milieu du gué. Sous la pression des acteurs économiques et faute d'instruments juridiques répondant à leurs préoccupations, des

158. Pour des appels récents à une adaptation du *trust* en droit français, voir notamment A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000 ; M. Grimaldi et F. Barrière, « La fiducie en droit français », in « La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires », *XV^e congrès international de droit comparé*, Bruylant, 1999.

159. M. Grimaldi et F. Barrière, *op. cit.*

160. A. Martin-Serf, *op. cit.*

161. D'une certaine manière, la possibilité de créer des sociétés unipersonnelles est un mode d'organisation d'un patrimoine d'affectation au service d'une société et se rapproche donc aussi du *trust*.

162. P. Decheix, « La fiducie ou du sens des mots », D. 1997, Chroniques, p. 35.



éléments fiduciaires ont été introduits dans notre droit. Mais celui-ci ne s'est pas enrichi d'un véritable régime juridique de la fiducie qui aurait pu véritablement répondre aux critiques internes.

Dans le même ordre d'idées, les interrogations sont en effet de plus en plus nombreuses sur la nécessité, pour que le droit des concessions reste attractif, d'assimiler des variantes anglo-saxonnes, jugées plus adaptées, plus souples, plus inventives¹⁶³. Les contrats de type BOT bénéficient d'une certaine faveur parce qu'ils procèderaient d'une vision économique et surtout financière des problèmes qui modèlent les solutions juridiques : il y a presque autant de contrats que de situations ou de projets d'infrastructure. À l'inverse, les contrats de gestion déléguée devraient se mouler dans des catégories préexistantes, respecter un cadre préétabli – essentiellement jurisprudentiel – procédant d'une vision avant tout juridique et institutionnelle, pour ne pas dire politique, alimentant les critiques sur le thème de la rigidité¹⁶⁴.

Ces critiques relatives à l'attractivité juridique insuffisante du territoire français pour l'implantation d'activités économiques qui handicape la France dans la conquête de marchés par le droit pourraient sans doute être illustrées par d'autres exemples, comme celui d'une insuffisance du droit des sûretés¹⁶⁵, d'une trop grande pénalisation de la vie des affaires, de la complexité qu'induit l'existence de deux ordres de juridiction¹⁶⁶.

La critique se situe également sur le plan de **l'insuffisante capacité d'exportation des solutions françaises**. Il est vrai que si elle avait adapté le *trust* au système juridique français¹⁶⁷, la fiducie aurait peut-être pu servir d'exemple à l'étranger. La critique de la rigidité de la concession à la française est aussi un avertissement sur son manque de compétitivité supposée à l'étranger dans un domaine où les enjeux économiques et financiers sont considérables, compte tenu de ce que la participation du secteur privé occidental au développement des réseaux d'infrastructures constitue l'une des clés du développement pour de nombreux États du monde.

163. Voir notamment, Institut de la gestion déléguée, « Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures, Propositions de solutions, avril 1999 ; J.-B. Auby et P. Lignières « Droit des services publics – quelques propositions d'amélioration », *Droit administratif*, août-septembre 1999 ; D. Linotte et B. Cantier, « Shadow Tolls : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, novembre 2000, p. 863.

164. Sur ces points, s'agissant du modèle anglais, voir P. Cossalter et B. du Marais « *La Private Finance Initiative* », Institut de la gestion déléguée, mars 2001.

165. Que le projet de loi sur la fiducie permettait, au moins en partie, de pallier en créant un régime de fiducie-gage.

166. Et à l'intérieur de ces ordres, de juridictions spécialisées.

167. Le projet examiné par le Conseil d'État en 1995 empruntait à la *fiducia* romaine (fiducie contrat), se reportait implicitement à la stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil pour les droits éventuels du bénéficiaire de la fiducie, en n'excluant pas, comme en droit romain, que le fiduciaire lui-même puisse être le bénéficiaire et reprenait deux règles inspirées du droit anglais (individualisation du patrimoine objet de la fiducie et action contre le fiduciaire en cas de manquement grave ou de mise en péril des intérêts du bénéficiaire).



Sur ce plan, les faiblesses du droit français doivent toutefois être relativisées. En premier lieu, la France est en mesure de proposer au niveau international, ou à d'autres États dans le cadre de programmes de coopération, des solutions ou des concepts répondant à des besoins auxquels ne répond pas nécessairement un droit d'inspiration libérale. La richesse de nos expériences politico-administratives (centralisation et décentralisation) et économiques (colbertisme, capitalisme libéral, économie dirigée, mixte, libérale) est à cet égard un atout. L'intérêt des pays anglo-saxons pour le droit administratif français en est une des illustrations. En est une autre le fait que les États qui s'engagent dans le passage d'une économie administrée à une économie de marché, comme c'est le cas par exemple de la Russie, cherchent à tirer parti de l'expérience juridique française sur l'ensemble des questions relatives aux rapports entre les autorités publiques centrales ou locales et les entreprises publiques ou privées¹⁶⁸. Ainsi, malgré les critiques, le régime juridique de la délégation de service public reste le seul modèle d'approche de partenariats public/privé prenant suffisamment en compte les traditions politiques et administratives du pays en cause¹⁶⁹. On peut également relever que la France a très largement exporté le concept de « taxe sur la valeur ajoutée » (TVA) ainsi que les caractéristiques du régime juridique de cet impôt.

En deuxième lieu, dans certains secteurs nouveaux, la France a pu apparaître en avance sur d'autres États. En adoptant un ensemble législatif relativement complet par les différentes « lois de bioéthique » de 1994, elle a pu exercer une influence notable sur les textes négociés aux niveaux européen et international : convention du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine, et Déclaration universelle sur le génome humain adoptée par l'assemblée générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997 et par l'assemblée générale des Nations unies le 9 décembre 1998¹⁷⁰. Même si la plupart des États européens se sont, eux aussi, dotés d'une législation en matière de

168. Comme le montrent les centres d'intérêt concrets manifestés par des autorités politiques ou judiciaires russes, depuis 1998, lors de rencontres avec des membres du Conseil d'État organisées pour l'exécution de programmes de coopération de l'Union européenne attribués sur appel d'offres à des opérateurs français (Institut international de Paris la Défense et Agence de coopération juridique internationale ACOJURIS) soit à l'initiative du Conseil de l'Europe, soit enfin dans le cadre d'une coopération bilatérale.

169. Sur ces points, voir P. Bolmin « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de co-développement », *RDAI*, n°2, 1999 et B. du Marais « Le modèle français à l'épreuve du marché international », *Pouvoirs locaux*, n° 33, II/1997.

170. On peut constater que la plupart des principes énoncés par les lois de bioéthique en France ont été repris dans la convention du Conseil de l'Europe et la Déclaration sur le génome humain de l'UNESCO. Ainsi de l'affirmation du principe de dignité de la personne humaine ; du libre consentement des personnes participant aux recherches, de la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir, et de l'encadrement de la finalité de ces recherches ; de la confidentialité des informations génétiques nominatives et de l'encadrement des finalités du recueil de ces informations ; de la non-discrimination des personnes à raison de leur patrimoine génétique ; et de la non-patrimonialité du corps humain.



bioéthique, il existe en tout cas un modèle caractéristique de la préférence du système romano-germanique pour l'encadrement préalable de la recherche par le biais de règles édictées par la représentation politique ¹⁷¹. Dans ce domaine nouveau où doivent être, de façon continue, confrontées les approches scientifiques, juridiques et politiques, la France a aussi contribué – par les procédures d'élaboration de sa propre législation et par l'implication d'experts français dans diverses instances consultatives multinationales – à l'émergence d'une « *éthique de la délibération* » ¹⁷². Une telle éthique peut être utile à d'autres États, même de culture différente, et à des organisations internationales auxquelles s'impose de faire converger des sensibilités différentes dans le respect du pluralisme.

En troisième lieu, même dans le domaine du droit économique et financier ¹⁷³, la France peut exercer une influence juridique : la création de l'OHADA en est un des exemples. Le fait pour la France de se situer au premier rang des pays exportateurs et la puissance d'entreprises françaises dans certains secteurs offrent parfois à celles-ci la possibilité de traiter leurs affaires selon des modalités juridiques non dominées par le droit américain ou anglais. Enfin, il convient de rappeler que le droit français de l'arbitrage se caractérise par sa souplesse. La Cour de cassation, en consacrant par l'arrêt *Gosset* de 1963 le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a permis à notre droit d'inspirer la loi-type de la CNUDCI et donc la législation de nombreux États. Grâce à l'implantation à Paris de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale qui attire aujourd'hui environ 30 % des affaires, à la jurisprudence qu'a pu développer, de ce fait, la Cour d'appel de Paris et à la présence corrélatrice d'un barreau spécialisé dans ce type de règlement des différends, Paris est avec Londres, Stockholm et Genève l'une des places arbitrales mondiales.

La critique dirigée contre les qualités formelles de notre droit, qui mérite maintenant d'être examinée, est peut-être plus préoccupante.

Des qualités formelles contestées ou mal exploitées

Ce qui a fait la force du Code civil – comme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou du droit administratif – c'est la densité et la clarté conceptuelles de la langue juridique française.

171. *A contrario* aux États-Unis, malgré l'existence d'un Comité d'éthique national, les seules règles définies sont issues de l'industrie elle-même (par exemple par Monsanto sur les OGM) ou par les associations scientifiques (ainsi le comité d'éthique de la Société américaine de médecine reproductive, qui a condamné le clonage à des fins de procréation médicalement assistée).

172. N. Lenoir, B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique*, « Que sais-je », PUF, Paris 1998.

173. Voir, notamment sur ce point, P. Bezard « Le droit français est-il encore exportable ? » in *Mélanges en l'honneur de C. Gavaldà*, Dalloz, mars 2001.



Si l'idée d'une confrontation – se produisant sur des terrains en partie renouvelés – n'a pas disparu, ses termes ont changé : l'uniformisation des sources, l'inflation du droit liée à un besoin massif de sécurité et -conséquence et cause de cette inflation- la juridictionnalisation croissante des conflits concourent pour dessiner un monde où les qualités du droit ne sont plus d'être un droit du législateur ou un droit du juge mais un droit « contractualisé »¹⁷⁴ et prévisible.

De ce point de vue, le droit positif français apparaît à certains en décalage à la fois par rapport au modèle qu'il a représenté et par rapport aux attentes actuelles.

Dans des considérations générales sur *La sécurité juridique*, le rapport public du Conseil d'État en 1991 déplorait une évolution du droit positif – prolifération des textes et dégradation de la norme – qui l'éloignait de ses qualités originaires¹⁷⁵.

Ces critiques restent, hélas, valables aujourd'hui en ce qui concerne tant l'inflation normative – le nombre de textes examinés chaque année par le Conseil d'État n'a guère diminué¹⁷⁶ – que la mauvaise qualité rédactionnelle. Il est difficile de lutter contre l'idée, communément admise dans l'administration et souvent relayée au niveau politique, selon laquelle à tout problème nouveau correspond nécessairement une modification des textes en vigueur. Si cette idée procède d'une démarche, plus inconsciente que consciente, de faire primer la règle écrite sur la jurisprudence et la norme publique sur les pratiques contractuelles, elle conduit, de plus en plus, à transformer un droit de principes en un droit de cas, enrobé de définitions et de proclamations. La modification perpétuelle du droit -pis encore l'annonce prématurée de la modification de la règle¹⁷⁷ souvent non suivie d'effet- ne joue pas en faveur du respect de la loi dont la force symbolique est un des éléments du modèle français. « *Trop de loi peu appliquées* » pourrait être la version moderne de la phrase de Tocqueville « *Une règle rigide, une pratique molle* » sur notre système.

Peut-on aujourd'hui faire admettre à un observateur étranger que le droit français reste, dans toutes ses branches, un droit concis et clair fondé sur des principes ? Est-il possible de faire valoir les qualités de droits sectoriels en perpétuelle modification, comme par exemple le

174. C'est-à-dire un droit négocié, sur mesure et détaillé.

175. « *Le législateur moderne incline à la précision et cède volontiers au charme des énumérations limitatives ou même, sous l'influence anglo-saxonne, à la tentation des définitions -si contraires à l'esprit du droit français. Il en résulte que la règle de droit, trop spécifique et trop rigide, ne peut plus être adaptée aux circonstances et qu'il faut la changer aussi souvent que les temps changent* », Considérations générales sur *La sécurité juridique*, Rapport public, La Documentation Française, 1991.

176. 114 lois et ordonnances en 1987, 112 en 2000 ; 586 décrets de l'article 37 et autres décrets en 1987, 617 en 2000.

177. Comme par exemple la réforme de la loi de 1966 sur les sociétés dont une partie seulement a été réalisée dans la loi sur les nouvelles régulations économiques.



droit de l'urbanisme, le droit du travail ou le droit fiscal ? L'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ¹⁷⁸ sont également indispensables si l'on souhaite favoriser son imitation.

S'agissant de la jurisprudence, la concision, pour ne pas dire parfois le laconisme, des décisions des juridictions suprêmes françaises qui est l'un des éléments importants du modèle français tend-elle à devenir un défaut et un frein à notre influence ? La question n'est pas nouvelle et l'on pourrait rappeler comme les auteurs d'une chronique célèbre ¹⁷⁹, que « *l'on entend souvent dire par des juristes anglais ou américains que les décisions françaises ne sont pas motivées* ». Elle prend toutefois un relief particulier aujourd'hui où la multiplication des juridictions internationales, le rôle des Cours constitutionnelles et la place croissante prise par le droit issu de la jurisprudence de la Cour de Justice de Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme tendent à encourager la comparaison des solutions dégagées sur des questions communes. Une certaine uniformisation des styles et méthodes de rédaction des décisions, à tout le moins un exposé suffisant des faits, de la procédure et des arguments en présence peut faciliter la comparaison des solutions et, au sens propre comme au sens figuré, le dialogue des juges.

Le style apodictique des décisions des juridictions suprêmes françaises tranche avec ce qui tend à devenir une sorte de standard et ne facilite pas d'emblée, pour un observateur étranger, la compréhension des tenants et aboutissants du dispositif. En conséquence, certains observateurs français ou étrangers font valoir que ce style handicape la diffusion du droit jurisprudentiel et ne répond pas plus au souci de sécurité et de prévisibilité des opérateurs.

Le style concis des décisions des juridictions françaises suprêmes se fonde non seulement sur une tradition, elle même forgée à partir tant du rôle second du juge par rapport à la loi que de la mission de juge du droit dévolue à ces juridictions et des caractéristiques de la procédure inquisitoire, mais aussi sur des considérations pratiques tenant au nombre d'affaires dont elles sont saisies. Il y a en réalité quelque biais à vouloir comparer, par exemple, le style des décisions de la Chambre des Lords, qui a rendu moins de 100 décisions en 2000 et ceux de la Cour de Cassation et du Conseil d'État qui, globalement, en ont rendu plus de 40 000.

178. Consacrées comme objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n°9-421 du 16 décembre 1999 relative à la loi autorisant le gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

179. A.Touffait/A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation », *RTDC*, 1973 p.487 ss.



En outre, les critiques que l'on peut entendre dans le monde économique sur le manque de transparence et l'imprévisibilité de la jurisprudence, laissent un doute sur le point de savoir si une comparaison méthodique entre les différents systèmes fait apparaître des différences sensibles et objectives de prévisibilité entre le système français et le système de *common law*¹⁸⁰. Le droit américain n'a jamais eu le même attachement que le droit anglais à la règle du précédent et l'on sait que la Chambre des Lords a, depuis longtemps, abandonné sa jurisprudence sur l'intangibilité du précédent.

Le rayonnement du droit français repose de plus en plus sur des juristes à même d'en éclairer les obscurités et d'en valoriser les atouts. Si leur action, au travers de nombreuses institutions publiques, s'est renforcée ces dernières années, la diffusion du droit par les professions juridiques privées reste encore freinée en France par des handicaps structurels.

2.2.3. Une mobilisation croissante qui se heurte encore à des obstacles

Une administration plus consciente des enjeux

Il y a longtemps que, sur des crédits du ministère des Affaires étrangères¹⁸¹, non seulement des étudiants étrangers en droit comme dans d'autres disciplines bénéficient de bourses pour venir compléter en France leur formation universitaire, mais aussi que des juristes français, appartenant ou non au monde universitaire, ont été amenés à enseigner le droit français à l'étranger et à exercer des fonctions d'expertise dans des négociations internationales ou au titre de l'assistance technique à des pays tiers.

Un élément nouveau est toutefois la récente prise de conscience par le ministère des Affaires étrangères de l'importance de la coopération en matière juridique et plus généralement de l'importance économique et culturelle de la défense du droit. Une enquête auprès de nos postes diplomatiques a été réalisée en 1999 sur la présence et l'influence respectives de la *common law* et du droit romano-germanique. Des groupes de travail, dont la présente étude reprend des analyses et propositions, ont été constitués pour étudier les actions à entreprendre. La conférence des ambassadeurs de l'année 1999 a été consacrée en partie à ce sujet. Les postes diplomatiques sont désormais plus attentifs à ces questions grâce notamment à la présence sur place de magistrats

180. V. sur ce point notamment M. Toporkoff, « Les droits reposant sur la *common law* permettent-ils une meilleure prévision judiciaire que ceux reposant sur le droit écrit ? », *Les annonces de la Seine* supplément au n°35 du 18 mai 2000.

181. Ou du ministère de la Coopération pendant la durée de son existence.



de liaison ¹⁸² et de coopérants ayant une formation juridique solide. Une action déconcentrée est d'autant plus nécessaire que la coopération ne peut produire d'effets tangibles que grâce à un suivi des actions engagées, qui doit être assuré ou supervisé sur place. Une action d'influence juridique ne peut en effet se résumer -même si cela peut s'avérer utile- au prononcé de conférences sur l'activité législative française dans un domaine d'actualité ou à un panorama de la jurisprudence dans une discipline donnée. Une telle action constitue en réalité une opération de longue haleine qui nécessite, au départ, une analyse suffisante des besoins réels de l'institution bénéficiaire de la coopération et qui mérite un effort d'évaluation périodique en commun.

Si le ministère des Affaires étrangères reste, de loin, le principal promoteur et financeur d'actions de coopération juridique publique, d'autres ministères ont, notamment pour répondre à une demande potentielle des pays de l'Europe de l'Est après la chute du mur de Berlin, mis en place des structures propres à faciliter une coopération juridique bilatérale dans leur domaine de compétence propre.

Ainsi, par exemple, depuis 1991, un bureau du Service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice réalise des actions de coopération juridique et judiciaire, en s'appuyant sur de nombreux opérateurs (École nationale de la magistrature, professions juridiques et judiciaires) ¹⁸³.

Pour coordonner la participation des juristes français à cette coopération, le ministère de la Justice a été à l'origine de la création de l'Association pour le renouveau et la promotion des échanges juridiques internationaux ¹⁸⁴ (ARPEJE) qui regroupe, outre des représentants des deux ordres de juridiction et des administrations, des représentants des professions juridiques et d'une Agence de coopération juridique internationale, ACOJURIS ¹⁸⁵, qui a pour ambition de faciliter une réponse française aux appels d'offres lancés par l'Union européenne

182. Les magistrats de liaison sont au nombre de 8 (Allemagne, États-Unis, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, Pologne et République Tchèque). Par leurs contacts permanents avec le ministère de la Justice du pays où ils sont affectés, ils peuvent favoriser la diffusion de la culture juridique française dans les milieux administratifs et judiciaires.

183. Le ministère de la Justice entretient des relations de coopération avec plus d'une cinquantaine de pays dans le cadre de priorités géographiques qui donnent une place importante aux pays d'Europe centrale et orientale, notamment ceux qui sont candidats à l'adhésion à l'Union européenne (mais aussi la Fédération de Russie), aux pays d'Asie du Sud-Est et aux pays d'Afrique francophone mais aussi anglophone. D'objet très divers, ces coopérations prennent principalement la forme d'expertise législative, d'aide à des réformes judiciaires ou de formations de praticiens (magistrats et fonctionnaires). Doit être particulièrement signalée l'existence, depuis 1993, de la maison franco-vietnamienne du droit qui rassemble de part et d'autre des institutions publiques et privées dont les représentants définissent chaque année au sein d'un comité d'orientation un cahier des charges : séminaires correspondant à l'actualité juridique vietnamienne, opérations de formation, activités éditoriales. Une maison franco-andine du droit vient d'être créée sur le même modèle.

184. <http://www.justice.gouv.fr/europe/arpeje.htm>

185. <http://www-justice.ext.fth.net/europe/acojuris.htm>



sur des programmes de coopération multilatérale et de rechercher des cofinancements multilatéraux pour les projets développés par les professions juridiques et judiciaires.

Par le truchement de l'Association pour le développement des échanges en technologie économique et financière (ADETEF), le ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie participe pour sa part à la diffusion du droit public économique français ¹⁸⁶.

Seules ou avec le soutien du ministère de l'Éducation nationale, certaines universités ont veillé à entretenir, avec une université de tel ou tel pays, des pratiques d'échanges intellectuels dans le domaine du droit que des relations personnelles ou le hasard de l'histoire avaient contribué à créer. L'action développée depuis de longues années par l'Institut international d'administration publique (IIAP) ¹⁸⁷, en matière de formation en France de cadres des administrations publiques de plus de 80 États de cultures très diverses, comme par l'envoi sur place de missions d'expertise ou d'assistance technique – contribue indubitablement aussi à faire comprendre et à propager les principes généraux du droit administratif français.

De manière générale, les organismes qui mènent des actions de coopération administrative participent à la mise en valeur du système administratif français, et donc indirectement du droit français. Ainsi, par exemple, l'Institut français des sciences administratives (IFSA) constitue, au sein de l'Institut international des sciences administratives (IISA), un vecteur de promotion du droit administratif.

Compte tenu du nombre d'institutions publiques ou privées développant une coopération internationale touchant directement ou indirectement le domaine du droit, des coopérations universitaires de plus en plus nombreuses, l'action de coordination de l'administration est délicate et peut encore se heurter à des résistances ou à des corporatismes. Il est encore fréquent d'entendre malgré les efforts entrepris depuis plusieurs années qu'une bonne information sur les actions réalisées par les experts juridiques fait toujours défaut.

Au terme de cette analyse rapide des divers modes d'actions de l'État – qui n'est certainement pas un inventaire exhaustif des initiatives publiques, certaines collectivités décentralisées contribuant aussi à développer l'influence du droit français par des coopérations ponc-

186. L'ADETEF, qui agit principalement avec l'aide d'experts du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie mais aussi de la Caisse des dépôts et consignations ou de l'ordre des experts comptables a développé des actions dans le domaine de la fiscalité, de la protection des consommateurs ou de l'encadrement juridique de l'activité statistique.

187. Mais aussi par l'École nationale d'administration (ENA) ou le Centre des études européennes de Strasbourg. Voir *Rapport annuel des relations internationales et de la coopération administrative* du ministère de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation.



tuelles – la question se pose également est de savoir si la promotion du droit français ne se heurte pas aux handicaps structurels des professions juridiques dans notre pays.

Des professions juridiques encore trop faibles

Comme on l'a montré, l'explosion du commerce international et le caractère multinational de bon nombre d'entreprises ont donné aux professions juridiques un rôle de plus en plus important dans la diffusion des instruments juridiques ainsi que dans leur standardisation, principalement dans le domaine des contrats. Or, par rapport à leurs homologues étrangers, les professions juridiques françaises souffrent de handicaps qui freinent leur croissance et donc indirectement le rôle qu'elles peuvent jouer, en France comme à l'étranger, dans la diffusion du droit et des concepts juridiques français.

Les professions juridiques françaises sont, quant à elles, fragmentées : avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, avocats inscrits à un barreau français, notaires, huissiers de justice, commissaires priseurs, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, juristes d'entreprise. À cette fragmentation s'ajoute l'existence de plusieurs univers du droit entre lesquels la circulation est rare, en raison de la différence de statut, de culture et de formation que ne connaissent pas les juristes anglo-saxons. Cette fragmentation constitue un handicap dans la concurrence avec les grands réseaux multidisciplinaires qui rassemblent des activités de conseil juridique et fiscal, de comptabilité, d'expertise et d'audit et de conseils en management, organisation, informatique... : Les « *Big Five* »¹⁸⁸ réalisent le tiers de l'activité de prestation de services juridiques aux entreprises. D'après l'enquête réalisée auprès d'environ 2 000 entreprises, dans le cadre de la mission confiée à M. Nallet sur les grands réseaux multidisciplinaires¹⁸⁹, les deux premières motivations d'un choix d'un réseau pour le conseil juridique sont la couverture géographique à l'échelon international et la pluridisciplinarité.

Le handicap existe également, et peut-être surtout, face aux cabinets juridiques anglais et américains. Le Royaume-Uni ne connaît principalement que des *barristers*, dont la mission principale est de plaider, et des *solicitors* qui peuvent également plaider et sont à la fois notaires et avocats. Quant aux *lawyers* américains, ils constituent l'unique profes-

188. Dénomination usuelle des cinq plus grands cabinets de consultants multidisciplinaires : KPMG, Price Waterhouse Coopers, Ernst & Young, Deloitte Touche Tohmatsu, Arthur Andersen.

189. *Les réseaux multidisciplinaires et le droit*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française.



sion juridique : ils sont à la fois avocat, avoué, notaire, conseil juridique, juriste d'entreprise.

Cette unité des professions juridiques anglo-saxonnes est l'un des facteurs de leur puissance ¹⁹⁰. En 1998, le premier cabinet anglais *Clifford Chance* employait cinq fois plus d'avocats (1 626) que le premier cabinet français d'avocats. La réforme de 1971 qui a vu la fusion des avocats et des avoués et la reconnaissance de la profession de conseil juridique a, en fait, permis aux cabinets anglo-saxons de s'implanter en France et d'y prendre une part importante du marché du droit des affaires. Ces cabinets raisonnent et fonctionnent plus comme des entreprises – en termes économiques mais aussi culturels ou institutionnels – que comme des cabinets d'avocats : « *Il nous faut être suffisamment en amont de la vie d'un produit financier par exemple, pour anticiper ses évolutions, pour être à la pointe de la technique et y être avant la concurrence* » ¹⁹¹. Parmi les raisons de domination de ces cabinets figurent aussi l'ampleur des investissements américains et anglais – qui conduit les filiales des groupes multinationaux à choisir les cabinets qui travaillent avec leur maison-mère – et le fait que les entreprises françaises qui s'implantent à l'étranger font appel à des cabinets internationaux.

À la fragmentation des professions correspond, et parfois se superpose, une fragmentation des organismes de représentation et de défense des intérêts professionnels. Si certains barreaux français sont présents au niveau international, notamment au sein de l'Union Internationale des Avocats ou de l'Union des Avocats Européens et participent institutionnellement – de même que par exemple les notaires ¹⁹² – à la diffusion du droit français ¹⁹³, il leur est difficile, faute en particulier d'une organisation nationale, de rivaliser avec des structures comme l'*American Bar Association* (ABA). Près de la moitié des avocats américains (plus de 400.000 sur 1 million) sont adhérents volontaires de cette association, fondée en 1878, qui dispose d'un budget d'environ 500MF. L'ABA constitue un appui de

190. Selon le classement réalisé par *The American Lawyer* les dix premiers cabinets américains ont réalisé ensemble en 1996 un chiffre d'affaires supérieur à 25 milliards de francs et employaient plus de 7 700 avocats. Le cabinet « Baker & McKenzie » du barreau de Chicago a réalisé 3,8 milliards de francs de chiffre d'affaires avec 1886 avocats. Le classement réalisé par *The Legal Business* montre que les dix premiers cabinets britanniques ont réalisé ensemble en 1998 un chiffre d'affaires de plus de 16 milliards de francs et employaient près de 8 500 avocats. Chiffres cités par le rapport précité sur les réseaux multidisciplinaires et le droit.

191. James Vaudoyer du bureau de Paris de Freshfields et associés in *Juristes Associés*, octobre 1998, p. 34.

192. Le Conseil supérieur du notariat réalise des actions de diffusion des techniques et institutions du droit privé dans de nombreux pays. Depuis 1993, une coopération s'est nouée entre le notariat français et le notariat chinois. Le Conseil supérieur du notariat a ainsi par exemple détaché 2 personnes à Shanghai dans le cadre d'un centre d'échanges notariaux.

193. Notamment le Barreau de Paris mais aussi celui de Lyon à travers des actions de formation ou de jumelage.



poids pour les *lawyers* et le droit américain ¹⁹⁴. Son budget comme le nombre de ses membres lui permettent notamment d'envoyer des missions permanentes dans des États en reconstruction, afin de proposer des services juridiques ou d'établir des contacts propres à encourager de futurs cadres dirigeants du pays à parfaire leur formation aux États-Unis. Elle dispose, par exemple, d'une antenne au Kosovo.

La difficulté des cabinets français à s'imposer tient également à des handicaps techniques que le rapport précité de Monsieur Nallet a pointés : par rapport à leurs homologues anglo-saxons qui se sont construits autour des formules de droit commun, les avocats français ont dû faire appel à des structures juridiques spécifiques. Il semble notamment que ni la loi du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles (SCP), ni celle du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libéral (SEL) n'offrent aux avocats les moyens de financement et de concentration nécessaires à l'amélioration de leur compétitivité. Les cabinets d'avocats français sont fondés sur la patrimonialité à la différence des cabinets anglais ou américains et des réseaux multidisciplinaires fondés sur un système qui offre une grande souplesse en permettant notamment d'intégrer des jeunes sans exiger d'achat de parts ¹⁹⁵.

La qualité ou le renom individuel d'avocats français, non seulement dans le domaine du droit des affaires ¹⁹⁶ mais aussi dans d'autres domaines comme celui des droits de l'homme ou du droit de l'environnement, n'est pas en cause. De fait, les cabinets américains ou anglais implantés en France s'assurent les services de nombre de jeunes avocats français. Le problème tient à ce que la « bannière » sous laquelle agissent ces derniers n'est pas, de leur aveu même, sans conséquence sur leur pratique professionnelle quotidienne et donc sur le type de droit, assez éloigné de leur culture personnelle, qu'ils véhiculent.

Le problème tient aussi à ce que certains cabinets français dont la compétence et la croissance avaient été prometteuses dans la dernière décennie, n'ont pas réussi à éviter l'éclatement.

*

* *

194. « Malgré l'absence de toute obligation constitutionnelle ou légale en ce sens, le Président des États-Unis ne propose jamais la nomination d'un juge fédéral, y compris d'un juge à la Cour suprême sans consulter d'abord l'American Bar Association », Gilles Assant, « Les avocats aux États-Unis », *Semaine Juridique*, 1990, n°10.i. 3434.

195. Voir D. Hurstel, « La patrimonialité, point faible des français », *Juristes Associés*, n° 54, 21 mai 1999, p. 3.

196. Pour ne citer qu'elle, Christine Lagarde dirige le comité exécutif du plus gros cabinet d'avocats américains Baker et McKenzie.



La fierté légitime d'un rayonnement encore vivant peut faire ignorer à ceux qui en sont les acteurs ce sur quoi cette influence repose ou reposait et ce que sont les faiblesses du droit français. À l'inverse, la faveur dont peuvent bénéficier des droits dont l'image est meilleure que la sienne, peut faire oublier ce que sont nos forces dans la compétition juridique. Il est toutefois difficile d'établir, dans l'absolu, un constat consensuel de l'ensemble des atouts et des handicaps de notre droit. Un tel constat n'a de sens qu'au regard de chacune des dimensions du droit – technique, culturelle, administrative et politique – et en fonction d'enjeux qui ne se concilient pas naturellement et parmi lesquels l'influence internationale n'est pas toujours le plus pertinent. De plus, pour être juridiquement influent, comptent tout autant que le fond du droit, ceux qui en assurent la diffusion et l'environnement économique et politique dans lequel ils agissent.

Si une conscience claire des forces et faiblesses les moins discutables de notre droit est donc nécessaire, elle est insuffisante pour définir les éléments d'une stratégie qui doivent également tenir compte des lieux, modes et agents de diffusion du droit. La complexité de ces modes de diffusion, la coexistence de systèmes juridiques internationaux, régionaux et nationaux, de normes étatiques et non étatiques et la multiplicité des acteurs rendent la définition de cette stratégie particulièrement délicate. La mondialisation du droit implique d'agir tout à la fois par la coopération bilatérale, la négociation internationale institutionnelle ou conventionnelle et des actions ou réformes internes et donc de dégager des moyens financiers et humains importants. De plus, s'ils disposent de nombreux leviers, les pouvoirs publics ne peuvent prétendre maîtriser la totalité des lieux ou canaux d'influence juridique qui, on l'a vu, sont loin de dépendre exclusivement de l'administration.



3. Éléments d'une stratégie d'influence juridique

Au regard des constats qui viennent d'être faits, les éléments de propositions visant à accroître l'influence internationale du droit français s'ordonnent autour de trois axes.

Le premier concerne la définition d'une **stratégie d'influence**, grâce à **l'identification des principaux sujets et lieux de la compétition juridique dans les années à venir**. À partir des enseignements du présent, l'étude propose trois sujets dont l'importance nécessitera d'engager une réflexion quant aux principes que la France entendra défendre : la construction d'un ordre institutionnel et normatif international ; les modalités de l'action en justice pour la protection des droits ; l'encadrement juridique des nouvelles technologies de la génétique et de l'information. Elle identifie également des lieux, organisations internationales, enceintes de réflexion, ou zones géographiques, dans lesquels la France devrait davantage manifester sa présence.

Le deuxième axe vise à donner au droit français les **moyens** d'une **meilleure visibilité**. Notre droit doit retrouver l'audience qu'il avait dans les époques antérieures, en étant mieux connu et reconnu. Pour ce faire, il est d'abord nécessaire d'abandonner une autosatisfaction qui n'est plus de mise et trouve son origine dans la méconnaissance du droit de nos partenaires, et ce, grâce à une utilisation plus systématique du droit comparé. Pour être visible et intelligible, notre droit doit préserver les qualités formelles qui ont fait son succès, tout en sachant utiliser de nouveaux modes de diffusion qui tiennent compte des nouvelles technologies et du déclin de la pratique de la langue française.

Le dernier axe tend à préciser les rôles que les différents **acteurs** de l'univers juridique français peuvent jouer au service de cette stratégie d'influence. La présente étude propose de porter l'accent et les efforts sur les **canaux naturels d'influence du droit français** que sont le monde universitaire et les professions juridiques. Ceux-ci n'ont pas pour activité principale ni comme objectif propre d'assurer le rayonne-



ment du droit français, mais ils y contribueraient efficacement s'ils ne souffraient de handicaps ou de faiblesses dans l'exercice de leur activité. Ces difficultés dépassent d'ailleurs l'enjeu de la présente étude, de même que les remèdes qui y sont proposés doivent être évalués au regard d'autres enjeux. De leur côté, les institutions administratives engagent déjà des efforts importants afin d'assurer la promotion du droit français : plutôt que de proposer de nouvelles mesures ou un cadre institutionnel spécifique, l'étude s'attache à favoriser une meilleure utilisation des potentiels existants et à rendre utile aux yeux de tous une coordination qui n'apparaisse pas comme une centralisation des initiatives.

Dans cette entreprise, il sera nécessaire à chaque fois que cela est possible **d'utiliser le relais du droit et des institutions européennes et communautaires**, susceptible de démultiplier l'efficacité des actions.

3.1. Identifier les principaux terrains de la compétition juridique à moyen terme

Toute négociation, bilatérale ou multilatérale, toute enceinte conventionnelle ou institutionnelle est susceptible de devenir le lieu d'une compétition juridique. L'internationalisation du droit comme le rôle que la France entend jouer en Europe et dans le monde interdisent de se désintéresser de certaines instances pour se concentrer sur d'autres qui seraient considérées comme des lieux exclusifs d'influence juridique. Pour autant, l'influence juridique nécessite, comme on l'a vu, une présence active auprès des instances productrices du droit, internationales et étrangères : présence humaine, financière, mais aussi conceptuelle. Or, la France n'a sans doute plus les moyens d'une mobilisation universelle.

Certains sujets et lieux feront, à moyen terme, l'objet d'une compétition juridique dont les enjeux seront fondamentaux pour la France et ses ressortissants : il lui est nécessaire d'en identifier les principaux, afin de se préparer et de se mobiliser en vue de cette compétition juridique, et d'avoir dans ces domaines, comme elle a su le faire dans le passé, une réflexion d'avance.

3.1.1. Les sujets

Certains « *chantiers juridiques internationaux* » vont constituer dans les prochaines années un « *test* » majeur pour les conceptions juridiques françaises mais aussi porter sur des sujets ayant une influence



directe sur les modes de vie. Il en est bien sûr d'autres que ceux qui seront ici évoqués : ainsi de la protection de l'environnement, du droit commercial et de la concurrence, de la propriété intellectuelle, ou de la lutte contre la criminalité internationale. Sans prétendre à l'exhaustivité, la présente étude vise à insister sur les domaines où le droit français ou les conceptions françaises ont sans doute des arguments spécifiques à faire valoir.

La construction d'un ordre institutionnel et normatif plurinational

Le droit international a connu ces dernières années de nouvelles avancées, avec notamment la création de la Cour Pénale Internationale (CPI), de l'Organisation Mondiale du Commerce, et l'émergence, en son sein, de l'embryon d'une juridiction commerciale internationale. Pour autant, des critiques se sont fait entendre pour dénoncer un certain désordre qui règnerait dans la société internationale. Celui-ci se situe sur deux plans, institutionnel et normatif, qui sont indissolublement liés.

Sur le plan institutionnel, les fondements de l'organisation de la société internationale remontent pour l'essentiel à la Charte des Nations unies, entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Le regroupement des organisations internationales à vocation technique, préexistantes ou créées après la guerre, au sein du « système des Nations unies », traduisait une volonté forte d'unification et de coordination étroite¹⁹⁷. La création d'organisations internationales en dehors du système des Nations unies¹⁹⁸, comme c'est le cas de l'OMC, est susceptible de poser des problèmes de cohérence. Ces institutions autonomes contribuent, en outre, à affaiblir la légitimité du système des Nations unies, pierre angulaire de l'ordre international. Certains regrettent également la multiplication de juridictions, sans aucun mécanisme de règlement des conflits de compétence ou d'unification de la jurisprudence, comme c'est le cas pour les tribunaux pénaux internationaux et la CPI par rapport à la CIJ, ou entre la CJCE et la CEDH.

Sur le plan normatif, cela se traduit également par un phénomène de dispersion des sources du droit : si les ordres internationaux prennent en compte et reconnaissent l'existence des ordres régionaux, comme c'est le cas des accords commerciaux multilatéraux qui autorisent la conclusion d'accords d'intégration régionale dérogeant à la clause de la nation la plus favorisée, est souvent dénoncée la contradiction

197. P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris 1999. De nombreuses institutions spécialisées sont créées par l'ONU elle-même (FAO, UNESCO, ONUDI...) ou existent de manière indépendante, tout en étant reliées à l'ONU par des accords particuliers (OACI, AIEA, Cour pénale internationale...).

198. De 1943 à 1984 le nombre des organisations internationales intergouvernementales est passé d'une dizaine à 337 : M. Bertrand, « L'avenir politique et institutionnel des organisations internationales », colloque INEDIP, Economica 1984.



d'approche entre le système de régulation économique et financière d'une part, le système des droits de l'homme d'autre part. La contradiction est atténuée au niveau européen, alors même que l'Union européenne n'est pas elle-même partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, grâce au fait que la jurisprudence de la CJCE intègre les traditions juridiques des États membres sous la forme de principes généraux du droit communautaire, qui sont proches dans leur contenu des droits affirmés par la Convention européenne. En revanche, l'articulation du droit du commerce international avec d'autres domaines couverts par des instruments internationaux comme le droit du travail ou le droit de l'environnement n'est pas prévue dans les accords OMC, et l'organe de règlement des différends, dont la compétence est limitée à l'application des règles contenues dans ces accords, la refusera probablement. De même, on peut regretter l'absence de référence dans l'article 57 de la Charte des Nations unies à l'environnement comme domaine d'action des institutions spécialisées.

Cette fragmentation est accentuée par l'inégale effectivité des mécanismes de sanction entre le domaine commercial et le domaine des droits de l'homme, mais aussi au sein des droits de l'homme entre droits civils et politiques, et droits économiques et sociaux, ce qui aboutit à faire prévaloir certains pans de l'ordre international sur d'autres. Il est ainsi devenu courant de dénoncer la suprématie des exigences de libéralisation des marchés sur celles des droits de l'homme.

Un système international qui mêle producteurs de normes publics et privés, concepts et règles juridiques, et fait une place croissante à un pouvoir juridictionnel, apparaît plus en phase avec une conception de l'ordre juridique propre aux systèmes de *common law*. C'est donc aux États relevant du système romano-germanique, qui sont les promoteurs d'ordres juridiques volontaristes, cohérents et hiérarchisés, qu'il revient de faire des propositions en vue d'une meilleure articulation du cadre juridique international.

La construction européenne a fait l'objet de tels travaux, dans le cadre de la conférence intergouvernementale, et suscite encore à la suite de l'adoption du traité de Nice en janvier 2001, des propositions concernant la définition d'une véritable « constitution » européenne ¹⁹⁹, qui

199. J. Touscoz, « Un large débat : l'avenir de l'Europe après la conférence intergouvernementale de Nice », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 447, avril 2001. L'auteur relève que la Commission européenne elle-même a participé aux travaux de réflexion en sollicitant l'expertise de MM. Dehaene, Weizacker et de Lord Simon of Highbury, qui ont produit un rapport en octobre 1999 sur les « Implications institutionnelles de l'élargissement », et de l'Institut universitaire de Florence, sous l'égide duquel a été rédigé un modèle de « Traité fondamental de l'Union européenne », visant à une réorganisation des traités à droit constant.



devraient aboutir à une nouvelle conférence intergouvernementale. De la même manière, il serait peut-être utile de clarifier les lignes directrices et le cadre d'intervention des Nations unies. La France, qui a joué un rôle important dans la construction de la société internationale et du système institutionnel communautaire, devrait se saisir de ces questions. Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur du sujet, ni surestimer les chances d'aboutir. À tout le moins, il serait nécessaire de mener un effort à long terme dont la première étape serait de **développer la réflexion publique sur les solutions juridiques et institutionnelles envisageables**. Pour l'organisation de cette réflexion, on pourrait s'inspirer des initiatives prises en France pour développer le débat sur l'architecture des institutions européennes.

La doctrine a amorcé une telle réflexion : on peut mentionner plusieurs travaux qui défendent la promotion d'un pluralisme²⁰⁰, c'est-à-dire d'une mondialisation au confluent des différentes traditions juridiques, conjuguant de manière plus équilibrée, économie et droits, en donnant effectivité aux droits sociaux. Sur le plan de la technique juridique, un examen des critères d'utilisation raisonnée, en fonction des intérêts en cause, des différents instruments d'unification, d'harmonisation et de reconnaissance mutuelle préservant une plus ou moins grande marge nationale d'appréciation²⁰¹ apparaîtrait nécessaire. On peut d'ailleurs envisager d'autres solutions techniques que l'unification ou l'harmonisation : la « traduction » des droits, c'est-à-dire l'élaboration de *corpus* assurant des passerelles entre des concepts juridiques équivalents d'un État à l'autre. Cette « traduction » pourrait permettre de préserver les solutions juridiques nationales tout en offrant aux investisseurs des garanties suffisantes. De tels systèmes sont déjà envisagés dans le domaine comptable, faute d'unification internationale ou européenne des normes. Un projet similaire de Code des contrats vise à mettre en corrélation les clauses existant dans différents droits européens et constitue une alternative à l'unification du droit européen des contrats.

« *Laboratoire de la mondialisation* », l'espace européen dispose d'une expérience de la coordination sans hégémonie des diverses traditions juridiques nationales, sous la double influence de l'économie et des droits de l'homme. L'Union européenne pourrait faire valoir cette « méthode expérimentale » et promouvoir à l'extérieur son modèle, notamment auprès d'autres organisations régionales (ASEAN, Mercosur...).

200. M. Delmas-Marty, « La mondialisation du droit : chances et risques », Recueil Dalloz, n° 5, 1999. M. Walzer, « De l'anarchie à l'ordre mondial : sept modèles pour penser les relations internationales », *Esprit*, mai 2001.

201. M. Delmas-Marty, M-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, n°4.



L'action en justice pour la protection des droits

La place prise par le droit d'origine jurisprudentielle dans les systèmes de droits romano-germaniques, la multiplication des juridictions internationales, un goût de plus en plus marqué des sociétés contemporaines pour le procès : nombreuses sont les évolutions qui déplacent l'équilibre de la représentation du droit, de la loi au juge, pour faire du droit du procès un enjeu juridique majeur aux niveaux national comme international. À cet égard, on peut prévoir que la convergence entre les deux modèles de procédure – accusatoire et inquisitoire – s'accroîtra sous l'effet de plusieurs facteurs comme la promotion des droits de l'homme²⁰², le renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale²⁰³, mais aussi l'internationalisation de plus en plus poussée du droit pénal, nécessaire face au caractère transnational de certaines formes de criminalité²⁰⁴.

En réponse à l'impossibilité de réprimer certains crimes dans un cadre purement national, la création de juridictions pénales internationales (TPIY, TPIR, CPI)²⁰⁵ est une facette importante de l'internationalisation du droit pénal. L'élaboration du statut de ces juridictions et de leurs règlements de procédure, complétés par la jurisprudence, est particulièrement intéressante en ce qu'elle peut contribuer à la définition de standards. Les règlements de procédure en vigueur devant les deux TPI étaient initialement marqués par la procédure accusatoire – notamment en ce qui concerne le rôle arbitral du juge, les preuves, la possibilité de plaider coupable, la condamnation reposant sur une culpabilité au-delà du doute raisonnable, le mode de rédaction des jugements, la formulation d'opinions dissidentes...²⁰⁶.

Ces règlements ont fait l'objet de nombreuses modifications destinées à renforcer les pouvoirs du juge lors des phases d'enquête et de juge-

202. Voir par exemple la contribution française au nouveau Code pénal chinois adopté en mars 1997, dans le cadre d'une coopération entre pénalistes chinois et français qui, sous l'égide du CNRS, ont travaillé sur des « principes directeurs internationaux du droit pénal ». Le nouveau Code pénal chinois précise ainsi le principe de légalité des délits et des peines, en supprimant l'interprétation par analogie, et consacre l'égalité de droits des citoyens et le principe de proportionnalité des peines.

203. La sensibilité à l'efficacité de la répression de crimes transnationaux peut aller jusqu'à inciter un État à changer de système comme ce fut le cas de l'Italie en 1988-89 qui a substitué un système à dominante accusatoire à un système plutôt inquisitoire.

204. Voir par exemple, la convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales conclue dans le cadre de l'OCDE, le projet de convention contre la criminalité transnationale organisée, qui a fait l'objet d'une résolution A/55/383 du 15 novembre 2000 de l'Assemblée générale des Nations unies, ou, dans le cadre du Mercosur, les projets concernant le transport des matières dangereuses ou le Code des douanes. Sur ce point, A. E. Alvarez, « L'internationalisation du droit pénal : l'exemple du Mercosur », *Revue de science criminelle*, n° 4, octobre-décembre 1999.

205. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ; Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ; Cour pénale internationale (CPI).

206. C. Jorda, J. de Hemptine, « Le rôle du juge dans la procédure face aux enjeux de la répression internationale », in *Droit pénal international*, Editions Pédone, Paris.



ment, et donc le caractère inquisitorial de la procédure. La réforme de la procédure du TPIY, en juillet 1998, a notamment prévu la création d'un *juge de la mise en état*, doté de pouvoirs destinés à accélérer la procédure, l'octroi aux juges de pouvoirs de direction de l'audience (fixation de l'ordre des auditions, interrogation des témoins, citations de témoins nouveaux, conférence avant l'audience afin de fixer les délais raisonnables du débat). Pour la Cour pénale internationale, un plus grand équilibre a pu être trouvé, dès l'origine, entre les deux familles : l'action du procureur, qui mène l'enquête tant à charge qu'à décharge, sera contrôlée par une chambre préliminaire, appelée à prendre les principales décisions, idée française qui a été acceptée par les États de *common law* afin d'éviter les dysfonctionnements constatés devant les TPI ²⁰⁷.

Les missions d'« administration transitoire », comme celles menées actuellement au Kosovo ou au Timor, pourraient également susciter la définition, par les Nations unies, d'un standard de procédure policière et pénale. Les contingents impliqués dans des opérations de maintien de l'ordre ou des missions de police civile sont en effet confrontés, lors d'opérations déclenchées dans l'urgence, à la difficulté d'appliquer un droit local qu'ils ne connaissent pas, ou qui ne respecterait pas le standard des droits de l'homme. Le respect de la souveraineté de l'État implique en principe l'application du droit local, mais un rapport du Groupe d'études sur les opérations de paix des Nations unies ²⁰⁸, recommande la définition d'une réglementation internationale qui s'appliquerait de manière intérimaire.

Cette internationalisation et la convergence des types de procédure ne se limitent pas à la procédure pénale. Suivant une évolution similaire à celle décrite pour les TPI, les règles de procédure applicables aux panels de l'OMC, au départ plutôt marquées par des influences accusatoires ²⁰⁹, acquièrent au fil des appels un caractère inquisitoire, afin de préserver l'efficacité de la procédure ²¹⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme procède, de même, à la sélection au sein des systèmes juridiques des principes de procédure pénale qui lui apparaissent comme devant faire l'objet d'une applica-

207. P. Brana, Rapport à l'Assemblée nationale, n° 2141 sur le projet de loi autorisant la ratification du traité sur la Cour pénale internationale.

208. Rapport de M. Brahimi, remis au Secrétaire général des Nations unies le 17 août 2000.

209. Règlement de procédure adopté le 15 février 1996, modifié le 28 février 1997.

210. L'organe d'appel a ainsi, dans plusieurs décisions, affirmé le pouvoir reconnu aux panels dans la maîtrise de la procédure : prohibition du refus de produire des pièces, et donc rejet du principe de non auto incrimination, et possibilité de refuser l'application d'une règle de procédure sur laquelle les parties s'étaient mises d'accord (affaire des aéronefs, rapport du 2 août 1999) ; possibilité de solliciter des avis d'experts en dehors de ceux mandatés par les parties (affaire des hormones, rapport du 16 janvier 1998) ; possibilité de fixer des délais pour la présentation des éléments de preuve (affaire des chemises). On peut mentionner également l'absence d'indication des opinions dissidentes dans les rapports des panels et de l'organe d'appel.



tion universelle. Sa jurisprudence sur l'article 6-1 de la Convention conduit également à la création d'un droit du procès non pénal, qu'il soit professionnel, administratif ou civil. De telles évolutions se retrouvent au niveau national, les États recherchant, dans la marge d'appréciation dont ils disposent, les solutions à la fois matérielles et juridiques leur permettant de rendre plus effectif le droit au juge.

Il est peu vraisemblable que s'appliquera demain dans tous les États membres de l'Union européenne une procédure pénale uniforme ²¹¹ : l'orientation retenue par l'Union européenne ne semble pas, en tout état de cause, de privilégier la recherche de rapprochements ou d'harmonisations au niveau des principes. Si elles évoquent le rapprochement des législations – notamment en matière pénale dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée – ou la fixation de normes minimales communes dans le droit procédural, les conclusions du Conseil européen de Tampere ont choisi comme axe principal la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ²¹². Il ne faut toutefois pas minimiser l'enjeu de cette convergence : **c'est, au niveau international, un standard de procédure qui est en train d'émerger sous l'influence de principes directeurs** : non un procès accusatoire ou un procès inquisitoire, mais un procès contradictoire, efficace et équitable qui combinerait les points forts des deux systèmes et représenterait donc un progrès par rapport à chacun d'eux. L'enjeu est important car les nouvelles juridictions seront amenées à interpréter des textes internationaux, et donc à créer du droit, pour combler les lacunes de la négociation interétatique. En outre les règles de fond comme de procédure appliquées par ces juridictions vont constituer des références et pourraient s'imposer progressivement aux États sous l'influence de pressions diverses (jurisprudence, ONG...). Toutes proportions gardées, on ne peut exclure que de la pratique des tribunaux pénaux et de la CPI naissent des principes applicables aux procès du type de ceux dégagés par la CEDH à partir de l'article 6-1 de la Convention.

La France doit donc veiller à rester présente auprès de ces juridictions, non seulement **par le biais des nominations de juges** (qui font cependant nécessairement l'équilibre entre les différents États), mais aussi par le biais **des avocats** (dont l'influence est évidente sur le

211. Les fondements juridiques d'une mise en œuvre d'un droit commun ne seraient pas évidents, la législation pénale étant de la compétence des États membres (CJCE, 11 novembre 1981, *Frascati*, affaire 203/80, Rec. 2595 ; 14 décembre 1995, affaire *Blanchero*, affaire C-387/93, Rec. I.4663.). Plus prometteuses sont sans doute à cet égard les dispositions des articles 29 et 31 du Traité sur l'Union européenne sur les « actions en commun », dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale qui pourraient prendre la forme de l'adoption d'un socle commun de définitions pour certains crimes ou délits.

212. C'est également ce que rappellent les conclusions de la Présidence du conseil européen de Nice, un programme de mesures de ce type ayant été adopté en fin de présidence française. Dans son programme de travail pour 2001, la Commission mentionne également l'élaboration d'un document de travail sur la reconnaissance mutuelle de décisions relatives à l'autorité parentale.



déroulement de la procédure), **ou de la doctrine. Le mouvement de convergence s'appuiera en effet sur des travaux menés au départ par la doctrine**, tels que le « *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne »²¹³, mais aussi en droit de la procédure civile²¹⁴.

Dans cette perspective, il sera nécessaire également **de porter une attention croissante au fonctionnement des institutions juridictionnelles**, à l'efficacité des procédures et techniques juridictionnelles en droit interne, et à leur image. Sur ces sujets, la France pourra défendre la notoriété de son système juridique **au travers des actions de coopération judiciaire ou juridique**, notamment grâce aux actions de formation des magistrats qu'elle a lancées ou auxquelles elle participe.

L'encadrement juridique des nouvelles technologies de la génétique et de l'information

Le domaine des **biotechnologies** revêt un caractère stratégique en raison de l'importance des enjeux de société, sur le plan des droits des personnes, ainsi que des enjeux économiques ; mais aussi parce qu'il s'agit d'un droit en élaboration, au fur et à mesure des découvertes scientifiques. S'il existe à tout le moins un consensus au niveau européen sinon mondial sur quelques grands principes tels que la dignité de la personne humaine, le corpus juridique en la matière n'est pas encore établi et les débats sur le contenu du droit à élaborer sont toujours ouverts au sein de chaque système ou à l'intérieur des États eux-mêmes, des sensibilités ou intérêts différents pouvant encore s'exprimer ou la perception des enjeux évoluer.

Ainsi la divergence se manifesterait plutôt entre les États-Unis d'une part, l'Europe d'autre part, et porterait autant sur le contenu des normes que sur la méthode permettant d'encadrer l'évolution de ce secteur. Pour schématiser, la France et l'Europe privilégient un encadrement préalable et préventif des pratiques par l'édiction d'un corpus spécifique ou par l'introduction de principes éthiques à l'intérieur de droits communs régissant tel ou tel aspect des biotechnologies (exemple du droit de la propriété intellectuelle), corpus ou principes adoptés après débat public. Les États-Unis se situent à l'inverse dans une perspective libérale qui consiste à n'édicter aucune restriction préalable et à appréhender les biotechnologies sous l'angle du droit commun, sous réserve

213. Voir également « Les principes communs d'une justice des États membres », Colloque des 4 et 5 décembre 2000 organisé à la Cour de Cassation. Actes à paraître.

214. Voir le rapport établi à la demande de la Commission européenne par M. Storme, *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne*, Dordrecht, 1994, et « Le droit judiciaire : de diversitate unitas ? », *Revue Justices*, 1997.



de l'apparition de difficultés ultérieures soumises au cas par cas aux juges ²¹⁵.

À l'heure actuelle, il n'existe pas encore de consensus au niveau international en ce qui concerne la prohibition de certaines techniques ou domaines de recherche : par exemple sur le clonage à des fins de recherche ou sur la recherche sur l'embryon. En outre, le mouvement puissant aux États-Unis, mais aussi en Europe et au Japon, des entreprises et chercheurs demandant à faire breveter les gènes séquencés a fait émerger une nouvelle question juridique : les gènes sont-ils des découvertes (non brevetables) ou des inventions (brevetables) ? Les enjeux de ce débat sont autant d'ordre éthique qu'économiques ou liés à la liberté de la recherche scientifique. La position française, qui est de défendre la non-brevetabilité des gènes ²¹⁶, est remise en cause aussi bien du fait de la pression des milieux scientifiques et industriels que de l'interprétation contraire qui est faite du droit des brevets par les organismes compétents. Le droit positif soumet en effet les inventions biotechnologiques au droit commun de la propriété intellectuelle ²¹⁷, et la position de l'Office européen des brevets (OEB), identique à celle de l'Office américain des brevets (OAB) admet la brevetabilité des gènes sous certaines conditions ²¹⁸. Il existe un débat sur le point de savoir si l'article 5 de la directive du 6 juillet 1998 reprend cette position.

Cette question qui devra être tranchée lors de la transposition de la directive suscite des oppositions en France ²¹⁹, où l'on aurait souhaité que seul le procédé thérapeutique soit brevetable. Cette position pourrait néanmoins acquérir une pertinence nouvelle grâce à une prise de conscience, y compris aux États-Unis, des effets économiques néfastes

215. « The politics of genes : America's next ethical war », *The Economist*, 14 avril 2001.

216. En France, des principes éthiques ont été introduits dans le droit des brevets : l'article L.611-17 du Code de propriété intellectuelle français affirme la non-brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (comme d'ailleurs l'article 53 de la convention sur le brevet européen), ainsi que de la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain « en tant que tel ». Le principe de non-commercialisation du corps humain est également consacré par le Code civil (articles 16-1 et 16-5) et le Conseil constitutionnel.

217. Ce droit est constitué par la convention du Conseil de l'Europe du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets et surtout la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens, créant l'Office européen des brevets, et par l'accord ADPIC adopté dans le cadre de l'OMC. Cet accord ADPIC prévoit notamment que le droit des brevets s'applique dans tous les domaines technologiques, faisant obstacle à l'édiction d'un régime spécifique en matière de biotechnologie. La directive communautaire du 6 juillet 1998 affirme ainsi que les inventions biotechnologiques sont soumises au droit commun des brevets.

218. L'interprétation de l'OEB a été fixée dans une décision du 8 décembre 1994 sur le gène codant de la relaxine : s'il est clair aujourd'hui que les gènes, en tant que tels et de manière isolée, ne sont pas brevetables, il est possible de breveter comme une invention de procédé une séquence d'ADN découverte à l'aide d'un processus technique en révélant la fonction, dès lors que cette fonction est susceptible d'applications industrielles.

219. Notamment celle du Comité national d'éthique dans un avis du 13 juin 2000 sur l'avant-projet de loi portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.



de la brevetabilité des gènes : un gène pouvant avoir plusieurs utilisations thérapeutiques, les brevets déjà déposés renchériraient le coût de la recherche. En sens inverse, on peut aussi bien affirmer que la brevetabilité favorise une meilleure diffusion des découvertes scientifiques et assure le financement de la recherche ²²⁰.

La question de la brevetabilité du génome est un exemple de cas où la France n'a pas, pour l'instant, réussi à influencer le contenu des normes qui prévalent aujourd'hui au plan international, mais où des efforts en ce sens doivent encore être menés, vu l'importance fondamentale des enjeux.

Il serait cependant particulièrement justifié dans le domaine des biotechnologies de s'interroger sur les finalités de la promotion du droit français : c'est un domaine où il serait nécessaire de rechercher une convergence sinon une unification des principes au niveau mondial, en tout cas un consensus le plus large possible : l'affirmation de principes qui n'auraient de valeur que locale ou régionale a peu de sens dès lors que c'est bien un intérêt universel (la dignité de la personne humaine) qu'il s'agit de protéger. Mais c'est un domaine où le droit français lui-même n'est pas stabilisé, où les positions sont encore en débat, où l'on ne peut pas prévoir les développements futurs (exemple de la recherche sur l'embryon mais aussi de la brevetabilité des gènes) : une démarche comparatiste est particulièrement nécessaire pour retenir toutes les solutions pertinentes, qu'elles soient élaborées en France ou ailleurs.

Pour conclure, le champ de la bioéthique révèle moins une compétition entre des systèmes juridiques constitués que des voies différentes pour répondre à un défi nouveau ; le choix des solutions de fond comme des processus d'élaboration des normes est caractéristique de la « philosophie » de chacun des deux systèmes, encadrement *a priori* dans un cas, autorégulation et contrôle juridictionnel *a posteriori* dans l'autre.

Les **nouvelles technologies de l'information** offrent un autre terrain d'opposition entre les États. La confrontation n'est à l'évidence pas seulement juridique. S'y ajoutent des considérations politiques et économiques tant ces technologies constituent à la fois un enjeu de pouvoir et un enjeu commercial. Mais les tensions sur le terrain du droit ne sont pas absentes des négociations internationales qui se déroulent en la matière. Dès l'origine des premiers projets d'encadrement international de l'internet se sont ainsi manifestées de vives opposi-

220. Sur cette analyse, voir M-A. Lhermitte, « La protection juridique des inventions biotechnologiques, Le Parlement européen, l'éthique et le droit des brevets », *Europe*, décembre 1998. B. Mathieu, « La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 1.



tions, notamment en ce qui concerne les noms de domaine ou la nature de la régulation qui doit prévaloir sur le réseau.

Il n'y a là rien de surprenant, pour au moins trois raisons. D'une part, les réseaux constituent un espace nouveau pour le droit ²²¹ et couvrent, presque par définition, le monde entier. D'autre part, la vitesse d'évolution des technologies entraîne une obsolescence plus rapide des dispositifs juridiques destinés, le cas échéant, à les encadrer. Ainsi que le remarque M. Paul dans son rapport ²²², « *le temps nécessaire pour l'élaboration des normes apparaît excessif par rapport à la rapidité avec laquelle évolue l'internet* », en prenant l'exemple de la directive de 1995 ²²³ relative à la protection des données à caractère personnel, dont certains mécanismes paraissent déjà dépassés au regard du développement accéléré du réseau. Dans ces conditions, on peut penser que les textes applicables en la matière sont susceptibles d'évoluer avec une certaine régularité. Enfin, avec l'internet, le *forum shopping* est accessible à tous, et non plus seulement aux grandes firmes susceptibles de choisir le pays qui offre les meilleures conditions fiscales ou sociales. Sur le réseau, il n'est pas difficile de faire héberger ses propres pages en les soumettant à une législation étrangère ou de proposer des services en ligne à partir d'un État différent de celui du consommateur alors que ce dernier l'ignore.

En matière de nouvelles technologies, les différences entre les systèmes juridiques ont fait notamment ressortir une opposition entre les États-Unis et l'Europe qui ont, sur de nombreux points, des conceptions éloignées. Deux exemples seront ici présentés. Le premier montre le rôle important que peut jouer la Commission dans les négociations internationales pour préserver des conceptions juridiques spécifiques à l'Union européenne. Le second suggère qu'à l'inverse, la Commission peut aussi susciter un débat quant à l'opportunité d'admettre en Europe des dispositifs juridiques similaires à ceux qui existent aux États-Unis. L'un des exemples est emprunté au droit des réseaux, l'autre au droit de l'informatique.

Les différences de culture et de conception juridiques sont apparues, en matière de régulation des réseaux, en particulier sur la **question de la protection des données personnelles et de la vie privée** ²²⁴. Les discussions délicates entre l'Union européenne et les États-Unis, qui ont débuté en 1995, ont eu pour objectif de parvenir à un équilibre entre

221. Au point qu'est parfois évoquée l'existence d'une *lex electronica*.

222. C. Paul, *Du droit et des libertés sur l'internet*, rapport remis au Premier ministre, mai 2000.

223. Directive 95-146, JOCE, L 281, p. 31.

224. Pour l'origine de ces dissensions entre l'UE et les États-Unis, voir par exemple O. Cachard, « Le commerce électronique : vers une bipolarité Europe-États-Unis », *Droit de l'informatique et des télécoms* 2/1998, p. 67 ; voir aussi l'étude du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Collection « Les études du Conseil d'État », La Documentation française et l'interview d'I. Falque-Pierrotin présentant cette étude, publiée aux *Petites Affiches*, 9 septembre 1998, n° 108.



des positions très éloignées. En effet, le texte de la directive européenne du 24 octobre 1995²²⁵ prévoit l'interdiction d'exporter des données collectées dans l'Union vers un État tiers si l'État de destination ne garantit pas un « *niveau de protection adéquat* ». Or les États-Unis, en l'absence de texte législatif ou réglementaire protégeant les données personnelles, s'en remettaient au marché et aux pratiques d'autorégulation, et les représentants américains estimaient que ces pratiques satisfaisaient aux exigences posées par la directive. L'Union européenne est parvenue à un accord avec le département d'État au commerce qui a donné lieu à une décision de la Commission européenne relative aux flux transfrontières de données à caractère personnel entre les États-Unis et l'Union, adoptée le 26 juillet 2000²²⁶. Cet accord fixe les principes du *Safe harbor*²²⁷ qui sont, pour l'essentiel, au nombre de cinq : l'obligation d'informer les personnes sur l'organisation, l'obligation d'assurer la sécurité du traitement et l'intégrité des données, l'interdiction d'utiliser des données sensibles sans le consentement exprès de la personne concernée, le droit d'opposition de la personne et un droit d'accès pour la personne, associé au respect de certaines conditions²²⁸.

Sans présager de l'efficacité du dispositif ainsi créé, deux points sont à souligner. En premier lieu, les principes finalement retenus par l'accord sont très proches de ceux de la directive. En second lieu, si le droit américain est applicable à ce dispositif de *Safe Harbor*²²⁹, c'est le droit national des pays membres de l'Union européenne qui s'applique pour les données collectées par les entreprises américaines en Europe. Au total donc, la négociation effectuée à l'échelle de l'Union semble avoir défendu efficacement les positions juridiques européennes. Il est vrai, néanmoins, que faute de procédure de protection efficace²³⁰ aux États-Unis, les entreprises américaines couraient le risque de ne plus pouvoir utiliser les fichiers de consommateurs de l'Union européenne, ce qui les aurait handicapées.

La question de la **brevetabilité des logiciels** soulève aujourd'hui en Europe un vif débat, au point que la Commission européenne a lancé

225. Directive 95-146 susmentionnée, Article 25-1.

226. Dec. 26 juillet 2000, JOCE 25 août, n° L 215, p. 7.

227. Que l'on peut traduire par « sphère de sécurité ».

228. On renverra, pour une analyse détaillée du *Safe Harbor*, à l'article de L. Costes, « Les nouveaux principes de *Safe Harbor* régissant les flux transfrontières de données entre l'Union européenne et les États-Unis », *Bull. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, nov. 2000, n°130, p. 1.

229. -Et notamment par la mise en œuvre de sanctions pour les organismes qui ne respecteraient pas les principes rappelés *supra*.

230. Selon un rapport de la *Federal Trade Commission*, rendu public en juin 1998, les pratiques d'autorégulation se caractérisaient par une grande faiblesse. L'enquête portant sur 1 400 sites commerciaux montrait que 2 % seulement offraient une réelle protection de l'intimité des consommateurs (cf. O. Cachard, *op. cit.*).



une consultation à ce propos le 19 octobre 2000 ²³¹. La Commission a en effet annoncé en 1999 une proposition de directive visant à harmoniser les législations et les pratiques nationales en la matière, dans le but d'offrir aux entreprises du secteur une protection par brevet des logiciels dans tous les États membres. Or jusqu'ici, sommairement, la protection par brevet ne s'appliquait pas en Europe : les logiciels ne sont protégés « que » par le droit d'auteur, le droit des marques et le droit des bases de données. La proposition de la Commission tend donc à recevoir en Europe le « modèle américain » en la matière, dès lors qu'aux États-Unis tout procédé informatique y est brevetable. Tout l'enjeu est de déterminer lequel des deux systèmes a l'impact le plus important sur la concurrence et l'innovation, dans un domaine où admettre la brevetabilité peut conduire à une appropriation de méthodes informatiques qui peut représenter une barrière à l'entrée d'un marché. En cette matière ²³², il semble donc que la Commission ait privilégié ce qui lui semblait constituer un mécanisme juridique efficace par rapport au maintien du droit européen traditionnel qui n'admet pas la brevetabilité des logiciels, et ce au prix d'une confrontation entre les partisans et les adversaires de ce système.

On a tenté d'identifier quelques sujets qui, dans un futur plus ou moins proche, détermineront le fonctionnement de l'ordre juridique international et influenceront fortement le contenu de notre droit interne. À ce stade, trois types de recommandations générales peuvent être formulés.

En premier lieu, face à l'internet, aux technologies du vivant, et d'ailleurs aux problèmes de protection de l'environnement, la France doit **définir une stratégie juridique**. Elle est, pour ce faire, confrontée à une alternative. Il est possible, d'une part, d'estimer que le droit existant offre toutes les ressources nécessaires au traitement juridique du nouveau domaine en cause. Il ne s'agit donc pas de créer un « nouveau droit », mais de recourir, en les approfondissant ou en les adaptant, à des solutions préexistantes. C'est la position qui a été retenue, concernant l'internet, suite à l'étude du Conseil d'État de 1998. La seconde forme de réaction consiste, à l'inverse, à créer un « nouveau droit » qui serait rendu nécessaire par la spécificité des problèmes à gérer. On peut penser, en la matière, à l'émergence du principe de précaution et à sa diffusion en matière de droit de l'environnement. Une nouvelle notion s'est créée et a conduit à l'élaboration de règles nouvelles. Le droit français doit, en toute hypothèse, opérer un choix entre ces deux appro-

231. Cette consultation s'est achevée le 15 décembre 2000 et ses résultats devaient pouvoir être consultés sur le site http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/indprop/softreplie.htm.

232. Pour une présentation à la fois complète et critique de ce débat, voir notamment L. Costes et S. Mathieu, *Bull. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, janv. 2000, n° 132, p. 1.



ches avant, le cas échéant, de pouvoir envisager exercer une influence internationale dans la matière considérée.

En deuxième lieu, et comme cela avait déjà été recommandé dans l'étude du Conseil d'État sur *La norme internationale en droit français*, **il est nécessaire que les autorités françaises s'appuient sur un calendrier prévisionnel des négociations à moyen terme pour développer une réflexion fondamentale en suscitant des travaux de recherche notamment universitaire**, ce qui mettrait la France en situation de proposition ou de réaction rapide.

En troisième lieu, cette capacité de réaction rapide ne peut être développée que si l'État dispose **d'enceintes et de moyens de réflexion prospective**. À titre d'exemple, on peut suggérer que la France crée, sur le modèle de l'Académie de droit international de La Haye, **un Institut dont la mission serait d'accueillir chaque année, sur des thèmes juridiques nouveaux d'intérêt international, des enseignants et praticiens** internationalement reconnus qui dispenseraient des enseignements et animeraient des séminaires de recherches.

3.1.2. Les lieux

Sans prétention d'exhaustivité ni de remise en cause des priorités actuelles, il est possible d'identifier des lieux, qu'il s'agisse d'enceintes de négociation internationales, d'organismes non gouvernementaux, de zones géographiques, dans lesquels une présence française ou européenne accrue serait susceptible de produire des effets particulièrement efficaces.

Les enceintes internationales et non-gouvernementales

Le premier accent doit évidemment porter sur les **instances d'unification**, notamment en matière de droit international des affaires. La volonté des acteurs économiques de parvenir à une unification des normes dans de nombreux domaines confèrera aux différentes instances, publiques ou privées, dont c'est l'objectif, un rôle majeur : Conférence de la Haye, Unidroit, Commission des Nations unies pour le droit commercial international. La France se doit d'être présente et active dans ces instances et de favoriser toutes les initiatives visant à une codification des pratiques ou des règles selon des méthodes qui sont celles du droit romano-germanique.

D'autres enceintes constituent des cibles dans la mesure où toute action menée auprès d'elles bénéficiera d'un « effet de levier ». Il semble que la France soit insuffisamment représentée auprès des **organismes de coopération multilatérale**, comme la Banque mondiale (BM) et le FMI, notamment à des niveaux d'encadrement intermédiaire. Or défendre le rôle et les solutions du droit français auprès des dispensa-



teurs d'aide publique, lui permet la diffusion de ce droit auprès des États bénéficiaires, notamment lors de la définition des projets d'investissement ou de réforme de la législation.

De même, l'Union européenne constitue un levier important de l'influence du système romano-germanique, dont la marque demeure encore prépondérante sur le droit communautaire, mais aussi du droit français. Par exemple, la question de savoir à partir de quels concepts communs aux États membres le droit communautaire pourrait prendre en compte les exigences traditionnellement exprimées, dans la langue juridique française, par la notion de service public et les règles applicables aux services publics, quel que soit leur mode de gestion, a déjà fait l'objet de recherches menées par des équipes universitaires plurinationales²³³ et mérite donc d'être approfondie en corrélation avec les exigences de garanties des droits fondamentaux déjà exprimées notamment par la Convention européenne des droits de l'homme²³⁴. Ce relais d'influence est susceptible d'intervenir par plusieurs canaux : en premier lieu à l'égard des pays d'Europe centrale et orientale candidats à l'adhésion, qui entretiennent historiquement une plus grande proximité avec les pays de droit écrit, mais qui ont subi une très forte attraction pour le système américain après 1989. La nécessité d'intégrer l'acquis communautaire, comme l'utilité de certaines solutions de droit public pour ménager la transition entre système communiste et économie libérale, permettront de renforcer l'ancrage de ces États du côté du système romano-germanique ; en deuxième lieu, cette influence s'exercera sur les États associés ou parties aux accords de coopération, comme ceux de la Communauté des États indépendants ou de la zone méditerranéenne, et des États de la zone ACP bénéficiaires de l'aide au développement dispensée par l'Union européenne ; enfin, auprès d'autres organisations régionales pour lesquelles le système européen peut constituer un modèle (Mercosur, ASEAN...).

La France exerce traditionnellement son influence auprès de l'Union européenne en constituant une force de proposition et d'avancée de la construction européenne. Ainsi la France propose parfois de transposer au niveau communautaire des solutions du droit français, comme cela a été le cas en matière de protection des données personnelles. Il faut alors, en contrepartie admettre que les solutions françaises seront amendées au cours de la négociation communautaire, ce qui imposera en retour des modifications de notre législation, alors même qu'elle

233. Voir, notamment, sur la question de savoir si la justification au niveau communautaire de l'intervention publique n'est pas à rechercher dans la garantie qu'elle apporte à l'exercice des droits fondamentaux « Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne » sous la direction d'A. Lyon-Caen et V. Champeil-Desplats, Dalloz 2001.

234. Voir *supra* 1.2.1.



entendait constituer un modèle. Par ailleurs, de nouveaux modes d'intervention auprès de l'Union européenne doivent être développés, qui ont déjà été évoqués dans l'étude du Conseil d'État sur *La norme internationale en droit français* : intervention d'experts auprès de la Commission européenne, plus en amont, c'est-à-dire au stade de la réflexion et de la préparation des projets de directive ; attention portée aux nominations à des niveaux d'encadrement intermédiaire ; suivi des travaux du Parlement européen ; transposition plus rigoureuse et plus rapide du droit communautaire. S'agissant de la participation des institutions françaises aux programmes de pré-adhésion des pays d'Europe centrale et orientale qui constitue, comme on l'a vu, un enjeu fondamental, la France est bien représentée, notamment dans les programmes de jumelage institutionnel ²³⁵. Mais il ne semble pas que les moyens soient dégagés pour donner à ces actions de coopération toute leur efficacité ²³⁶.

Le rôle joué par la jurisprudence de la CEDH, la diversité et souvent le caractère sensible des sujets abordés par les conventions conclues au sein du **Conseil de l'Europe**, ainsi que la nécessité de mettre en cohérence institutions et normes européennes conduisent à faire de cette organisation internationale un lieu privilégié d'influence juridique notamment à l'égard des États de l'Europe de l'Est.

C'est la Commission européenne également qui, au nom de l'Union, est chargée de négocier à l'**Organisation mondiale du commerce** dans la plupart des matières et de plaider devant l'Organe de Règlement des Différends. Une présence française plus visible et plus active demeure un impératif eu égard à la force donnée aux normes du commerce international par l'efficacité du mécanisme de règlement des différends, et à l'importance des sujets futurs de négociation : concurrence, investissement international... Il est nécessaire de renforcer la présence française dans l'organisation elle-même, à quelque niveau hiérarchique que ce soit. La recherche universitaire semble insuffisamment tournée aujourd'hui vers des sujets de droit international commercial ou économique : or le Gouvernement et l'administration français ont besoin de s'appuyer sur des ressources intellectuelles et des argumentaires mûris s'ils veulent se rendre capables de défendre auprès des États membres de l'OMC certaines notions décisives du droit français, comme celles du droit d'auteur, du service public, ou plus récemment, du principe de précaution.

235. La France serait ainsi en deuxième position, derrière l'Allemagne, dans le nombre de projets de jumelage.

236. Voir *infra* 3.3.3.



D'autres instances sont dépourvues de pouvoir normatif, mais leurs travaux contribuent à la réflexion et à l'émergence d'une position mondiale. Il semble que la France ne porte pas suffisamment d'intérêt à de tels travaux, dès lors que par construction le système juridique français ne prend en considération que les actes juridiques écrits et contraignants. On peut mentionner évidemment l'OCDE, dont on a déjà évoqué le rôle dans l'émergence de la notion de « bonne gouvernance », et qui s'intéresse aux programmes de réforme des législations, notamment en Europe de l'Est²³⁷. Malgré la présence de cette organisation à Paris, les experts français seraient trop peu présents dans ses différents groupes de travail.

De même, on a vu que **les organisations non-gouvernementales à caractère humanitaire ou professionnel, les comités d'experts ou scientifiques** constituent des « prescripteurs » de droit. Tout en en respectant l'indépendance, la France doit suivre attentivement leurs travaux, notamment dans tous les domaines à caractère prospectif. En matière de bioéthique, on peut citer ainsi l'Association médicale mondiale (AMM), qui constitue une référence internationale, et est à l'origine de la déclaration d'Helsinki (1964) ; le Conseil des organisations internationales des sciences médicales (CIOMS) dont la déclaration de Manille en 1981 a été reprise par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ; l'Human Genom Organization (HUGO) créée en 1989 et associant les scientifiques engagés dans la recherche biotechnologique.

En ce qui concerne les nouvelles technologies de l'information, ces enceintes sont très nombreuses. On pourra se borner ici à attirer l'attention sur deux organes qui paraissent devoir jouer un rôle éminent dans le futur. L'ICANN²³⁸, qui constitue sans doute l'un des lieux d'influence essentiels pour ce qui concerne l'internet puisqu'elle est au carrefour des principaux intérêts qui entourent le réseau mondial, est à l'évidence un lieu privilégié d'influence. La régulation internationale de l'internet est aujourd'hui exercée par trois acteurs majeurs : l'ICANN, les États souverains et les gestionnaires des extensions locales qui se voient confier par les gouvernements la gestion d'une

237. Notamment au sein du comité de la gestion publique (PUMA) et du programme SYGMA.

238. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. <http://www.icann.org>. L'ICANN a été créée en octobre 1998 à l'initiative du gouvernement américain, qui en décrivait la mission dans son Livre Blanc, et dont le contrat avec le gouvernement américain a été reconduit le 4 septembre 2000 pour une nouvelle année.

Elle doit traiter des questions relatives aux noms de domaines, mais aussi aux adresses IP (numéros identifiant chaque machine sur l'internet) et aux protocoles permettant aux machines de communiquer entre elles. L'ICANN a également fixé le cadre du règlement des litiges entre les détenteurs de noms de domaine et des tiers liés à leur enregistrement et à leur utilisation abusifs.

L'ICANN est la plus haute autorité internationale pour toutes les questions liées aux noms de domaines, adresses et protocoles. Juridiquement, l'ICANN est une société à but non lucratif fonctionnant selon les lois de l'État de Californie.



extension²³⁹. L'ICANN doit régler, à côté des questions techniques, des problèmes politiques, qui peuvent concerner l'orientation qu'il convient de donner à la « gouvernance » ou à la régulation internationale de l'internet. Une attention particulière doit être consacrée à *Governmental Advisory Committee* (GAC) qui représente les gouvernements des pays qui s'associent à la gestion de l'internet²⁴⁰. Certes, il s'agit aujourd'hui d'un comité consultatif qui ne détient aucun pouvoir décisionnaire ou exécutif au sein de l'ICANN. Mais il constitue une émanation du pouvoir politique puisqu'il s'agit de l'organe de représentation des gouvernements à l'ICANN. Si l'influence du GAC est aujourd'hui difficile à mesurer, il s'agit sans doute de l'organe privilégié par lequel les pouvoirs publics de chaque État²⁴¹ peuvent influencer sur l'évolution de l'internet.

Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)²⁴² constitue le lieu de naissance d'un nouveau droit, dans la mesure où il propose des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement de litiges commerciaux internationaux entre particuliers ou entreprises privées, et est aujourd'hui considéré comme la première institution de règlement des litiges liés à l'enregistrement et à l'utilisation des noms de domaine de l'internet²⁴³, ce dont témoigne la croissance régulière et continue de l'activité du centre²⁴⁴. Il a édicté des règles complémentaires à celles de l'ICANN, qui sont en vigueur depuis le 1^{er} décembre 1999. En outre, il est fréquemment consulté sur des questions relatives au règlement des litiges de propriété intellectuelle et à l'internet.

Les difficultés rencontrées par la France pour faire entendre ses idées auprès de ce type d'organismes, ou l'inattention qu'elle leur porte parfois, provient peut-être d'une culture réticente au *lobbying*, mais aussi de l'absence de modes d'intervention spécifiques à ces instances. De manière plus générale il serait nécessaire **d'identifier pour chaque enceinte internationale, par une planification des moyens, les modes d'intervention les plus adaptés**, qui peuvent prendre diffé-

239. En France, il s'agit de l'Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC) : <http://www.nic.fr>. L'AFNIC est une association à but non lucratif régie par la loi du 1er juillet 1901 créée en décembre 1997 par la volonté commune de l'INRIA et de l'État. Elle a notamment pour mission d'exploiter les serveurs de noms d'accès à l'internet pour la zone « .fr ».

240. <http://www.noie.gov.au/projects/international/DNS/gac/index.htm>

241. 65 représentants d'États composent le GAC aujourd'hui.

242. Installé à Genève, il a été créé en 1994 et consacré d'importants moyens à la création d'un cadre juridique opérationnel pour l'administration des litiges relatifs à l'internet et au commerce électronique.

243. Cf. L. Costes, « Le rôle du Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI pour le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine » *Bull. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, oct. 2000, n° 129, p. 1.

244. Il a été saisi en 2000 de 1841 plaintes et ses commissions administratives ont rendu 1 286 décisions.



rentes formes : soutien financier ; nomination de fonctionnaires ou de magistrats français à des postes de responsabilité mais aussi intermédiaires dans les organisations internationales²⁴⁵ ; expertise des membres des représentations permanentes ou des délégations ; développement de la recherche universitaire ; mobilisation de réseaux des fonctionnaires français ayant exercé des fonctions dans de telles instances, en organisant des « retours d'expérience ».

Les zones géographiques

La coopération bilatérale française est traditionnellement dirigée vers les États francophones ou issus de l'espace colonial français. À la suite de la fusion du ministère de la Coopération et du ministère des Affaires étrangères, une **zone de solidarité prioritaire** (ZSP) a été définie en 1999, incluant 44 États d'Afrique, la péninsule indochinoise, quelques États du Proche-Orient, des Caraïbes, de l'Amérique latine et du Pacifique. Les pays d'Europe centrale et orientale et l'espace méditerranéen constituent également des zones prioritaires. L'effort en faveur de ces États ne peut être relâché : il ne faudrait pas laisser perdre l'effet des actions antérieures, et ces États peuvent d'ailleurs constituer des points de rayonnement. Ainsi, à partir des efforts importants menés au Vietnam, à destination du Cambodge, du Laos et de la Thaïlande ; à partir de l'OHADA, à destination des États d'Afrique anglophone.

Pour autant, sans contester la pertinence de ce zonage, il faut souligner que son objet est, en partie, étranger aux problématiques de l'influence internationale du droit français, puisqu'il vise avant tout à définir le champ géographique de l'aide publique au développement. La ZSP se compose, en effet, d'États les moins développés en termes de revenus et qui n'ont pas accès au marché international des capitaux. La circonstance que les moyens de la coopération bilatérale française soient, très légitimement, ordonnés autour des pays les plus en difficulté, amène à négliger d'autres États dont le poids juridique et économique est peut-être plus important, mais pour lesquels les moyens d'intervention font défaut ou sont dispersés. C'est le cas des **pays émergents** (Chine, Turquie, Russie...), et plus généralement de **l'Amérique latine** où il existe une tradition de droit romano-germanique et une attente importante des États afin de rééquilibrer l'influence américaine.

De même, s'il a été constaté que les États de tradition romano-germanique étaient plus perméables aux concepts de *common law* que les **États de *common law*** à l'influence du droit romano-germanique, c'est sans doute parce que l'intérêt que ces pays portent en réalité à certaines de nos solutions est largement négligé : c'est notamment le cas du

245. La France détient déjà environ 10 % des postes de fonctionnaires internationaux dans les organisations internationales.



Royaume-Uni, qui s'est montré récemment attentif aux apports possibles du droit français en matière de procédure juridictionnelle, de droit administratif ²⁴⁶, ou d'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aux États-Unis, certains États fédérés ont également manifesté un intérêt pour certaines notions de droit civil (comme celle du notariat, appliqué à l'internet).

Auprès des États de *common law*, le **Canada**, dont on a vu les efforts pour maintenir une double tradition *common law*/droit civil, constitue le partenaire évident. De manière plus générale, la France ne peut pas exercer seule ces efforts : auprès des puissances économiques émergentes, l'idée **d'actions communes avec d'autres États membres de l'Union européenne** trouve toute sa pertinence, puisqu'il s'agira avant toute chose de promouvoir un droit européen.

3.2. Donner une meilleure visibilité au droit français

L'intelligence du droit des autres et des données économiques et sociologiques qui le sous-tendent est nécessaire pour mieux apprécier les forces et les faiblesses du droit français. Le développement du droit comparé et sa prise en compte à tous les stades de l'action est un impératif dans une stratégie de reconquête d'influence. Cette approche peut aider et doit accompagner la préservation des qualités formelles de notre droit. Enfin, quels que soient ses qualités et ses défauts, le droit français a besoin de la visibilité dont disposent les droits anglais et américain.

3.2.1. Connaître les droits étrangers pour rendre le droit français plus intelligible

Cette connaissance et cette pratique sont tout d'abord indispensables dans le cadre des travaux des organisations internationales et des négociations multilatérales. L'étude précitée du Conseil d'État sur la norme internationale en droit français y a déjà insisté : seule une connaissance précise du droit de nos partenaires dans le domaine qui

246. Le droit administratif a fait son apparition au Royaume-Uni à partir des années 60 et constitue une matière qui émerge peu à peu : une chambre spécialisée a ainsi été créée récemment au sein de la High Court. Les solutions du droit administratif français en matière de responsabilité administrative susciteraient notamment un certain intérêt, même si les Britanniques ont une conception plus restrictive des modalités d'engagement de la responsabilité des autorités publiques.



fait l'objet de la négociation permet de savoir à quoi ils s'engagent réellement en acceptant de signer le texte proposé. Elle permet d'identifier les éléments de transaction et les possibilités d'alliances. Dans le cadre communautaire, elle constitue le gage d'une participation réelle à l'élaboration de la future règle commune. La circulaire du Premier ministre du 9 novembre 1998 sur la transposition des directives communautaires recommande d'ailleurs fortement d'accompagner l'étude d'impact juridique de la proposition de directive d'une note de droit comparé. Elle est enfin un moyen de se prémunir contre l'importation de concepts incompatibles avec nos principes ou d'accepter cette importation en connaissance de cause.

Le développement de l'analyse comparative est également indispensable pour mener à bien toute entreprise de coopération juridique au profit d'États en construction ou en reconstruction. La coopération est souvent synonyme d'échec quand elle revient à proposer des produits ou des idées sans avoir réfléchi au préalable sur le système juridique et institutionnel du pays concerné et la compatibilité des solutions proposées avec ce système.

En outre, les droits étrangers sont un miroir du droit français et leur connaissance le meilleur moyen d'en percevoir les qualités et les défauts. Le rayonnement de notre droit a bien souvent été le prétexte pour ne pas voir ses défauts. L'affirmation de ses caractéristiques réelles, bonnes ou mauvaises, sur la base d'une comparaison avec les autres droits est d'autant plus nécessaire qu'une des forces des droits anglais et américain est de véhiculer avec eux l'idée qu'ils seraient en quelque sorte naturellement adaptés aux problèmes, spécialement économiques, et très souples. À l'inverse, on prête parfois aux droits romano-germaniques, et notamment français, l'image de droits rigides et étatistes, peu soucieux des entreprises²⁴⁷. L'affirmation est en partie vraie mais cette vérité ne doit pas conduire à nier le fait que le droit est ainsi atteint, lui aussi, par des phénomènes d'image. Contre de tels phénomènes, des analyses comparatistes sérieuses, si elles ne sont pas suffisantes, sont néanmoins indispensables.

Chargé par le ministre de l'Éducation nationale, de la recherche et de la technologie d'un rapport sur la situation du droit comparé et les perspectives de son développement²⁴⁸, le Pr. Lyon-Caen a établi un constat préoccupant des faiblesses de la France dans les domaines de la documentation, de la formation, de la recherche en droit comparé et de la coopération juridique. Malgré la mise en réseau des ressources docu-

247. Image véhiculée par des maximes comme « acheter français, vendre étranger ».

248. « Le développement du droit comparé en France. Une Fondation pour les études comparatives : droits, institutions, sociétés », juillet 2000. La commission sur le développement du droit comparé en France, présidée par R. Badinter avait déjà dressé un état des lieux inquiétant, non suivi d'effet.



mentaires, sous la forme d'un groupement de recherche entre le CNRS, des universités et sociétés savantes, les résultats des efforts d'amélioration de l'information documentaire sont très modestes. Les universités qui ont conçu et organisé des filières associant l'étude du droit français et de droits étrangers sont rares ²⁴⁹ et les jeunes chercheurs en droit comparé peu encouragés. Ce constat est d'autant plus inquiétant que la France peut s'enorgueillir d'une ancienne et brillante tradition de droit comparé notamment grâce à l'action et aux travaux internationalement reconnus de plusieurs institutions (Société de législation comparée, Centre français de droit comparé, Association « Henri Capitant », Institut de droit comparé).

Pour remédier à ces faiblesses, le Pr Lyon-Caen a proposé **la création d'une Fondation pour les études comparatives**. À la suite des travaux interministériels engagés sur la base de cette proposition, une proposition de loi ²⁵⁰ portant création d'une Fondation pour les études comparatives a été déposée le 19 avril 2001 à l'Assemblée nationale par MM Forni et Ayrault et adoptée par l'Assemblée nationale le 31 mai 2001. Cette fondation, à vocation fédératrice, aurait pour missions principales de promouvoir le développement des études scientifiques comparatives relatives au droit, aux institutions et aux sociétés, de constituer et d'entretenir un fonds documentaire, de développer la coopération internationale et d'assurer une formation de haut niveau.

L'énoncé de ces missions comme la comparaison avec des centres de droit comparé allemand, anglais et suisse montrent que l'utilité d'un tel instrument ne saurait être limitée aux seuls cercles universitaires. L'Institut de droit privé étranger et de droit international privé de Hambourg ²⁵¹ et l'Institut de droit public comparé et de droit international public d'Heidelberg ²⁵² qui dépendent du *Max Planck Institute* – auquel est également rattaché un institut de droit comparé dans le domaine de la propriété intellectuelle ²⁵³ – réalisent des études et des expertises pour les cabinets d'avocats ou les entreprises. L'*Institute of Advanced Legal Studies* de Londres ²⁵⁴ élabore son programme de recherche en fonction des besoins de l'industrie, du commerce et du gouvernement. Les uns et les autres fournissent, comme l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, des études pour l'élaboration des projets de loi. **Il faut donc fortement souhaiter que les professions juridiques – spécialement les avocats et les notaires – comme les**

249. Paris I, II et X ; Lyon III, Strasbourg et Nancy II, d'après le rapport précité.

250. Proposition de loi n°2999, voir annexe VII.

251. <http://www.mpipriv-hh.mpg.de>

252. <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/>

253. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht. <http://www.intellecprop.mpg.de/>

254. <http://ials.sas.ac.uk/>



entreprises soient, d'une manière ou d'une autre, associées au lancement de la Fondation des études comparatives.

Devraient également être approchés, dès le départ, les instituts étrangers, privés et publics. L'un des spécialistes anglais du droit comparé, le Pr Basil Markesinis, qui dirige *l'Institute of Global Law*²⁵⁵ -institut de droit comparé relevant de *l'University College* de Londres qui accueille, pour des enseignements en français, des universitaires français- a d'ores et déjà formulé des propositions précises pour la collaboration de cet institut avec la fondation.

L'existence de cette fondation et son développement ne dispenseront pas l'administration de remédier à ses propres insuffisances en la matière. Il convient de rappeler, dans cette perspective, les propositions formulées par l'étude précitée, notamment **l'accroissement du nombre de conseillers juridiques dans nos postes diplomatiques et la constitution d'un réseau** de diplomates, de conseillers des postes d'expansion économique, d'agences du Trésor et de magistrats de liaison **afin de mobiliser toutes les sources d'information sur les droits étrangers.** Il s'agit non seulement de récolter l'information sur le droit en train de se faire – qu'il soit écrit ou jurisprudentiel – mais d'instituer une veille juridique sur les évolutions possibles et probables afin de détecter, le plus en amont possible, en quoi la France peut accompagner ces évolutions ou y participer. De manière plus générale, les experts chargés de mission de coopération juridique à l'étranger doivent pouvoir trouver dans les postes diplomatiques un relais efficace. Dans le cadre de sa participation à la fondation, l'administration pourra au demeurant mettre à disposition de celle-ci les éléments documentaires dont ils disposent et qui seront issus de ces réseaux.

Il est nécessaire, en second lieu, de **systématiser, à l'occasion des modifications législatives, la comparaison des différentes solutions juridiques apportées au même problème dans d'autres États.** Il faut regretter que les administrations responsables de la préparation et de l'élaboration des projets de loi n'assortissent que rarement exposés des motifs et études d'impact de considérations comparatistes, au demeurant plus souvent administratives que juridiques. **L'étude d'impact qui doit accompagner tout projet de loi pourrait ainsi comprendre systématiquement une analyse du droit applicable chez nos principaux partenaires européens et aux États-Unis pour des réformes juridiquement importantes.** Il serait même intéressant dans ce cas de disposer de la traduction des textes applicables resitués dans leur contexte juridique²⁵⁶.

255. http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/global_about.html

256. C'est ce qu'a fait par exemple le Japon lorsqu'il a complété son droit de l'adoption, l'exposé des motifs du projet de loi comprenant la traduction des textes de loi français et allemand.



3.2.2. Préserver les qualités du droit français

Le maintien de la France dans le cercle des « pays exportateurs de droit » peut impliquer la préservation d'une certaine spécificité, et donc une opposition à l'introduction de concepts étrangers qui altéreraient la pureté de notre droit. Mais cette opposition n'est pas toujours possible, spécialement lorsque l'importation prend le truchement, de plus en plus fréquent, du droit international. En outre, le droit français a été capable d'intégrer des concepts étrangers et de s'en enrichir sans perdre sa substance.

Dans un monde où s'exprime un besoin de sécurité, de prévisibilité et d'adaptabilité du droit, le maintien de la France dans ce cercle passe aussi et peut-être surtout dans la capacité du modèle français à préserver les qualités qui lui ont permis de rayonner, qui lui sont propres et sont indépendantes du contenu même du droit : droit simple, clair, intelligible dont la compréhension ne soit pas réservée aux spécialistes, droit de principes, cohérent donc prévisible, pratiquant une abstraction propre à faciliter son adaptation aux évolutions. Si une modification du fond du droit comme l'introduction du *trust* n'est naturellement pas indifférente et peut prêter à discussion, comptent tout autant l'art et la manière de définir et de concevoir le droit, de le traduire en concepts et d'ordonner ceux-ci dans des systèmes. Sauf à chercher à imiter la *common law*, c'est bien en cultivant ces qualités que notre droit pourra tout à la fois intégrer des notions étrangères et rester lui-même.

De ce point de vue, beaucoup doit être fait qui dépasse naturellement les enjeux de l'influence internationale du droit même si ceux-ci sont importants. Sous la pression des acteurs économiques et des organisations internationales – spécialement de l'OCDE – la qualité du droit et les moyens de l'améliorer constituent de plus en plus un objet de comparaisons et donc de critiques internationales. De façon concomitante ont été lancés ou relancés, au niveau communautaire, par les ministres européens chargés de l'administration publique²⁵⁷ et, en France, par le Gouvernement²⁵⁸, des travaux sur la qualité de la réglementation, dont les conclusions doivent intervenir d'ici la fin de 2001. C'est également dans ce cadre que peuvent se situer réflexions et actions sur la préservation des qualités du modèle français, en particulier sur les thèmes de la simplicité et de l'intelligibilité de la loi pour

257. Résolution « qualité réglementaire » adoptée le 7 novembre 2000 à Strasbourg. Cette initiative se situe dans le cadre plus large des conclusions du Conseil européen de Lisbonne sur la simplification de l'environnement réglementaire aux niveaux national et communautaire. Elles prolongent l'accord inter institutionnel du 22 décembre 1998 (*JOCE C73/1*, 17 mars 1999) par lequel la Commission, le Conseil et le Parlement sont convenus de principes communs de rédaction visant à une meilleure qualité de la législation communautaire.

258. Comité interministériel pour la réforme de l'État du 12 octobre 2000.



lesquels les recommandations du Conseil d'État en 1991 restent d'actualité.

Trois des caractéristiques du droit français – droit codifié, « droit savant », style juridictionnel – appellent une attention particulière.

La codification

La relance du processus de codification depuis quelques années, notamment grâce à la loi d'habilitation du 16 décembre 1999, contribue indéniablement à renforcer les qualités formelles de notre droit en même temps qu'elle lui permet de correspondre à nouveau avec son image.

La codification du droit connaît au niveau international – communautaire²⁵⁹ comme non communautaire – une certaine faveur. L'OCDE y voit un facteur de croissance économique²⁶⁰. **La France pourrait servir d'exemple et faire valoir son expérience et son savoir-faire en la matière.**

L'amélioration de la qualité du droit au travers de la codification, comme gage d'une plus grande attractivité, n'est toutefois pas inconditionnelle. Elle n'est gage de la sécurité et de la prévisibilité juridiques conformes à l'attente des citoyens et recherchées par les acteurs économiques qu'à la condition d'être achevée²⁶¹ et de s'accompagner d'une réflexion sur le droit codifié qui peut et doit souvent être simplifié et amélioré. Comme l'explique la circulaire du 30 mai 1996 sur la codification²⁶², le travail de codification est un moyen privilégié pour repérer les réformes nécessaires, la Commission supérieure de codification prolongeant son travail « *par des propositions de réforme qui lui paraissent pouvoir être étudiées par le Gouvernement* ». **Des projets de loi de modernisation du droit devraient être élaborés pour corriger a posteriori les défauts auxquels une codification à droit constant ne peut remédier.** Une telle méthode de législation serait

259. L'idée d'une codification-consolidation du droit communautaire n'est pas nouvelle (voir par exemple les accords inter institutionnels sur la méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs du 20 décembre 1994). Mais diverses initiatives récentes (notamment les conclusions du Conseil européen de Lisbonne et la résolution « qualité réglementaire » des ministres européens chargés de l'administration publique précitées) l'ont relancée. Par ailleurs, plusieurs projets doctrinaux qui ont reçu le soutien de la Commission européenne visent à une codification/uniformisation des principes dans certaines matières : droit pénal et procédure pénale avec le *corpus juris*, droit des contrats avec les principes européens du droit des contrats issus des travaux de la commission présidée par le Pr Ole Lando (v *supra*).

260. Scott.H. Jacobs, « La codification, facteur de croissance économique », *RFAP*, 1997.

261. Ce qui implique notamment que les parties législatives des codes adoptées par ordonnance soient ratifiées et que les parties réglementaires puissent être publiées aussi rapidement que possible.

262. Circulaire du 30 mai 1996 sur la codification des textes législatifs et réglementaires, JO du 5 juin p. 8263.



nettement préférable à une modification continuelle des textes ²⁶³ qui annihile en partie l'effet de la codification et accrédite l'idée qu'en France « il y a trop de lois et qu'elles sont peu appliquées ». **L'élaboration de ces projets par domaines cohérents correspondant aux codes pourrait s'appuyer notamment sur des analyses comparatistes afin d'établir les forces et faiblesses de notre droit par rapport à certains droits étrangers.**

L'expertise juridique

Caractérisé, par opposition à la *common law*, comme un droit de théoriciens en raison du rôle direct ou indirect joué par la doctrine dans son élaboration, notre droit est de plus en plus souvent présenté comme un droit de technocrates. Cette critique, en partie justifiée, recouvre notamment l'idée d'une insuffisante réflexion juridique préalable à l'élaboration des textes, conduisant à des incohérences ou à des incertitudes qui nuisent à la qualité du droit.

Si des efforts ont été faits – spécialement par le développement des directions juridiques des ministères – pour accroître l'expertise juridique interne à l'administration, cette expertise n'est pas toujours sollicitée au stade de la rédaction des textes – qu'il s'agisse de normes internes ou internationales. L'expertise extérieure est, en outre, peu pratiquée.

Il convient, sur ce point également, de renvoyer aux propositions faites pour l'élaboration de la norme internationale par l'étude précitée. Nombre de ces propositions valent en effet pour l'élaboration de la norme interne, notamment le **recours plus systématique à des universitaires au stade de la réflexion sur les projets de texte** sur le fondement du décret du 4 mai 1999 qui a prévu la possibilité de confier à des enseignants chercheurs des missions d'expertise et de conseil auprès des administrations de l'État. En outre tous les ministères doivent être dotés **de directions ou de services juridiques qui doivent avoir clairement dans leur mission d'intervenir sur l'élaboration de tous les textes relevant de la responsabilité du ministère.**

Le style juridictionnel

L'émergence d'une sorte de standard international de la décision juridictionnelle, les évolutions procédurales et l'accroissement à la fois réel et symbolique du rôle du juge et de la fonction juridictionnelle commandent-ils une évolution du style juridictionnel français ?

263. Le Code général des collectivités territoriales, qui ne date pourtant que de 1996, a déjà été modifié par 50 lois.



Les critiques tirées de la trop grande concision des décisions sont en grande partie privées d'objet si l'observateur fait l'effort d'étudier les décisions et les conclusions du commissaire du gouvernement ou de l'avocat général qui s'y rapportent. Il retrouve alors un exposé précis des faits du litige, un débat sur les arguments des parties et les thèses en présence et un rappel de la jurisprudence.

Il reste que si un changement réel du style juridictionnel marquerait la perte d'une spécificité qui fait partie intégrante du mode de raisonnement juridique français, **l'intelligibilité du droit pour les justiciables comme la diffusion de nos méthodes gagneraient à des efforts de motivation supplémentaires**. Du fait de la complexité croissante du droit à appliquer, les juridictions sont, en tout état de cause, de plus en plus contraintes à cet effort.

Il doit également être mieux tenu compte de la demande étrangère de disposer d'une information plus complète sur la portée des décisions rendues par les juridictions françaises. Celle-ci pourrait prendre la forme d'une **publication plus systématique des conclusions des commissaires du gouvernement et des avocats généraux**. Un effort en ce sens doit toutefois être conçu dans la perspective plus large d'une plus grande visibilité du droit français à l'étranger.

3.2.3. Rendre le droit français matériellement accessible

Pour faire valoir ses atouts, notre droit doit savoir utiliser plus qu'avant les langues étrangères, notamment l'anglais mais aussi l'espagnol et tenir compte de l'importance des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour la diffusion du droit.

Traduire le droit français

La défense de la langue, élément de la culture, participe à la défense du droit. Les liens entre le langage du droit, expression du système juridique, et la langue dans laquelle il s'exprime, sont d'autant plus forts que ce système est élaboré et ancien. Aux difficultés de traduction (faux-amis linguistiques ou juridiques, inexistence des concepts dans le droit de la langue de traduction²⁶⁴) s'ajoutent les difficultés de compréhension par le lecteur, en raison d'une insuffisante connaissance des bases théoriques ou des développements jurisprudentiels auxquels a pu donner lieu le texte traduit.

264. Pour des exemples voir notamment J. Pradel « Les pièges du droit comparé – Quelques applications en droit pénal » in *Mélanges en l'honneur de G. Cornu*, p. 345. Pour les problèmes spécifiques du droit communautaire : J. Boulouis « Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire », *Droits*, n° 14, 1991, p. 97.



La défense du français comme langue de travail au sein des organisations et juridictions internationales aussi bien qu’au travers de la francophonie représente une nécessité pour le rayonnement de notre droit. L’un et l’autre vont de pair : c’est une connaissance de moins en moins répandue du français parmi les juristes étrangers qui menace l’usage de la langue française dans les enceintes juridiques internationales autant qu’une volonté d’imposer l’anglais.

Ces actions de soutien peuvent s’appuyer sur de nombreux organismes internationaux non gouvernementaux²⁶⁵ qui, au travers de la francophonie, assurent la promotion du droit français et du droit romano-germanique²⁶⁶ : l’Association « Henri Capitant », l’Institut du droit d’expression française créé en 1964 par René Cassin, la Conférence internationale du barreau de tradition juridique commune, l’Association des cours constitutionnelles ayant en partage l’usage du français. Ces organismes reçoivent le soutien du ministère des Affaires étrangères et de l’Agence intergouvernementale de la francophonie. Sans œuvrer dans un cadre francophone, l’Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA), fondée en 1983 – qui regroupe aujourd’hui les juridictions administratives suprêmes de plus de 80 pays²⁶⁷ et organisations internationales et dont l’objectif est de développer la coopération entre les juridictions qui en sont membres – participe à cette action de défense. De même, les rencontres biennales organisées par les juridictions suprêmes des États membres de l’Union européenne ayant compétence en matière administrative sont-elles, depuis une vingtaine d’années, l’occasion d’échanges fructueux à partir de cas concrets permettant une « traduction » réciproque de concepts juridiques fondamentaux. Récemment, a été créée une association des Cours de cassation francophones. À leur action en faveur du droit français et du renforcement de l’État de droit, s’ajoute celle d’autres organismes francophones dont la mission est plus générale, comme l’Agence universitaire de la francophonie²⁶⁸.

Doit-on, pour autant, s’en tenir à l’idée qu’un droit ne peut être défendu que dans sa langue d’origine ? Si l’idéal reste évidemment la formation d’étudiants étrangers au droit par l’apprentissage du droit français en français, afin de démultiplier la promotion de notre système

265. Le Haut conseil de la francophonie y consacre également une partie de son action, voir rapport 1999-2000.

266. Sans compter des organismes qui, sans être fondés sur la francophonie, ont pour objet la défense du droit romano-germanique, comme par exemple l’Union internationale du notariat latin (<http://www.onpi.org.ar/frances/un01.htm>).

267. Les pays membres sont principalement des pays de droit romano-germanique tandis que les pays invités sont plutôt des pays de *common law*.

268. L’Agence développe des programmes de recherche et de formation juridiques. Par exemple, en son sein, existe le réseau de chercheurs « droits fondamentaux », créé en mai 1993 destiné à rapprocher ceux qui, dans les pays ayant le français en partage, s’intéressent aux droits de l’homme et à l’État de droit, tant dans le cadre de chaque État qu’aux plans international ou régional.



par des juristes étrangers francophones et si possible francophiles, le nombre croissant d'anglophones incite à la réflexion et à la modestie. Un consensus commence à se dégager sur le bilan coûts-avantages d'une traduction du droit au regard des risques de trahison sémantique et des nécessités de diffusion.

La traduction ne suffit certes pas pour exporter durablement un système juridique. Mais elle est évidemment la condition première pour qu'un système juridique puisse être connu et, le cas échéant, imité dans les pays qui ne pratiquent pas la langue dans laquelle il a été élaboré. À condition que soient sinon respectés du moins repérés les liens entre langage juridique et langue – c'est le travail des juristes linguistes –, la traduction n'est pas une trahison. Si l'anglais doit évidemment être choisi comme langue de traduction, le recours à l'espagnol, compte tenu tout à la fois du nombre de locuteurs et de l'appartenance des pays hispanisants à la famille romano-germanique, est également indispensable.

Conscient de la nécessité d'une meilleure connaissance du droit français en langue étrangère, un groupe de travail réuni en 1999 à l'initiative du ministère des Affaires étrangères et du ministère de la Justice a recommandé d'engager un programme de traduction d'éléments de notre droit²⁶⁹. Ce programme (voir annexe IV) a été confié à Juriscope²⁷⁰, pôle d'information juridique qui s'appuie sur un réseau d'experts, de correspondants et de traducteurs en France et à l'étranger.

Ce programme de traduction des principaux textes français en anglais et en espagnol doit bénéficier de la durée – et donc de l'assurance d'un maintien des crédits sur plusieurs années – **compte tenu de l'ampleur de la tâche et de la nécessité de procéder à une actualisation permanente des traductions réalisées**. Il faut également encourager l'idée d'un recensement et d'un signalement des traductions du droit français réalisées à l'étranger et répondant à des critères scientifiques incontestables. **S'agissant des décisions juridictionnelles**²⁷¹, **il serait opportun que leur traduction s'accompagne systématiquement de la traduction des conclusions du commissaire du**

269. La France avait, avec la même préoccupation, financé la traduction en anglais et en portugais des actes uniformes adoptés dans le cadre de l'OHADA.

270. Juriscope a été créé en 1992 sous la forme d'un GIP entre différents ministères, le CNRS, le CNED, la CCI de Paris, le Conseil Supérieur du Notariat, le Centre français de droit comparé, l'Université de Poitiers, la Région Poitou-Charentes et le département de la Vienne. C'est désormais une unité mixte de services du CNRS dont l'objectif, au travers de prestations documentaires, est d'améliorer l'accès à l'information sur les droits étrangers et le droit international et de sensibiliser les opérateurs à la nécessité d'intégrer le droit comparé dans leurs activités. <http://www.juriscope.org>.

271. Le Conseil constitutionnel publie le sommaire de ses décisions en anglais et en espagnol.



gouvernement ou de l'avocat général afin de les resituer dans leur contexte et d'en éclairer la portée.

L'évolution défavorable au droit romano-germanique de la jurisprudence louisianaise citée plus haut trouve sa source, comme la même évolution aux États-Unis au XIX^e siècle, dans l'insuffisance voire l'inexistence d'ouvrages français traduits en anglais. Sans doute les juristes de chaque pays disposent-ils d'ouvrages de droit comparé dans leur propre langue. Encore faut-il qu'ils disposent de sources d'information qui ne soient pas exclusivement en langue française. Entre la politique d'aide à la traduction des textes officiels, qui relève clairement de l'État, et le développement de la traduction et de l'édition à l'étranger d'ouvrages de doctrine ou de vulgarisation français, qui relève plutôt de l'initiative privée même si des aides publiques peuvent ne pas être exclues, **un effort doit être fait au travers de l'édition ou de la coédition et de la diffusion d'ouvrages de vulgarisation juridique à l'initiative des personnes publiques, comme l'IIAP²⁷² ou la Documentation française.**

De manière complémentaire, **il serait utile que se généralise la pratique, par les auteurs d'articles ou les éditeurs de revues juridiques, du résumé de l'article dans une autre langue que le français** afin notamment de pouvoir plus facilement figurer dans des bibliographies étrangères.

Être présents sur internet

L'internet est un support de diffusion du droit qui doit en premier lieu être utilisé pour la mise en ligne des textes ou de la jurisprudence en français²⁷³ ou dans d'autres langues comme le programme décrit plus haut le prévoit. L'accès gratuit et aisé aux textes consolidés et au Journal officiel « lois et décrets » depuis 1990 que permet désormais le site LEGIFRANCE constitue un progrès qui doit être amplifié par un accès plus facile aux décisions juridictionnelles. Cette mise en ligne des décisions juridictionnelles devrait pouvoir être accompagnée de notices explicatives les replaçant dans le contexte juridique.

Le Conseil d'État pourrait mettre en ligne, sur son site internet, une sélection étoffée de décisions importantes accompagnées de

272. L'IIAP a publié *An introduction to French Administration*, ouvrage collectif 1999 ; *Le système politique français*, d'Yves Meny (en anglais et en espagnol) et *La fonction publique française* de Luc Rouban (en anglais et en espagnol).

273. Plusieurs initiatives institutionnelles ont d'ores et déjà, dans le cadre de la francophonie, visé une publication sur internet de textes juridiques français ou étrangers : l'Encyclopédie universelle des Droits de l'Homme, association française qui vise à rassembler et à publier l'ensemble de textes juridiques touchant aux droits de l'homme dans le monde, l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français spécialisée dans le droit constitutionnel, etc.



notices explicatives et des conclusions du commissaire du gouvernement. Depuis cette année, le rapport annuel du Conseil d'État est intégralement en ligne sur le site de la Documentation française. Les développements qu'il consacre chaque année aux décisions contentieuses pourraient à l'avenir faire l'objet d'une mise en ligne propre, avec adaptation du contenu au support.

De manière plus générale, un effort important doit être consenti pour mettre en ligne des contenus (travaux doctrinaux, références bibliographiques²⁷⁴, dictionnaires juridiques, cours) à l'image de ce que font de nombreuses institutions ou universités étrangères et quelques universités ou institutions françaises²⁷⁵, le cas échéant en partenariat avec des universités étrangères²⁷⁶, et proposer des services juridiques (création de listes de diffusion, sélections actualisées de sites). Les universités, dont ce n'est pas la mission, ne peuvent seules concevoir, organiser et mettre en œuvre cet objectif de présence du droit français sur internet mais aussi sur l'ensemble des nouveaux supports d'information et de communication. **Sous l'impulsion de l'État, une véritable politique relative à la mise en ligne de contenu juridique, associant le Centre national d'enseignement à distance (CNED), les universités et établissements publics intéressés, doit être élaborée et coordonnée avec les éditeurs juridiques,** à partir d'un état des lieux²⁷⁷ et d'une analyse comparative qui pourraient être confiés à la Fondation pour les études comparatives.

3.3. Utiliser plus systématiquement les canaux naturels d'influence du droit français

La promotion du droit français fait intervenir trois principaux acteurs : les universités, les professions juridiques libérales, les administrations et institutions publiques. L'effort prioritaire doit porter sur la formation des étudiants français et étrangers, c'est-à-dire la constitution d'un « capital humain » susceptible de soutenir l'influence du droit français à long terme. L'enjeu du renforcement des professions juridiques fran-

274. Comme par exemple le site de la Société de législation comparée <http://www.legiscom-pare.com/Table12.html>

275. Comme Juriscope déjà cité ou Juripôle, qui regroupe onze laboratoires de recherche qui ne sont pas tous juridiques <http://juripole.u-nancy.fr/>

276. Comme Bijus, site commun aux universités de Saarbrücken et de Nancy 2.

277. Qui ferait certainement apparaître des manques préoccupants : parmi les sites intéressants auxquels renvoie celui de la CNUDCI aucun n'est français. Si un grand nombre sont américains (American Arbitration Association, American Bar Association, etc), on trouve également des sites allemand (université de Fribourg), brésilien (université de Fluminense), espagnol (université Carlos III de Madrid), israélien (université de Bar-Ilan) ou japonais (université de Kyushu).



çaises, s'il ne se réduit pas à celui de la défense du droit français, engage également l'avenir. Enfin, l'utilisation des moyens actuellement employés à la coopération internationale en matière juridique pourrait mieux garantir l'efficacité et la pérennité des effets des actions menées.

3.3.1. L'Université

La question du rôle des universités dans l'influence du droit français présente des caractéristiques spécifiques puisqu'elle associe la volonté d'un échange intellectuel et la préoccupation d'une participation plus intense de la France au « marché » mondial de la formation qui est, elle aussi, devenue un enjeu de compétition internationale.

La **coopération universitaire dans le domaine juridique**, pour être importante, ne présente toutefois pas de caractéristiques spécifiques au droit au regard des autres disciplines. Il faut principalement s'attacher, en la matière, d'une part à fédérer ce qui semble aujourd'hui reposer pour l'essentiel sur des initiatives locales voire individuelles. Pourraient ainsi être systématiquement créées, sous l'autorité de leurs présidents, des **cellules de relations internationales** dans toutes les universités. Ces cellules seraient à la fois les interlocuteurs naturels du ministère de l'Education nationale et les organes susceptibles de coordonner les actions menées. D'autre part, les efforts doivent également porter sur l'**incitation à la mobilité des enseignants français et à l'accueil des enseignants étrangers**. Sur le premier point, une piste est de développer la mise à disposition d'établissements universitaires étrangers, pendant une durée suffisante, d'enseignants aptes à assurer des enseignements de droit français en français et dans une langue étrangère. Sur le second point, il serait nécessaire de généraliser les postes d'accueil de professeurs de droit étrangers dans les universités.

L'accent doit surtout être mis sur les actions en direction des étudiants. Les étudiants étrangers, et parmi eux ceux qui veulent poursuivre des études de droit en France, sont autant de vecteurs d'influence du droit français. La formation des étudiants français doit être également améliorée pour qu'ils maîtrisent mieux le droit comparé et les droits étrangers, ce qui est la condition d'un plus grand rayonnement futur de nos professions juridiques et donc de notre droit.

La formation des étudiants étrangers en France

Parmi les instruments essentiels de la promotion du droit français à l'extérieur et de son influence internationale figurent certainement les juristes étrangers qui ont effectué tout ou partie de leurs études de droit en France. **Un étudiant étranger qui vient étudier le droit français assure, du même coup, une influence durable dans son pays d'origine lorsqu'il y exerce une profession juridique. Il est donc**



souhaitable de favoriser l'accueil des étudiants en droit étrangers en France.

Pour l'année 1999-2000, on comptait 16 882 étudiants étrangers inscrits dans une université pour suivre des études de droit ²⁷⁸. La discipline accueille 13,1 % des étudiants étrangers. La proportion est à peu près constante sur la période récente, même si on peut noter une augmentation assez importante par rapport à l'année universitaire précédente. Le nombre d'étudiants étrangers en droit a ainsi progressé de 13,5 % sur une année alors que le nombre total d'étudiants étrangers a connu une croissance de 5,9 %. La répartition en fonction de l'origine géographique de ces étudiants est assez stable et correspond à la répartition globale, toutes matières confondues. Pour l'année 1999-2000, 47 % des étudiants étrangers en droit provenaient d'Afrique, 37 % d'Europe, 9,5 % d'Asie et 6 % d'Amérique. Une étude élaborée pour la direction du développement et de la coopération technique du ministère des Affaires étrangères évalue à 300 le nombre de bourses octroyées en 1999 à des étudiants étrangers en droit ²⁷⁹.

La question de la poursuite d'études de droit en France par des étudiants étrangers est, à l'évidence, une partie intégrante de celle de la politique d'accueil des étudiants étrangers en France. Les enjeux et la définition de cette politique ont déjà été présentés ²⁸⁰. S'il ne paraît pas utile de revenir sur les améliorations nécessaires qui doivent être apportées au dispositif général d'accueil, il est néanmoins possible d'insister sur certains éléments. On mentionnera néanmoins l'importance d'une politique de visas moins parcimonieuse et qui facilite l'accueil des meilleurs éléments.

En premier lieu, la **politique d'attribution des bourses** souffre encore d'un **défaut de lisibilité**, en particulier en ce qui concerne les critères d'attribution et les priorités qui doivent être suivies. Les bourses constituent le premier facteur incitatif pour les étudiants étrangers : elles doivent accompagner les mesures propres à donner une meilleure connaissance de l'offre de formation juridique dont dispose la France. À ce titre, l'une des difficultés fréquemment relevées est l'**insuffisante implication des universités dans la politique d'attribution des bourses**. Lorsque les universités étrangères concluent des accords d'échange avec les universités françaises, les responsables des établissements français sont souvent démunis pour inclure dans ces accords

278. Source : Repères références statistiques sur les enseignements, la formation et la recherche, ministère de l'Éducation nationale.

279. Étude de M. Y. Gautier, 1999.

280. Voir notamment, sur la période récente, P. Weill, *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, La documentation française, Août 1997, spéc. pp. 125 et ss. ; A. Claeys, *L'accueil des étudiants étrangers en France : enjeu commercial ou priorité éducative*, Assemblée nationale, Rapport d'information n°1806, 1999.



un nombre significatif de bourses. En outre, les universités n'interviennent qu'au terme du processus, et accueillent bien souvent des étudiants au recrutement desquels elles n'ont pas participé et pour la mise en œuvre de programmes sur lesquels elles n'ont pas l'initiative. La mise en place des bourses d'excellence dites « Eiffel », destinées à la formation des meilleurs étudiants étrangers dans les meilleures écoles françaises, participe de la volonté d'une politique plus claire des bourses qui doit être encouragée. Les efforts menés en faveur d'une véritable « **cogestion** » des bourses en partenariat avec les universités pourraient être approfondis. Dans son rapport, M. Claeys propose ainsi de déléguer une partie des bourses aux universités, dans le cadre de la politique contractuelle avec l'État. **Il convient en outre, en matière d'attribution de bourses, de ne pas négliger les étudiants de l'Union européenne, notamment ceux originaires des États de tradition romano-germanique.**

En deuxième lieu, la promotion de l'offre de formation juridique française doit être effectuée à travers **l'agence Edufrance**, créée en 1998 par les ministères de l'Éducation nationale et des Affaires étrangères. Outre la mise en place d'une « prestation globale » pour les étudiants étrangers, cette nouvelle agence doit assurer la promotion de l'offre française de formation à l'étranger et répondre aux appels d'offres internationaux. Dans ce cadre, cette agence peut fédérer l'offre française dans les matières juridiques.

En troisième lieu, la **condition d'une bonne maîtrise de la langue française par les étudiants étrangers** souhaitant suivre des études de droit en France **doit être assouplie**. On l'a dit, le droit français peut être plus accessible s'il est traduit dans une langue étrangère, et en particulier en anglais. Dans ces conditions, une bonne maîtrise préalable du français ne doit plus être un obstacle à l'accueil des étudiants étrangers. Les enseignements juridiques doivent être accompagnés de cours de langue française, dont le contenu peut, le cas échéant, être orienté vers l'apprentissage spécifique des notions juridiques. La question de l'enseignement du droit français à des étudiants étrangers dans leur propre langue, notamment en anglais, peut sembler plus délicate. On doit néanmoins constater que certains pays enseignent leur droit à des étudiants étrangers dans une autre langue que la leur ²⁸¹.

En quatrième lieu, pour ce qui concerne plus spécifiquement le droit, les **enseignements de droit français spécifiquement destinés aux étudiants étrangers** doivent être développés. Ces enseignements,

281. X. Blanc-Jouvan indique par exemple, dans son étude « L'enseignement du droit national aux étudiants étrangers », *Revue internationale de droit comparé* 1993, p. 9 que certains pays ont rapidement développé des cours sur le droit national à l'attention des étudiants étrangers, mais enseignés dans une langue étrangère. Il cite le cas des Pays-Bas, de la Suède et de la Grèce.



conçus de façon pratique, assurés par des professeurs français, doivent intégrer eux-mêmes une forte dimension comparative. Un **diplôme particulier** pourrait, le cas échéant, récompenser les étudiants qui auront suivi avec succès ces enseignements. Une réelle **réflexion pédagogique** doit être menée en ce qui concerne l'enseignement du droit français à destination des étudiants étrangers²⁸², tant il semble évident que ces derniers seront à l'avenir les instruments indispensables de la diffusion de la culture juridique française. L'investissement initial paraît peu coûteux au regard de la rentabilité future qui peut être attendue. La formation des futures élites juridiques internationales est un enjeu majeur pour l'influence internationale du droit français. Il n'est pas possible de continuer à regretter la diminution de cette influence sans produire un effort réel pour concevoir des programmes spécifiques et adaptés aux étudiants étrangers²⁸³, afin d'éviter que les meilleurs n'optent systématiquement et définitivement pour les meilleures universités américaines.

La formation des étudiants français aux droits étrangers

Une action symétrique de celle dirigée vers les étudiants étrangers doit être conduite en vue d'améliorer la formation des étudiants français pour mieux connaître les droits étrangers. Cette exigence découle de constats dressés par ailleurs, mais la nécessité d'une telle action doit être ici affirmée au regard des différentes carrières que peut suivre un étudiant en droit. Quel que soit son choix professionnel, on peut penser qu'il sera confronté aux droits étrangers. On peut surtout croire qu'il sera meilleur s'il est formé à la connaissance de ces droits. Un futur avocat français, pour être meilleur devant les juridictions communautaires, doit être mieux préparé à la confrontation aux techniques et aux raisonnements qui seront développés par les *barristers* anglais. Ce même avocat sera de plus en plus amené aussi bien à rédiger des conventions dans une langue étrangère qu'à diligenter des procédures dans d'autres États que la France. De même, les futurs magistrats devront sans doute, de plus en plus, être familiers de différents systèmes juridiques pour mieux apprécier la portée de décisions rendues par les juridictions étrangères. En détectant les similitudes ou les divergences qui rapprochent ou éloignent les solutions retenues dans plusieurs pays, les juges enrichiront à coup sûr leur jurisprudence nationale. Il est vrai qu'aujourd'hui, tant pour l'ordre administratif que pour l'ordre judiciaire, le quotidien des juges français n'est pas la recherche systématique de décisions étrangères portant sur des faits ou des questions juridiques comparables ou assimilables. Le constat a été

282. On peut signaler sur cette question le colloque « L'enseignement du droit national aux étudiants étrangers », dont les actes ont été publiés à la *Revue internationale de droit comparé* 1993, pp. 5-96.

283. Ce que font déjà, là encore, d'autres pays européens.



fait par ailleurs de ce rôle faible et décevant du droit comparé dans le travail du juge²⁸⁴. Il n'est pas douteux néanmoins qu'à l'avenir la référence au droit comparé prendra une importance croissante, comme c'est déjà le cas dans certains domaines spécifiques (le droit boursier ou le droit financier) ou dans l'analyse de conventions internationales intégrées dans le droit de différents États. Enfin, l'étudiant en droit devenu fonctionnaire chargé de préparer ou d'élaborer des textes juridiques les enrichira certainement d'expériences étrangères déjà menées. Les réformes en profondeur de certains textes pourront de moins en moins être mises en œuvre sans une approche complète des législations en vigueur dans des pays au développement économique et social voisin. Certaines branches du droit, on l'a dit, évoluent extrêmement rapidement, les techniques changent, et il sera indispensable de savoir comment on résout ailleurs ces problèmes nouveaux, et quel est l'esprit des autres législations. La connaissance des expériences étrangères éclaircit sans doute la voie vers une réglementation adaptée. Trois axes peuvent ici être définis.

En premier lieu, l'enseignement des droits étrangers et du droit comparé aux étudiants français doit être généralisé et offert dès le début du cycle universitaire. Cela pourrait ainsi donner lieu à un enseignement obligatoire au cours des deux premiers cycles de l'enseignement en droit, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. Il paraît en effet nécessaire de prendre en compte le développement de la perméabilité des systèmes juridiques dans la formation des étudiants en droit. Dans cette perspective, il ne s'agit pas seulement d'apprendre aux étudiants le système juridique de tel ou tel pays, mais d'aller plus avant en les sensibilisant à ce qui diffère fondamentalement entre les différents systèmes ou, au contraire, dans quels domaines ils se rejoignent. **Les enseignements relatifs aux systèmes juridiques étrangers gagneraient à être dispensés, au moins pour partie, dans une langue étrangère.** Les futurs juristes auront de plus en plus à s'exprimer et surtout à travailler dans une langue autre que le français : de l'avocat qui souhaite développer une clientèle étrangère au magistrat appelé dans un pays étranger pour collaborer à l'élaboration de textes, pour animer des séminaires ou tenir des conférences.

Plusieurs voies peuvent être empruntées pour concevoir l'enseignement des droits étrangers et du droit comparé²⁸⁵. Elles ne sont

284. Voir en particulier P. Bézard, « Les magistrats français et le droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, pp. 775 et ss.

285. Ces voies ont déjà été explorées par des professeurs attachés au développement du droit comparé : par exemple D. Tallon, « Les perspectives de l'enseignement universitaire du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay*, 1982 ; X. Blanc-Jouvan, « Réflexions sur l'enseignement du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1988, p. 751 ; « La formation au droit comparé, le point de vue d'un universitaire », *Revue internationale de droit comparé*, 1995, p. 89.



d'ailleurs pas exclusives. En premier cycle, une forme d'initiation aux principaux systèmes de droit dans leurs grandes lignes pourrait être offerte aux étudiants. Dans un second temps, des enseignements plus spécialisés, par thème ou par matière, pourraient être dispensés aux étudiants de deuxième et troisième cycles. Plus profondément, comme le suggèrent de nombreux auteurs, une autre voie est celle qui consiste à intégrer l'enseignement du droit comparé dans celui du droit interne. Ainsi que le relevait D. Tallon²⁸⁶, le droit comparé peut prendre un nouvel essor à condition de disparaître comme une discipline autonome.

De la même façon la possibilité de suivre des **doubles cursus** ²⁸⁷ aux étudiants en droit doit être offerte de façon plus massive. Il conviendrait également, dans la même perspective, d'envisager la création de **programmes d'enseignement spécifiques** similaires à ceux qui se développent dans les universités étrangères afin de mieux répondre aux besoins nés de la mondialisation en matière juridique. L'université de New York a ainsi mis sur pied, dès 1994, un *Global law program* . De même, pour des raisons évidentes, les facultés de droit de l'université de Mc Gill et de l'université d'Ottawa au Canada offrent depuis plusieurs années des programmes d'études dans les deux systèmes de droit. À l'université de Mc Gill, un programme d'enseignement intègre dès la première année le « droit civil » et la *common law* . En enseignant ainsi les deux systèmes de droit de manière concomitante aux étudiants, ce programme les incite à comparer et évaluer de manière critique les deux traditions. L'Université d'Ottawa, pour sa part, offre la double formation juridique, successivement, dans les deux langues officielles. Les étudiants sont en premier lieu soit des civilistes, soit des juristes de *common law* . Ayant ainsi acquis cette première formation, ils peuvent ensuite en acquérir une seconde. Si ces exemples canadiens ne peuvent à l'évidence être transposés à l'identique, les universités françaises pourraient utilement s'en inspirer afin de mieux adapter la formation des étudiants aux phénomènes décrits dans la présente étude.

En deuxième lieu, l'apprentissage des droits étrangers devrait reposer sur une **formation plus pratique** . L'enseignement des systèmes juridiques étrangers ne peut être efficace que s'il s'appuie largement sur une formation de nature pratique : étude de cas, analyse de jurisprudence, rédaction de textes, traitement de dossiers contentieux... Cette méthode qui, il est vrai, se développe dans les universités françaises, ne connaît pas encore le succès du *case system* américain, repris dans certaines grandes écoles françaises. Plutôt que d'étudier à partir d'un cours magistral, les étudiants examinent des cas spécifiques de faits qui ont

286. Op. cit.

287. Ces cursus, proposés dans plusieurs universités, s'effectuent le plus souvent à parité en France et dans un pays étranger (deux ans + deux ans).



été jugés, ainsi que leurs commentaires, le tout étant suivi d'une discussion générale. Ce mécanisme, dont on peut d'ailleurs penser qu'il reproduit en réalité certaines différences entre la *common law* et les droits romano-germaniques, est considéré aux États-Unis comme ayant l'avantage d'obliger l'étudiant à réfléchir lui-même, à s'interroger et à discuter avec le professeur. Il est clair toutefois qu'un tel enseignement n'est envisageable que si les étudiants sont encadrés dans des groupes de taille restreinte, alors même que les facultés de droit accueillent aujourd'hui un public très nombreux. Les enseignements visant à donner aux étudiants des éclairages sur les droits étrangers pourraient faire appel à des professionnels ayant l'habitude de pratiquer les droits de différents pays.

Enfin, une réflexion peut être engagée sur l'inscription au programme de certains concours d'écoles formant des « professionnels du droit » **d'épreuves de droit comparé ou de connaissance des droits étrangers**. Le droit comparé ou les droits étrangers sont aujourd'hui absents des programmes de ces concours (CFPA, ENA, ENM ...), ce qui n'a rien de surprenant, mais implique nécessairement que les meilleurs étudiants en droit qui présentent ces concours risquent d'abandonner par avance ces matières compte tenu, précisément, du contenu des programmes. Dès lors, deux voies complémentaires sont possibles : d'une part, renforcer la place du droit comparé et des droits étrangers dans l'enseignement au sein de ces écoles à forte dominante juridique, pour la formation initiale comme pour la formation continue, afin de rattraper ce manque de connaissance du droit comparé ; d'autre part, envisager, le cas échéant comme option à l'origine, l'inscription aux programmes de ces concours d'épreuves pour sanctionner un niveau minimum de connaissance dans ces disciplines.

En conclusion, la formation « comparatiste » ou la formation aux droits étrangers ne doit plus rester purement académique dès lors qu'elle est appelée à recevoir un prolongement dans la vie professionnelle future des étudiants. Si cette formation reste marginale, notamment parce qu'elle est moins utile pour les examens et les concours, l'étudiant sortant de l'université sera généralement mal armé, alors même que le besoin est croissant. On peut d'ailleurs remarquer qu'à la différence de l'étudiant français, l'étudiant américain aura une aptitude intellectuelle plus immédiate au droit comparé. En effet, le droit comparé commence chez lui, où coexistent la jurisprudence et la législation des cinquante États fédérés, auxquelles se superpose le droit fédéral. Ici, **l'apprentissage du droit européen** pour les étudiants français doit jouer le même rôle de sensibilisation des étudiants aux autres systèmes juridiques. Le véritable objet des cours n'est pas seulement de leur faire connaître le droit européen ou les droits étrangers pour eux-mêmes, mais de leur faire prendre conscience de l'importance qu'ils peuvent prendre dans leur vie professionnelle. À ce titre, le droit européen semble être le



meilleur vecteur pour introduire une réflexion des étudiants sur les influences réciproques des droits nationaux.

3.3.2. Renforcer les professions juridiques françaises

Le présent rapport part du constat qu'il existe un marché international des services juridiques, sur lequel les professionnels français doivent pouvoir se positionner. La « place juridique française », si elle souhaite disposer d'atouts comparables aux autres places internationales, doit disposer de professions juridiques fortes, compétentes et internationales. Sans nier les efforts importants consentis par l'ensemble de ces professions pour s'adapter aux nouveaux enjeux internationaux, et sans contester la qualité de leurs techniques et de leurs méthodes, il apparaît néanmoins que les professions juridiques libérales souffrent de handicaps persistants pour affronter le marché mondial du droit. Les origines de ces handicaps sont multiples : ils sont le produit, pour l'essentiel, de facteurs culturels et historiques mais également, sans doute, d'une prise de conscience tardive des pouvoirs publics de l'intensité concurrentielle de ce marché et de certains désavantages structurels subis par les professionnels du droit. Il s'agit ici d'aller dans le sens d'un appui renouvelé à ces derniers, en insistant sur deux aspects principaux : d'une part le nécessaire rapprochement des professions juridiques, d'autre part la poursuite de l'adaptation des cabinets d'avocats à un marché mondialisé par la levée de certains obstacles à l'amélioration de la compétitivité de ces cabinets.

Poursuivre le processus de rapprochement des professions juridiques

Les appels à la « grande profession juridique » unissant tous les professionnels du droit sont réguliers et illustrent tout autant la fragmentation des activités des professions juridiques que l'éclatement de leurs compétences particulières et la difficulté de renoncer à des identités historiques. Si, dans le prolongement de la loi du 31 décembre 1971, la loi du 31 décembre 1990 a fusionné les avocats avec les conseils juridiques, sont demeurées néanmoins à l'écart de cette fusion un certain nombre de professions. Dans un rapport remis au Garde des sceaux en 1997²⁸⁸, Me Jean-Marc Varaut donnait une définition des « professionnels du droit » : « *Un acteur professionnel de la justice et du droit est un professionnel indépendant et responsable dont le titre est protégé par la loi, prestataire à titre exclusif et rémunéré des services de conseil ou de consultations juridiques, de rédaction d'actes juridiques, d'assistance et/ou de représentation judiciaire, tenu au secret profes-*

288. Me J.-M. Varaut, *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un Code des professions judiciaires et juridiques*, La Documentation française, 1998.



sionnel et à la confidentialité dans le cadre d'une déontologie stricte »²⁸⁹. Et il dressait la liste suivante de ces « professionnels » : administrateurs judiciaires, avocats, avocats aux Conseils, avoués à la Cour, commissaires aux comptes, commissaires-priseurs, conseils en propriété industrielle, experts judiciaires, greffiers des tribunaux de commerce, huissiers de justice, juristes d'entreprise, mandataires judiciaires et notaires.

Au regard de cette mosaïque de professions juridiques, parfois mal identifiées par les « consommateurs », et dont la dispersion est certainement mal comprise par leurs homologues étrangers, au moins deux éléments majeurs plaident en faveur de leur rapprochement. En premier lieu, les exemples étrangers militent en ce sens. Héritée de l'histoire, entretenue par l'usage et préservée pour la sauvegarde d'identités ou d'intérêts spécifiques, la parcellisation ne paraît plus permettre à l'ensemble des professions juridiques de s'adapter au marché mondial du droit tel que la présente étude a tenté de le décrire. En second lieu, chacun des représentants de ces professions juridiques éprouve un sentiment d'appartenance à une « communauté du droit » qui peine à recevoir une consécration. L'égal attachement des professionnels à la qualité du service fourni et à la place du droit dans la société, la déontologie qui les rassemble semblent pouvoir contribuer plus au rapprochement souhaité qu'au maintien des différenciations actuelles.

Plus profondément, ce qui est exigé des consommateurs en matière juridique est désormais extrêmement diversifié. Il ne s'agit plus seulement de défendre un client face à un adversaire, rôle traditionnellement assumé par l'avocat, mais également de l'aider à conclure un contrat, à constituer une société, à favoriser les conditions juridiques d'un accord entre des professionnels au cours d'une négociation, à permettre la conclusion de compromis entre différents acteurs économiques ... En bref, dès lors que le droit est devenu une discipline qui envahit les rapports économiques, le juriste est appelé à jouer un rôle d'intermédiaire qui comporte diverses facettes. Ce qui est demandé aux professionnels du droit, et en particulier aux avocats, c'est d'avoir une approche globale des besoins de l'entreprise. Le débat sur les réseaux pluridisciplinaires²⁹⁰ démontre cette nécessité de consacrer l'unité des professionnels du droit ou, à tout le moins, de **renforcer l'interprofessionnalité**.

Dans cette perspective, il est clair que la présente étude n'a ni pour vocation ni pour ambition de se prononcer sur les rapprochements auxquels il convient de procéder, compte tenu des enjeux en cause et de

289. Rapport précité, p. 238.

290. Sur cette question, voir le rapport de M. Nallet, *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La Documentation française, 1999.



la liberté dont disposent les professionnels. Il paraît toutefois nécessaire de créer les conditions susceptibles d'appuyer la réorganisation des professions et des fusions éventuelles, tant la dispersion constatée perd de son sens face au marché international du droit. Deux approches complémentaires peuvent être envisagées. L'une consiste à procéder par étapes, en commençant par exemple par **ouvrir, dans certaines conditions, le barreau aux juristes d'entreprises** ²⁹¹. L'autre tend à décloisonner les professions juridiques en **créant un cursus commun** ²⁹². En tout état de cause, il est clair que remédier à l'éclatement des professions juridiques est une priorité pour parvenir à exercer une influence juridique plus efficace.

Favoriser l'adaptation des cabinets d'avocats à un marché mondialisé en levant leurs handicaps de compétitivité

Si le décloisonnement des professions juridiques est une nécessité, il est également souhaitable de l'accompagner en **favorisant la restructuration des cabinets d'avocats**. Ces derniers doivent en effet acquérir une dimension suffisante, une « **taille critique** », pour affronter la concurrence internationale. Sans méconnaître le fait que l'ensemble des cabinets d'avocats ne sont pas prioritairement concernés par un tel mouvement, l'objectif est de renforcer ceux qui sont susceptibles d'intervenir sur le marché international, principalement ceux qui interviennent dans le domaine du conseil aux entreprises en droit des affaires et qui pratiquent l'« ingénierie juridique ».

En la matière, le rapport précité publié en 1999 « *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit* » présente les mesures à envisager afin d'accompagner l'évolution de la profession d'avocat, après avoir relevé que les conditions actuelles d'exercice de cette profession placent les avocats français dans une situation de faiblesse par rapport à leurs concurrents étrangers.

Il fait valoir que **la modernisation des structures** passe par **l'autorisation de constituer des holdings** ²⁹³ et par **le développement des sociétés en participation** ²⁹⁴, notamment **en les ouvrant aux personnes morales**, alors qu'elles sont aujourd'hui limitées aux personnes physiques. En revanche, il ne suggère pas l'ouverture

291. C'est l'option retenue par le rapport précité.

292. M^e Varaut proposait ainsi (rapport précité, p. 83), une formation identique de toutes les professions au sein d'une Ecole nationale du droit, qui aurait pour vocation de dispenser une formation commune à tous les professionnels du droit, avant qu'ils n'optent ensuite pour la formation spécifique au métier qu'ils souhaitent exercer. L'auteur du rapport indiquait qu'un tel système s'apparenterait à celui qui existe en Allemagne.

293. C'est l'objet d'un amendement à la loi portant mesures urgentes à caractère économique et financier en cours de discussion au Parlement.

294. Instituées par la loi n^o 90-1258 du 31 décembre 1990 pour offrir aux cabinets une structure comparable aux *partnerships*.



partielle du capital de la Société d'Exercice Libéral (SEL) à des capitaux extérieurs à la profession ²⁹⁵. En ce qui concerne la **fiscalité**, il suggère de poursuivre la démarche qui a consisté, en 1996, à autoriser les Sociétés Civiles Professionnelles (SCP) à opter pour l'impôt sur les sociétés et, en 1998, à permettre le fractionnement sur trois ou cinq ans de l'impôt supplémentaire dû à raison des créances acquises au moment de l'option pour cet impôt. Il suggère également **l'extension du régime fiscal de l'article 151 octies du Code général des impôts** ²⁹⁶, aujourd'hui réservé aux seules entreprises individuelles, aux SCP qui se transformeraient en SEL.

Le rapport précité contient donc des propositions propres à renforcer les cabinets français et à leur permettre d'affronter dans de meilleures conditions la concurrence internationale. Dès lors qu'il a été à la fois bien perçu par l'intersyndicale des avocats français ²⁹⁷ et par certains avocats de cabinets étrangers ²⁹⁸ on peut souhaiter que ces propositions soient prises en considération par le législateur.

3.3.3. Les institutions publiques

La coopération en matière juridique n'est qu'un élément, parmi d'autres, des actions de coopération administrative menées par les collectivités publiques françaises. De nombreuses réflexions ont abouti à des propositions d'amélioration du dispositif de coopération ²⁹⁹, dont certaines ont été mises en œuvre dans le cadre de la fusion du ministère des Affaires étrangères et du ministère de la Coopération et de la réforme de la politique de Coopération internationale, effective depuis le 1^{er} janvier 1999 : création du Comité interministériel de la coopération internationale et du développement (CICID) ³⁰⁰, chargé d'orienter, de coordonner et d'évaluer les politiques publiques de coopération internationale et du Haut conseil de la coopération internationale et du

295. « Une telle proposition avait été retenue par M^e Soulez-Larrivière dans son rapport sur la réforme des professions juridiques et judiciaires, remis au bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour de Paris en juin 1988. L'auteur proposait de limiter une telle participation à hauteur de 25 %.

296. Issue de l'article 12 de la loi du 30 décembre 1980, cette disposition a institué un mécanisme qui permet d'éviter l'imposition immédiate des plus-values constatées du fait de l'apport en société, par une personne physique, des éléments de l'actif affectés à une activité professionnelle exercée à titre individuel.

297. Voir à ce sujet la position de l'intersyndicale (ACE, CNA, FNUJA, UJA, Cie des avocats) exprimée dans un communiqué du 30 juillet 1999, JCP 1999, n°41, Actualités, p. 1818.

298. Cf. par exemple F. de Senneville, « La réorganisation des cabinets d'avocats britanniques en France », *Gazette du Palais*, 14/16 janvier 2001.

299. On peut mentionner, notamment, le rapport de P. Mazuel pour le ministre de la Fonction publique, sur le régime applicable aux experts publics, établi en août 1997, et celui de C. Cornuau, Conseiller maître à la Cour des comptes, sur les propositions pour le développement de la coopération institutionnelle internationale, établi en décembre 1997.

300. Le CICID est présidé par le Premier ministre et est composé des 12 ministres les plus concernés par les questions de développement.



développement (HCCI), dont la mission est d'encourager les partenariats entre administrations et société civile ; mise en place d'un groupe de travail interministériel d'évaluation ; réforme du Comité d'orientation, de coordination et de projets (COCOP)³⁰¹ chargé de définir les priorités de notre coopération avec les pays d'Europe centrale et orientale ; définition de priorités géographiques ; création, au sein de la direction générale de la coopération institutionnelle et du développement (DGCID), d'une sous-direction de la coopération institutionnelle et d'un bureau de l'ingénierie administrative.

Si beaucoup a déjà été fait, des améliorations sont encore nécessaires : la réflexion sur ces sujets se poursuit et un certain nombre de difficultés ont par exemple été évoquées lors de « Rencontres de la coopération multilatérale » organisées sous l'égide du ministère des Affaires étrangères³⁰². Les propositions qui ont été formulées ont un caractère général et valent donc également pour la coopération juridique. Sans les reprendre toutes, on peut ici évoquer deux points qui sont particulièrement pertinents en matière juridique : le renforcement des capacités d'expertise ; l'incitation à une meilleure coordination des actions.

Renforcer les capacités d'expertise juridique pour la coopération internationale

La valeur de l'expertise française disponible pour la coopération juridique internationale, qu'elle soit publique ou privée, est reconnue ; les opérateurs français disposent ainsi d'une « part de marché » dans les appels d'offre internationaux relativement satisfaisante. Il a néanmoins été relevé que cette expertise souffre d'un appui insuffisant des institutions publiques, en termes de réseaux d'influence, d'information et de veille, de gestion des projets. Les modes d'intervention adoptés par les États-Unis ou le Royaume-Uni³⁰³ constituent à ce titre un modèle dont il faudrait savoir s'inspirer, par leur capacité à associer partenaires publics et privés, et par leur professionnalisme dans la conduite des projets. Ainsi, il est nécessaire d'élaborer une véritable méthodologie de « l'exportation » de concepts juridiques issus du droit français.

La première étape concerne la **définition des priorités – géographiques**, ce qui a été fait avec la définition d'une « zone de solidarité prioritaire » – mais aussi **sectorielles** – ce qui reste à faire³⁰⁴, en sélectionnant les modes d'intervention les plus susceptibles d'exercer une

301. Le COCOP a pris en 1994 le relais de la MISECO (mission interministérielle pour l'Europe centrale et orientale) créée en 1990. Présidé par le ministre délégué aux Affaires européennes, il réunit l'ensemble des ministres intéressés par la coopération avec les pays de l'Est.

302. Rencontres françaises de la coopération multilatérale, organisées en avril 2001, dont les travaux sont disponibles sur www.france.diplomatie.fr.

303. Notamment par le British Council, qui recense l'ensemble des appels d'offre afin de promouvoir une réponse systématique.

304. Voir *supra* 3.1.



influence de long terme. Les instances pour ce faire ont déjà été mises en place, notamment le CICID. Pour autant, les priorités de la coopération en matière juridique sont différentes de celles de la coopération au développement : comme on l'a vu, leur champ géographique est plus large, et conduirait à donner la priorité à des pays économiquement plus influents que ceux de la ZSP ; les sujets sont également différents en partie : l'État de droit, enjeu de la coopération au développement, ne constitue pas un enjeu de la compétition juridique entre droit romano-germanique et *common law* ; en revanche la coopération en matière de justice est bien un sujet commun aux deux formes de coopération. Il ne semble pas justifié de proposer la création d'une enceinte de programmation spécifique au droit ; mais il faut rappeler aux instances concernées – DGCID, CICID, COCOP – la nécessité de faire à cette matière un sort particulier.

Cet effort de planification devrait s'accompagner d'une **programmation pluriannuelle des moyens** nécessaires à la réalisation des objectifs, afin de ne pas se borner à répondre à la demande dans la limite des budgets disponibles. La mise en place de structures, comme celles des « Maisons du droit », d'instituts de droit à l'étranger ou de programmes de formation, n'est utile que si leur pérennité est garantie, et que les moyens de leur développement, en cas de succès, sont prévus dès l'origine.

Au préalable, il faudrait pouvoir **évaluer précisément les moyens d'ores et déjà consacrés à l'effort de coopération en matière juridique** – c'est le rôle du Comité Interministériel des Moyens de l'État à l'Étranger (CIMEE). À l'heure actuelle, au-delà des budgets de coopération technique consacrés par les ministères³⁰⁵, des coûts indirects ne sont pas pris en compte : on peut citer l'accueil des étudiants étrangers au sein des universités françaises, dont les frais de scolarité sont subventionnés par le ministère de l'Éducation nationale au même niveau que pour les étudiants français ; ou du temps consacré aux missions de coopération par les experts issus de la fonction publique ou de la magistrature.

Avant de proposer un renforcement des moyens, il faut s'interroger sur les conditions de fond d'une coopération réussie, et donc concevoir une véritable **méthodologie**. Quelle que soit la qualité intrinsèque des « produits juridiques » que la France est susceptible de promouvoir à l'étranger, les administrations doivent plutôt concevoir leur offre en terme de « services » : **évaluation des besoins de l'État destinataire, identification des dispositions pertinentes dans notre droit, adaptation éventuelle de celles-ci...** L'exportation de blocs entiers de notre

305. MEFI : 100 MF en 1999 ; MAE : 500 MF pour la coopération juridique sur un budget de 9 milliards de francs.



système juridique, qui a certes le mérite de la cohérence, peut susciter des rejets ultérieurs s'il existe un décalage trop profond avec les réalités politiques et sociales du pays d'accueil. On peut ainsi s'interroger sur la pertinence d'une promotion du système juridictionnel dualiste et à trois niveaux, ou de l'organisation territoriale actuelle de la France, qui seraient trop complexes ou trop coûteux pour des États en développement qui cherchent avant tout à poser les bases de l'État de droit ou d'un État efficace. À cet égard, c'est peut-être dans le passé, c'est-à-dire lorsque la France s'est elle-même interrogée sur les conditions d'un contrôle juridictionnel de l'administration, ou sur les modes d'organisation d'une administration territoriale, que les modèles adaptés peuvent être trouvés.

Pour ce faire, les actions de coopération nécessitent un important **travail de préparation préalable**, faisant intervenir à la fois des spécialistes français de la matière concernée et des juristes du pays d'accueil. L'organisation de « **retours d'expérience** », le **suivi** à long terme des actions, et l'**évaluation** de leur efficacité, permettraient également de s'assurer de la pérennité des efforts dans un pays donné. Les experts issus de l'administration pourraient ainsi se spécialiser sur une zone ou sur une matière précise, afin de développer une connaissance précise du droit ou des institutions des pays bénéficiaires, un réseau personnel, et être en mesure d'adapter les actions menées aux résultats concrets obtenus.

De ce constat découlent des propositions en vue d'une meilleure organisation de la coopération en matière juridique. Postulant qu'une augmentation substantielle des moyens financiers disponibles est peu envisageable, les enveloppes existantes, qu'elles proviennent de budgets ou de subventions publiques, ou des montants attribués par les organismes multilatéraux au titre de projets précis, pourraient être en partie consacrées à renforcer l'efficacité de l'expertise française sur plusieurs points. En premier lieu, il faut **améliorer la disponibilité des experts issus de l'administration**, non seulement pour garantir la préparation, la conduite, le suivi des missions, et les retours d'expérience, mais aussi pour leur permettre **d'assurer des missions de moyen terme**. Le premier obstacle est juridique, dès lors qu'il n'existe pas de position parfaitement adaptée pour la mise à disposition ou le détachement de fonctionnaires auprès d'organismes privés dans le cadre de missions de moyenne durée (de l'ordre de 15 jours à un an)³⁰⁶. L'obstacle principal concerne la gestion des ressources humaines dans l'administration : la faiblesse des incitations au bénéfice des agents concernés – que ce soit en termes de rémunérations accessoires, ou en

306. Le ministère de l'Économie et des Finances aurait résolu cette difficulté en procédant à des détachements auprès de l'ADETEF.



termes de prise en compte de ces missions dans le déroulement de carrière – s’ajoute à des réticences de la part de leurs administrations de rattachement, qui ne voient pas les moyens humains occupés à des missions de coopération compensés budgétairement ou par des créations de postes supplémentaires. La définition d’un statut des missions d’expertise effectuées par des fonctionnaires, qui avait été envisagée il y a quelques années mais est restée, semble-t-il, en chantier doit être à nouveau étudiée, en envisageant notamment qu’une part des enveloppes dévolues à des opérateurs privés à la suite d’appels d’offre internationaux puisse servir à « rémunérer » l’aide apportée par les administrations en moyens humains à ces opérateurs.

De la même manière, il faut **renforcer l’accompagnement logistique des projets de coopération** : une attention particulière doit être apportée aux documents qui sont établis à destination des pays concernés, et qui doivent constituer pour eux des références aisément utilisables. Des « **boîtes à outils** » doivent être élaborées, qui pourraient comprendre selon les besoins des lexiques juridiques, des traductions de textes juridiques dans leurs différentes versions dans le temps, des notices explicatives, des contrats-types. Un effort particulier doit être fait pour les matières dont le droit est essentiellement jurisprudentiel, comme le droit administratif, notamment le droit des délégations de service public.

Renforcer la coordination des actions et la circulation de l’information

Les initiatives en matière de coopération juridique sont multiples, et font intervenir de nombreux opérateurs aux statuts variables : administrations ³⁰⁷ ; associations et centres de formation para-administratifs ; écoles et universités ; organisations représentatives des professions juridiques ; structures de conseil privées.

La coopération juridique française offre donc l’image d’une certaine dispersion. C’est pourquoi on pourrait envisager de créer, à l’image du *British Council* ou du réseau des instituts Max-Planck en Allemagne, un organisme unique chargé de la coopération institutionnelle ou juridique. Un tel parti n’a pas été retenu par la présente étude, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, on peut affirmer que la capacité d’influence d’un système juridique ne se décrète pas. Au contraire, l’exemple même des ressorts d’influence de la *common law* aujourd’hui démontre que ce sont des canaux spontanés de diffusion du droit qui sont susceptibles d’être les plus efficaces ; les moyens disponibles seront plus utilement

307. Sur le bilan des actions auxquelles participe le Conseil d’État, voir les rapports publics annuels, La Documentation française.



employés à renforcer la qualité du travail de production du droit français, à améliorer sa disponibilité au profit de ceux qu'il intéresse, et à aider les professionnels du droit, universitaires, avocats, notaires, magistrats, dans leur recherche d'efficacité. La promotion du droit français n'est donc pas l'apanage de l'administration, et une centralisation excessive qui aboutirait à étouffer les initiatives extérieures apparaîtrait très préjudiciable.

En deuxième lieu, la création d'une telle structure unique suscite de nombreuses interrogations sur des points sensibles sur lesquels la réflexion n'est pas assez aboutie. D'abord sur le partage des compétences entre l'administration centrale et une telle institution, et sur le point de savoir s'il devrait lui être confiée la programmation des actions ou la seule gestion opérationnelle. Ensuite sur les modalités permettant le **développement de partenariats public-privé**, ce qui impliquerait de choisir entre un statut de droit public ou de société privée, et surtout de **définir des règles transparentes de gestion des fonds** publics ou internationaux, au regard des règles de la comptabilité publique et de la concurrence. Une des difficultés serait de veiller à ce que l'action d'une telle structure ne puisse s'analyser comme une subvention à un secteur économique concurrentiel ou inversement comme une concurrence déloyale à l'encontre de ces opérateurs privés.

Enfin, les administrations françaises ont déjà pris, très récemment, de nombreuses mesures pour améliorer le pilotage de leurs actions : il vaut donc mieux, à ce stade, chercher à renforcer les structures compétentes, que ce soit la DGCID, coordinateur naturel en la matière, ARPEJE ou l'ADETEF. Les structures associatives, en particulier, n'apparaissent pas, à l'heure actuelle, dotées de moyens suffisants pour jouer le rôle de chef de file d'opérations conjointes. Le statut associatif ou la faiblesse des subventions de fonctionnement ne leur permet pas raisonnablement de faire face à des projets de coopération dont les montants se chiffrent en plusieurs millions de francs, qui nécessitent une logistique importante et une trésorerie adaptée aux délais de paiement par les organismes multilatéraux.

Ces considérations n'interdisent pas de souhaiter une meilleure circulation de l'information. La **Fondation des études comparatives** pourrait jouer le rôle de **structure fédératrice**. Certes, ce n'est pas la mission première que les parlementaires souhaitent assigner à cette institution, et ce rôle de coordination ne pourrait pas être imposé aux autres intervenants. On peut néanmoins espérer que, grâce à la force d'attraction de l'institution, des moyens financiers suffisants, l'association de partenaires publics et privés, une excellence, non seulement sur le plan conceptuel mais aussi organisationnel, et la constitution d'un réseau d'influence, elle puisse devenir le lieu d'un **partage d'information**, notamment servir au **recensement des experts** disponibles dans chaque



discipline, à la **mise au point de documents de référence**, voire à la **formation des opérateurs à la gestion des procédures**.

C'est au **niveau déconcentré** qu'il convient en priorité de faire porter les efforts de coordination et de remontée de l'information. Le **rôle des postes diplomatiques** est primordial en la matière, et trop inégalement assuré aujourd'hui. Ils doivent constituer une interface entre les organismes multilatéraux et les États étrangers d'une part, et les opérateurs français de la coopération d'autre part, en valorisant l'expertise française, et en aidant au **référencement des opérateurs français** dans les listes d'experts auxquels font appel ces organismes. Inversement, ils doivent **relayer l'information sur les appels d'offre** en cours afin que les opérateurs français puissent soumissionner le plus tôt possible.

Des expériences pilotes d'une telle coordination déconcentrée sont menées : « Maison du droit » franco-vietnamienne ³⁰⁸, dont le succès a conduit à la création d'une maison franco-andine ; création prochaine d'un poste de coordonnateur régional en Thaïlande. Elles devraient être reproduites dans d'autres zones géographiques, sans doute grâce à un partage des moyens avec d'autres États membres de l'Union européenne.

Enfin, l'apport des collectivités locales aux actions de coopération juridique ne doit pas être négligé, notamment en ce qui concerne les expériences de gestion déléguée des services publics. La prise en compte des actions menées par les associations de collectivités locales comme par les grandes collectivités directement ne doit pas être omise dans l'effort de coordination indispensable à une meilleure utilisation des moyens.

308. La maison du droit franco-vietnamienne a été créée par une convention bilatérale du 10 février 1993 (publiée au *JO* du 22 juin 1993). Elle rassemble, de part et d'autre, des institutions publiques et privées qui définissent chaque année un cahier des charges : séminaires, opérations de formation, activités éditoriales.



Conclusion

Il n'est pas possible d'imputer à la seule puissance du système de *common law* ou à l'action volontariste de ceux qui en seraient les défenseurs les évolutions complexes auxquelles on assiste dans le domaine du droit. L'idée d'un monde divisé par l'affrontement de deux systèmes ou familles, le droit romano-germanique d'un côté, la *common law* de l'autre, pour contenir une part de réalité, reste trop schématique. Si quelques-unes de ces évolutions ont pu prendre leur source dans une approche économique et libérale du rôle de la norme, toutes sont loin de s'y réduire : la reconstruction juridique de nombreux États à la suite de la chute du Mur de Berlin ou la création de juridictions pénales internationales en sont les deux exemples les plus évidents. Nombre de ces évolutions – comme le recours plus fréquent à l'arbitrage – ne sont que la prolongation de mouvements beaucoup plus anciens quand ils ne sont pas – comme l'utilisation du contrat – une partie de l'essence même du droit. Enfin, le développement de droits régionaux, intermédiaires entre droits nationaux et droit international, et parfois mal articulés avec ces derniers, peut difficilement être attribué à tel système plutôt qu'à tel autre. Ce qui peut apparaître à certains comme un désordre normatif est ainsi le produit de multiples influences voulues ou non, subies ou acceptées.

Il est vraisemblable que ces évolutions, pour variées et plurivoques qu'elles soient, marquent une inéluctable « démocratisation du droit », c'est-à-dire une emprise croissante du droit dans les rapports sociaux sous forme préventive ou curative. Le droit n'échappe pas à un besoin de plus en plus fortement exprimé de sécurité : il en est l'objet, il peut en être aussi le moyen. Le modèle d'une démocratisation réussie reste toutefois à inventer, entre une « américanisation du droit » qui combine contractualisation et procès avec le risque d'une fracture juridique entre riches et pauvres et une « technocratisation du droit » qui accumule des réglementations et défie la loi au risque d'une ineffectivité du droit.

Dans cette perspective, la défense ou la promotion de modèles juridiques, conçue comme la préservation d'une diversité juridique,



facette de la diversité culturelle, conserve son intérêt et répond à une attente importante de nombreux États. Même si la complexité des évolutions en marque les limites, le besoin croissant de droit en fixe les enjeux. Ceux-ci restent politiques : pour un État, le rayonnement juridique est, aujourd'hui comme hier, tout à la fois un élément de puissance et un mode de diffusion des idées politiques et éthiques. Mais ils sont aussi, de plus en plus, économiques : même si cela ne vaut pas, heureusement, pour l'ensemble des disciplines juridiques, contrôler la norme c'est aujourd'hui bien souvent gagner le marché.

Cette promotion du droit implique la définition d'une stratégie qui tente de concilier ces différents enjeux et évite les chausse-trappes ou les impasses. Une première impasse consisterait à concevoir la défense et la promotion du droit national pour lui-même. Un tel « souverainisme juridique » serait inévitablement perçu comme une volonté d'hégémonie à l'égard des pays tiers, celle-là même qui est reprochée aux représentants du droit anglo-saxon. Une deuxième impasse serait de prétendre neutraliser les différences entre les cultures juridiques par des mécanismes d'intégration à marche forcée. La troisième serait d'imaginer que le droit français peut conserver ou accroître seul son influence internationale. **Une stratégie de promotion du système juridique français ne peut en effet se concevoir que dans une perspective coopérative,** d'autant plus nécessaire que de nombreux éléments du droit français, dès lors qu'ils sont issus du droit communautaire, sont déjà partagés par les États membres. **Pour nombre d'États, d'entreprises et de juristes étrangers, la connaissance du droit communautaire est une nécessité et ce droit devient, du point de vue d'une stratégie d'influence, un point de passage obligé vers le droit français.** Au demeurant, il est certain que le droit communautaire – dans la mesure où il fait une large part aux concepts romano-germaniques – est un vecteur privilégié d'un modèle très proche de notre droit. Le droit communautaire contribue par ailleurs au rapprochement des droits applicables de part et d'autre de la Manche. **Enfin, il y a lieu de prendre garde aux effets d'une volonté d'exportation du droit français présenté comme un tout cohérent et immuable.** La prudence commande plutôt une analyse selon les disciplines juridiques et les objectifs poursuivis : outre que la défense du droit tel qu'il existe en France aujourd'hui a un effet conservateur qui peut contrarier nos intérêts, il n'est pas sûr, malgré les discours en ce sens, que l'exportation du droit français serve toujours les intérêts de nos entreprises et celles-ci n'ont donc pas nécessairement la volonté de s'associer à cette défense.

De ces objectifs et contraintes, il semble que l'on puisse déduire trois idées autour desquelles ordonner utilement une stratégie d'influence :



– celle d’une **veille destinée à l’identification des sujets et des lieux de compétition juridique**. Certains de ces sujets ou de ces lieux ont été identifiés dans la présente étude. De manière générale, **cette veille doit -par une attention aux calendriers** des multiples négociations, discussions ou échéances internationales **et l’organisation de travaux de recherche associant notamment l’Université- permettre, à partir d’une connaissance plus approfondie du droit des autres États, une meilleure préparation des positions juridiques françaises ou, le cas échéant, des positions communautaires ;**

– celle d’une **plus grande visibilité et intelligibilité du droit français**. **Ce droit, tout en s’ouvrant aux autres droits ce que manifesterait la mise en place rapide d’une Fondation pour les études comparatives, objet d’une proposition de loi récemment adoptée par l’Assemblée nationale, et en utilisant les nouveaux modes de diffusion, notamment l’internet, doit retrouver ses atouts intrinsèques au travers de la poursuite de la codification**. En outre, la connaissance de notre droit à l’étranger rend indispensable la **traduction des principaux textes et des principales décisions jurisprudentielles** dans le cadre d’un programme à long terme ;

– celle du **renforcement des divers acteurs** qui constituent les vecteurs naturels de la promotion du droit français. Cela passe principalement par des **modifications dans le contenu et les méthodes de l’enseignement du droit en France**, qui doit s’internationaliser et se professionnaliser. Cela suppose également de donner les moyens aux professions juridiques, notamment les avocats, d’être plus puissantes et mieux armées face à la concurrence internationale. **Par ailleurs, la circulation de l’information au sein des institutions publiques qui mènent des actions de coopération juridique comme entre ces institutions et les professions du droit, doit être améliorée.**

La mise en œuvre de ces idées suppose une **action conçue sur le long terme et bénéficiant de continuité**. Une stratégie d’influence juridique ne peut porter ses fruits que dans la durée.

En définitive, ni l’objectif général de rayonnement de la France à l’étranger, ni celui d’une résistance culturelle aux concepts juridiques étrangers ne sauraient dispenser de prendre conscience d’une évidence : l’exportation de notre droit est un miroir qui permet en permanence d’évaluer ses forces et ses faiblesses, et donc de le faire vivre.



Annexes



Annexe I

Lettre de mission

Le Premier ministre

N° 1141/00SG

Le Premier ministre
à
Monsieur le Vice-président
du Conseil d'État

Objet : Étude sur l'influence internationale du système juridique français.

Le système juridique français a souvent fourni un modèle pour les autres pays. Le Code civil a ainsi inspiré bon nombre de législations étrangères du XIX^e siècle. De même, beaucoup d'États se sont inspirés de notre organisation territoriale ou de nos institutions judiciaires.

Plus récemment, l'influence française a été déterminante sur bien des points lors de la mise en place des institutions communautaires. Pour ne prendre qu'un exemple, le mode de fonctionnement de la Cour de justice des Communautés européennes doit beaucoup aux règles procédurales dégagées par les juridictions administratives françaises.

La capacité de la France à exporter des éléments de son système juridique est loin d'avoir disparu. Certains pans de notre législation ont ainsi servi de modèle pour la mise en place de règles communautaires, par exemple dans le domaine audiovisuel ou en matière de protection des données à caractère personnel. De même, la prise en compte de la notion de service universel dans les textes européens est due en grande partie à la défense par la France de la notion de service public.

En dehors du cadre communautaire, l'influence de notre droit est également perceptible dans les organisations internationales et l'élaboration des instruments qui participent à la construction d'un ordre juridique mondial. C'est ainsi que récem-



ment les négociateurs français du traité instituant une cour pénale internationale ont pu transposer plusieurs mécanismes de notre procédure pénale dans la procédure qui sera suivie devant cette juridiction internationale.

Cependant, il est indéniable que le rayonnement de la pensée juridique française et, plus largement, du droit d'inspiration romano-germanique, est aujourd'hui moindre que par le passé, alors que le droit constitue de plus en plus un vecteur d'influence économique et qu'il contribue, au moins autant que par le passé, à la diffusion d'un modèle culturel.

En matière de droit processuel, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme traduisent une forte influence du modèle anglo-saxon. Il est symptomatique, à cet égard, de constater les difficultés qu'éprouvent les autorités françaises pour faire comprendre aux membres de cette Cour certains mécanismes fondamentaux de nos procédures juridictionnelles.

Il est aussi possible de constater, notamment dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, la montée en puissance d'un droit commercial international d'inspiration fortement anglo-saxonne qui est substantiellement différent de nos traditions juridiques.

De même, lorsque les pays d'Europe centrale et orientale ont renouvelé leurs législations, ils ont souvent choisi des solutions inspirées du droit anglo-saxon plutôt que de notre système juridique. Un tel constat laisse d'autant moins indifférent que la plupart de ces pays ont vocation à rejoindre un jour la Communauté européenne.

Il me semble donc que le Conseil d'État pourrait utilement se pencher sur la question de l'influence internationale de notre droit et sur les moyens de la renforcer.

Cette étude devrait, dans un premier temps, examiner l'influence respective des systèmes juridiques romano-germanique et anglo-saxon dans le monde contemporain et, notamment, leur contribution à la construction politique de l'Europe et à l'élaboration d'un ordre juridique mondial. Elle pourrait également faire l'inventaire des domaines dans lesquels le droit français constitue une référence tant pour les gouvernements étrangers que pour les praticiens du droit et les universitaires, en analysant les moyens par lesquels cette influence s'exerce, et notamment le rôle de notre appareil diplomatique, de notre coopération et de nos établissements de formation.



Symétriquement, cette étude détaillerait les matières où nos traditions juridiques sont méconnues ou critiquées hors de France, en tâchant d'exposer les raisons d'une telle situation.

Au vu du constat ainsi dressé, le Conseil d'État pourrait formuler des propositions destinées à accroître le rayonnement international du droit français, tant dans les enceintes internationales (Nations unies, OCDE) et européennes (Conseil de l'Europe, Communauté européenne) où se négocient les instruments qui s'imposent à notre droit interne, qu'auprès des États à la recherche de modèles pour faire évoluer leur législation nationale. Il conviendrait notamment d'examiner la contribution que pourraient apporter à cet égard notre coopération dans le domaine juridique, notre politique d'accueil d'étudiants étrangers ainsi que l'éventuelle adaptation de notre appareil de formation. Il serait utile également de s'interroger sur les adaptations de notre système juridique qui pourraient être de nature à favoriser sa compréhension et son influence.

Je souhaiterais pouvoir disposer de vos conclusions dans le courant du mois de juin 2001.

L. Boyer



Annexe II

Composition du groupe de travail

Président

Olivier Dutheil de Lamothe, conseiller d'État,
puis à compter du 12 mars 2001, date de sa nomination au Conseil constitutionnel :

Marie-Aimée Latournerie, président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État

Rapporteurs

Nicolas Boulouis, maître des requêtes au Conseil d'État

Laurent Vallée, auditeur au Conseil d'État

Célia Verot, auditeur au Conseil d'État

Membres

Ronny Abraham, directeur des affaires juridiques, ministère des Affaires étrangères

Gilles August, avocat

Edwige Belliard, conseiller d'État

Jacques Biancarelli, conseiller d'État

Trevor Brown, avocat

Yves Daudet, professeur des universités

Jean-Louis Dewost, conseiller d'État

Jacqueline Dutheil de la Rochère, professeur des universités

Antoine Garapon, magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ)



Paul Lagarde, professeur des universités, ancien conseiller d'État en service extraordinaire

Michel Moreau, professeur des universités, conseiller d'État en service extraordinaire

Benoit Parlos, chef de service et adjoint au directeur des affaires juridiques, ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie

Jean-Claude Paye, ancien conseiller d'État en service extraordinaire

Rémi Sermier, chargé de mission au Secrétariat général du Gouvernement

Olivier de Septfontaines de Baynast, puis **Daniel Lecrubier**, chef du service des affaires européennes et internationales, ministère de la Justice

Secrétaire du groupe de travail

Christine Soto, secrétaire de la Section du rapport et des études



Annexe III

Liste des personnes auditionnées

Ronny Abraham, directeur des affaires juridiques, ministère des Affaires étrangères

Gilles August, avocat

Michel Aurillac, avocat, vice-président de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris

Roger Beauvois, président-doyen de la 3^e chambre civile de la cour de Cassation, président de la section française de l'institut du droit d'expression française

Jean-Louis Beffa, P-D G de Saint-Gobain

Francis Blanchard, ancien directeur général du Bureau international du travail (BIT)

Jean-Jacques de Bresson, conseiller d'État honoraire

Trevor Brown, avocat honoraire, solicitor près la Cour suprême d'Angleterre et du Pays de Galles

Geneviève Burdeau, professeur des universités, secrétaire général de l'Académie de droit international

Elie Cohen, professeur des universités, chargé de mission auprès du délégué aux relations internationales et à la coopération, ministère de l'Éducation nationale

Jean-Paul Costa, juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

Yves Daudet, professeur des universités

Mireille Delmas-Marty, professeur des universités



Jean-Louis Dewost, ancien directeur général du service juridique de la Commission européenne

Jacqueline Dutheil de la Rochère, professeur des universités

Bernard Field, secrétaire général du groupe Saint-Gobain

Gilbert Guillaume, Président de la Cour internationale de justice (CIJ)

Marc Guillaume, directeur des affaires Juridiques, ministère de la Défense

Dominique Hascher, magistrat, ancien secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris, membre de la cellule de coopération internationale de la Cour de Cassation

David Gordon Krief, directeur du département des relations internationales du barreau de Paris

Paul Lagarde, professeur des universités, conseiller d'État en service extraordinaire

Daniel Lecrubier, magistrat, secrétaire général adjoint au SGCI

Bertrand du Marais, maître des requêtes au Conseil d'État, ancien legal council au département juridique de la Banque mondiale

Basil Markesinis, professeur de droit comparé à l'université d'Oxford

Jacques Motel, président du Conseil supérieur du notariat

Lord Phillips, Master of the Rolls, Royal Court of Justice

Antoine Pouilleute, directeur général de l'Agence française du développement

Jean-Pierre Puyssochet, juge à la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)

Paul-Henri Ravier, directeur général adjoint de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Hélène Ruiz-Fabri, professeur des universités

Yves Saint-Geours, directeur général adjoint, direction générale de la coopération internationale et du développement, ministère des Affaires étrangères

Frédéric Salat-Baroux, maître des requêtes au Conseil d'État, conseiller social du Président de la République

Thierry Simon, délégué aux relations internationales et à la coopération, ministère de l'Éducation nationale

Lord Woolf, Lord Chief Justice of England and Wales, Royal Court of Justice



Annexe IV

Programme de traduction des principaux textes de droit français lancé par le ministère des Affaires étrangères

Le programme prévoit la traduction en anglais et en espagnol des textes suivants :

- la Constitution ;
- les Codes civil et de procédure civile, pénal et de procédure pénale, de commerce, du travail, de la propriété intellectuelle, des assurances, minier, des marchés publics, des postes et télécommunications, de la consommation ;
- des lois de 1986 sur la liberté de communication, de 1984 sur les établissements de crédit, de 1975 sur la sous-traitance et de l'ordonnance de 1945 sur le séjour et l'entrée des étrangers en France ;
- une sélection des grands arrêts ou décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de Cassation.

Ce programme, réalisé par Juriscope sous la direction du ministère des Affaires étrangères, est conduit et supervisé sur le plan technique par un comité de référence et d'approbation composé de représentants des différents partenaires du projet et d'universitaires et présidé par le professeur Denis Tallon.

Les missions du comité sont d'évaluer la qualité des traductions déjà réalisées par les organismes publics afin que celles dont la qualité aura été jugée satisfaisante puissent être signalées, de procéder au choix des traducteurs et plus généralement de jouer un rôle de guide et d'arbitre en ce qui concerne l'orientation des travaux, spécialement en ce qui concerne les choix terminologiques. Les traductions doivent en effet viser une grande cohésion terminologique, à la fois fidèles aux textes et susceptibles de toucher le plus grand nombre de juristes étrangers.

Les textes traduits seront diffusés sur le site LEGIFRANCE.



Annexe V

Éléments de bibliographie sur les systèmes et la compétition juridiques

Les grands systèmes de droit contemporains, R. David et C. Jauffret-Spinosi, Dalloz, 10^e édition.

« Droit romain, common law : quel droit mondial ? », *Le débat*, n° 115, Mai-août 2001.

La mondialisation du droit, Colloque organisé par l'université de Bourgogne, Litec, 2000.

La mondialisation et le droit, Colloque organisé par Centre d'étude, technique et évaluation législative de la faculté de droit de l'université de Genève, 22-24 juin 2000.

Trois défis pour un droit mondial, M. Delmas-Marty, Seuil, « Essais » 1998.

Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris, LGDJ, 1969.

La circulation du modèle juridique français, Journées franco-italiennes de l'association H. Capitant, tome XLIV, 1993.

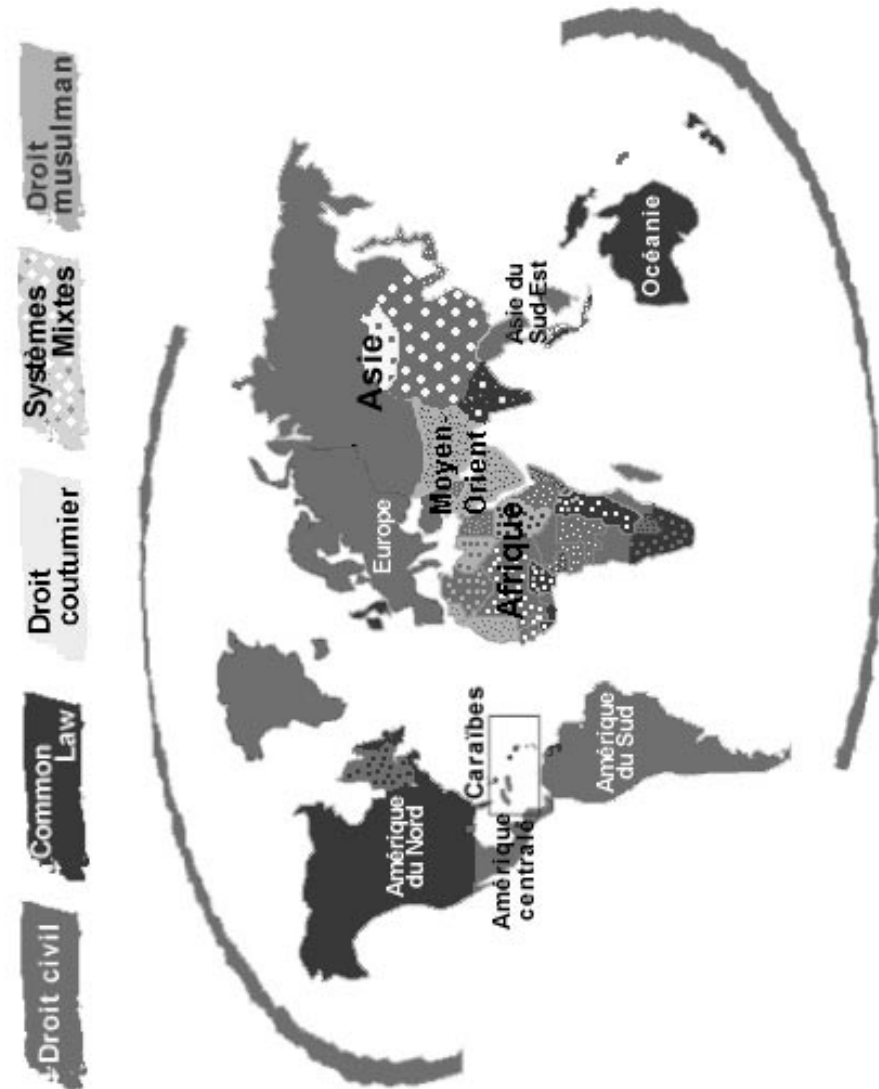
Les principes communs d'une justice des États-membres, Colloque organisé les 4 et 5 décembre 2000 à la Cour de Cassation, Actes à paraître.

Variations autour d'un droit commun, Premières rencontres de l'Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 28 et 29 mai 2001, Actes à paraître.



Annexe VI

Localisation des principaux systèmes juridiques ¹



1. Carte et liste réalisées par l'université d'Ottawa (<http://www.uottawa.ca/world-legal-systems>).

Pays	Nb d'hab.	Système juridique	
Açores	250 000	Civiliste	
Afghanistan	22 664 136	Musulman	
Afrique du Sud	41 743 459	Mixte	Common Law/ Civiliste
Albanie	3 249 136	Civiliste	
Algérie	29 183 032	Mixte	Civiliste/Musulman
Allemagne	83 536 115	Civiliste	
Andorre	72 766	Coutumier	
Angola	10 342 899	Civiliste	
Anguilla (UK)	10 424	Common Law	
Antigua et Barbuda	65 647	Common Law	
Antilles néerlandaises (NL)	208 968	Civiliste	
Arabie saoudite	19 409 058	Mixte	Civiliste/Musulman/Common Law
Argentine	34 672 997	Civiliste	
Arménie	3 463 574	Civiliste	
Aruba (NL)	67 794	Civiliste	
Australie	18 260 863	Common Law	
Autriche	8 023 244	Civiliste	
Azerbaïdjan	7 679 953	Civiliste	
Bahamas	259 367	Common Law	
Bahreïn	509 042	Mixte	Musulman/ Common Law
Bangladesh	123 062 800	Mixte	Musulman/ Common Law
Barbade	257 030	Common Law	
Bélarus	10 415 973	Civiliste	
Belgique	10 170 241	Civiliste	
Bélice	219 296	Common Law	
Bénin	5 709 529	Civiliste	
Bermudes (UK)	62 099	Common Law	
Bolivie	7 165 257	Civiliste	
Bosnie-Herzégovine	2 656 240	Civiliste	
Botswana	1 477 630	Mixte	Civiliste/Common Law
Bouthan	1 822 625	Mixte	Coutumier/ Common Law
Brésil	162 661 214	Civiliste	
Brunéï	229 939	Mixte	Common Law/Coutumier
Bulgarie	8 612 757	Civiliste	
Burkina-Faso	10 861 214	Mixte	Civiliste/Coutumier
Burundi	5 943 057	Mixte	Civiliste/Coutumier
Cambodge	10 861 218	Coutumier	
Cameroun	14 261 557	Mixte	Civiliste/Common Law/Coutumier
Canada	29 680 000	Common Law	
Cap Vert	499 066	Civiliste	
Caymans, Îles (UK)	34 646	Common Law	
Centrafrique, Rép. de	3 274 426	Civiliste	
Chili	14 333 258	Civiliste	
Chine	1210 004 956	Mixte	Civiliste/Coutumier
Chypre	744 609	Mixte	Common Law/ Civiliste
Colombie	38 813 161	Civiliste	
Comores (Îles)	569 237	Mixte	Civiliste / Musulman
Congo	2 527 841	Mixte	Civiliste/Coutumier
Cook, Îles (NZ)	19 561	Common Law	
Corée du Nord	23 904 124	Mixte	Coutumier/ Civiliste
Corée du Sud	45 482 291	Mixte	Coutumier/Civiliste
Costa Rica	3 463 083	Civiliste	
Côte d'Ivoire	14 762 445	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Croatie	5 004 112	Civiliste	
Cuba	10 951 334	Civiliste	
Danemark	5 249 632	Civiliste	
Djibouti	427 642	Mixte	Civiliste/ Musulman/ Coutumier
Dominique	82 926	Common Law	
Écosse (UK)	5 100 000	Mixte	Civiliste/ Common Law
Égypte	63 575 107	Mixte	Civiliste/ Musulman
El Salvador	5 828 987	Civiliste	
Émirats arabes unis	3 057 337	Mixte	Common Law/Musulman
Equateur	11 466 191	Civiliste	
Erythrée	3 427 883	Mixte	Civiliste/ Coutumier/ Musulman

Pays	Nb d'hab.	Système juridique	
Espagne	39 181 114	Civiliste	
Estonie	1 459 428	Civiliste	
États-Unis d'Amérique	266 476 278	Common Law	
Éthiopie	57 171 662	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Fidji, Îles	782 381	Common Law	
Finlande	5 105 230	Civiliste	
France	58 317 450	Civiliste	
Gabon	1 172 789	Mixte	Civiliste/Coutumier
Gambie	1 204 984	Mixte	Musulman/Common Law/Coutumier
Géorgie	5 219 810	Civiliste	
Ghana	17 698 271	Mixte	Common Law/ Coutumier
Gibraltar (UK)	28 765	Common Law	
Grèce	10 538 594	Civiliste	
Grenade	94 961	Common Law	
Guadeloupe (FR)	407 768	Civiliste	
Guam (USA)	156 974	Common Law	
Guatémala	11 277 614	Civiliste	
Guernsey, Île (UK)	62 920	Coutumier	
Guinée	7 411 981	Mixte	Civiliste/Coutumier
Guinée-Bissau	1 151 330	Mixte	Civiliste/Coutumier
Guinée équatoriale	431 282	Mixte	Civiliste/Coutumier
Guyana française	151 187	Civiliste	
Guyana	712 091	Mixte	Common Law/Civiliste
Haiti	6 731 539	Civiliste	
Hawaii (US)	1 186 600	Common Law	
Honduras	5 605 193	Civiliste	
Hong Kong (CN)	6 305 413	Mixte	Common Law/ Coutumier
Hongrie	10 002 541	Civiliste	
Inde	952 107 694	Mixte	Common Law/Coutumier/Musulman
Indonésie	206 611 600	Mixte	Civiliste/Coutumier/Musulman
Irak	21 422 292	Mixte	Civiliste/Musulman
Iran	66 094 264	Mixte	Musulman/Civiliste/Common Law
Irlande	3 566 833	Common Law	
Irlande du Nord	1 600 000	Common Law	
Islande	270 292	Civiliste	
Israël	5 421 995	Mixte	
Italie	57 460 274	Civiliste	
Jamaïque	2 595 275	Common Law	
Japon	125 449 703	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Jersey	87 848	Coutumier	
Jordanie	4 212 152	Mixte	Civiliste/Musulman/Common Law
Kazakhstan	16 916 463	Civiliste	
Kenya	28 176 686	Mixte	Common Law/Coutumier/Musulman
Kirguizistan	4 529 648	Civiliste	
Kiribati	80 910	Common Law	
Koweït	1 950 047	Mixte	Civiliste/Musulman
Laos	4 975 772	Coutumier	
Lesotho	1 970 781	Mixte	Common Law/Civiliste/Coutumier
Lettonie	2 468 982	Civiliste	
Liban	3 776 317	Mixte	Civiliste/ Musulman
Libéria	2 109 789	Mixte	Common Law/Coutumier
Libye	5 445 436	Mixte	Civiliste/Musulman
Liechtenstein	31 122	Civiliste	
Lituanie	3 646 041	Civiliste	
Louisiane (USA)	4 342 334	Mixte	Civiliste/ Common Law
Luxembourg	415 870	Civiliste	
Macao (CN)	496 837	Civiliste	
Macédoine, ex-République de Yougoslavie	2 104 035	Civiliste	
Madagascar	14 763 000	Mixte	Civiliste/Coutumier
Malaisie	19 962 893	Mixte	Musulman/Commonlaw/Coutumier
Malawi	9 790 000	Mixte	Common Law/Coutumier
Maldives, Îles	298 000	Musulman	



Pays	Nb d'hab.	Système juridique	
Mali	10 800 000	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Malouines, Îles (UK)	2 374	Common Law	
Malte	375 576	Mixte	Civiliste/ Common Law
Mans, Île de (UK)	73 837	Common Law	
Mariannes (USA)	52 284	Common Law	
Maroc	29 779 156	Mixte	Musulman/ Civiliste
Marshall, Îles(USA)	58 363	Common Law	
Martinique (FR)	399 151	Civiliste	
Maurice, Île	1 140 256	Mixte	Civiliste/ Common Law
Mauritanie	2 336 048	Mixte	Musulman/ Civiliste
Mayotte, Île(FR)	100 838	Civiliste	
Mexique	95 772 462	Civiliste	
Micronésie, États féd. de	125 377	Mixte	Mixte/Common Law/Coutumier
Moldavie	4 463 847	Civiliste	
Monaco	31 719	Civiliste	
Mongolie	2 496 617	Mixte	Coutumier/ Civiliste
Monserrat(UK)	12 711	Common Law	
Mozambique	17 877 927	Mixte	Civiliste/Coutumier
Myanmar	46 527 000	Mixte	Common Law/ Coutumier
Namibie	1 677 243	Mixte	Common Law/ Civiliste
Nauru	10 273	Common Law	
Népal	22 094 033	Mixte	Common Law/ Coutumier
Nicaragua	4 272 352	Civiliste	
Niger	9 113 001	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Nigéria	111 712 489	Mixte	Common Law/Musulman/Coutu- mier
Niue, Île(NZ)	2 500	Common Law	
Norfolk, Île(Au)	2 209	Common Law	
Norvège	4 383 807	Civiliste	
Nouvelle- Calédonie (FR)	187 784	Civiliste	
Nouvelle-Zélande	3 547 983	Common Law	
Oman	2 186 548	Mixte	Musulman/Common Law
Ouganda	20 158 176	Mixte	Common Law/ Coutumier
Ouzbékistan	23 418 381	Civiliste	
Pakistan	140 500 000	Mixte	Musulman/ Common Law
Palau	16 952	Common Law	
Panama	2 655 094	Civiliste	
Papouasie-Nou- velle-Guinée	4 705 126	Mixte	Coutumier/ Common Law
Paraguay	5 504 146	Civiliste	
Pays-Bas	15 568 034	Civiliste	
Pérou	24 523 408	Civiliste	
Philippines	74 480 848	Mixte	Common Law/ Civiliste
Pitcairn (UK)	56	Common Law	
Pologne	38 642 565	Civiliste	
Polynésie Française (FR)	224 911	Civiliste	
Porto Rico (Ass. USA)	3 819 023	Mixte	Civiliste/ Common Law
Portugal	9 865 114	Civiliste	
Qatar	547 761	Mixte	Musulman/Common Law
Québec (CD)	7 138 795	Mixte	Civiliste/ Common Law
République démocratique populaire du Congo	46 498 539	Mixte	Civiliste/ Coutumier
République dominicaine	8 088 881	Civiliste	
Republique Tchèque	10 321 120	Civiliste	
Réunion, Île (FR)	679 198	Civiliste	
Roumanie	21 657 162	Civiliste	
Royaume-Uni	58 489 975	Common Law	
Russie	148 178 487	Civiliste	
Rwanda	6 853 359	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Saint-Hélène (UK)	7145	Common Law	
Saint Kitts et Nevis	41 369	Common Law	
Saint Marin	24 521	Civiliste	
Saint Pierre et Miquelon	6 809	Civiliste	
Saint Vincent- et-Grena- dines	118 344	Common Law	



Pays	Nb d'hab.	Système juridique	
Sainte Lucie	157 862	Mixte	Civiliste/ Common Law
Salomons, Îles	412 902	Mixte	Common Law/ Coutumier
Samoa occidental	214 384	Mixte	Common Law/ Coutumier
Sao-Tomé et Principe	144 128	Mixte	Civiliste/Coutumier
Senegal	9 092 749	Mixte	Civiliste/Coutumier
Serbie-Monténégro	10 614 558	Civiliste	
Seychelles	77 575	Mixte	Common Law/Civiliste
Sierra Leone	4 793 121	Mixte	Common Law/ Coutumier
Singapour	3 396 924	Mixte	Common Law/ Musulman
Slovaquie	5 374 362	Civiliste	
Slovénie	1 951 443	Civiliste	
Somalie	9 639 151	Mixte	Musulman/Common Law/Civiliste
Soudan	31 547 543	Mixte	Musulman/Common Law
Sri Lanka	18 553 074	Mixte	Civiliste/ Common Law/Coutumier
Suède	8 900 954	Civiliste	
Suisse	7 207 060	Civiliste	
Suriname	436 418	Civiliste	
Swaziland	998 730	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Syrie	15 608 648	Mixte	Civiliste/ Musulman
Tadjikistan	5 916 373	Civiliste	
Taiwan	21 456 881	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Tanzanie	29 058 470	Mixte	Common Law/ Coutumier
Tchad	6 976 845	Mixte	Civiliste/ Coutumier
Thaïlande	58 851 357	Mixte	Civiliste/ Common Law
Togo	4 570 530	Mixte	Civiliste/Coutumier
Tokelau (Nz)	1 482	Common Law	
Tonga	106 466	Common Law	
Trinidad et Tobago	1 272 385	Common Law	
Tunisie	9 019 687	Mixte	Civiliste/ Musulman
Turkménistan	4 149 283	Civiliste	
Turks Et Caïcos	14 302	Common Law	
Turquie	62 484 478	Civiliste	
Tuvalu	10 146	Common Law	
Ukraine	50 864 009	Civiliste	
Uruguay	3 238 952	Civiliste	
Vanuatu	177 505	Mixte	Coutumier/ Civiliste/Common Law
Vatican	1 000	Civiliste	
Venezuela	21 983 188	Civiliste	
Vierges, Îles-(USA/UK)	97 120	Common Law	
Vietnam	73 976 973	Civiliste	
Wallis -et-Futuna (FR)	14 659	Civiliste	
Yémen	13 483 178	Mixte	Musulman/ Civiliste/Common Law
Zambie	9 159 072	Mixte	Common Law/Coutumier
Zimbabwe	11 271 314	Mixte	Civiliste/ Common Law/Coutumier



Annexe VII

Proposition de loi portant création d'une Fondation pour les études comparatives

N° 2999

Assemblée nationale

Constitution du 4 octobre 1958
Onzième législature

Enregistré à la Présidence
de l'Assemblée nationale le 19 avril 2001

Proposition de loi portant création d'une Fondation pour les études comparatives

(Renvoyée à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du règlement.)

présentée par MM. Raymond Forni
et Jean-Marc Ayrault, députés

Recherche

Exposé des motifs

Mesdames, Messieurs,

Dans un monde toujours plus ouvert, la France est engagée dans une confrontation pacifique dans laquelle les droits et les institutions occupent une place essentielle, quoiqu'encore trop souvent sous-estimée.

Dans leurs activités législatives et réglementaires, dans leurs activités administratives, les institutions publiques françaises sont de plus en plus tenues de connaître et de comprendre les expériences juridiques étrangères, autant pour y puiser des enseignements que pour pouvoir mieux mesurer, et le cas échéant y réagir, des tendances à l'expansion de modèles ou de pratiques venus d'ailleurs. Au sein de ces institutions, mais aussi des organisations et des professions, doit être assurée une formation à la connaissance et à l'intelligence des droits et institutions étrangers, et du contexte dans lequel ils sont appliqués et elles



déplient leurs activités. Les établissements d'enseignement supérieur et de recherche et les organismes de recherche doivent être encouragés à donner une place croissante aux enseignements et aux recherches portant sur des droits et institutions étrangers et sur leur comparaison.

La confrontation laisse souvent la place à des coopérations internationales. Là encore, les enseignants et les chercheurs, les agents des administrations doivent y apporter de manière plus ample et plus efficace leur concours.

C'est à ces besoins, sur lesquels l'ensemble des institutions publiques françaises s'accordent, que répond la proposition de création, par voie législative, d'une Fondation pour les études comparatives.

La Fondation doit réunir toutes les institutions publiques concernées, les Assemblées parlementaires, les ministères, les grandes juridictions et les établissements d'enseignement supérieur et de recherche. Ainsi sont-elles appelées à définir ensemble les priorités d'une action qui doit être ambitieuse et énergique et à oeuvrer ensemble. Ainsi sont appelés à se développer et à mieux servir l'intérêt public les compétences et les moyens que recèlent les Universités et les organismes de recherche.

À cette Fondation, quatre missions sont assignées qui correspondent aux besoins ressentis par tous. Il lui faut promouvoir les études scientifiques sur le droit, les institutions et les sociétés étrangères. La connaissance des droits étrangers ne suffit pas : il faut l'éclairer et l'enrichir par l'étude de leur histoire, de leur contexte de mise en oeuvre, des usages qui en sont faits. Il lui faut concevoir et mettre à la disposition de toutes les institutions concernées un système d'information documentaire. Il lui revient de développer la coopération internationale et ainsi de concevoir et mettre en oeuvre les moyens d'une participation plus active des administrations, des juridictions, des universités et des organismes de recherche à l'expertise et à l'assistance auprès des institutions étrangères. Il lui revient de mettre en oeuvre une politique de formation de haut niveau au profit des agents de ces institutions, mais aussi des générations futures appelées à les remplacer.

Pour remplir ces missions, la Fondation pour les études comparatives doit être dotée d'un statut spécifique et des moyens appropriés. Son statut et son organisation doivent garantir que les institutions concernées veilleront au bon accomplissement de ses missions, mais aussi qu'elle pourra adapter ses activités à la diversité et à l'évolution des besoins. La spécificité de cette fondation conduit à déroger à certaines règles régissant les fondations reconnues d'utilité publique et commande, à l'image de la « Fondation pour le Patrimoine », l'intervention du législateur.

Telle est la raison du choix d'une fondation et d'une organisation qui combine un conseil de surveillance et un directoire.



Proposition de loi

Article 1^{er}

La « Fondation pour les études comparatives » est une personne morale de droit privé à but non lucratif soumise aux règles relatives aux fondations reconnues d'utilité publique dans les conditions fixées par la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat, sous réserve des dispositions de la présente loi.

Article 2

La « Fondation pour les études comparatives » a pour but de :

- promouvoir le développement des études scientifiques comparatives relatives au droit, aux institutions et aux sociétés ;
- constituer et valoriser un fonds documentaire de référence et favoriser l'accès aux ressources existantes ;
- développer la coopération internationale, notamment en assurant un rôle d'expertise et d'assistance auprès des institutions étrangères ;
- mettre en oeuvre une politique de formation de haut niveau.

Article 3

La « Fondation pour les études comparatives » est administrée par un directoire sous la surveillance d'un conseil.

Le conseil est composé de représentants de l'État, de représentants des institutions d'enseignement supérieur et de recherche, ainsi que de personnalités qualifiées, dans des conditions définies par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 9. Il élit son président.

Le directoire est composé de deux à cinq personnes nommées par le conseil de la « Fondation pour les études comparatives » en dehors de son sein.

Article 4

La « Fondation pour les études comparatives » est constituée initialement avec des apports en numéraire ou en nature dont les montants figurent dans les statuts approuvés par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 9.

Elle entre en possession des biens immobiliers qui lui sont apportés par l'État, en pleine propriété ou à titre de droit d'usage ou de jouissance, à la date fixée par ledit décret.

Article 5

Les ressources de la « Fondation pour les études comparatives » sont constituées par les produits du placement de ses fonds, les subventions



de l'État et de toutes collectivités publiques, les dons et legs et généralement, toutes recettes provenant de son activité.

L'État et les collectivités publiques peuvent également mettre à disposition les personnels et les biens nécessaires à l'accomplissement de son objet. Les services accomplis par les fonctionnaires de l'État mis à la disposition de la « Fondation pour les études comparatives » sont pris en compte pour la constitution de leur droit à pension dans les conditions prévues à l'article L. 5 du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

Article 6

La « Fondation pour les études comparatives » peut recevoir, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général à but non lucratif se rattachant à ses missions, l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources qu'elle gère directement sans que soit créée une personne morale nouvelle. Cette affectation peut être dénommée fondation.

Article 7

Il est inséré, après l'article L. 111-8-2 du Code des juridictions financières, un article L. 111-8-3 ainsi rédigé : « La "Fondation pour les études comparatives" est soumise au contrôle de la Cour des comptes ».

Article 8

Les dispositions du Code général des impôts relatives aux fondations reconnues d'utilité publique sont applicables à la « Fondation pour les études comparatives ».

Article 9

Un décret en Conseil d'État fixe les règles d'organisation et de fonctionnement de la « Fondation pour les études comparatives » et en approuve les statuts. La « Fondation pour les études comparatives » jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au *Journal officiel* de ce décret.

Article 10

Les charges résultant de l'application de la présente loi sont compensées à due concurrence par le relèvement des tarifs visés aux articles 575 et 575 A du Code général des impôts.



Texte de la proposition de loi telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale

Article 1^{er}

La « Fondation pour les études comparatives » est une personne morale de droit privé à but non lucratif soumise aux règles relatives aux fondations reconnues d'utilité publique dans les conditions fixées par la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, sous réserve des dispositions de la présente loi.

Article 2

La « Fondation pour les études comparatives » a pour but de :

- promouvoir le développement des études scientifiques comparatives relatives au droit, aux institutions et aux sociétés ;
- constituer et valoriser un fonds documentaire de référence et favoriser l'accès aux ressources existantes ;
- développer la coopération internationale, notamment en assurant un rôle d'expertise et d'assistance auprès des institutions étrangères ;
- mettre en œuvre une politique de formation de haut niveau.

Article 3

La « Fondation pour les études comparatives » est administrée par un directoire sous la surveillance d'un conseil.

Le conseil est composé :

1° De représentants du Sénat, désignés par le Président du Sénat, et de l'Assemblée nationale, désignés par le Président de l'Assemblée nationale ;

2° De représentants des ministères concernés, des juridictions et des institutions d'enseignement supérieur et de recherche ;

3° De représentants des fondateurs mentionnés à l'article 4 ;

4° De représentants des personnes ayant effectué une affectation irrévocable dans les conditions prévues à l'article 6 ;

5° De personnalités qualifiées.

Les statuts déterminent les conditions de désignation et de renouvellement des membres du conseil et les modalités d'élection de son président.

Le directoire est composé de deux à cinq personnes nommées par le conseil de la « Fondation pour les études comparatives » en dehors de son sein.



Article 4

La « Fondation pour les études comparatives » est constituée initialement avec des apports en numéraire ou en nature dont les montants figurent dans les statuts approuvés par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 9.

Elle entre en possession des biens immobiliers qui lui sont apportés par l'État, en pleine propriété ou à titre de droit d'usage ou de jouissance, à la date fixée par ledit décret.

Les apports initiaux peuvent être complétés par des apports effectués par des personnes publiques ou privées, dans des conditions fixées par les statuts. Ces personnes sont dénommées fondateurs ; leur admission est approuvée par décret.

Article 5

Les ressources de la « Fondation pour les études comparatives » sont constituées par les produits du placement de ses fonds, les subventions de l'État et de toutes collectivités publiques, les dons et legs et, généralement, toutes recettes provenant de son activité.

L'État et les collectivités publiques peuvent également mettre à disposition les personnels et les biens nécessaires à l'accomplissement de son objet. Les services accomplis par les fonctionnaires de l'État mis à la disposition de la « Fondation pour les études comparatives » sont pris en compte pour la constitution de leur droit à pension dans les conditions prévues à l'article L. 5 du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

Article 6

La « Fondation pour les études comparatives » peut recevoir, en vue de la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général à but non lucratif se rattachant à ses missions, (affectation irrévocable de biens, droits ou ressources qu'elle gère directement sans que soit créée une personne morale nouvelle. Cette affectation peut être dénommée fondation.

Article 7

Il est inséré, après l'article L. 111-8-2 du Code des juridictions financières, un article L. 111-8-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 111-8-3. – La “Fondation pour les études comparatives” est soumise au contrôle de la Cour des comptes. »

Article 8

Les dispositions du Code général des impôts relatives aux fondations reconnues d'utilité publique sont applicables à la « Fondation pour les études comparatives ».



Article 9

Un décret en Conseil d'État fixe les règles d'organisation et de fonctionnement de la « Fondation pour les études comparatives » et en approuve les statuts. La « Fondation pour les études comparatives » jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au *Journal officiel* de ce décret.

Article 10

Supprimé.

Délibéré en séance publique,
à Paris, le 31 mai 2001.

Le Président,
Signé : Raymond Forni

